

MY GAME, MY RULES? O *ENFORCEMENT* CONCORRENCIAL DO BRASIL E DO MUNDO RELACIONADO AO *SELF-PREFERENCING*

My game, my rules? Brazil's and worldwide's antitrust experiences dealing with self-preferencing

Stephanie Vendemiatto Penereiro¹

Gustavo H. Kastrup²

Vitor Jardim Machado Barbosa³

Resumo: Este trabalho busca analisar a conduta de *self-preferencing*, evidenciada com a evolução da economia digital. A partir da hipótese aventada de que, por ora, há bastante discussão teórica, mas pouca sistematização prática sobre como se deve analisar esse tipo de conduta em casos concretos, busca-se realizar uma análise do tratamento dado pelas principais autoridades antitruste sobre o assunto e o tratamento que o SBDC deu ao tema nos últimos anos. Além de tecer breves notas sobre encaminhamentos legislativos, o trabalho busca avaliar de maneira crítica as decisões no âmbito da União Europeia, dos Estados Unidos e do Reino Unido relacionadas ao tema e trazer apontamentos em relação aos possíveis encaminhamentos para o antitruste nacional. Ao final, buscando indicar o estado da arte no Brasil, o trabalho busca concluir sobre o comparativo do *enforcement* nacional e no mundo e pontuar se há uma teoria do dano universalmente aceita pelas principais jurisdições a respeito da matéria.

Palavras-chave: auto preferência; condutas unilaterais; *gatekeepers*; assimetria regulatória antitruste; Cade.

Abstract: The paper analyzes the self-preferencing practice, which came into the spotlight with the rise of the digital economy. The authors analyze

¹ Bacharela em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2017). Mestre em direito pela Universidade de Brasília (2022). Doutoranda em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi chefe de assessoria de Conselheiro do Tribunal do CADE. Atualmente, atua como advogada na equipe de Direito da Concorrência do Lefosse Advogados.

² Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2017). Doutorando em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. Candidate pela Penn Carey Law School da University of Pennsylvania.

³ Bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2015). Non-Governmental Advisor da International Competition Network. Mestrando em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Atualmente, atua como advogado na equipe de Direito da Concorrência do Stocche Forbes Advogados.

the case law from the main antitrust authorities worldwide (the United States, the United Kingdom, and the European Union) in comparison with the Brazilian competition authority's precedents to understand if there is a robust, straightforward theory of harm universally accepted for cases involving the self-preferencing offense. More than that, the paper aims to point out where Brazil is within the discussion about how to address self-preferencing cases.

Keywords: *Self-preferencing; unilateral conducts; gatekeepers; regulatory antitrust asymmetry; Cade.*

Sumário: 1. Introdução: Minha plataforma, minhas regras?; 2. *Quo Vadis, Mundus?* Os precedentes sobre *self-preferencing*; 2.a. União Europeia; 2.b. Estados Unidos; 2.c. Reino Unido; 2.d. Brasil; 3. Conclusão: Enfim, onde estamos?

1. Introdução: Minha Plataforma, minhas regras?

Em face aos desafios relacionados à aplicação do direito antitruste aos mercados digitais, uma série de novas – ou nem tão novas – condutas vêm despertando a atenção da comunidade antitruste internacional. Dentre estas, destaca-se a conduta de *self-preferencing*, ou “auto preferência”.⁴

Partindo dessa proposição simples, este trabalho de debruçará sobre uma questão complexa: há uma teoria do dano *universalmente* aceita pelas principais jurisdições a respeito da matéria? E qual a posição do Brasil neste debate? A hipótese aventada, e que este trabalho buscará testar, é que, por ora, há bastante discussão teórica, mas pouca sistematização prática sobre como se deve analisar esse tipo de conduta em casos concretos.

Para materializar a pesquisa aqui pretendida, este trabalho buscará entender os parâmetros de análise que quatro jurisdições vêm adotando para tratar o tema de *self-preferencing*: União Europeia, Estados Unidos, Reino Unido e Brasil. Serão analisados precedentes relevantes em matéria antitruste que dialoguem com o tema, com foco, sobretudo, na construção das teorias do dano adotadas.

⁴ Veja-se, nesse sentido, que a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) destacou a prática em seu relatório analisando abuso de posição dominante em mercados digitais: OCDE. **Abuse of Dominance in Digital Markets**. 2020, pp. 54-55. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>. Acesso em: 8 set. 2022.

Nesta análise, o trabalho buscará questionar o racional econômico para a adoção de práticas de *self-preferencing*, e se esse racional tem sido aceito nas decisões, além de identificar quais são as preocupações aventadas. A principal contribuição deste trabalho é buscar sistematizar o tratamento internacional dado ao *self-preferencing* em paralelo àquele adotado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”). Ao final, este trabalho apresentará algumas conclusões a respeito da posição relativa do Brasil em relação ao mundo, e tentará identificar possíveis tendências para o futuro próximo.

2. Quo Vadis, Mundus? Os precedentes sobre *self-preferencing*

a. União Europeia

Na União Europeia, o principal precedente envolvendo discussões sobre *self-preferencing* é o caso Google Shopping.⁵ A análise foi iniciada em 2010,⁶ e a Comissão Europeia (“CE”) concluiu pela condenação da empresa em 27 de junho de 2017 e, entre outras sanções,⁷ por uma multa recorde à época de € 2,42 bilhões. Em 10 de novembro de 2021, o Tribunal

⁵ COMISSÃO EUROPEIA. Caso AT.39740: Google Search (Shopping), 2017. Resumo da decisão, disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN). Acesso em: 4 set. 2022.

⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_10_1624. Acesso em: 4 set. 2022.

⁷ Conforme comunicado de imprensa de 27 de junho de 2017: “A decisão da Comissão exige que o Google ponha termo à sua conduta ilegal no prazo de 90 dias a contar da data da decisão e que se abstenha de tomar qualquer medida que tenha o mesmo objeto ou efeito, ou equivalente. Concretamente, a decisão ordena à Google que respeite o simples princípio de dar tratamento igual aos serviços de comparação concorrentes de preços e ao seu próprio serviço. O Google tem de aplicar os mesmos procedimentos e métodos para posicionar e mostrar no ecrã os serviços concorrentes de comparação de preços nas páginas Google de resultados de pesquisa que aplica para o seu próprio serviço de comparação de preços.” Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_17_1784. Acesso em: 4 set. 2022.

Geral da União Europeia (“TGUE”) julgou recurso apresentado pelo Google, e confirmou a decisão da CE.⁸ Há ainda um recurso do Google para o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) pendente de decisão.⁹

A conclusão da CE nesse caso foi de que o Google, ao favorecer nas suas páginas de resultados de pesquisa geral “(...) o posicionamento e a visualização do seu próprio serviço de comparação de preços em detrimento dos serviços concorrentes de comparação de preços (...)”, teria violado o art. 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) e o art. 54 do Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu (“EEE”), que tratam do abuso de posição dominante.

