

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, SAÚDE E TECNOLOGIA - CCSST
CURSO DE DIREITO

KEVIN LUCENA DE OLIVEIRA TORRES

AUTO PREFERÊNCIA ANTICOMPETITIVA NAS PLATAFORMAS DE BUSCA:
análise dos elementos constitutivos da conduta nos mercados digitais pelo processo
administrativo de nº 08012.010483/2011-94 (caso “*Google Shopping*”)

Imperatriz

2023

KEVIN LUCENA DE OLIVEIRA TORRES

AUTO PREFERÊNCIA ANTICOMPETITIVA NAS PLATAFORMAS DE BUSCA:
análise dos elementos constitutivos da conduta nos mercados digitais pelo processo
administrativo de nº 08012.010483/2011-94 (caso “*Google Shopping*”)

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Maranhão como requisito para a conclusão da
graduação em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Artur Rocha

Imperatriz

2023

Ficha gerada por meio do SIGAA/Biblioteca com dados fornecidos pelo(a) autor(a).
Diretoria Integrada de Bibliotecas/UFMA

Torres, Kevin Lucena de Oliveira.

AUTO PREFERÊNCIA ANTICOMPETITIVA NAS PLATAFORMAS DE BUSCA : análise dos elementos constitutivos da conduta nos mercados digitais pelo processo administrativo de nº 08012.010483/2011-94 caso Google Shopping / Kevin Lucena de Oliveira Torres. - 2023.

37 p.

Orientador(a): Artur Rocha.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Imperatriz, 2023.

1. Auto preferência. 2. CADE. 3. Caso Google Shopping. 4. Direito Concorrencial. 5. Mercados digitais. I. Rocha, Artur. II. Título.

KEVIN LUCENA DE OLIVEIRA TORRES

AUTO PREFERÊNCIA ANTICOMPETITIVA NAS PLATAFORMAS DE BUSCA:
análise dos elementos constitutivos da conduta nos mercados digitais pelo processo
administrativo de nº 08012.010483/2011-94 (caso “*Google Shopping*”)

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Maranhão como requisito para a conclusão da
graduação em Direito.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Artur Rocha (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Denisson Gonçalves Chaves
Universidade Federal do Maranhão

Profa. Dra. Ellen Patrícia Braga Pantoja
Universidade Federal do Maranhão

Aos meus pais, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, gostaria de agradecer os meus pais, Carlos e Edivane, por terem me propiciado com uma convivência familiar repleta de amor, carinho e atenção, assim como por terem se sacrificado ao máximo para que eu tivesse uma boa educação o que me possibilitou ingressar no ensino superior público e em outras oportunidades que alteraram completamente o rumo da minha trajetória. Obrigado por toda sabedoria e inteligência que me ensinaram.

Em segundo lugar, aos colegas e amigos da UFMA e de outras instituições que de alguma forma me auxiliaram na construção e/ou revisão deste trabalho, em especial a minha companheira Letícia que revisou extensamente essa produção e me propiciou muito foco e inspiração com nossas rotinas de estudo possibilitando à conclusão desta obra.

Por fim, àqueles que de alguma forma auxiliaram na minha formação pessoal, profissional ou acadêmica, em especial aos professores da educação básica até os do ensino superior.

RESUMO

O presente trabalho tem como pauta central identificar os elementos constitutivos da prática de auto preferência anticompetitiva nos mercados digitais, mais precisamente em plataformas de busca, por meio da análise do posicionamento do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em sede do processo administrativo de nº 08012.010483/2011-94 conhecido como o caso “*Google Shopping*”. Logo, objetiva o presente trabalho, cuja estrutura metodológica se deu mediante pesquisa de literatura especializada no tema e apreciação de jurisprudência nacional e estrangeira, a identificação dos elementos constitutivos da referida prática anticompetitiva, com esta obra estando dividida em quatro seções, uma primeira que trabalha as principais características econômicas que são relevantes para os estudos da defesa da concorrência nos mercados digitais, a segunda é dedicada a abordar uma visão histórica do Direito Concorrencial perpassando pelas principais escolas de pensamento do antitruste tradicional para identificar seus objetivos de intervenção, a terceira que irá abordar as investigações para apuração da prática de auto preferência em plataformas de busca feita pelo CADE no âmbito do caso *Google Shopping* e explorar os argumentos dos votos vencedores do processo, com a última seção, por fim, sintetizando as conclusões do trabalho no sentido de que para a prática de auto preferência ser considerada anticompetitiva esta precisa primeiramente ser aplicada com o intuito de arbitrariamente diminuir a competitividade do mercado, todavia esta pode ser viabilizada caso sua implementação signifique um significativo aumento de integração e de eficiência positiva para os mercado e consumidores dos produtos detidos pelo agente investigado.

Palavras-chave: Direito Concorrencial; Mercados digitais; Auto preferência; Caso “*Google Shopping*”; CADE.

ABSTRACT

The present work has as its main goal the identification of the constitutive elements of the practice of anticompetitive self-preference in digital markets, more precisely in search engines, through the analysis of the Administrative Council for Economic Defense's Court position in the administrative process n° 08012.010483/2011-94 known as the “Google Shooping” case. Therefore, the objective of this work, whose methodological structure was given through research of specialized literature on the subject and appreciation of national and foreign jurisprudence, the identification of the constitutive elements of the referred anticompetitive conduct, with this work being divided into four sections, firstly a part dedicated to exposing the main economic characteristics that are relevant to studies on the defense of competition in digital markets, secondly a part dedicated to approaching a historical view of Antitrust Law passing through the main schools of thought of traditional antitrust to identify its intervention objectives, in the sequence, a part dedicated to exploring the investigations made by CADE to appreciate the possible practice of self-preference on search platforms carried in the context of the Google Shopping case and explore the arguments of the winning votes in the process, and lastly a part dedicated to summarize the work's conclusions in the sense that for the practice of self-preference to be considered anticompetitive, it first needs to be applied with the intention of arbitrarily reducing the competitiveness of the market, however this can be made feasible if its implementation means a significant increase in integration and positive efficiency for the market and consumers of the products held by the investigated agent.

Keywords: Competition Law; Digital Markets; Self-preferencing; “Google Shooping” case; CADE.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURAS

| | |
|---|----|
| Figura 1 - Exemplificação da dinâmica de PLA's da Google..... | 29 |
|---|----|

LISTA DE SIGLAS

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF – Constituição Federal

UE – União Europeia

CE – Comissão Europeia

FTC – *Federal Trade Commission*

DOJ – *Department of Justice*

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

DEE/CADE – Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 6 |
| 2. CARACTERIZAÇÃO DOS MERCADOS DIGITAIS E DAS PLATAFORMAS DE BUSCA: dinâmica comercial e aspectos econômicos-concorrenciais | 9 |
| 2.1 Evolução história e caracterização econômica dos mercados digitais e das plataformas de intermediação | 9 |
| 2.2 As características econômicas inerentes as plataformas de busca do meio digital..... | 11 |
| 2.3 A dinâmica de entrincheiramento dos agentes detentores de plataforma e a sua relação com a autorreferência..... | 13 |
| 2.4 Conclusões acerca da dinâmica comercial do meio digital e de sua relação com a auto preferência e o atual entrincheiramento econômico | 15 |
| 3. O ANTITRUSTE E A APURAÇÃO DA PRÁTICA DE AUTO PREFERÊNCIA NOS MERCADOS DIGITAIS: visão histórica-doutrinária das principais fontes do Direito Concorrencial..... | 17 |
| 3.1 Origem histórica do Direito Concorrencial no final séc. XIX..... | 17 |
| 3.2 As principais escolas de pensamento sobre a prática concorrencial..... | 19 |
| 3.2.1 Escola de Harvard e a tradição estruturalista | 19 |
| 3.2.2 Escola de Chicago e a teoria do <i>consumer welfare</i> | 20 |
| 3.2.3 As teorias “pós-Chicago” e a crítica à simplicidade e abstração da busca do lucro | 22 |
| 3.2.4 Conclusões acerca da evolução das escolas de pensamento concorrenciais e as perspectivas acerca dos mercados digitais e a prática de auto preferência | 23 |
| 3.3 A atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência nos mercados digitais | 24 |
| 4. ANÁLISE DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE AUTO PREFERÊNCIA EM PLATAFORMAS DE BUSCA NO BRASIL: estudo do caso Google Shopping | 27 |
| 4.1 Os fatos que levaram as investigações do caso pelo CADE e considerações iniciais para a análise da conduta | 27 |
| 4.2 Os argumentos utilizados para a ocorrência da prática de auto preferência | 30 |
| 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS | 34 |
| 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 36 |

1. INTRODUÇÃO

Devido as mudanças trazidas pelo advento da chamada “Era da Informação” nos meados do Séc. XX, a qual é caracterizada, principalmente, pelo advento de tecnologias que possibilitaram a comunicação quase que instantânea entre indivíduos ao redor do mundo, uma revolução se propagou nas mais diversas formas de interações sociais afetando, inclusive, as relações comerciais. A criação e conseqüente popularização da *Internet* no início dos anos 2000 propagou os incipientes mercados desenvolvidos no meio digital que aos poucos ganharam mais destaque na vida de milhões de brasileiros com a popularização dos *smartphones* por volta do fim da década, com os chamados “mercados digitais” possuindo inestimável valor econômico e social na hodiernidade, tendo movimentado centena de bilhões de reais no Brasil em 2022.

Os mercados digitais abrangem um vasto leque de produtos e serviços que são ofertados de forma instantânea para milhões de brasileiros. Tais produtos são disponibilizados por meio de uma plataforma que possibilita a relação entre consumidores e fornecedores nos mercados digitais, logo possuem elevado valor estratégico por atuar como um agente viabilizador, com o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) tendo enfrentado tal problemática no âmbito do caso “*Google Shooping*” apurado pelo CADE, principalmente no tocante a prática de auto preferência nas plataformas de busca, conduta esta permeado por diversas discussões perante a identificação dos seus elementos constitutivos.

Por tal razão, discussões no âmbito do direito concorrencial surgem acerca da capacidade das plataformas de buscas realizarem auto preferência lesiva à concorrência, sendo o problema que baliza o presente trabalho identificar quais são os principais pontos constitutivos da prática de auto preferência por meio da análise da jurisprudência administrativa da defesa antitruste no Brasil, principalmente de casos do CADE.

