

O *DIGITAL MARKETS ACT* (1ª. parte) - a proposta legislativa europeia para regular a concorrência nos mercados digitais e diminuir o poder das *Big Techs*

Demócrito Reinaldo Filho
Desembargador do TJPE

O Parlamento Europeu aprovou na última terça-feira (dia 05/07) o *Digital Markets Act* (DMA), regulamento que complementa a legislação sobre direito da concorrência no âmbito da União Europeia.

O texto do *DMA* já havia sido apresentado pela *Comissão Europeia*¹ desde dezembro de 2020², juntamente com o *Digital Services Act* (DSA), outro pacote legislativo que disciplina a responsabilidade dos provedores de conteúdo e serviços na Internet³.

O *Digital Markets Act* ("Lei dos Mercados Digitais") é uma proposta de regulamento que objetiva limitar o poder de mercado das grandes plataformas on-line. As grandes empresas de tecnologia que prestam os chamados "serviços de plataforma principal", como por exemplo, navegadores, redes sociais, motores de busca, aplicativos de mensagens instantâneas, serviços de intermediação comercial on-line (*marketplaces*), sistemas operacionais, serviços de hospedagem em nuvem (*cloud computing*), serviços

¹A *Comissão Europeia* é o braço executivo da União Europeia.

²Notícia no site português Sapo, publicada em 15.12.20, acessível em: <https://eco.sapo.pt/2020/12/15/bruxelas-propoe-novas-regras-para-travar-dominio-das-grandes-tecnicas/>

³Para saber mais sobre o DSA, sugerimos a leitura de nosso artigo "O *DIGITAL SERVICES ACT* (1ª. parte) - A proposta legislativa europeia mantém a imunidade legal dos provedores de serviços na internet", publicado no site Jus, acessível em: <https://jus.com.br/artigos/96199/o-digital-services-act-1-parte-a-proposta-legislativa-europeia-mantem-a-imunidade-legal-dos-provedores-de-servicos-na-internet>

de distribuição de conteúdo e de publicidade, são mais propensas a práticas comerciais desleais e condutas anticoncorrenciais, devido ao domínio de mercado que exercem nos setores que exploram. Atuam como “porteiros” (*gatekeepers*) de certos espaços ou setores do mercado digital, fazendo a intermediação entre empresas e usuários e impedindo o acesso de novos prestadores de serviços e surgimento de modelos de negócios alternativos, prejudicando sobretudo as pequenas e médias empresas. São plataformas que, pela sua dimensão, gozam de posição consolidada e têm impacto significativo nos mercados digitais, funcionando como porta de entrada para os utilizadores empresariais (*business users*) chegarem a seus clientes (consumidores finais).

Os dominantes *gatekeepers* digitais em regra favorecem seus próprios serviços e impedem usuários de escolher ou ter alternativa a outros serviços. Um fabricante de *smartphone* que impeça a instalação de aplicativos de outros fornecedores fica em condições de aumentar preços a seu critério, privando consumidores dos benefícios que fontes alternativas poderiam trazer. Um motor de busca pode adotar a prática de privilegiar seus próprios serviços (*self-preferencing*) nos resultados das pesquisas, em prejuízo de provedores concorrentes. Um aplicativo de mensagens instantâneas com milhões de usuários pode processar dados pessoais de maneira ilícita e sem preocupação de causar danos, confiando no seu tamanho e popularidade e por saber que estão presos ao seu sistema (efeito *lock in*) e sem opção de interoperabilidade com outros serviços. Um provedor de “serviços de plataforma principal” (*core platform services*) pode, em certos casos, controlar todo um ecossistema de serviços digitais, provendo ao mesmo tempo sistemas operacionais, serviços de busca na internet, navegadores, lojas on-line de

aplicativos e *marketplaces*, como ocorre com os gigantes Google, Apple, Amazon, Facebook e outros. “Grandes plataformas dominantes impediram empresas e consumidores dos benefícios dos mercados digitais competitivos”, disse Margrethe Vestager, Vice-Presidente do programa “Europa para a Era Digital”⁴.

O DMA pretende pôr fim ao domínio absoluto de mercado das grandes plataformas on-line, estabelecendo novas obrigações e proibições diretamente aos “gatekeepers” dos espaços da economia digital. A finalidade é equilibrar a concorrência nos mercados digitais e restringir vantagens concorrenciais das grandes plataformas. Estabelecendo regras mais justas para a concorrência nos mercados digitais, espera-se permitir mais inovação, com o desenvolvimento de novos serviços digitais, ampliando as escolhas dos consumidores.