Além disso, para a CE, o comportamento do Google teria sido abusivo ao (i) desviar o tráfego dos serviços concorrentes de comparação de preços para o serviço de comparação de preços do próprio Google; e (ii) gerou, efetiva ou potencialmente, efeitos anticoncorrenciais nos mercados de serviços de comparação de preços e de pesquisa geral.¹⁰

A tese da CE é de que o comportamento do Google teria efeitos anticoncorrenciais potenciais em duas formas: (i) ao excluir os serviços concorrentes de comparação de preços, a conduta poderia conduzir ao aumento

⁸ “By its judgment today, the General Court dismisses for the most part the action brought by the two companies, and upholds the fine imposed by the Commission. I. The General Court recognises the anticompetitive nature of the practice at issue (...) II. The Commission correctly found harmful effects on competition (...) III. The General Court rules out any objective justifications for Google’s conduct (...) IV. Following a fresh assessment of the infringement, the General Court confirms the amount of the penalty (...)” <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-11/cp210197en.pdf> Acesso em: 4 set. 2022.

⁹ <https://www.cnnbrasil.com.br/business/google-apela-ao-mais-alto-tribunal-da-ue-por-multa-antitruste-de-us-27-bi/> Acesso em: 4 set. 2022.

¹⁰ COMISSÃO EUROPEIA. Caso AT.39740: Google Search (Shopping), 2017. Vide item 10 do resumo da decisão, disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN). Acesso em: 4 set. 2022.

de preço pago por comerciantes, a preços mais elevados para os consumidores e a uma redução da inovação; e, (ii) reduzir a capacidade dos consumidores em acessar os serviços mais relevantes de comparação de preços.¹¹

A análise realizada pela CE destacou que esses impactos seriam anticompetitivos devido à importância do volume de tráfego para serviços de comparação de preços e ao fato de que os resultados das pesquisas no Google Search representavam uma quantidade considerável de seu tráfego e não podiam ser substituídos eficientemente por outras fontes.¹²

Com a decisão, restou consignado que a CE não estaria obrigada a demonstrar a existência de quaisquer efeitos anticoncorrenciais para justificar uma condenação por conduta anticompetitiva. Em vez disso, bastar-se-ia demonstrar que a conduta seria capaz de ter, ou seria suscetível de ter, efeitos de fechamento de mercado, independentemente de seu efeito na prática. Em outras palavras, à CE coube apenas demonstrar que a conduta criava a possibilidade de que os concorrentes do Google poderiam deixar de concorrer ou reduzir os incentivos para inovar.¹³

O TGUE confirmou a decisão da CE, destacando que, ao privilegiar seu próprio serviço de comparação de compras em suas páginas de resultados gerais por meio de mais exibição e posicionamento favoráveis, o Google afastou-se da concorrência no mérito devido a três circunstâncias: (i) a importância do tráfego gerado pelo mecanismo de pesquisa geral do Google para serviços de comparação de preços; (ii) o comportamento dos

¹¹ A Comissão destacou ainda que o comportamento do Google teria também potenciais efeitos anticoncorrenciais mesmo que os serviços de comparação de preços não constituíssem um mercado relevante distinto, mas um segmento de um possível mercado mais amplo, incluindo tanto os serviços de comparação de preços como as plataformas de vendas.

¹² Isso teria sido especialmente verdadeiro porque o comportamento tornou mais desafiador para outros serviços de comparação de compras acumular o número necessário de usuários para competir com o Google, eliminando-os, portanto, do mercado de serviços de comparação de compras. Nesse sentido, veja-se: SOUSA, Pedro Caro de. What shall we do about *self-preferencing*? In: **Competition Policy International**, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3w3mxiL>. Acesso em: 8 set. 2022.

¹³ SOUSA, Pedro Caro de. What shall we do about *self-preferencing*? In: **Competition Policy International**, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3w3mxiL>. Acesso em: 8 set. 2022.

usuários, que normalmente se concentram nos primeiros resultados; e (iii) a grande proporção de 'desviados' no tráfego dos serviços de comparação de preços e o fato de não haver substituição a esses usuários. Além disso, o TGUE concluiu que a CE identificou corretamente efeitos prejudiciais à concorrência e decidiu pela improcedência das justificativas dadas pelo Google.

Até a existência do *Digital Markets Act* (“DMA”)¹⁴ (que tem sua aplicação em grande parte limitada às empresas *gatekeepers*¹⁵), o direito da concorrência europeu não impunha um dever genérico de não favorecer produtos próprios na esfera digital, sendo um dos maiores desafios a identificação de princípios que possam fornecer orientação sobre quando a auto preferência seria anticompetitiva.¹⁶⁻¹⁷ O Caso Google Shopping, nesse sentido, teria sido um marco para a matéria. Após a decisão, surgiu o debate

¹⁴ Para lidar com os desafios relacionados à identificação e à mitigação de condutas potencialmente anticompetitivas de empresas que ocupem uma posição privilegiada em mercados digitais, a Comissão Europeia conseguiu aprovar uma proposta de regulação que introduzirá regras mais rígidas para empresas categorizadas como *gatekeepers*. O DMA busca definir regras claras para grandes plataformas online com o objetivo de garantir que nenhuma grande plataforma online que atue como *gatekeeper* abuse de sua posição em detrimento de empresas que desejem acessar esses usuários. Tais plataformas estarão sujeitas a obrigações que incluem a proibição *ex-ante* de *self-preferencing*, assim como a exigência de adoção de medidas de interoperabilidade e portabilidade de dados, entre outras.

¹⁵ Uma tradução literal do termo *gatekeeper* para o português seria “porteiro”, ou seja, alguém capaz de controlar o acesso a determinado local, barrando, fisicamente, a passagem por um portal. Tendo em vista que a literatura brasileira adotou a nomenclatura anglicana, este trabalho seguirá esta recente tradição, não traduzindo o termo.

¹⁶ Um dos documentos utilizados como base para a criação do DMA defende a utilização do direito antitruste como o melhor instrumento para limitar políticas de auto preferência, considerando que obrigações genéricas de tratamento não-discriminatório podem impactar negativamente a inovação e gerar perdas competitivas ao aumentar a uniformidade do mercado. Vide *Competition Policy for the Digital Era*, relatório publicado pelo *Directorate-General of Competition* da União Europeia em março de 2019 e disponível em <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 9 set. 2022.

¹⁷ Para alguns autores, a contribuição primordial do *DMA* é paradigmática e não pode ser reduzido a apenas pequenos ajustes e atualizações aos princípios aceitos e à

sobre quais seriam os critérios para definir quando a auto preferência seria anticompetitiva.¹⁸

Alguns argumentaram que, na prática, a decisão impôs um dever às plataformas digitais de não discriminar em favor de seus próprios produtos, enquanto outros defendem que a decisão se limitou estritamente a análise de potenciais efeitos anticompetitivos específicos do caso, sendo que entre esses extremos, muitos autores elaboraram teorias do dano que buscavam explicar por que a conduta do Google pode ser abusiva.¹⁹

Ainda em curso, destaca-se também a investigação envolvendo a Amazon²⁰ sobre as práticas em relação ao seu “*Buy Box*” e ao selo Prime. O caso envolve práticas comerciais da Amazon que podem favorecer artificialmente suas próprias ofertas de varejo e ofertas de vendedores de *marketplace* que usam os serviços de logística e entrega da Amazon.

Em particular, a CE está investigando se os critérios que a Amazon define para selecionar o vencedor da “*Buy Box*” para permitir que os vendedores ofereçam produtos aos utilizadores Prime, no âmbito do Amazon Prime, conduzem a um tratamento preferencial do negócio de varejo da Amazon ou de vendedores que usam os serviços de logística e entrega da

estrutura regulatória existente, podendo ser considerado uma virada qualitativa em direção a uma aplicação mais individualizada, personalizada e direcionada. Vide, por exemplo: ANDRIYCHUCK, Oles. Shifting the digital paradigm: Towards a sui generis competition policy. In: *Computer Law & Security Review*, v. 46, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105733>. Acesso em: 5 set. 2022.