Logo, o presente trabalho envolve o âmbito do Direito Concorrencial, por quanto se trata de uma verificação acerca da aplicação da legislação concorrencial vigente no Brasil em relação ao combate de uma infração à ordem econômica – a auto preferência – nos mercados digitais.

O método científico utilizado foi o indutivo, tendo em vista que será investigado conceitos dados pela literatura especializada no tema e jurisprudência nacional e estrangeira

que envolvam decisões relativas à elucidação do problema, para assim chegar a uma conclusão generalizada. Se tratando, portanto, de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Ademais, a relevância de tal tema se mostra pela importância que os mercados digitais, principalmente por meio das plataformas buscas, tem na vida de milhões de pessoas ao redor do mundo, com a prática de auto preferência podendo lesar o bem-estar social e o poder de consumo de milhões de pessoas, se demonstrando fundamental na hodiernidade a elucidação dos elementos constitutivos da referida prática por meio de estudos específicos como o do presente trabalho.

De mesmo modo, o aprimoramento da doutrina especializada sobre auto preferência nas plataformas de buscas – como pretende o presente trabalho – pode auxiliar no aprimoramento da política de defesa da concorrência, contribuindo para uma atuação mais objetiva do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) nos mercados digitais, nicho que só tende a crescer ainda mais no decorrer dos anos o que ocasiona em mais casos para o Direito Concorrencial brasileiro ter que solucionar.

Logo, para solucionar o problema, o presente trabalho está dividido em quatro seções.

Primeiramente, será abordado as principais características econômicas que são relevantes para os estudos da defesa da concorrência nos mercados digitais, assim como será posteriormente evidenciado a dinâmica de entrenchamento dos principais agentes detentores de plataformas de busca nos mercados digitais.

Na segunda seção, o trabalho irá abordar uma visão histórica do Direito Concorrencial perpassando pelas principais escolas de pensamento do antitruste tradicional, até concluir nas correntes mais hodiernas sobre a temática dos mercados digitais, em especial as teorias de concorrência dinâmica, que discorrem sobre a concorrência nos mercados digitais. Posteriormente, será debatido o objetivo do antitruste brasileiro e averiguado se há legitimidade, tipicidade e necessidade da intervenção concorrencial nos mercados digitais em relação a prática de auto preferência por meio da análise dos diplomas legislativos que permeiam a defesa da concorrência no Brasil.

Na terceira seção, será abordado as investigações para apuração da prática de auto preferência em plataformas de busca feita pelo CADE no âmbito do caso *Google Shopping* – Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94.

Na quarta seção, será sintetizado as conclusões obtidas no tocante a identificação dos elementos constitutivos da prática de auto preferência nas plataformas de busca.

Passaremos, agora, ao desenvolvimento do trabalho.

2. CARACTERIZAÇÃO DOS MERCADOS DIGITAIS E DAS PLATAFORMAS DE BUSCA: dinâmica comercial e aspectos econômicos-concorrenciais

O Direito da Antitruste possui interdisciplinaridade inseparável com a Economia, principalmente pela impossibilidade de se trabalhar a concorrência – objeto de tal ciência jurídica – sem antes balizar questões econômicas essenciais para a delimitação deste elemento que possa viabilizar o seu estudo, as quais que podem variar de mercado a mercado.

De tal modo, o presente capítulo se trata de uma apresentação das principais características econômicas dos mercados digitais e de suas plataformas de busca. Primeiramente, será feito uma abordagem histórica das origens desse meio com reflexões sobre a sua importância na hodiernidade, parte que será seguida pela análise das principais características econômicas inerente a mercancia digital que influenciam a conduta aqui estudada – a auto preferência –, as quais são: a dinâmica de efeitos de rede nos mercados digitais, mercados de preço zero, as relações “*Winner takes all*” ou “*Winner takes the most*”, e a caracterização da posição de “*Gatekeepers*”, por fim será exposto a dinâmica de entrenchamento dos principais agentes intermediadores nas plataformas digitais.

2.1 Evolução história e caracterização econômica dos mercados digitais e das plataformas de intermediação

Com o advento da Era da Informação, a humanidade em sua quinta revolução industrial foi marcada principalmente pela criação da internet e do crescimento exponencial de sua importância na vida de milhões de brasileiros no tocante a troca de informações, diminuição das barreiras para a comunicação e no fomento ao comércio, como bem expõe WU (2012, p. 307). Trata-se, portanto, de um novo “boom” econômico que é vivido e intensificado exponencialmente já há quatro décadas desde a chegada da internet no Brasil em 1988 percorrendo o começo da sua popularização no início dos anos 2000 até a sua fase hodierna de inegável importância, nas palavras de DRUCKER (2000, p. 112-126):

"O comércio eletrônico representa para a Revolução da Informação o que a ferrovia foi para a Revolução Industrial; um avanço totalmente inusitado, inesperado. E, como a ferrovia de 170 anos atrás, o comércio eletrônico está gerando um ‘boom’ novo e distinto, provocando transformações aceleradas na economia, na sociedade e na política."

Ademais, a partir do início de sua disseminação, a internet tem sua importância comercial aumentada proporcionalmente a sua popularização nas massas brasileiras, tendo alcançado cerca de 81% da população nacional em 2021, sendo que, de acordo com os dados

da mesma pesquisa divulgada pela CETIC.BR (2022), a quantidade de usuários era de somente 18% em meados dos anos 2000.

De mesmo modo, observa-se paralelamente a evolução do “*e-commerce*” brasileiro, o qual movimentava cerca R\$ 54 milhões em 2001 e R\$ 13,60 bilhões em 2010 (EBIT, 2010, apud PULZ, 2011, p. 53), na atualidade é o responsável por transitar cerca de R\$ 182,7 bilhões de reais em mercadorias e serviços possuindo uma média de 87,7 milhões de consumidores somente no Brasil no ano de 2021 (NIELSENIQ EBIT, 2022, p. 10).

A internet, sobretudo pela criação do comércio digital, se demonstra, portanto, como uma tecnologia disruptiva dos meios tradicionais de mercancia ao ser responsável pela criação de uma dinâmica comercial própria e nunca vista antes na história humana.

Inovando principalmente na distribuição de acesso quase que instantâneo a todos os produtos e serviços que estão disponibilizados pelos seus fornecedores na rede, os usuários possuem um gigantesco leque de oportunidades de compra os quais são ofertados diretamente pelos fornecedores por meio de plataformas.

Tem-se “plataformas” como se tratando do meio que "permite interações diretas entre dois ou mais grupos onde cada grupo é afiliado à plataforma de alguma forma, normalmente através de investimentos específicos na mesma" (HAGIU e WRIGHT, 2015, tradução nossa). Alocando este conceito para uma análise da dinâmica comercial nos mercados digitais, de um lado da plataforma há o grupo do(s) fornecedor(es) e do outro há o grupo dos consumidores que se relacionam por meio de uma plataforma hospedada no meio virtual, em regra um site, que pode ser de propriedade do próprio fornecedor para que consiga ofertar os seus produtos no meio digital ou de um terceiro. As plataformas relacionadas as práticas comerciais, portanto, são chamadas de *Marketplaces* (FORBES, 2017).

Observa-se, portanto, a existência de dois cenários: (i) primeiramente, um mais tradicional para a matéria antitruste em que o fornecedor é o responsável por ofertar os seus produtos e/ou serviços em sua própria plataforma; e (ii) um mais complexo e dinâmico em que o fornecedor faz uso de uma plataforma detida por um terceiro – possivelmente também com a participação de concorrentes podendo até ter que competir com produtos e/ou serviços também ofertados pelo proprietário da plataforma – para ter acesso ou a capacidade de divulgar o seu produto ou serviço para os consumidores. Este último caso sendo, por exemplo, a atividade

desenvolvida pela empresa “Amazon”¹ e “Magazine Luíza”², tendo em vista que essas tanto fornecem a sua plataforma para usuários divulgarem seus produtos à consumidores como também competem com esses mesmos fornecedores ao ofertarem seus próprios na mesma plataforma.

Ademais, dentro de um *Marketplace* podem existir uma infinidade de produtos o que inviabiliza a sua exploração por um potencial consumidor de forma manual até encontrar aquele que deseja, com muitas destas plataformas possuindo instrumentos buscadores para guiar o usuário até o produto ou serviço desejado.

De mesmo modo, nota-se que a dinâmica do ambiente virtual impõe a necessidade de utilização de um buscador de páginas virtuais, ferramenta que irá guiar o usuário até determinado site que possui o conteúdo desejado pelo mesmo, estando incluso as páginas que são *Marketplaces*. Observe que, de acordo com dados fornecidos pela STATISTA (2021), há cerca de 1,88 bilhões de páginas virtuais ativas da internet, sendo inviável ao usuário navegar manualmente por todo este conteúdo até encontrar aquele que deseja.

2.2 As características econômicas inerentes as plataformas de busca do meio digital

Nos mercados digitais há, portanto, a intermediação entre consumidor e cliente por meio das plataformas caracterizadas como *Marketplaces*, assim como a intermediação entre estes grupos até o próprio *Marketplace*, com a funcionalidade deste último sendo realizado por um buscador de páginas virtuais, a exemplo como o buscador da Google Search³, Yahoo!⁴, Bing⁵, entre outros.

Logo, tanto os buscadores de páginas virtuais, como os buscadores de produtos ou serviços dentro de *Marketplaces* utiliza-se da dinâmica conceituada por EZRACHI e STUCKE (2015) como sendo “plataformas [ou ferramentas] de busca”, que são: "plataformas que

¹ Ao se utilizar o termo “Amazon”, faz-se referência a prática comercial desenvolvida no meio digital por todo grupo econômico multinacional controlado pela “Amazon.com, Inc”, estando incluso as suas filiais em outros países, inclusive a “Amazon Serviços de Varejo do Brasil Ltda”, no tocante a prática de tal conglomerado no Brasil.

² Ao se utilizar do termo “Magazine Luiza”, faz-se referência a prática comercial desenvolvida no meio digital pela “Magazine Luiza S/A” e todas as demais empresas controladas por esta personalidade jurídica que atuem no ambiente virtual.