Somente empresas que operam os “serviços de plataforma principal” (*core platform services*) podem ser consideradas como *gatekeepers* para fins de aplicação do regulamento. Esse conceito abrange os fornecedores de programas para navegar na *web*, motores de busca, lojas de distribuição de aplicativos (*app stores*), assistentes de voz, serviços de hospedagem em nuvem (*cloud providers*) e *marketplaces* em geral. São 10 serviços de plataforma principal que estão sujeitos ao DMA:

- a) serviços de intermediação;
- b) motores de busca;
- c) serviços de redes sociais;
- d) serviços de plataforma de partilha de vídeo;

⁴ Margrethe Vestager é Vice-Presidente da *Europe Fit for the Digital Age*. Disse ela em inglês: “Large gatekeeper Platforms have prevented businesses and consumers from the benefits of competitive digital markets”, durante conferência realizada em 25.03.22, para anunciar e esclarecer o acordo em torno do DMA. Ver em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_1978

- e) serviços de comunicação interpessoal;
- f) sistemas operacionais;
- g) serviços de computação em nuvem;
- h) serviços de publicidade;
- i) navegadores da *web*;
- j) assistentes virtuais⁵.

O regulamento ainda estabelece outros requisitos, para que um controlador de plataforma central possa ser enquadrado legalmente como *gatekeeper* e se submeta à sua disciplina mais estrita. Existem três principais critérios cumulativos que colocam uma empresa sob alcance das normas do *DMA*:

1- Dimensão da empresa e seu impacto no mercado interno europeu: a empresa necessita atingir um volume de negócios anual no Espaço Económico Europeu (EEU) igual ou superior a 7,5 bilhões de euros nos três últimos exercícios financeiros, ou sua capitalização de mercado média equivaler a pelo menos 75 bilhões de euros no último exercício e prestar o serviço de plataforma principal em pelo menos três Estados-membros.

2- Número de usuários: a empresa tem que operar um serviço de plataforma central com mais de 45 milhões de usuários finais (consumidores) ativos mensais residentes na UE e mais de 10.000 usuários corporativos estabelecidos na UE no último exercício financeiro.

3- Posição consolidada e duradora: requisito que se considera atingido quando a empresa cumpre os outros dois critérios nos três últimos exercícios financeiros.

Com o objetivo de eliminar práticas comerciais desleais utilizadas pelas gigantes plataformas digitais e garantir mercados digitais mais abertos e competitivos, o

⁵ Destes dez serviços de "plataforma principal", oito faziam parte da proposta inicial da Comissão Europeia apresentada em dezembro de 2020, mas, durante as negociações, dois outros serviços (assistentes virtuais e navegadores da *web*) foram adicionados à lista original.

DMA estabelece as seguintes obrigações e proibições para os *gatekeepers*:

1- Permitir que usuários possam **desinstalar aplicativos** que venham pré-instalados em equipamentos que funcionam com determinado tipo de sistema operacional e de um modo geral possibilitar alteração das configurações padrão de sistemas operacionais, assistentes virtuais e programas de navegação que direcionem os consumidores para seus próprios produtos ou serviços, propiciando que tenham opção de escolher outros oferecidos por empresas concorrentes.

Em regra, uma plataforma central que simultaneamente controle um programa de navegação e um sistema operacional móvel impõe a seus usuários um pacote pré-determinado de aplicativos. São aplicativos que surgem pré-instalados nos dispositivos móveis, sem chances para o usuário optar por similares, desenvolvidos por outras empresas. Por exemplo, a Google pré-instalava os aplicativos de seu motor de busca e de seu navegador nos equipamentos eletrônicos que funcionam com sistema operacional *Android*. Em 2019, autoridades europeias da concorrência entenderam que tal prática é anticoncorrencial, por propiciar domínio de mercado desses serviços. O DMA adotou essa concepção, ao permitir que os usuários de equipamentos eletrônicos (como telefones, *tablets* e relógios digitais) escolham livremente seu navegador e mecanismos de pesquisa, dentre outros aplicativos essenciais.

2- Consentir que usuários possam **instalar apps oferecidos em outras "lojas" de distribuição** de aplicativos (*app stores*) ⁶, não integrantes do ecossistema de propriedade do *gatekeeper*. Por exemplo, proprietários de

⁶ Desde obviamente que se tratem de aplicativos (*apps*) que funcionem no sistema operacional do ecossistema do *gatekeeper*.

tablets e *smartphones* que funcionem com sistema operacional *Android* (da Google) poderão baixar aplicativos fora da *Google Play* (loja de aplicativos da Google/Alphabet)⁷. De modo idêntico, usuários de *iPhones* e *iPads* (que rodam com *iOS*) poderão adquirir *apps* fora da *App Store* (loja de aplicativos da Apple)⁸.

A Google já permite que usuários de equipamentos que funcionam com o sistema operacional *Android* instalem aplicativos disponibilizados por outras plataformas de distribuição, ou seja, que os baixem fora da *Google Play* (prática conhecida como *sideloading*)⁹. A Apple mantém controle estrito sobre os aplicativos que podem ser instalados em *iPhones* e *iPads*, não permitindo que usuários os baixem de outras fontes. Argumenta que abrir seu sistema operacional para permitir ao usuário baixar aplicativo de outros *websites* ou plataformas enfraqueceria a segurança, deixando os usuários vulneráveis a *malwares* e aplicativos maliciosos.

3- Permitir que usuários da plataforma central (*gatekeeper*) possam cancelar a assinatura de serviços com a mesma facilidade com que os contrataram.