¹⁸ Neste sentido, o DMA prevê um regime diferenciado, que é um conjunto de regulamentações baseado na utilização de recursos de natureza regulatória ou quase regulatória *ex-ante* para tentar melhorar o escrutínio e regular o comportamento das empresas dominantes e para superar a lentidão das investigações e as restrições de ferramental e de análise do antitruste convencional.

¹⁹ Vide, neste sentido, COLOMO, Pablo Ibáñez. Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping. In: *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 10, n. 9, 2019, 532. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3502519. Acesso em: 8 set. 2022; e, do mesmo autor, *Self-preferencing: yet another epithet in need of limiting principles*. In: *World Competition*. v. 43, n. 4. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3654083. Acesso em: 8 set. 2022.

²⁰ Vide *press release* da CE, disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2077 Acesso em: 5 set. 2022.

empresa.²¹ O outro aspecto da investigação se concentra na possibilidade de os vendedores do mercado alcançarem efetivamente os usuários Prime.²²⁻²³

b. Estados Unidos

A despeito de haver intensa discussão nos ambientes acadêmico e legislativo, os tribunais estadunidenses ainda não se debruçaram profundamente sobre o tema de *self-preferencing*. Assim, não é possível delinear uma posição concreta que autorize uma comparação com a experiências decisórias brasileira, europeia ou inglesa. Não obstante, este trabalho discutirá quatro casos em que o tema foi discutido em diversas jurisdições nos EUA.²⁴

²¹ A “*Buy Box*” é exibida com destaque nos sites da Amazon e permite que os clientes adicionem itens de um varejista específico diretamente em seus carrinhos de compras, sendo que ganhar a “*Buy Box*” (ser escolhido como a oferta que aparece nesta caixa) é muito importante para os vendedores do *marketplace*, pois a *Buy Box* mostra com destaque a oferta de um único vendedor para um produto escolhido nos *marketplaces* da Amazon e gera a grande maioria das vendas.

²² Esses usuários são importantes considerando o crescimento contínuo do seu número e porque eles tendem a gerar mais vendas nos *marketplaces* da Amazon do que os outros.

²³ São mencionados ainda pela literatura os casos AT.39530 (“Microsoft browser” - https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_09_1941) e C-3/37.792 (“Windows Media Player” - https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf), além de casos de compressão de margem (*margin squeeze*) contra empresas de telecomunicações como outro fluxo de investigações de auto preferência (os principais casos incluem Deutsche Telekom - https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_37451 - , Telefonica-Wanadoo - https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38784, entre outros). Esses casos, contudo, não estão sendo analisados por um recorte temporal do presente trabalho, que se foca na discussão pós caso Google Shopping.

²⁴ Além dos casos abordados neste trabalho, vale destacar que a discussão de *self-preferencing* ganhou especial relevo nos Estados Unidos a partir do Relatório sobre Concorrência em Mercados Digitais publicado pelo Comitê Judiciário da Câmara Legislativa dos EUA (no original, “*Final Report on Competition in the Digital Marketplace*”), produzido após uma extensa investigação do Comitê sobre a concorrência nos mercados digitais. A investigação focou-se nas condutas das quatro principais empresas de tecnologia, que são os principais *players* dos mercados digitais atualmente: Amazon, Apple, Facebook e Google. Entre suas principais conclusões, o

Todavia, à guisa de introdução, cabe destacar o “caso que não houve”. Em 2013, a Federal Trade Commission (“FTC”) aceitou compromissos oferecidos pelo Google para encerrar uma investigação que estava em curso à época sobre abuso de posição dominante da empresa em diversos mercados digitais.²⁵ Dentre as condutas investigadas, estava o *self-preferencing*.

Em relação a essa conduta, a FTC aceitou os compromissos oferecidos pelo Google de maneira unânime. Os comissários da FTC concluíram que as alterações nos algoritmos do Google que faziam com que a empresa privilegiasse seus produtos em buscas realizadas por usuários de outra de

Relatório aponta que a conduta de *self-preferencing* seria central para que *gatekeepers* consigam implementar suas estratégias de dominação dos mercados digitais e, assim, recomenda a o fortalecimento da Seção 2 do Sherman Act a fim de incluir uma proibição expressa da prática de *self-preferencing*. Disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519. Acesso em: 4 set. 2022. Ainda, na esteira da publicação do Relatório, duas propostas legislativas foram submetidas ao Senado em resposta à necessidade identificada de maior escrutínio sobre *self-preferencing*: o *American Innovation and Choice Online Act*, proposto em outubro de 2021, que busca regular determinadas condutas unilaterais de grandes plataformas de tecnologia, e o *Open App Markets Act*, proposto em novembro de 2021, que se propõe a regulamentar o ecossistema de lojas de aplicativos de dispositivos móveis e o mercado de sistemas operacionais. Em ambos os casos, há previsões que buscam limitar, ou proibir, que incumbentes deem preferência a seus produtos em mercados relacionados ao mercado em que sua plataforma seja dominante. Ambas as propostas ainda estão em discussão no Senado estadunidense, e vêm sofrendo críticas tanto da academia (veja-se: HOVENKAMP, Eric. *Proposed Antitrust Reforms in Big Tech: What do They Imply for Competition and Innovation?* 2022. SSRN, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4127334. Acesso em: 4 set. 2022) quanto de advogados que atuam na área (veja-se artigo de advogados do escritório Cleary Gottlieb Steen & Hamilton discutindo o assunto: JOTA. *O perigo estará nos detalhes*. 12 jul. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-perigo-estara-nos-detalhes-12072022>. Acesso em: 8 set. 2022).

²⁵ Para detalhes, veja-se: FTC. *Google Agrees to Change its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search*. 3 jan. 2013. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc-competition-concerns-markets-devices-smart>. Acesso em: 4 set. 2022.

suas soluções (especialmente, a Android App Store e o Google Search), não representavam uma alteração comercial injustificável.

Assim, ainda que terceiros pudessem ser prejudicados pelo Google privilegiar seus produtos, isso não geraria impactos negativos à concorrência. Dessa forma, nenhum compromisso foi exigido em relação à prática e a investigação foi arquivada. Essa mesma conduta, quando investigada pela autoridade europeia, resultou em multa recorde ao Google, conforme discutido no item 2.a., acima.

Com o avanço do conhecimento a respeito do *self-preferencing*, a judicialização do tema nos EUA parece ter começado a ganhar tração no final dos anos 2010.²⁶ Em 2020, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (“DoJ”), junto dos estados de Arkansas, Florida, Georgia, Indiana,

²⁶ A despeito disso, Herbert Hovenkamp argumenta que o direito antitruste americano teria analisado diversas formas de acordos de *self-preferencing* no passado, como, por exemplo, acordos de *tying* e de negociação compulsória e exclusiva; condutas de “*tech ties*” ou “*hardware lock-in*”, em que um determinado fabricante de um bem primário desenha seu produto para funcionar apenas com seus próprios bens secundários (por exemplo, impressoras que dependem de cartuchos de tinta de reposição, ou máquinas de café expresso). Com foco nas discussões sobre alterações legislativas, o professor argumenta que os legisladores estadunidenses andariam melhor se focassem a proteção a produtos sem relevantes proteções de direitos de propriedade intelectual, além de agregar a necessidade de confirmar a existência de abuso de posição dominante para além da mera aferição de uma posição de *gatekeeper* (Monopolizing and the Sherman Act. In: *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2769, 2022. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3772&context=faculty_scholarship. Acesso em: 4 set. 2022).