³ Tal citação faz referência ao buscador de páginas virtuais detido pela “Google Inc.”, empresa de tecnologia hodiernamente controlada pela holding multinacional “Alphabet.inc”, que possui como endereço eletrônico: <https://www.google.com.br/>.

⁴ Tal citação faz referência ao buscador de páginas virtuais detido pela “Yahoo.Inc.” que possui como endereço eletrônico o *link*: <https://br.search.yahoo.com/>.

⁵ Tal citação faz referência ao buscador de páginas virtuais detido pela “Microsoft Corporation” que possui como endereço eletrônico o *link*: <https://www.bing.com/?cc=br>

oferecem a ligação entre um usuário com sites [e produtos] que sejam do seu interesse". Portanto, se trata da ferramenta utilizada por um indivíduo para encontrar em meio a uma grande quantidade de dados uma informação desejada, podendo ser um produto ou serviços que seja do seu interesse.

Há, portanto, diversos graus de intermediação dentro dos mercados digitais que são viabilizadas por uma plataforma de busca. Primeiramente e em um menor escopo, dentro do próprio *marketplace* para encontrar os produtos e/ou serviços desejados pelo consumidor dentre aqueles que são ofertados dentro da plataforma por um ou diversos fornecedores, e, em um plano maior, dentro do próprio ambiente virtual para que os consumidores e fornecedores possam acessar e encontrar o *marketplace* que condiz com o seu maior interesse.

Tal intermediação é acompanhada por outras peculiaridades. Com a popularização do *e-commerce* e de outros serviços inerentes ao mundo digital, o surgimento de grandes agentes econômicos – os “campeões digitais” – se demonstrou inevitável, havendo o surgimento de marcas ou serviços favoritos entre os consumidores que aderiram uma posição dominante quase que incontestável no curto e médio prazo, como é o caso do *Facebook* no mercado de redes sociais e do *Google* nos motores de busca.

A sua popularização, principalmente por se tratarem de plataformas de intermediação, se dá principalmente pelos “efeitos de rede”, termo para simbolizar, de acordo com o CADE: “a influência, tanto benéfica como maléfica para uma determinada plataforma que a quantidade de usuários exerce no tocante a sua utilidade” (BRASIL, 2021, p.11). Ou seja, é o aumento de eficiência de uma plataforma quando esta aumenta a quantidade de usuários que a compõe.

Oras, se o objetivo de se usar uma plataforma de intermediação é a possibilidade de se conectar com um terceiro, seja de um mesmo grupo de usuários como no serviço de redes sociais como o *Facebook*, seja de um grupo distinto como no caso do *marketplace* da *Amazon* entre consumidores e fornecedores, o número de usuários que já utilizam a plataforma de intermediação se torna um fator extremamente relevante na tomada de decisão por parte do usuário na sua colha acerca de qual plataforma utilizar.

Logo, esta característica atribuída aos serviços de intermediação das plataformas digitais cria uma característica “*winner takes all*” ou “*winner takes the most*” conferindo em uma baixa contestabilidade por parte de concorrentes, os quais dependem da inovação disruptivas na grande maioria dos casos para gerar um novo produto ou serviço que possibilite o seu destaque no mercado ocasionando a sua consolidação (HAUCAP, 2019, p. 201).

Toma-se como exemplo o mercado de redes sociais no Brasil que em meados dos anos 2000 era dominado pela plataforma Orkut filiada a Google, todavia com o advento do Facebook nos anos 2008 houve uma migração de usuários dessa para aquela que no Brasil manteve-se como plataforma dominante até o fim da década. Todavia, na hodiernidade, tal rede social encontra-se em um mercado bastante competitivo que se renova com novas tecnologia que modificam os anseios de seus usuários.

Em contrapartida, há certos mercados de intermediação que não estão sendo contestado, porém há altíssimos índices de inovação no longo prazo pelo agente detentor da posição dominante no mercado. Tal é o caso do Google que utiliza do seu massivo aporte financeiro para viabilizar a criação de tecnologias que aprimoram os serviços já ofertados ou para criar novos produtos. Nota-se que o Google possui posição dominante no mercado de buscadores online há mais de 10 anos, possuindo mais de 80% da demanda do mercado (SRIRAM e MEHTA, 2023).

Logo, nem sempre é pacífico dentro da literatura especializada o papel da inovação dentro dos mercados digitais, no tocante a relação entre concentração de mercado e a capacidade de gerar inovação, havendo autores que alegam que o monopólio é quem favorece a inovação (SCHUMPTER, 1942) e outro que seria a competição (ARROW, 1962).

Todavia, na dinâmica dos mercados digitais da última década, o que se ver é o entrincheiramento de posição dominante de grandes agentes como a Amazon Apple, Facebook e Google, fato que veio alarmando as principais autoridades de Direito Concorrencial no mundo como a OCDE (2021).

Aponta a referida instituição que os efeitos de rede, a forte atuação da economia de escala e os chamados “*feedback loops*” são as principais razões que ocasionam a dinâmica de “*Winner Takes All*” de forma quase que incontestável das referidas plataformas, os quais acentuam os efeitos *lock-in* do ecossistema de serviços com altíssimos custos de transição que é aumentado com a entrada de mais um novo serviço.

2.3 A dinâmica de entrincheiramento dos agentes detentores de plataforma e a sua relação com a autorreferência

Logo, dentro do universo já alarmante de sinergia entre os diversos produtos e serviços detido por um mesmo agente dominante no meio digital o que aumenta o efeito *Lock-In* de seus usuários, há ainda a grande receio em relação a ocorrência de auto preferência entre

tais produtos em detrimento dos seus concorrentes que dependem da mesma ferramenta de busca para se conectar com os consumidores.

Não é o viés deste trabalho criticar as estratégias comerciais de integração desenvolvidas pelas gigantes de tecnologia como *Google* e *Amazon*, em que pese a concentração de usuários devido a qualidade de seus serviços ofertados fomentada pela troca de dados e de complementação dos seus serviços.

Nota-se que a concorrência não é um fim em si, com benefícios sociais e econômicos podendo ser atingido mesmo em que ocorra a perpetuação de um cenário caracterizado fortemente pelos efeitos *lock-in* capaz de gerar altos custo de transações para os usuários.

Porém, há discussão acerca da aplicabilidade da afirmativa *in retro* em relação a prática auto preferência nas plataformas de busca, uma vez que estas causam um efeito *lock-in* do usuário entre os produtos do agente não por um viés de qualidade, mas sim por uma certa ilusão naquilo que é exibido para o consumidor afetando o seu poder de escolha que poderia estar consumindo um produto de maior qualidade ou a um preço menor em relação daquele fomentado pelo detentor da plataforma.

Tal estratégia já foi observada na prática tanto como um fomentador, como um resultado do entrincheiramento de agentes econômicos que atuam por meio de plataformas de busca (OCDE, 2021). Como caso emblemático tem-se o “*Google Shopping*”⁶, o qual demonstra que agentes detentores de diversos produtos digitais os quais são integrados tanto de forma vertical como horizontal junto ao fornecimento de serviços de busca para usuário tendem a realizar autorreferência de modo alavancar uma posição de dominância em um mercado para o outro (OCDE, 2020, p.54).

Ademais, quando a busca pelo usuário se dá por um produto ou serviço não detido pelo detentor da plataforma, a sua alavancagem ainda é possibilidade pela comercialização desse destaque nas pesquisas em forma de publicidade, possibilitando que o agente usufrua de sua posição dominante.

Tal uso de poder econômico ocasionaria perda de contestabilidade no mercado em que o agente ainda não possui destaque criando um cenário de fomento a mais efeitos de *lock-in* e

⁶ Fazendo referência ao caso AT. 39740 Google Search discutido no âmbito da União Europeia em 2017.

a obscuridade de concorrentes reduzindo, portanto, o poder de escolha do consumidor (MARTY, 2021, p. 16).

Todavia, ainda é discutido na doutrina e em casos como o referido anterior a respeito da legitimidade desse tipo de conduta sobre a tese de se tratar de um simples aproveitamento de um benefício relacionado a sua grande participação de mercado adquirida – via de regra – de forma competitiva pelo agente. Portanto, coibir a sua prática seria coibir os incentivos para que os agentes conquistem mais mercado.

Logo, põe-se em questão o tocante da anticompetitividade da auto preferência ou dos limites que seriam necessários impor para que a conduta não lesasse de forma significativa a concorrência e viabiliza-se o gozo do poder de mercado adquirido pelo agente, com tal conclusão devendo variar com os objetivos fomentados por cada jurisdição concorrencial e dos objetivos competitivos almejados por cada sistema de defesa da concorrência.

Porém, o que se observa no decorrer do tempo, principalmente ao se analisar o mercado nas últimas duas décadas, é que os agentes entrincheirados na hodiernidade utilizaram dentro do seu desenho comercial a prática de auto preferência, como é evidenciado pelo Google, Apple, Amazon e Facebook. Portanto, a plausibilidade da ocorrência de nexos causal entre a sua atual posição e a prática da conduta, é alvo de indagação.

2.4 Conclusões acerca da dinâmica comercial do meio digital e de sua relação com a auto preferência e o atual entrincheiramento econômico

Diante todo o exposto, visualizasse a importância dos mercados digitais na economia global a qual veio crescendo de forma exponencial desde a origem e implementação da internet nas relações sociais e comerciais das massas.

Assim como foi demonstrado a existência de características próprias que diferem a mercancia do meio digital daquela realizada tradicionalmente, principalmente pelo acesso quase que instantâneo dos meios digitais possibilitada pela utilização e propagação da internet, incidindo na análise econômico-concorrencial do meio uma série de peculiaridades que a difere e demonstra o merecimento tratamento diferenciado.

Primeiramente, visualiza-se a ocorrência dos efeitos de rede diretos e indiretos os quais por sua natureza aclamam por uma concentração dos usuários-consumidores em certos agentes detentores de maior quantidade de usuários em um efeito de retroalimentação,

caracterizando certos nichos virtuais sempre com a existência de uma monopolística ou oligopólio detentor de significativa parcela do mercado.