Discorda-se desse ponto. Em primeiro lugar, os casos mencionados pelo Prof. Hovenkamp não parecem constituir, exatamente, a mesma situação daquela descrita nos casos de *self-preferencing* que aparecem predominantemente em mercados digitais. Naqueles, não há concorrência efetiva com produtos de terceiros, ou fechamento *efetivo* do mercado. A conduta de *self-preferencing* por plataformas digitais é muito mais sutil do que uma prática expressa de fechamento. As plataformas digitais buscam que os consumidores as identifiquem como “ilimitadamente abertas”, a fim de maximizar o seu potencial e sua percepção de utilidade. Dessa forma, se uma plataforma, expressamente, indicar que exclui concorrentes em mercados secundários, há um risco não desprezível de que o próprio valor da plataforma diminua. Sobre o assunto, veja-se: O’LOUGHLIN, Peter. Cognitive Foreclosure. In: *Georgia State University Law Review*, v. 38, nº 4, 2022, pp. 1097-1178 (1141-1145).

Kentucky, Louisiana, Mississippi, Missouri, Montana, South Carolina e Texas, apresentou uma ação contra o Google por violações à Sessão 2 do Sherman Act, alegando que a empresa teria monopolizado, ou tentado monopolizar, os mercados de serviços de buscas gerais, anúncios em sites de buscas e anúncios de texto em serviços de buscas gerais.²⁷

A despeito de não mencionar expressamente a conduta de *self-preferencing*, ao discutir a conduta anticompetitiva apresentada, o DoJ traça um panorama que é comum a todas as alegações de condutas de *self-preferencing*: uma plataforma digital dominante,²⁸ que se vale de acordos com agentes que utilizam uma de suas soluções para manter sua posição dominante em seu “mercado-mãe”, ou alavancar sua posição em mercados relacionados. Com isso, indiretamente, a plataforma *já estaria* privilegiando suas demais soluções.

O caso ainda está em estágio bastante preliminar, sem haver decisão ao pedido de extinção do processo apresentado por representados (*motion to dismiss*). Dessa forma, não é possível traçar qualquer orientação sobre a prática a partir apenas do protocolo da ação pelo DoJ. Contudo, sua simples proposição indica uma tendência de maior escrutínio sobre a matéria.

O segundo caso identificado é a disputa entre Epic Games e Apple²⁹. Em resumo, a Epic Games alegou que a Apple impedia que lojas de aplicativos rivais à loja da Apple (App Store) pudessem competir no mercado de distribuição de aplicativos para dispositivos Apple (mercado de *hardware* primário). O argumento da Epic Games é razoavelmente simples. A Apple, enquanto monopolista no mercado de dispositivos, seria capaz de

²⁷ United States of America et al v. Google LLC, Docket N° 1:20-cv-03010. A ação está em curso na District Court do District of Columbia (Washington, DC), primeira instância da jurisdição federal.

²⁸ Vale-se do conceito de plataforma digital enunciado por Victor Oliveira Fernandes: “as plataformas digitais são genericamente referenciadas na literatura como estratégias de múltiplos lados que facilitam interações entre dois ou mais grupos de usuários que consomem serviços a partir da internet” (*Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: Entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 106).

²⁹ Epic Games, Inc. v. Apple Inc. – Docket N° 4:20-cv-05640-YGR, protocolado na District Court do Northern District of California, decisão em 10 set. 2021.

implementar estratégias exclusionárias e abusivas em mercados relacionados ao mercado primário de *hardware*.

Dessa forma, a Apple poderia impedir que outras lojas de aplicativos competissem nesse mercado (*horizontal foreclosure*), poderia privilegiar seus próprios aplicativos dentro de sua loja de aplicativos (*self-preferencing*), e poderia extrair rendas extraordinárias de um mercado monopolizado para garantir que terceiros acessem sua loja de aplicativos (imposição de barreiras de entrada e *vertical foreclosure*, em função de sua posição de *gatekeeper*).

O caso foi rejeitado pela corte federal californiana. No que diz respeito à conduta de *self-preferencing*, a decisão não teceu grandes considerações – para a corte, não foram apresentadas evidências suficientes que demonstrassem a existência do ilícito. Não se discutiu se a conduta, em si, seria anticompetitiva, ou quais seriam os elementos suficientes para caracterizar a sua existência. A decisão ainda está em estágio recursal.

Os dois últimos casos mencionados ainda estão em estágios bastante preliminares. Contudo, já é possível traçar algumas considerações a partir deles.³⁰ Em *State ex rel. Yost v. Google*,³¹ a discussão centra-se na disputa sobre a definição jurídica de serviços de buscas gerais, e quais os deveres devem ser impostos aos incumbentes deste mercado. Em linhas gerais, o estado de Ohio defende que o Google seria um *common carrier* no mundo da informação, e, como tal, teria utilidade pública. Como consequência, o Google deveria “carregar” a informação disponibilizada em sua plataforma sem discriminar injustamente conteúdos de terceiros em desfavor de produtos de seu conglomerado.

³⁰ Muitos casos do contencioso antitruste nos Estados Unidos sequer alcançam a fase de instrução probatória, por não conseguirem demonstrar que há um direito que possa ser amparado em juízo. Assim, a existência de decisões negando a extinção do processo em um estágio preliminar, como ocorreu nos dois casos que serão discutidos a seguir, indica, *prima facie*, que há um direito que pode ser resguardado pelos tribunais. A questão torna-se mais probatória-factual e menos de enquadramento jurídico.

³¹ *State ex rel. Yost v. Google LLC*, Docket N° 21-CV-H-06-0274, protocolado na Court of Common Pleas do Condado de Delaware, estado de Ohio. Trata-se da primeira instância da jurisdição estadual do estado de Ohio. Decisão de 24 maio 2022.

A conduta de *self-preferencing* está no coração do litígio. Segundo alega o Estado, as pesquisas realizadas na plataforma do Google Search destacam apenas produtos e serviços do Google em detrimento de produtos e serviços de terceiros. Há não só fechamento de mercado a potenciais entrantes, mas exclusão daqueles que já exercem pressão competitiva. Para o estado de Ohio, o resultado dessa “arquitetura de resultados” de auto preferência é que a maioria das pesquisas realizadas no Google Search em 2020 foram completadas sem que usuários utilizassem serviços externos ao ecossistema Google.

Dois pontos destacam-se na decisão que autorizou a continuidade do processo. Em primeiro lugar, o foco na dominância do Google, detentor de cerca de 90% de participação de mercado nos mercados afetados. Não se conclui que dominância (ou monopolização) seria condição *sine qua non* para consubstanciar-se a prática de *self-preferencing*. Contudo, ela só seria implementada no grau e na profundidade analisadas a partir dessa dominância.

Em segundo lugar, a decisão argumenta que o mercado de serviços de buscas gerais possui “barreiras inerentes à entrada”, derivadas da escala dos buscadores de internet. Os algoritmos dos buscadores se aperfeiçoam a partir de mais buscas dos usuários, no processo conhecido como *machine learning*. Nesse sentido, sendo o Google o buscador mais utilizado, sua popularidade tende a produzir os melhores resultados no longo prazo, pois seus algoritmos serão os mais sofisticados para atender as necessidades dos usuários. Com isso, o Google estaria melhor posicionado não apenas para competir, mas também para privilegiar seus produtos em mercados secundários, devido ao conhecimento acumulado por seus algoritmos.

Por fim, a última ação que discute o tema também envolve o Google. Trata-se do caso *Rumble v. Google*.³² Em janeiro de 2021, a Rumble, uma empresa de compartilhamento de vídeos, protocolou ação requerendo indenização de US\$ 2 bilhões alegando que o Google teria manipulado os algoritmos de seu serviço de buscas para favorecer o YouTube, plataforma

³² *Rumble, Inc. v. Google LLC*, Docket N° 21-cv-00229-HSG, protocolado no District Court do Northern District of California. A decisão é de 29 jul. 2022.

de vídeos do conglomerado, em detrimento da Rumble e de outras plataformas.

A Rumble argumenta que o Google se valeu de duas condutas para implementar sua estratégia anticompetitiva. Em primeiro lugar, os algoritmos do Google Search seriam desenhados a fim de privilegiar os vídeos do YouTube em detrimento de plataformas rivais. Além disso, o Google se valeria de acordos com clientes de suas soluções para garantir privilégios a seus produtos, como melhor exposição e pré-instalação de aplicativos. Com isso, o Google poderia (i) manter sua dominância nos mercados de busca e de plataforma de vídeos, e (ii) fechar o mercado de plataformas de vídeo vertical e horizontalmente.

Na decisão que negou o pedido de extinção do processo formulado pelo Google, o juízo reconheceu que a Rumble, “sem sombra de dúvidas”, teria apresentado adequadamente a existência de uma discussão de direito a respeito da prática de *self-preferencing*, garantindo que a ação continuasse em relação a esse ponto.

Diante desse cenário, é possível traçar algumas conclusões parciais sobre o panorama nos EUA. Em primeiro lugar, há bastante atenção da opinião pública sobre o caminho que será tomado em relação a casos que envolvam favorecimento por grandes plataformas de tecnologia. Por outro lado, essa pressão ainda não se traduziu em decisões dos tribunais. Embora casos que discutam a matéria estejam sendo propostos regularmente, ainda não há uma decisão definitiva que indique qual será o *standard* probatório para a análise da conduta. Sem essa indicação, as decisões esparsas das diversas jurisdições, quando proferidas, possivelmente serão contraditórias, e não servirão à sistematização da matéria.

Por fim, fica evidente que o caráter político da interpretação do direito estadunidense também se faz presente no estudo da conduta de *self-preferencing*. Em 2013 não parecia haver tamanha pressão política para um grande escrutínio sobre as atividades das grandes plataformas digitais e a FTC arquivou sua extensa investigação sobre a prática de *self-preferencing* do Google. Em 2022, os ventos que sopram na América são outros. O governo federal parece buscar um recrudescimento na aplicação da legislação antitruste. Uma série de medidas visando “estimular a concorrência” foram

determinadas por ordem presidencial direta,³³ e o novo comando do FTC vem sequencialmente aprofundando investigações em casos de fusões que antes não sofreriam esse tipo de escrutínio.³⁴

c. Reino Unido

Em pesquisa realizada na base de dados da autoridade do Reino Unido – a *Competition and Markets Authority* (“CMA”) – o principal caso relacionado à prática de *self-preferencing* é a investigação do Google pela chamada “*Privacy Sandbox*”.³⁵ O caso foi aberto em janeiro de 2021 para investigar suposta prática do Google de remoção dos *cookies* de terceiros (*third party cookies* – “TPCs”) em seu navegador de internet (Chrome) e substituição da funcionalidade de TPCs por uma variedade de ferramentas de *Privacy Sandbox*.

Os TPCs desempenham papel relevante na publicidade *online* e digital, na medida em que auxiliam empresas a direcionar a publicidade de forma eficaz e a financiar conteúdo online gratuito para consumidores. Todavia, há preocupações relacionadas à sua legalidade sob a perspectiva da privacidade e da proteção de dados pessoais. Nesse cenário, o Google anunciou mudanças no âmbito de seu projeto *Privacy Sandbox*, por meio das quais desativaria TPCs no Chrome e substituiria esses dados por um novo

³³ Veja-se: THE WHITE HOUSE. *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*. 9 Jul. 2021. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>. Acesso em: 4 set. 2022.

³⁴ Como exemplo do *enforcement* a plataformas de tecnologia, destaca-se a recente investigação sobre a aquisição da produtora de robôs aspiradores iRobot pela Amazon, no início de setembro de 2022. A aquisição, eminentemente vertical, em outros tempos, não suscitaria preocupações da autoridade. Para detalhes sobre o assunto, veja-se: POLITICO. *FTC digs in on Amazon’s iRobot deal*. 2 set. 2022. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2022/09/02/amazons-ftc-problem-keeps-growing-with-irobot-one-medical-probes-00054749>. Acesso em: 4 set. 2022.

³⁵ Pesquisa realizada no site de pesquisa de precedentes da CMA pelos termos “*self-preferencing*” e “*self-preference*”.

conjunto de ferramentas para direcionar publicidade que, de acordo com o Google, elevariam o grau de proteção relativo à privacidade.³⁶

Com relação à possível prática de *self-preferencing*, a CMA indicou preocupações de que o Google pudesse favorecer seus próprios provedores de tecnologia de anúncios, bem como o inventário de anúncios próprios e operados pelo Google, em detrimento dos demais. Dessa forma, o Google poderia se utilizar de sua posição dominante no mercado de navegadores de internet (Chrome) para alavancar sua posição no mercado de publicidade ao possuir maior interoperabilidade com o *Privacy Sandbox* comparativamente aos seus concorrentes.³⁷

Quando a investigação foi aberta, o projeto já estava em andamento, mas o Google ainda não havia implementado modificações. Em fevereiro de 2022, a CMA aceitou os compromissos apresentados pelo Google para o desenvolvimento da *Privacy Sandbox*, encerrando a investigação sem uma decisão final acerca de sua licitude. Desde então, a CMA vem monitorando o cumprimento dos compromissos e, em conjunto com a empresa e com a *Information Commissioner's Office*, atuando no desenho dessas novas políticas.³⁸⁻³⁹

³⁶ CMA. *CMA to investigate Google's 'Privacy Sandbox' browser changes*. Press release. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/news/cma-to-investigate-google-s-privacy-sandbox-browser-changes>. Acesso em: 1 set. 2022.

³⁷ CMA. *Decision to accept commitments offered by Google in relation to its Privacy Sandbox Proposals*. Case number 50972. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/62052c52e90e077f7881c975/Google_Sandbox.pdf. Acesso em: 1 set. 2022.

³⁸ CMA. *Investigation into Google's 'Privacy Sandbox' browser changes*. 2022b. Disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes>. Acesso em: 1 set. 2022.