De mesmo modo que há a forte influência da utilização e tratamento de dados pessoais no aperfeiçoamento e personificação dos produtos e serviços ofertados ao usuário o qual, inclusive, depende das plataformas de busca para acessar conteúdos – incluso produtos e serviços – que atualmente são instrumentos detidos por entidades privadas as quais também possuem interesses comerciais próprios na divulgação daquilo que é pesquisado pelo internauta.

Essas plataformas de busca se trata do principal meio que o usuário possui para acessar a vasta gama de dados no meio digital, a qual pode ser modificada pelo seu agente detentor para fomentar a ocorrência de um determinado comportamento do seu usuário que venha a favorecer a própria empresa. A chamada prática de auto preferêcia.

A auto preferêcia vem se demonstrando como um novo desafio da hodiernidade, nos ditames de diversas autoridades de defesa da concorrência ao redor no mundo como a europeia norte americana e australiana as quais vislumbram uma maior incidência de casos de abusos de posição dominante principalmente devido a maior popularização da rede (OCDE, 2020).

De fato, como propõe elucidar o presente trabalho, tal conduta ainda carece de indícios evidentes daquilo que difere do simples gozo de benefícios inerentes a uma posição dominante licitamente adquirida ou de uma infração que diminui a contestabilidade do mercado e lesa a concorrência, devendo-a, portanto, ser reprimida.

Tal questionamento se baliza principalmente na determinação dos objetivos visados e grau de intervenção aplicada da jurisdição concorrencial em questão, com o próximo capítulo trazendo uma abordagem histórica-doutrinária das principais escolas de pensamentos do antitruste no tocante a intervenção concorrencial nos mercados digitais, mais precisamente, na prática de auto preferêcia.

3. O ANTITRUSTE E A APURAÇÃO DA PRÁTICA DE AUTO PREFERÊNCIA NOS MERCADOS DIGITAIS: visão histórica-doutrinária das principais fontes do Direito Concorrencial

O Direito Antitruste, assim como outras ciências jurídica-sociais, não se trata de uma matéria estática e imutável, ocorrendo sempre com o passar do tempo diversas alterações no tocante ao seu objetivo e escopo de atuação os quais variam de acordo com o contexto histórico-cultural de determinada jurisdição.

Logo, de modo a auxiliar na compreensão e elucidação do problema do trabalho, este capítulo irá apresentar, em um primeiro momento, a origem histórica do Direito Concorrencial no final do séc. XIX, parte que será seguida pela exposição das principais escolas de pensamento da matéria e da qual partirá da exposição acerca da visão do SBDC sobre a prática de auto preferêcia.

3.1 Origem histórica do Direito Concorrencial no final séc. XIX

O final do séc. XIX foi marcado principalmente pelo o apogeu da revolução industrial na qual diversas entidades privadas prosperaram com o advento do liberalismo econômico, o aumento exponencial do consumo industrial pelas massas e a propagação capitalista em uma sociedade em que a política do *Laissez-faire* guiava a intervenção estatal na economia, principalmente nos países norte-americanos e na Europa (MANITAKIS, 1979, p. 23).

Todavia, com o advento de anseios sociais nesse mesmo período no tocante ao exercício abusivo do poder econômico, principalmente em relação a prática de cartéis e trustes por parte dos agentes dominantes para gerar um oligopólio ou da prática de condutas comercialmente abusivas por parte de monopolistas, a intervenção estatal na economia passou a ser encarada como uma possibilidade principalmente no fomento de um mercado em que a valorização da concorrência fosse perpetuada (DENNIS, 1975, p. 43).

Com isto, diversos países foram precursores na criação de instrumentos legislativos que visassem a proteção da concorrência nos mercados ligados à sua jurisdição, ora pelo combate as práticas narradas anteriormente, ora pela defesa expressa da própria concorrência. Primeiramente, o Canadá em 1889 editou o *Competition Act*, a primeira legislação concorrencial da história a qual foi seguida pela Lei norte-americana de 1890 o *Sherman Act*.

Por mais que a Lei canadense tenha sido criada em um momento anterior, quem de fato popularizou e influenciou a legislatura concorrencial para países europeus e até no Brasil foi a Lei estadunidense (FORGIONI, 2015, p. 65), a qual focaremos neste capítulo.

O *Sherman Act* foi a instituto de maior destaque no tocante a definição e combate de infrações anticompetitivas por partes de agentes econômicos. Criada para findar com a ocorrência descarada de trustes e de cartéis nos setores ferroviários, de mineração e de produção de petróleo – entre outros –, foi responsável por barrar o exercício ilimitado de poder econômico com o intuito de eliminar as distorções causadas pelo sistema capitalista (CARVALHOSA, 1971, p. 89).

Como caso de destaque para explicar a dinâmica na qual o *Sherman Act* estava incluso e visava combater, tem-se o caso *Standard Oil*, um conglomerado de empresas petrolíferas criadas em 1882 e administrada por Davison Rockefeller a qual dominou por anos o mercado de produção e venda de petróleo nos Estados Unidos por meio de trustes.

Tal cenário se repetiu para outros diversos setores da economia, o que ocasionou uma grande concentração de renda nas mãos de poucos empresários os quais utilizavam deste poder econômico para influenciar a dinâmica comercial e até política. Portanto, movimentos sociais clamando por quebra de monopólios começaram a surgir nos principais centros urbanos norte-americano, ocasionando a Lei em questão (FORGIONI, 2015, p. 67).

Todavia, a simples expositora da Lei não demonstra por si só a sua instrumentalidade e visão sobre as práticas competitivas. Principalmente pelo sistema norte-americano ser baseado no sistema de precedentes do *Common Law*, o *Sherman Act* já teve a sua atuação repaginada diversas vezes desde o início de sua vigência, principalmente ao ser complementado por outros instrumentos legislativos que surgiram com o decorrer da prática antitruste, como o *Clayton Act* e o *FTC Act*, ambos de 1914.

Logo, escolas de pensamento foram surgindo em relação a aplicabilidade destes conjuntos de Lei na defesa da concorrência norte-americana, todavia vê-se em sua origem um ponto fundamental e incontestável na sua criação pela visão da doutrina especializada: o papel da Lei Antitruste no combate aos cartéis e trustes que criavam falhas na dinâmica comercial e – agora ilegalmente – concentravam renda em suas próprias mãos.

Dito isto, cumpre partir agora para a exposição das principais escolas de pensamento da Lei Antitruste norte-americana, a qual influenciou grande parte da prática concorrencial não só estadunidense mais, também, global incluindo o Brasil.

3.2 As principais escolas de pensamento sobre a prática concorrencial

O antitruste norte-americano foi marcado por diversas escolas de pensamento as quais refletiam os anseios políticos e sociais na aplicação dos instrumentos legislativos da defesa da concorrência, delimitando os objetivos e o grau de intervenção a serem almejados e aplicados, respectivamente, na tutela concorrencial.

Portanto, como toda ciência jurídica, o “clima da época” de uma determinada Lei influencia diretamente em sua interpretação e aplicação, com entendimentos e princípios sendo alterados ou até mesmo completamente invertidos com o decorrer do tempo. Logo, de modo a compreender as interpretações que serão necessárias para a elucidação do presente trabalho, faz-se mister expor as principais escolas de pensamentos as quais influenciaram a aplicação do antitruste as quais são: escola de Harvard, escola de Chicago, e a ressignificação do antitruste pelas teorias “pós-Chicago”.

3.2.1 Escola de Harvard e a tradição estruturalista

Como a precursora na interpretação das Leis Concorrenciais há a escola de Harvard com a sua visão mais estruturalista no tocante ao que concerne a defesa da concorrência. Tendo vigorado desde a entrada em vigor do *Sherman Act* até o fim da primeira década dos anos 1970, baseia-se principalmente pelas teorias de organização industrial desenvolvida por autores como BAIN, MASON e Edward Chamberlain (FERNANDES, 2022, p. 40), os quais preceituavam que os preços supra competitivos seriam inevitáveis diante da formação de mercados concentrados, logo havia dentro de tal escola uma completa aversão a concentração do mercado nas mãos de poucos *players*.

Logo, seria o objetivo inafastável do antitruste combater a alta concentração dos mercados, os quais seriam muito mais competitivos em um cenário pulverizado de poder econômico em que um agente não poderia impor abusos a outro ou ao consumidor, tendo em vista o – suposto – exercício perfeito das forças competitivas na inibição de tais práticas. Sobre esta dinâmica, preceitua FOX e SULLIVAN (1991, p. 6-7):

“(…) a noção de que a alta concentração de mercado diminui a competição não era uma hipótese que poderia ser confirmada ou negada por evidências empíricas; era, na realidade, um consenso político refletido no direito.” (tradução nossa)

De mesmo modo, afirma FERNANDES (2022, p.41):

“Dentro os objetivos elencados como prioritários para a intervenção estatal – e.g. realização de eficiências, do progresso e da estabilidade econômica –, os autores vinculados à Escola de Harvard entendiam que a *performance* ótima dos agentes econômicos envolveria não apenas a abolição de lucros monopolistas excessivos, também perpassaria, nas palavras de BAIN, o estímulo “ao progresso e à inovação de produtos e técnicas (tradução livre)”.

Portanto, visualiza-se que em uma primeira fase do antitruste havia uma completa repulsa a concentração de poder de mercado nas mãos de poucos agentes, independente de benefícios em relação a inovação ou a qualidade de serviço que essa concentração poderia proporcionar. Esta perspectiva, apelidada de “*the curse of bigness*”, ou “a maldição da grandeza” (tradução nossa), configura muito bem a primeira visão retromencionada.

Em uma perspectiva voltada para a prática de auto preferênciamento, nota-se um viés voltado mais para a proibição da prática estudada por este trabalho, principalmente por se observar as interpretações mais intervencionistas de tal escola voltadas mais para a defesa do pequeno competidor em relação aquele dominante.

Logo, a prática hodiernamente perpetuada seria reprovada em um primeiro momento quando buscar ludibriar o consumidor a comprar um produto mais caro, todavia o mesmo pode não se aplicar a utilização desta conduta no mercado de publicidade dentro das plataformas de busca.