³⁹ No Reino Unido, o governo estabeleceu a criação da *Digital Markets Unit* (“DMU”), uma unidade que terá como foco supervisionar um novo regime regulatório destinado às empresas de tecnologia com maior poder de mercado. A DMU funcionará dentro da CMA e sua efetiva atuação com maior autonomia depende de medidas legislativas adicionais ainda pendentes, assim como da edição da própria regulação aplicável a essas empresas. Até o momento, não há clareza de quando esse novo regime regulatório será editado. Até o momento, o governo sinalizou que as multas a serem aplicadas pela DMU poderão chegar a até 10% do faturamento global da empresa investigada e que pessoas físicas poderão ser impedidas de assumir cargos de diretoria, bem como que

d. Brasil

No Brasil, o principal precedente envolvendo discussões sobre *self-preferencing* é o caso Google Shopping⁴⁰, julgado pelo Tribunal do Cade em junho de 2019 e arquivado por maioria nos termos do voto do Conselheiro Relator, após o Presidente do Cade fazer uso de voto de qualidade.

Em seu voto, o Conselheiro Relator não fez menção aos termos “*self-preferencing*”, “*self-preference*” ou “auto preferência”. De acordo com o voto, as condutas imputadas ao Google poderiam ser resumidas da seguintes forma: (i) práticas discriminatórias em face dos sites de comparação de preços, subdivididas em não concessão de acesso aos *Product Listing Ads* (espaço para anúncios com fotos e *sub-links*) e discriminação de posicionamento, com favorecimento ao Google Shopping em posições destacadas do seu resultado orgânico; (ii) venda casada, com efeitos de abuso de posição dominante e tentativa de monopolização do mercado; e (iii) inovação predatória, relacionada inclusive ao funcionamento dos algoritmos que realizam o ranqueamento dos resultados na página do Google.

Após descartar a ocorrência das condutas de bloqueio de acesso a bem essencial, venda casada e falta de transparência/publicidade enganosa em razão da insuficiência de provas, o Relator analisou a produção de possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes das supostas condutas do Google a partir de duas teorias do dano: (i) *vertical foreclosure*; e (ii) *tying*.

A teoria do dano relativa à restrição vertical (*vertical foreclosure*) estaria relacionada à suposição de que o Google teria posição dominante em um mercado verticalmente relacionado – buscas gerais – e negaria acesso a esse canal aos seus concorrentes no mercado de comparação de preço, enquanto favoreceria seu próprio serviço de comparação de preços.

considerará evidências de danos à concorrência e aos consumidores em suas investigações.

⁴⁰ Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representadas: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Julgado em: 26 jun. 2019. Publicado no Diário Oficial da União em: 2 jul. 2019.

Por sua vez, a teoria do dano relativa ao “*tying*” estaria relacionada à ideia de que o Google poderia estar “amarrando” seu serviço relacionado – comparador de preços ou *shopping* – a produtos com o resultado orgânico da busca, ou seja, sempre que o termo de pesquisa fosse relacionado com algum produto. Para o voto do Conselheiro Relator, a instrução não teria produzido provas de efeitos anticompetitivos decorrentes de nenhuma das práticas.

O termo “*self-preferencing*” ou “auto preferência” foi utilizado no referido caso apenas no voto vogal proferido pela Conselheira Paula Azevedo, que votou pela condenação do Google. De acordo com a Conselheira “por meio do *self-preferencing*, o Google alavanca a posição dominante do mercado *upstream* para a Unidade Comercial/Google Shopping, retirando a visibilidade e a relevância dos demais sites de comparação de preço, de modo que eles perdem tráfego e, assim, a massa crítica necessária para concorrer efetivamente.”

A teoria do dano identificada pela Conselheira, portanto, relacionou o *self-preferencing* à alavancagem de participação em mercados verticalizados, aproximando-se do sentido da primeira teoria do dano delineada pelo Conselheiro Relator.

Em busca realizada nos sistemas de pesquisa de jurisprudência do Cade,⁴¹ identificou-se a existência de menções aos termos “*self-preferencing*”, “*self-preference*” ou “auto preferência” em outros quatro casos além do caso Google Shopping – três atos de concentração e um inquérito administrativo. Considerando o escopo da pesquisa desenvolvida neste trabalho – em especial a verificação da construção da teoria do dano relativa ao *self-preferencing* e a aplicação de tal conceito na prática pelas autoridades – o levantamento de dados focou apenas a identificação de casos com menções expressas a esses termos.⁴²

⁴¹ Pesquisa realizada pelos termos “*self-preferencing*”, “*self-preference*” e “auto preferência” no mecanismo de Busca de Jurisprudência do CADE, na pesquisa pública de processos do SEI e na pesquisa avançada do Google.

⁴² Não se descarta, todavia, que o CADE possa ter realizado análise de condutas semelhantes sem a utilização dos termos pesquisados. Nesse sentido, o próprio voto

No âmbito do IA nº 08700.001797/2022-09⁴³, atualmente em instrução, o Cade investiga supostas infrações cometidas pelo iFood. De acordo com a denúncia, o iFood, ao entrar no mercado de vale-benefícios, teria praticado três condutas: (i) utilização de dados gerados em sua atuação no mercado de plataformas de *delivery* de comida para obter vantagens competitivas no mercado de vale-benefícios, verticalmente relacionado; (ii) utilização de subsídios cruzados, por meio do financiamento de descontos, prazos e benefícios financeiros a clientes do iFood Benefícios; e (iii) discriminação das operadoras de vale-benefícios concorrentes na sua plataforma de *delivery* em favor do iFood Benefícios (*self-preferencing*).

Analisando os documentos, verifica-se que a teoria do dano relacionado à conduta de *self-preferencing* nesse caso consistiria na criação de dificuldades para o cadastramento de vale-benefícios concorrentes por restaurantes na plataforma de pedidos do iFood, os quais não seriam – ao contrário do iFood Benefícios – cadastrados automaticamente na plataforma (como *default*).

Ainda, os concorrentes do iFood Benefícios estariam enfrentando problemas não solucionados pela empresa, impedindo-os de competir ativamente no mercado. Essa conduta, se comprovada, poderia gerar efeitos anticoncorrenciais consistentes no fechamento do acesso de concorrentes do iFood Benefícios à parcela significativa do mercado de aplicativos de *delivery* de comida, considerando a posição dominante do iFood nesse mercado.

De acordo com a Superintendência-Geral do Cade (“SG/Cade”), a configuração dessa conduta demandaria a constatação de criação injustificada e deliberada, pelo iFood, de dificuldades para a utilização de vale-benefícios de concorrentes em sua plataforma. Assim, para medir a ausência de justificativas e a intencionalidade, seria necessário verificar: (i) se os

proferido pelo Conselheiro Relator no caso Google Shopping não faz menção a esses termos. Adicionalmente, não se descarta que o CADE possa ter investigado em casos anteriores condutas discriminatórias que poderiam vir a ser consideradas relacionadas a práticas de auto preferência, a exemplo de investigações relativas a condutas discriminatórias no segmento bancário.

⁴³ Inquérito Administrativo nº 08700.001797/2022-09. Representante: Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador - ABBT. Representada: iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A.

eventos seriam representativos e não pontuais; bem como (ii) a existência de conduta deliberada no iFood – e não apenas de problemas técnicos na integração de sistemas operacionais.

No AC Nike/SBF⁴⁴, a SG/Cade e o Tribunal do Cade verificaram como uma das principais preocupações apontadas pela terceira interessada a possibilidade não de um fechamento completo de mercado, mas da “priorização de artigos da Nike direcionados pelo Grupo SBF a seus canais varejistas em detrimento de concorrentes, em uma política de *self-preferencing*, o que poderia gerar aumento de custos aos rivais, ou perda de receita, minando, assim, sua capacidade de rivalizar com a SBF no varejo tradicional e no online”.

Nesse sentido, assim como nos processos de condutas, as preocupações também estariam relacionadas à tentativa de alavancar artificialmente participação em um determinado mercado a partir de um exercício abusivo de posição dominante detida em outro mercado verticalmente relacionado.

O tratamento discriminatório de concorrentes, nesse caso, também se daria na forma de restrição de acesso – não a plataformas e sistemas operacionais –, mas ao fornecimento de produtos para comercialização no varejo tradicional e no *online*. Assim, embora as condutas sejam semelhantes, há de se destacar que, nos atos de concentração, verifica-se a existência de teorias do dano de *self-preferencing* também em segmentos tradicionais e *offline*.

No escopo do AC Rede D’Or/Sul América⁴⁵, atualmente em análise, terceiros interessados apresentaram alegações de que a concentração poderia resultar na prática de discriminação e *self-preferencing* pela Sul América em benefício da Rede D’Or. A prática se daria pelo direcionamento da demanda de planos de saúde pela Sul América, criando uma preferência

⁴⁴ Ato de Concentração nº 08700.000627/2020-37. Grupo SBF S.A e Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda. Terceira interessada: NS2.COM Internet S.A. Relator Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braidó. Julgado em: 4 nov. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 11 nov. 2020.

⁴⁵ Ato de Concentração nº 08700.003959/2022-35. Rede D’Or São Luiz S.A., Sul América S.A.

entre hospitais da Rede D'Or e esvaziando a demanda de hospitais concorrentes.

Ainda, tal conduta poderia envolver a transferência de casos para hospitais da Rede D'Or, a criação de planos com acesso restrito aos hospitais da Rede D'Or, a imposição de dificuldades para o processo de reembolso dos hospitais concorrentes, ou mesmo a possibilidade de a Sul América dificultar o uso de seus planos em hospitais concorrentes. Nota-se, portanto, que tais práticas perpassariam por estratégias de fechamento de mercado e consequente alavancagem artificial em mercado verticalmente relacionado.

Por fim, no âmbito do AC CMA CGM/Maersk⁴⁶, a SG/Cade analisou a possibilidade de que a operação reforçaria a possibilidade de *self-preferencing* pela Maersk em relação aos terminais portuários concorrentes, uma vez que o Grupo Maersk é verticalizado no segmento de terminais portuários no Brasil. Essa prática ocorreria na medida em que, além de direcionar a sua própria carga aos terminais nos quais detém participação societária, a Maersk poderia direcionar para tais terminais as cargas de outros armadores, principalmente da CMA CGM, em detrimento dos demais terminais portuários concorrentes.

Assim, a partir do levantamento de casos analisados ou em análise pelo Cade até o momento com menções à prática de *self-preferencing*, verifica-se que a teoria do dano desenvolvida pela autoridade perpassa fundamentalmente pela tentativa de alavancar artificialmente participação em um determinado mercado a partir de um exercício abusivo de posição dominante detida em outro mercado verticalmente relacionado. A tese que vem sendo formulada assemelha-se bastante à esposada no relatório da OCDE mencionado na Introdução deste trabalho, demonstrando a sintonia do Cade com a experiência internacional.

Adicionalmente, os precedentes são claros em afirmar que essa conduta deve ser investigada a partir de seus efeitos e não como um ilícito

⁴⁶ Ato de Concentração nº 08700.007341/2021-63. CMA CGM S.A. e Maersk A/S. Terceira interessada: Associação Brasileira dos Terminais Portuários – ABTP. Julgado em: 22 jun. 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 23 jun. 2022.

por objeto, sendo necessário avaliar a existência de poder de mercado e demonstrar os efeitos anticompetitivos produzidos.

Conforme destacado pela literatura, embora tais práticas não sejam exclusivas de mercados digitais, a identificação das condutas anticompetitivas poderia ser mais complexa nesses casos.⁴⁷ De fato, pela pesquisa realizada, verificou-se que, até o momento, as investigações por possíveis condutas anticompetitivas conduzidas pelo Cade expressamente relacionadas à possível prática de *self-preferencing* estão relacionadas a mercados digitais⁴⁸. Todavia, trata-se de casos jovens, que carecem de maturação e decisão.

No âmbito da análise de atos de concentração, verifica-se a preocupação da autoridade e a existência de teorias do dano relacionadas a *self-preferencing* não apenas em mercados digitais e *online*, mas também em segmentos tradicionais e *offline*. Até o momento, o Cade não reprovou operações com base em suposto risco de posterior prática de *self-preferencing* pelas empresas, e apenas no AC Nike/SBF, o Cade celebrou acordo prevendo obrigação de que a Nike mantenha uma política de isonomia e não-discriminação na distribuição de seus produtos para concorrentes da SBF.

⁴⁷ KIRA, Beatriz e COUTINHO, Diogo. Ajustando as Lentes: Novas Teorias Do Dano Para Mercados Digitais (Adjusting the Lenses: New Theories of Harm for Digital Markets). In: *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 9, n. 1, 2021, p. 91.

⁴⁸ Acerca das medidas legislativas no Brasil relacionadas a empresas com poder de mercado em mercados digitais, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei nº 2.630/2020 (“PL das Fake News”). Embora tenha-se divulgado na mídia que o PL das Fake News poderia impactar profundamente o uso de dados para a publicidade em geral e o mercado de anúncios pagos, assim como que poderia impor obrigações adicionais às *big techs* relacionadas à legislação concorrencial – em uma possível aproximação com o DMA – sua atual redação prevê proibições de compartilhamentos de dados para exploração de mercados relacionados apenas dentro do próprio escopo já previsto pelo art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Assim, não parece haver fixação de obrigações adicionais ou de presunções diferenciadas em relação aos *gatekeepers* no âmbito concorrencial em decorrência de sua atual redação.

3. Conclusão: enfim, onde estamos?

A partir da premissa apontada na introdução deste trabalho, pudemos testar a hipótese aventada, qual seja, de que o tratamento das principais autoridades antitruste do mundo, incluindo o Brasil, a casos envolvendo a conduta de *self-preferencing* seria tortuoso. A conclusão principal é que essa hipótese estava correta. Há poucas respostas e muitas perguntas.

O que se pode extrair, então, é que o caminho é de convergência. Não parece haver muita experimentação fora do *mainstream*, capitaneado pela União Europeia. As discussões conduzidas pelo Cade se aproximam das investigações conduzidas pelas autoridades da União Europeia e do Reino Unido, assim como das teorias do dano que vêm sendo suscitadas nos Estados Unidos. E todas estão em linha com as proposições da OCDE sobre a matéria.

Isso comprovaria uma tese de que o sistema de defesa da concorrência mundial caminharia para uma convergência? Parece, a esse trabalho, que essa não é verdade. A tendência ao mesmo caminho parece derivar da novidade da matéria e do fato de que todos estão “aprendendo juntos”. No entanto, inegável reconhecer que a União Europeia, a partir de suas decisões e discussões legislativas, parece estar tomando a frente nessas discussões – destacada pelo aprofundamento da análise do caso *Google Shopping* e pela aprovação do DMA.