De certo, esta postura tomada pela Escola de Harvard pela total aversão a concentração econômica ocasionaria uma atitude em que erros seriam cometidos no tocante a falta de eficiências ocasionadas pela falta de concentração. A concorrência, portanto, parou de ser um fim e sim mesmo e com a crise da escola de Harvard, passou-se a observar os ditames de outra corrente de pensamento a qual veremos a seguir.

3.2.2 Escola de Chicago e a teoria do *consumer welfare*

Com a atuação da escola de Harvard gerando críticas acerca da negativa quase absoluta da capacidade de se possibilitar alguma concentração dentro do mercado, diversos autores

começarem a criticar a falta de eficiência pela escolha da concorrência como um objetivo absoluto a ser almejado pela Lei Antitruste.

Entre os críticos, em destaque há BORK (1978) que preceituou que o objetivo do antitruste seria a busca pelo bem-estar do consumidor – ou o “*consumer welfare*” – livre de qualquer viés político da implementação do antitruste, como pretendia a escola de Harvard. Logo, a não intervenção virou o foco, assim como a ampliação do uso da regra da razão para os casos de condutas unilaterais por parte dos agentes.

O resultado destas críticas foi uma total ressignificação da política antitruste a qual passou a visualizar uma perda de eficiências econômicas no longo prazo tendo em vista a uma suposta atuação exagerada do *enforcement* antitruste (JACOBS, 1995). Logo, a atuação concorrencial, principalmente em um cenário de capitalismo mais “selvagem” como nos Estados Unidos, passou a atuar de forma mais tímida, principalmente na análise de condutas as quais não eram já tão de praxe consideradas como uma infração lesiva à concorrência.

Portanto, houve, durante este período, uma ampliação no que consiste a aplicação da regra da razão⁷ aos casos apurados pela autoridade antitruste e uma queda na aplicação das infrações por objetos de reprovabilidade imediata. De mesmo modo, ainda ocorreu um aumento de aprovações de atos de concentração mais arrojadas dentro do mercado norte-americano, ocasionando maior concentração de *market-share* nas mãos de poucos agentes econômicos em um curto espaço de tempo.

Outra característica influenciada principalmente pela prática neoliberalista da época, foi a completa aversão e vinculação da defesa da concorrência com outras matérias relacionadas a vieses políticos que não fosse propriamente da defesa da concorrência por uma análise absoluta da teoria de preços (KHAN, 2018, p. 1667-1668).

Toda esta irrupção das visões originárias da escola de Harvard se deu basicamente por dois motivos: a crença de que as barreiras de entrada são escassas na grande maioria dos casos e que os monopólios não tenderiam a durar por muito tempo sendo inútil, portanto, a intervenção estatal na concorrência a qual teria mais chances de causar uma lesão ao mercado no longo prazo do que um benefício (HOVENKAMP, 1965, p. 226-229).

⁷ Entende-se por “regra da razão” a metodologia de análise de condutas restritivas à concorrência em que irá se observar os pontos positivos para o mercado e/ou aos consumidores e os pontos negativos para a concorrência da ação investigada para daí se subtraí um resultado líquido acerca da reprovabilidade da conduta (SILVEIRA, 2021, p. 64-65). Trata-se, portanto, de uma visão mais analítica e menos taxativa acerca das condutas restritivas da concorrência as quais passariam por uma análise antes de sua aprovação.

Conclui-se, portanto, que a escola de Chicago se tratou de uma reviravolta quase que absoluta da visão propagada por Harvard, tendo em vista a forte influência do neoliberalismo norte-americano que se consolidou no início da década de 1960 e se perdurou até o fim do século. Como resultado, tem-se o abrandamento da política antitruste e uma atuação mais tímida na apuração das condutas dos agentes dominantes.

Sob o viés do problema deste trabalho, aflui-se na perspectiva de que a Escola de Chicago não iria interferir muito na prática do auto preferênciamento, tendo em vista a sua política de quase não intervenção, de mesmo modo que o entrenchamento nos mercados digitais evidenciado no capítulo anterior pouco alarmaria os adeptos desta linha de pensamento.

Ademais, se vê na hodiernidade que os litigantes no sentido de não proibição da prática de auto preferênciamento se baseiam nas vastas teses defendidas pela corrente de pensamento em questão.

Todavia, com a visualização de falhas nos mais diversos mercados ainda no longo prazo e a consolidação de práticas abusivas contra agentes econômicos e à concorrentes, as visões da Escola de Chicago passariam por diversas críticas o que ocasionaria nas teorias denominadas de “pós-Chicago” as quais iremos abordar a seguir.

3.2.3 As teorias “pós-Chicago” e a crítica à simplicidade e abstração da busca do lucro

A visão neoliberal da escola de Chicago não passou desapercebida de duras críticas quanto a simplicidade de sua análise econômica e fixação apenas no critério preço quanto aos benefícios para o consumidor e ao mercado. Com isto, diversas vertentes dos ensinamentos de Bork passaram a vigorar e a alterar a prática antitruste nas autoridades concorrenciais das mais diversas jurisdições, inclusive a brasileira.

Sobretudo a partir das décadas de 1980 e 1990, autores como BAKER (2002) criticam a crença clássica de Chicago de que os agentes buscam sempre a maximização do lucro o que juntado as novas teorias da organização industrial resultaram em uma reviravolta da visão clássica, porém não pregando uma completa aversão aos ensinamentos originários, mas sim uma apropriação destes com outros estudos que se devolveram acerca de sua aplicabilidade prática.

Tal é o caso do reconhecimento de fatores não quantitativos na influência dos mercados descrita por HOVENKAMP (1989) os quais incrementaram a visão simplória que se tinha apenas pela análise da variação do preço perante o consumidor no médio e no longo prazo.

Neste momento, houve o reconhecimento acerca de outros fatores que influenciaram a manutenção de mercados concentrados, assim como nos incentivos para o cometimento de condutas anticompetitivas, logo com o desdobramento destas teorias na prática ocorreu uma maior intervenção no meio antitruste e, igualmente, mais acertos no tocante a efetiva tutela concorrencial por parte das autoridades concorrenciais no controle de estruturas, bem como na análise de risco de fechamento de mercado (HOVENKAMP, 2002, p. 20).

Foi neste meio de estudo de fatores que influenciavam na tomada de decisão por parte dos consumidores e agentes que surgiram as primeiras literaturas concorrenciais específicas acerca da temática antitruste no mercado digital, analisando de fato as características deste meio como os efeitos de rede, efeitos *lock-in* e os *positive feedback*.

Logo, autores como EZRACHI e STUCKE (2015) surgiram neste meio de crítica a escola não intervencionista de Chicago, os quais afluíram em ideias que começaram a levar em consideração fatores da Teoria dos Jogos e da Nova Organização Industrial em suas análises.

A visão de tal movimento a respeito da prática de auto preferência nos mercados digitais não possui uma conclusão específica no tocante a sua ilegalidade, principalmente por se tratar de um momento de cisão em que houve a separação de uma tese em várias subteorias variando entre a defendida pelos “neo-brandesianos” acerca do papel do antitruste na proposição de políticas públicas, como o defendido pela atual presidente do FTC a LINA KHAN (2017), até as mais conservadores que, caso estejam munidos de dúvida acerca dos seus efeitos, optam pela não intervenção.

3.2.4 Conclusões acerca da evolução das escolas de pensamento concorrenciais e as perspectivas acerca dos mercados digitais e a prática de auto preferência

Diante desta exposição, vislumbra-se dentro das escolas de pensamento antitruste uma evolução a respeito dos critérios que devem ser levados em consideração para uma devida análise concorrencial, assim como para a previsibilidade e determinação de consequências em uma intervenção estrutural.

Ademais, visualiza-se que pelas práticas mais liberais propagadas pela Escola de Chicago nos Estados Unidos que a não intervenção ou a sua escolha tendo em vista receio de equívoco no tocante aos seus efeitos ocasional um aumento na concentração de mercado e a leniência em relação a diversas condutas que hodiernamente seriam reprovadas sob o prisma concorrencial.

Logo, a atual remissão as práticas estruturalista e pulverização do antitruste em relação a diversos fatores que podem influenciar na tomada de decisão de intervenção e investigação se demonstram como positivas, principalmente no tocante a apuração da prática de auto preferência nos mercados digitais por parte das autoridades concorrenciais.

De fato, a atual visão mais contextualizada de fatores que influenciam na tomada de decisão por parte dos agentes, assim como de instrumentos de intervenção mais incisivos levam a conclusão de que a conduta aqui trabalhada será melhor investigada tanto no tocante aos seus efeitos, como no tocante ao seu nível de intervenção.

Porém, a visão do SBDC acerca de quais seriam os objetivos almejados com a prática antitruste não se encontra consolidada em uma específica escola de pensamento a qual se varia com a aplicação de jurisprudências próprias e com a aplicação de legislações específicas ao ordenamento jurídico brasileiro, o qual se demonstra de maneira única entre os seus vizinhos jurisdicionais.

Portanto, cumpre agora neste trabalho apresentar as visões e objetivos almejados pelo SBDC no tocante a aplicação da lei antitruste brasileira dentro do ordenamento jurídico pátrio como um todo, principalmente voltado aos mercados digitais.

3.3 A atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência nos mercados digitais

O SBDC se trata de uma entidade baseada principalmente na Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, a lei concorrencial brasileira que tutela a defesa da concorrência no Brasil. Os objetivos da defesa da concorrência estão inteiramente ligado com os princípios constitucionais da ordem econômica presente no art. 170 e seus incisos da Constituição Federal de 1988. Vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na **livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Negrito nosso)

Visualiza-se, portanto, que a concorrência no Brasil é um instrumento, um meio, para o alcance de outro bem maior: “assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social”, como bem expõe FORGIONI (2015, p.186). Daí se subtrai o entendimento de que a concorrência – ainda mais no Brasil – não deve ser um fim em si mesmo no tocante a sua aplicação no mercado. Como bem aponta FORGIONI (2015, p. 187):

Os princípios vinculados em seu art. 170 e todas as regras que a partir deles se desdobram estão à disposição dos fins enunciados pelo art. 3º da própria Constituição [quais sejam os objetivos da República] e, portanto, não podem ser lidos ou tomados apartadamente do sistema ao qual pertencem e ao qual, ao mesmo tempo, dão conformação.