Em termos mais práticos, é possível reconhecer que as autoridades buscam construir teorias do dano em casos de *self-preferencing* perpassando fundamentalmente pela tentativa de um agente alavancar artificialmente participação em um determinado mercado a partir de um exercício abusivo de posição dominante detida em outro mercado verticalmente relacionado. Adicionalmente, forçoso reconhecer que as investigações analisadas neste trabalho conduzidas pelas autoridades analisadas se relacionam todas a mercados digitais, ainda que sejam pouco numerosas e recentes.

Importante pontuar um certo distanciamento do Brasil ao menos em relação à CE. Enquanto os precedentes do Cade são claros em afirmar que a conduta de *self-preferencing* deve ser analisada a partir de seus efeitos

e não como um ilícito pelo objeto, sendo necessário avaliar a existência de poder de mercado e demonstrar os efeitos anticompetitivos produzidos, a CE já sinalizou que seria suficiente demonstrar que a conduta seria meramente capaz de ter, ou suscetível de ter, efeitos de fechamento de mercado, independentemente de seu efeito na prática, aproximando a conduta de uma análise por objeto, e não por efeitos.

O debate envolvendo práticas de *self-preferencing*, especialmente em mercados digitais, é complexo e impõe desafios significativos às autoridades e aos reguladores. Independentemente do caminho a ser adotado na prática, o mapeamento desenvolvido neste trabalho indica que o debate dos casos analisados pelas autoridades antitruste perpassará necessariamente por discussões acerca da efetividade das ferramentas legais atualmente disponíveis diante, principalmente, de fatores como presunções de ilicitude, ônus probatório e tempo necessário para aplicação de eventuais sanções.

Referências bibliográficas

ANDRIYCHUCK, Oles. Shifting the digital paradigm: Towards a sui generis competition policy. *Computer Law & Security Review*, v. 46, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105733>. Acesso em: 5 set. 2022.

CNN. *Google apela ao mais alto tribunal da UE por multa antitruste de US\$ 2,7 bilhões*. 20 jan. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/google-apela-ao-mais-alto-tribunal-da-ue-por-multa-antitruste-de-us-27-bi/>. Acesso em: 8 set. 2022.

COLOMO, Pablo Ibáñez. Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 10, n. 9, 2019, p. 532. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3502519. Acesso em: 8 set. 2022.

_____. Self-preferencing: yet another epithet in need of limiting principles. In: *World Competition*, v. 43, n. 4. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3654083. Acesso em: 8 set. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. *Anti-trust: Comissão multa a Google em 2,42 mil milhões de euros por abuso de posição dominante no mercado de motor de busca, ao dar uma vantagem ilegal ao seu próprio serviço de comparação de preços*. Press release. 27 jun. 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_17_1784. Acesso em: 8 set. 2022.

_____. *Antitrust: Commission probes allegations of antitrust violations by Google*. Press release. 30 nov. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_10_1624. Acesso em: 8 set. 2022.

_____. *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices*. Press release. 10 nov. 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_2077. Acesso em: 8 set. 2022.

_____. *Caso AT.39740: Google Search (Shopping), 2017*. Resumo da decisão. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018XC0112(01)&from=EN). Acesso em: 4 set. 2022.

COMPETITION MARKETS AUTHORITY. *CMA to investigate Google's 'Privacy Sandbox' browser changes*. Press release. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/news/cma-to-investigate-google-s-privacy-sandbox-browser-changes>. Acesso em: 1 set. 2022.

_____. *Decision to accept commitments offered by Google in relation to its Privacy Sandbox Proposals. Case number 50972*. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/62052c52e90e077f7881c975/Google_Sandbox_.pdf. Acesso em: 1 set. 2022.

_____. *Investigation into Google's 'Privacy Sandbox' browser changes. 2022b*. Disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes>. Acesso em: 1 set. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.000627/2020-37. Grupo SBF S.A e Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda. Terceira interessada: NS2.COM Internet S.A. Relator Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido. Julgado em: 4 nov. 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 11 nov. 2020.

_____. Ato de Concentração nº 08700.003959/2022-35. Rede D'Or São Luiz S.A., Sul América S.A.

_____. Ato de Concentração nº 08700.007341/2021-63. CMA CGM S.A. e Maersk A/S. Terceira interessada: Associação Brasileira dos Terminais Portuários – ABTP. Julgado em: 22 jun. 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 23 jun. 2022.

_____. Inquérito Administrativo nº 08700.001797/2022-09. Representante: Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador – ABBT. Representada: iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A.

_____. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representadas: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Julgado em: 26 jun. 2019. Publicado no Diário Oficial da União em: 2 jul. 2019.

DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA. United States of America et al. v. Google LLC, Docket N° 1:20-cv-03010.

DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. Epic Games, Inc. v. Apple Inc. – Docket N° 4:20-cv-05640-YGR.

_____. Rumble, Inc. v. Google LLC, Docket N° 21-cv-00229-HSG.

FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: Entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Google Agrees to Change its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for

Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search. 3 jan. 2013. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc-competition-concerns-markets-devices-smart>. Acesso em: 4 set. 2022.

HOVENKAMP, Eric. Proposed Antitrust Reforms In: *Big Tech: What do They Imply for Competition and Innovation?* 2022. SSRN. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4127334. Acesso em: 4 set. 2022.

HOVENKAMP, Herbert. Monopolizing and the Sherman Act. In: *Faculty Scholarship at Penn Law*, 2769, 2022. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3772&context=faculty_scholarship. Acesso em: 4 set. 2022.

HOFFMAN, Bruce *et al.* O Perigo estará nos detalhes, *JOTA*. 12 jul. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-perigo-estara-nos-detalhes-12072022>. Acesso em: 8 set. 2022.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para mercados digitais. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 9, n. 1, 2021, p. 91.

O'LOUGHLIN, Peter. Cognitive Foreclosure. *Georgia State University Law Review*, v. 38, n. 4, 2022, p. 1097-1178.

OHIO STATE, COURT OF COMMON PLEAS DO CONDADO DE DELAWARE. State ex rel. Yost v. Google LLC, Docket N° 21-CV-H-06-0274.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Abuse of Dominance in Digital Markets*. 2020, p. 54-55. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>. Acesso em: 8 set. 2022.

FTC digs in on Amazon's iRobot deal. *POLITICO*, 2 set. 2022. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2022/09/02/amazons-ftc-problem-keeps-growing-with-irobot-one-medical-probes-00054749>. Acesso em: 4 set. 2022.

SOUSA, Pedro Caro de. *What shall we do about self-preferencing?* *Competition Policy International*, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3w3mxiL>. Acesso em: 8 set. 2022.

UNITED STATES. Senate Judiciary Committee. *Testimony of Sally Hubbard on Competition in Digital Technology Markets: Examining Self-preferencing by Digital Platforms*. Disponível em: <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Hubbard%20Testimony.pdf>. Acesso em: 4 set. 2022.

UNITED STATES. Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on The Judiciary. *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations*. Disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519. Acesso em: 4 set. 2022.

UNITED STATES. The White House. *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*. 9 Jul. 2021. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>. Acesso em: 4 set. 2022.

TRIBUNAL GERAL DA UNIÃO EUROPEIA. Press Release n° 197/21: The General Court largely dismisses Google's action against the decision of the Commission finding that Google abused its dominant position by favouring its own comparison shopping service over competing comparison services. 10 nov. 2021. Disponível em: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-11/cp210197en.pdf>. Acesso em: 8 set. 2022.