Corroborando para esta visão, há ainda o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicabilidade dos incisos do art. 170. Vejamos:

Embora a atual Constituição tenha em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constituição de 1/1969, dado maior ênfase à livre iniciativa, uma vez que, ao invés de considera-la, como estes (arts. 157, I, e 160, I, respectivamente), um dos princípios gerais da ordem econômica, passou a tê-la como um dos dois fundamentos dessa mesma ordem econômica, e colocou expressamente entre aqueles princípios o da livre concorrência que a ela está estreitamente ligado, não é menos certo que tenha dado maior ênfase as suas limitações em favor da justiça social, tanto assim que, no art. 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos desde, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa: ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa do consumidor (...) e a redução das desigualdades sociais. (ADin 319/3/DF; Rel. Min. Moreira Alves. Julgada em 3 de março de 1993.

Logo, cunhado o termo de “concorrência-instrumento”, não se pode interpretar a lei concorrencial apenas com o intuito de sustentar uma eficiência econômica, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica, é de observar os fatores sociais, assim como os objetivos constitucionais presentes no art. 3º da Lei Maior.

Todavia, a aplicação do antitruste no Brasil é marcado principalmente pela interpretação dos aplicadores do direito concorrencial, principalmente no tocante a utilização do antitruste como ferramentas de implementação de políticas públicas em relação aos adeptos a certas escolas de pensamento em detrimento de outras.

No tocante a prática antitruste brasileira em relação aos mercados digitais, não há o que se falar em permanência inalterada do posicionamento da jurisdição brasileira em relação as temáticas envolvendo a defesa da concorrência, tendo em vista a graduação evolução de teorias e influências destas na visão dos aplicadores do Direito Concorrencial.

No Brasil, o CADE é a autoridade de defesa da concorrência que tutela a aplicação da Lei 12.529/2011 e por se tratar de um órgão colegiado possui uma interpretação certamente volátil quanto ao papel da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro.

Visto atualmente por uma visão mais ortodoxa pelo presidente da Autarquia em relação a intervenção ou até possível tentativa de regulação dos mercados digitais (VALOR ECONÔMICO, 2021), nota-se que a visão da Autoridade se exprime pela análise dos julgados de casos de auto preferência.

Com isto, após compreendida a visão instrumental da aplicação do SBDC, de modo a observar o que configura uma auto preferência aos olhos da autoridade concorrencial brasileira, faz-se necessário a análise do caso de maior destaque: o google shopping.

4. ANÁLISE DOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE AUTO PREFERÊNCIA EM PLATAFORMAS DE BUSCA NO BRASIL: estudo do caso Google Shopping

Como principal jurisprudência concorrencial acerca da prática de auto preferência no Brasil tem-se o do Processo Administrativo de nº 08012.010483/2011-94 (caso “*google shopping*”) realizado no âmbito do CADE, portanto sua análise será de fundamental importância para a elucidação do problema abordado por este trabalho.

A sua análise irá partir primeiramente de uma seção dedicado a relatar os fatos que se relacionam com a prática investigada pela Autarquia, momento que será seguido por um tópico dedicado a indicar os elementos constitutivos da prática de auto preferência nos mercados digitais pelo posicionamento dos conselheiros votantes do processo.

4.1 Os fatos que levaram as investigações do caso pelo CADE e considerações iniciais para a análise da conduta

Primeiramente, a investigação foi iniciada por meio de protocolo de representação em 20/12/2011 pela E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, empresa responsável pelos sites de comparação de preços Bondfaro e Buscapé, em face de Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (“Google”).

O E-commerce afirmou que o Google privilegiou o seu próprio serviço de buscador de preços e de produtos em 2013 quando decidiu posicionar os resultados do Google Shopping – ferramenta de busca de produtos relacionada a Google que possui visibilidade patrocinada – de forma fixa no topo ou na lateral da página de busca por meio de anúncios com imagens, as quais se destacavam com maior facilidade e eram mais atraentes para os consumidores.

Tal conduta, para a representante, prejudicou comparadores de preços concorrentes, por ter reduzindo sua exposição na página de resultados da Google – a maior plataforma de busca do mercado até a hodiernidade – e forçado um aumento de gastos com links patrocinados com a mesma para que assim as concorrentes pudessem compensar a dinâmica empregada em prol da Google *Shopping* e de outros links patrocinados, assim como uma queda de acesso a seu produto devido a uma discriminação no mecanismo do Google contra seus concorrentes.

Neste sentido, tais condutas envolveriam: (i) a ocorrência de discriminação anticompetitiva por parte do algoritmo do Google na entrega de resultados de buscadores de preço concorrentes, (ii) a legalidade da alteração do desenho do produto para viabilizar posicionamento privilegiado de resultados de produtos do Google – dentro da busca orgânica e

da busca patrocinada – em detrimento de concorrentes por intermédio de algoritmos de busca parciais e (iii) a legalidade da venda dos anúncios por listagem de produtos (*Product Listing Ads* - “PLAs”) – apenas mediante a entrega de dados concorrencialmente sensíveis – e da discriminação do cliente que pode adquiri-los.

Logo, conclui-se que os fatos narrados pelo representante se referem a prática de uma espécie de conduta discriminatória e de recusa de contratar de modo indireta, uma vez que a negação ao serviço não se daria em relação direta com o usuário – no caso a empresa – mas sim ao seu potencial cliente – o utilizador da plataforma de busca.

Como ferramenta de análise utilizado pela Autoridade foi aplicada a regra da razão em que os efeitos positivos e negativos para o consumidor seriam levados em conta de modo a consoar um resultado líquido para o mercado.

Ademais, o mercado relevante para a análise foi definido, em sua dimensão geográfica, em um nível nacional, tendo em vista que a Google realizava tratamento e aplicação de algoritmos específicos para cada país em que atuava, inclusive para o Brasil. No tocante a dimensão do produto de tal mercado, foi definido como os mercados de buscadores genéricos devem ser analisados separados do de serviço de comparação de preço.

Como estratégia de mercado identificada pelo CADE, nota-se que o Google realizava o posicionamento das pesquisas feitas em sua plataforma de busca mesclando resultados orgânicos – aqueles de maior relevância ao termo pesquisado – com links patrocinados e uma unidade comercial de anúncios em sua plataforma baseada no sistema denominada pela mesma como “*Product Listing Ads*” (“PLAs”) que não tinha como obrigação apresentar ao usuário resultados de maior relevância possível para o usuário.

Os PLAs nada mais é do que a forma desenvolvida pela empresa para monetizar o seu sistema de busca por meio tanto da entrega de links patrocinados no topo da lista do resultado de pesquisa – podendo ser referentes a produtos ou serviços – assim como pela entrega de anúncios com foto, texto e preço em uma barra superior de produtos similares ao termo pesquisado denominada de unidade comercial.

Vejamos um exemplo:

Figura 1 – Exemplificação da dinâmica de PLA's da Google

The image shows a Google search interface for the term "geladeira". The search bar is highlighted with a yellow box. Below the search bar, there are navigation tabs for "Todas", "Shopping", "Imagens", "Videos", "Maps", "Mais", and "Ferramentas". The search results are displayed on a dark background. The first section is a "Patrocinado" (Sponsored) section, which is highlighted with a red box and labeled "Unidade comercial" (Commercial unit) on the right. This section contains five product cards for refrigerators from brands like Brastemp and Casas Bahia, with prices ranging from R\$ 2.089,05 to R\$ 4.237,98. The second section is another "Patrocinado" section, also highlighted with a red box and labeled "Links patrocinados" (Sponsored links) on the right. It features a link from Magazine Luiza for a refrigerator promotion. The third section is a "Patrocinado" section, highlighted with a red box and labeled "Links patrocinados" on the right, showing a link from Zoom.com.br for a refrigerator sale. The final section is a "Resultado orgânico" (Organic result), highlighted with a green box and labeled "Resultado orgânico" on the right, showing a link from Casas Bahia for a refrigerator. The search results are also accompanied by a red box on the right side of the page.

FONTE: Google

Para que um interessado possa colocar o seu produto, serviço ou link genérico na unidade comercial ou nos primeiros resultados como patrocinados, o usuário deve pagar pela circulação de seu produto ao Google. O pagamento é feito por cada clique (“Custo por Clique” – CPC), ou seja, pelo devido acesso do usuário no link divulgado com o valor de cada clique depende do resultado de eficiência do próprio anúncio.

O PLA, portanto, se trata de uma vantagem conferida a um contratante dos serviços de publicidade do Google ao colocar no topo dos resultados aqueles resultados que estão sendo patrocinados.

Munidos destas considerações, assim como de outros fatos e provas juntadas aos autos, as entidades julgadoras começaram a proferir o seu posicionamento, os quais definiram teses para a ocorrência de prática de auto preferência nas plataformas digitais, as quais passaremos a exibir.

4.2 Os argumentos utilizados para a ocorrência da prática de auto preferência

De interesse para a elucidação do problema deste trabalho, cumpre destacar que a representante alegou que o Google estaria realizando auto preferência por meio de aplicação de algoritmo que discriminariam concorrentes no setor de comparadores de preços e daria destaque nos resultados orgânicos de busca feita pelos usuários da plataforma para o produto da própria Google – o Google Shopping, assim como que o a inovação no tocante a forma que a Google estava exibindo os resultados das buscas dos seus usuários – modalidade PLA – iria acarretar em maiores gastos em publicidade perante a própria Google para viabilizar o destaque na plataforma suficiente para concorrer contra a própria Google.

Logo, a análise em questão se baseou na investigação acerca dos algoritmos aplicados pela plataforma para identificar se de fato houve uma discriminação nos resultados orgânica de buscas da plataforma, o que foi mediada principalmente pelo estudo de possível perda de visibilidade de suas concorrentes, assim como foi estudado os efeitos anticompetitivos da implementação do sistema de PLA's na plataforma de busca.

Primeiramente, destacasse que o CADE optou pelo arquivamento do processo contra a representada em uma votação apertada entre os 5 (cinco) conselheiros, contando inclusive com o voto de minerva do Conselheiro-Presidente Sr. Alexandre Barreto de Souza. Todavia, nota-se certa coerência dos julgadores no acompanhamento do voto do Conselheiro-Relator, o Sr. Maurício Oscar Bandeira Maia, no tocante a falta de evidências de que os algoritmos utilizados pelo Google causaram alguma discriminação perante os comparadores de preço dos seus concorrentes. Vejamos o voto do Conselheiro-Relator Maurício Oscar Bandeira Maia sobre o caso pelos demais conselheiros (BRASIL, 2019a):

(...) Apesar de o produto do Google não estar submetido aos mesmos algoritmos que *sites* de comparação de preço – potenciais concorrentes da plataforma –, os algoritmos não pareceram rebaixar intencionalmente os comparadores nos resultados orgânicos. E como esses *sites* não perderam visibilidade, não há como atribuir uma relação de causalidade entre aumentos no CPC por conta desse fato.

Logo, o posicionamento citado aponta que as investigações, viabilizadas principalmente por trabalhos do Departamento de Estudos Econômicos do CADE, não

conseguiram identificar dentro das condutas da Google qualquer tipo de discriminação deste por parte dos buscadores de preço concorrentes – em especial das representantes no processo administrativo – que viesse a causar um dano em relação a competitividade do mercado, mais precisamente, na entrega de resultados de buscas que inviabilizassem a utilização da plataforma da Buscapé e Bonfaro pelos usuários do motor de busca da Google.

Ademais, subtende-se ao se aplicar a lógica inversa do argumento, de que haveria alguma espécie de ilegalidade caso o algoritmo de busca do google viesse a discriminar o resultado do usuário de modo a colocar em exibições inferiores as páginas dos seus concorrentes, contexto que não foi identificado pela Autoridade brasileira no decorrer das investigações.

Todavia tal conclusão não se equipara àquela vislumbrada no mercado virtual Europeu que foi passivo de análise concorrencial em sede da Comissão Europeia. A CE reconheceu abuso de poder econômico e de posição dominante por parte da Google ao utilizar o seu algoritmo de busca – de alcunha “Panda” – para dar maior visibilidade aos produtos da próprio Google, enviesando os resultados ofertados aos usuários em detrimento da visibilidade de buscadores de preço concorrentes como se poder apurar pelas investigações daquela jurisdição.

Tal caso foi extensivamente abordada nos votos do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia e do Presidente Alexandre Barreto de Souza para apontar que inexistindo evidência da ocorrência da conduta e de seu resultado é inviável a reprovação da conduta. Vejamos as conclusões do Presidente sobre o referido caso em seu voto (BRASIL, 2019b):

Ademais, cita-se como divergente entre a apuração brasileira e europeia, eventuais efeitos oriundos da utilização do algoritmo Panda. Diferentemente da decisão da CE, que se concentrou fortemente no uso do algoritmo Panda pela Google, concluiu-se, a partir do disposto nestes autos, que dito algoritmo não causou impacto nos sites de comparação de preços brasileiros. Nesse sentido, contribuições da SG e do DEE corroboram o entendimento aqui desposado. O DEE afirmou que que “[n]ão se verificam, contudo, perda de visibilidade de comparadores de preço análogas às ocorridas em alguns países do Espaço Econômico Europeu”. A SG atestou que, “embora o Panda tenha provocado efeitos significativos na Europa, [...] não foram verificados impactos de sua utilização que pudessem denotar alguma manipulação nos resultados de busca com fins anticompetitivos no Brasil.”. Assim, em face dos argumentos supracitados, compreendo não caracterizado no Brasil efeitos diretos ou indiretos da utilização do algoritmo Panda.

Dando sequência, também foi imputado que a implementação do PLA’s – alterando o desenho de funcionamento do serviço de busca causou no Brasil uma queda do tráfego orgânico – aquele referente a acessos a links ofertados pela busca orgânica do usuário –, com o CADE

tendo dedicado esforços para analisar as movimentações do mercado para tentar identificar alguma ilicitude.

Todavia, pelos estudos desenvolvidos pelo DEE/CADE conclui-se que a queda na utilização das plataformas de comparação de preço da representante deu-se em virtude mais a uma mudança de preferência dos usuários para plataformas de *marketplace* de varejista em relação as de comparação de preço do que de uma suposta discriminação perpetuada pela Google. Vejamos o trecho do voto do Conselheiro-Relator (BRASIL, 2019a):

“(...) não foi possível vincular diminuição do tráfego orgânico ao lançamento dos produtos da Representada. Somente a partir de novembro de 2014 verifica-se uma tendência de perda de diminuição de tráfego para os comparadores, fato que, como já explicitado, pode ser consequência das mudanças de preferência do mercado, ante o crescimento e ampla aceitação dos *marketplaces*.

(...)

De todo modo, como é de extrema importância a relevância de qualquer resultado – orgânico ou patrocinado – para os usuários, a empresa procura fornecer respostas direcionadas à busca, o que aumenta a probabilidade de um usuário interagir com os anúncios. Isso pode demonstrar a eficiência do *design* da página de resultados do Google, na medida em que aumenta a probabilidade de o usuário interagir com outros *sites* além daquele constante de sua intenção original.

Nesse contexto fático, como não foi verificada redução de tráfego orgânico para os comparadores, ficam prejudicadas as análises de efeitos oriundos de tal perda, quais sejam: redução na receita dos *sites* que geraria menor investimento em Pesquisa & Desenvolvimento.”

Igualmente, votou o Presidente do CADE no sentido a reconhecer a legalidade das mudanças de design do produto feito pelo Google (BRASIL, 2019b):

(...) destaca-se abordagens diferentes entre Brasil e Europa quanto à legalidade das mudanças de design do produto. A CE rejeitou a visão de que melhorias no design de um produto que beneficiam os usuários são concorrência no mérito. Em contraste, a legislação brasileira reconhece que as mudanças no design do produto que beneficiam os consumidores geralmente são pró-competitivas, a menos que a mudança tenha sido introduzida unicamente para prejudicar os rivais; que a mudança impeça o acesso a uma *essential facility*; ou que haja danos efetivos ao consumidor. Em meu entendimento, nenhum desses fatores está presente no caso em referência.

Ainda de relevante para o problema deste trabalho, cumpre expor a tese apresentada perante a autoridade no tocante que a conduta da Google teria de certo modo restringido o mercado, por meio de que a aplicação do PLA acarretaria menor visibilidade para os compradores causando perda de tráfego e, de forma subsequente, de receita.

O CADE, todavia, não reconheceu esta tese principalmente pela impossibilidade de conseguir imputar ao Google o efeito identificado de queda da quantidade de buscadores de

preço do mercado, principalmente por existir fatores externos – como a própria mudança do mercado por *marketplaces* no lugar de buscadores de preços – capazes de alterar a dinâmica do mercado no lugar desses PLA's. Vejamos o voto vencedor do Conselheiro-Relator (BRASIL, 2019a):

“(…) não é possível imputar como efeito das condutas do Google a redução do número de comparadores de preço. Tal comportamento tem maior probabilidade de ser consequência de um movimento do mercado em que os *marketplaces* ganharam relevância. E, diga-se de passagem, não é possível desprezar a substitutibilidade dos serviços oferecidos por grandes *marketplaces*, que, inclusive, podem anunciar produtos de diversas lojas, com o serviço de comparação de preços.”

Ademais, alheio ao mérito do problema do presente trabalho, houve ainda uma discussão acerca dos efeitos que a cobrança para a exibição de anúncios pagos teria perante o consumidor, cumprindo destacar apenas que o CADE se posicionou pela legalidade de tal ato como um meio de viabilizar a eficiência e não efeitos anticompetitivos. Vejamos o voto do Conselheiro-Relator (BRASIL, 2019a):

“(…) apesar de os anúncios do Google Shopping passarem a ser pagos, não considero tal consequência como efeito negativo das condutas do Google. Registre-se, aliás, que os resultados mostrados pelo comparador de preço Buscapé, por exemplo, também são pagos, caracterizando a necessidade de estas plataformas se monetizarem de alguma maneira, não havendo ilícito algum nessa cobrança.”

Conclui-se por esta apresentação do posicionamento do CADE que, primeiramente, não há ilegalidade na criação de sistema para cobrança de anúncios e destaque em detrimento de resultados orgânicos na plataforma de busca, com este ato se referindo a uma espécie de eficiência aos olhos da Autoridade brasileira.

Ademais, a ocorrência de auto preferência lesiva a concorrência se daria no caso estudado apenas no sentido em que o Google tivesse realizado alguma espécie de discriminação – por meio do seu algoritmo de busca, por exemplo – de seus concorrentes de forma arbitrária com o intuito de lhe negar visibilidade por parte dos usuários, fato que não é visualizado no contexto do caso Google-Shopping, diferente do que ocorreu no cenário da concorrência europeia. De mesmo modo, a aplicação das PLA's, ou seja, uma alteração no desenho institucional para destaque de produtos patrocinados, aos olhos da autoridade brasileira, não configura uma discriminação e sim como uma maneira de gozar da posição adquirida pelo Google garantindo também eficiência aos usuários.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o avanço tecnológico fomentado pela Revolução Tecno-científica que culminou na criação da internet e sua consequente popularização, a importância do meio digital veio tomando cada vez mais espaço nas relações econômicas até culminar em sua atual e inegável importância. Logo, o Antitruste, como uma ciência ligada exatamente nestas relações, precisou adaptar os seus institutos criados na origem do capitalismo industrial do Séc. XX para poder tratar das mais novas dinâmicas presentes no ambiente virtual.

Com isso, diversos questionamentos foram sendo criados acerca do grau de atuação do Direito Concorrência na intervenção de práticas que seriam supostamente lesivas a competitividade não só nos ambientes virtuais, mas, também, nas práticas econômicas como um todo, com o desenvolvimento de teorias – como as denominadas de “pós-Chicago” – tendo se demonstrado fundamental para o esclarecimento de tais questionamentos resultando em uma visão mais intervencionais e não presa a quesitos rígidos de eficiência e preço.

De mesmo modo, as ciências econômicas começaram a abordar de modo mais incisivo as dinâmicas comerciais características dos mercados digitais, com o desbravamento de temas como efeitos de rede, *gatekeepers*, entre outros fatores que alteravam a dinâmica do mercado, tendo sido fundamental para melhor compreender as relações perpetuadas no meio e identificar problemas dentro de tal economia.

A partir de tais estudos, foi possível a construção de críticas para a prática de diversos agentes econômicos que se demonstravam como intermediadores entre usuários e se perpetuaram como gigantes do seu respectivo setor em uma posição cada vez oligopolista ou monopolista com o passar do tempo, com tal dinâmica de entrenchamento, obviamente, não tendo passado sem relação com a prática de diversas de condutas restritivas a concorrência.

De destaque nas discussões acerca da prática de condutas restritivas a concorrência por parte das gigantes de intermediação, tem-se a perpetuação de auto preferência anticompetitiva em relação a concorrentes que também dependem da plataforma detida pelo agente investigado para conseguir adentrarem no mercado, com tanto a doutrina como a jurisprudência concorrencial tendo se debruçado sobre este tipo de prática.

No Brasil, a prática de tal conduta ganhou grande destaque no caso conhecido como “Google Shopping”, com a autoridade tendo realizado extensivas investigações pelas práticas da Google em provavelmente ter adotado um algoritmo discriminatório de concorrentes em seu

motor de busca, assim como por adotar o seu sistema de PLA's o qual dava destaque para links e anúncios monetizados, assim como beneficiava o seu próprio serviço de buscadores de preço dentro dos resultados de sua plataforma de busca geral.

O CADE em votação apertada, decidiu pelo arquivamento da investigação resultando na conclusão de que a prática de auto preferência em plataformas de busca só poderia se dar com a devida comprovação de que a empresa agiu arbitrariamente para discriminar os seus concorrentes – por meio de um algoritmo, por exemplo – ou que a conduta perpetuada resultou em efeitos líquidos negativos para o consumidor, com nenhum desses contextos tendo sido averiguados no caso “Google Shopping” com Autoridade brasileira tendo concluído pela existência de eficiências por parte da integração dos serviços da Google na divulgação dos seus resultados de busca.

Ademais, culminou-se pelo Plenário o entendimento da legalidade da alteração do desenho da plataforma para a implementação do PLA's que veio a dar destaque aos próprios serviços da Google, com destaque ao seu buscador de preços: *Google Shopping*, e a *links patrocinados*. Com tal entendimento se baseando na ideia de legítimo gozo da posição dominante adquirida pela Google, assim como por um aumento de eficiência para os utilizadores da plataforma que teve o seu serviço de busca incrementado com outros elementos.

Portanto, deve-se visualizar, em um primeiro momento, se a auto preferência é feita com o intuito de arbitrariamente diminuir a concorrência ou se é para legítima integração e aumento de eficiência de outros produtos e serviços prestados pelo agente, devendo ser comprovado que de fato houve efeitos líquidos positivos se comparado com a perda gerada pela auto preferência imposta para que o gozo de uma suposta posição dominante não venha a ser reconhecido como um abuso, com tal entendimento podendo possibilitar, inclusive, a alteração do desenho do produto e/ou serviço ofertado para dar mais visibilidade a um detido pelo agente, assim como para dar destaque a itens de terceiro a título de patrocínio ou comissão.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROW, Kenneth J. Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention. **The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors**, Princeton, ed. 19, p. 609-626, 1962. Disponível em: <https://www.nber.org/system/files/chapters/c2144/c2144.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2023.

BAKER, Jonathan B. A Preface to Post-Chicago Antitrust. **Washington College of Law**, Washington, D.C., ano 2002, n. 2, p. 213-284, 2002. Disponível em: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=611103021078105118112007083113078112002072042037055057122117104009105031101025053001016022022124004097090020010038013046059049000072095002070006003009068004051017033002085118030074001124002123083010111079115031029096085116121023118015116012113&EXT=pdf&INDEX=TRUE>. Acesso em: 10 maio 2023.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**. [S. l.]: Free Press, 1993. 479 p. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/The_Antitrust_Paradox.html?id=eFBBAQAIAAJ&redir_esc=y. Acesso em: 12 maio 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. **Voto do Conselheiro-Relator Maurício Oscar Bandeira Maia**, nº SEI 0632170, Relator: Maurício Oscar Bandeira Maia. Brasília, 19 de junho de 2019. processo eletrônico. 2019a. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei//modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA-51pCH2d2sbTHTmfMAYou5LgFwt8qt0WFUkaJIuLHz%22. Acesso em: 04 mar. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. **Voto do Conselheiro-Presidente Alexandre Barreto de Souza**, nº SEI 0632233, Relator: Maurício Oscar Bandeira Maia. Brasília, 04 de julho de 2019. processo eletrônico. 2019b. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei//modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTINgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA_IUL1XwYHXeMqNVI4rPWd8U46WJw4tud_f-_5KnIuo%22. Acesso em: 04 mar. 2023.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre direito econômico**. dsd. ed. São Paulo: Unidas, 1971. 366 p.

DENNIS, Kenneth. **Competition in the history of economic thought**. 1975. 364 p. Thesis (Doctor of Philosophy) - University of Oxford, Oxford, 1975. Disponível em: https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:689c6d90-545d-4b61-b702-e3c6657ef8e6/download_file?file_format=application%2Fpdf&safe_filename=602329320.pdf&type_of_work=Thesis. Acesso em: 10 abr. 2023.

DRUCKER, PETER. O futuro já chegou. **Luxer Tripo**, [S. l.], p. 22-27, 25 jun. 2001. Disponível em: <https://luxer.tripod.com/planejamento/08-14.htm>. Acesso em: 2 fev. 2023.

FERNANDES, Victor O. **Direito da Concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. 1ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2022. 408 p. ISBN 978-65-5991-057-1.

FORBES. KESTENBAUM, Richard. **What Are Online Marketplaces And What Is Their Future?**. In: **Forbes**. [s. l.], 29 jun. 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/richardkestenbaum/2017/04/26/what-are-online-marketplaces-and-what-is-their-future/?sh=4150c00b3284>. Acesso em: 3 fev. 2023.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos Antitruste**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 9788520362143.

FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. Antitrust - Retrospective and Prospective: Where Are We Coming from--Where Are We Going. **New York University Law Review**, New York, ano 1987, n. 936, p. 936-980, 1987. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nylr62&div=36&id=&page>. Acesso em: 27 maio 2023.

HAUCAP, Justus. Competition and Competition Policy in a Data-Driven Economy. **Intereconomics**, [s. l.], ano 2019, v. 54, n. 4, p. 201-208, 20 fev. 2019. Disponível em: <https://www.intereconomics.eu/contents/year/2019/number/4/article/competition-and-competition-policy-in-a-data-driven-economy.html>. Acesso em: 6 fev. 2023.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Policy After Chicago. **Michigan Law Review**, Michigan, ano 1985, v. 82, n. 2, p. 213-284, 1985. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2836&context=mlr>. Acesso em: 17 mar. 2023.

HOVENKAMP, Herbert J. The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization. **Texas Law Review**, Houston, ano 1989, v. 68, n. 105, p. 105-168, 9 nov. 1989. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2931&context=faculty_scholarship. Acesso em: 16 maio 2023.

HOVENKAMP, Herbert. The Reckoning of Post-Chicago Antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; BERGH, Rogern J. Van den (ed.). **Post-Chicago Developments in Antitrust Law**. 352. ed. Northampton: Edward Elgar, 2002. cap. 1, p. 1-34. ISBN 1-84376-001-0.

JACOBS, Michael S. An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics. **North Carolina Law Review**, [s. l.], v. 74, n. 1, p. 220-266, 1995. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3637&context=nclr>. Acesso em: 12 maio 2023.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, New Haven, ano 2017, v. 126, n. 710, p. 710-805, 9 nov. 2017. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyeh.pdf. Acesso em: 18 maio 2023.

KHAN, Lina M. The End of Antitrust History Revisited. **Harvard Law Review**, Boston, ano 2020, v. 133, p. 1655-1682, 2020. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3793&context=faculty_scholarship. Acesso em: 15 mar. 2023.

MANITAKIS, Antonis. **La Liberté du commerce et de l'industrie: en droit belge et en droit français**. Bruxelles: Bruylant, 1979.

MARTY, Frédéric. **Competition and Regulatory Challenges in Digital Markets: How to Tackle the Issue of Self-Preferencing?**. Groupe de REcherche en Droit, Economie, Gestion (GREDEG CNRS): [s. n.], 2021. 78 p. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/gre/wpaper/2021-20.html>. Acesso em: 27 abr. 2023.

OCDE. **Abuse of Dominance in Digital Markets**. [S. l.: s. n.], 2022. 78 p. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2023.

PULZ, Éverton. **Comércio Eletrônico no Brasil nos anos 2000: Consequências de seu expressivo crescimento sobre o dia a dia dos consumidores e empresas**. 2011. 69 p. Monografia (Graduação em Economia) - UFRGS, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/34841/000782995.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 4 fev. 2023.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. 460. ed. atual. Estados Unidos da América: Taylor & Francis e-Library, 1942. 460 p. ISBN 0-203-20205-8. Disponível em: <https://periferiaactiva.files.wordpress.com/2015/08/joseph-schumpeter-capitalism-socialism-and-democracy-2006.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2023.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 221 p. v. 74. ISBN 978-85-309-9196-8.

SRIRAM, Akash; MEHTA, Chavi. **OpenAI tech gives Microsoft's Bing a boost in search battle with Google**. Reuters: [s. n.], 22/03/2023. Disponível em: <https://www.reuters.com/technology/openai-tech-gives-microsofts-bing-boost-search-battle-with-google-2023-03-22/#:~:text=They%20also%20underscore%20a%20rare,share%20of%20more%20than%2080%25>. Acesso em: 12 abr. 2023.

STATISTA. ARMSTRONG, Martin. **How Many Websites Are There?**. Internet usage worldwide. [S. l.], 6 ago. 2021. Disponível em: <https://www.statista.com/chart/19058/number-of-websites-online/#:~:text=As%20our%20infographic%20shows%2C%20there,increasing%20at%20a%20fast%20rate.&text=This%20chart%20shows%20the%20number%20of%20websites%20online%20from%201991%20to%202021>. Acesso em: 5 fev. 2023.