4- Permitir **interoperabilidade** de programas de mensagens instantâneas com seus próprios aplicativos de comunicação. Isso facilitará *softwares* de terceiros (empresas concorrentes) funcionarem adequadamente e interoperarem com seus próprios serviços de mensagens.

⁷ *Google Play* é um serviço de distribuição digital de aplicativos, jogos, filmes, programas de televisão, músicas e livros, desenvolvido e operado pela Google. Ela é a loja oficial de aplicativos para o sistema operacional *Android*, além de fornecer conteúdo digital.

⁸ A *App Store* é um serviço de distribuição digital de aplicativos móveis desenvolvido e operado pela *Apple Inc.* Ela é a loja oficial de aplicativos para o sistema operacional *iOS* e *iPadOS* da Apple. O endereço da *App Store* na Internet é: www.apple.com/br/app-store/ .

⁹ Para que usuários de dispositivos móveis equipados com *Android* possam fazer "sideloading" de aplicativos em outros *websites*, fora da loja *Google Play*, necessitam permitir "fontes desconhecidas" ("Unknown Sources") em suas configurações de segurança.

Aplicativos de mensagens como *WhatsApp* (do Facebook/Meta) e *iMessage* (da Apple) serão forçados a interoperar com programas de empresas menores, como o *Telegram* ou *Signal*, por exemplo. Exatamente como isso vai funcionar será definido em futuras regulamentações, a serem editadas provavelmente pela *Comissão Europeia*, que definirá protocolos e padrões técnicos para viabilizar essa interoperabilidade entre os diversos sistemas de comunicação digital.

Por meio da interoperabilidade, tenta-se coibir que as grandes plataformas, valendo-se de seu imenso tamanho e capacidade de monopolizar a prestação de certos serviços digitais, bloqueiem seus usuários (efeito "lock in"), impedindo que eles se transfiram para outros provedores.

A interoperabilidade não alcança os serviços de *redes sociais*, mas os legisladores europeus se comprometeram a avaliar a possibilidade de estendê-la a esses provedores em momento futuro.

Especialistas em segurança informacional alertam, no entanto, que a exigência de interoperabilidade pode enfraquecer certos sistemas, tornando-os mais frágeis a ataques cibernéticos e comprometendo a privacidade dos usuários.

5- Fornecer às empresas que anunciam em sua plataforma acesso às ferramentas de medição de desempenho e às informações necessárias para que anunciantes realizem sua própria verificação independente, de seus anúncios hospedados pelo *gatekeeper*.

6- Permitir que os utilizadores empresariais (*business users*) promovam suas ofertas e celebrem contratos com seus clientes (consumidores finais) fora da plataforma do *gatekeeper*.

7- Fornecer aos utilizadores empresariais acesso aos dados gerados por suas atividades na plataforma e não usar esses dados quando competir com eles na venda de produtos ou serviços assemelhados.

8- **Não ranquear ou classificar seus próprios serviços ou produtos de maneira mais favorável** do que os comercializados ou anunciados na plataforma pelos utilizadores empresariais. Essa regra visa a banir a prática da "auto-preferência" (*self-preferencing*), que ocorre quando um provedor de plataforma central determina o lugar de destaque ou visualização de produtos e serviços de concorrentes em posição inferior à dos bens que ele próprio comercializa.

Pela nova regra do DMA, o *gatekeeper* deve classificar as ofertas dos fornecedores concorrentes de maneira "justa e não discriminatória". A nova norma pode reequilibrar a posição de plataformas menores de busca de viagens, sites de avaliação de restaurantes e outras empresas cujos *websites* recebem tráfego de motores de busca, quando os clientes pesquisam pelos itens e bens que fornecem. Sob a nova regra, a Google não mais poderá dar preferência às suas próprias listas de viagens ou avaliações de restaurantes. Para os consumidores, isso pode significar que não mais verão o *Google Flights* na parte superior da página de resultados de pesquisa quando quiserem fazer uma viagem.

A Google vem sendo processada sob a acusação de abusar de seu poder de mercado¹⁰ para manipular os resultados das buscas, favorecendo seus próprios produtos. Em dezembro de 2018, procuradores-gerais de 38 Estados dos EUA ingressaram com ação antitruste na Justiça estadunidense, acusando a empresa de práticas

¹⁰ O mecanismo de busca da Google é usado em quase 90% das consultas na internet nos EUA.

anticoncorrenciais. Os procuradores indicam que a Google prioriza seus próprios produtos em detrimento de concorrentes mais especializados, como a *Yelp* e a *TripAdvisor*¹¹.

Em resposta a autoridades da concorrência europeias, depois que foi processada pelo *Yelp*, a Google já havia implementado mudanças nos resultados de pesquisas em seu motor de busca (*search engine*), incluindo a apresentação de resultados de serviços rivais com destaque ao lado dos seus, mas o DMA pode forçá-la a ir mais longe.

9- **Não exigir dos desenvolvedores de aplicativos que usem determinados serviços de seu ecossistema de plataforma digital**, a exemplo de mecanismo de pagamento, como condição para que possam aparecer e ser comercializados nas lojas de aplicativos do *gatekeeper*.

O direito dos desenvolvedores usarem sistemas alternativos de pagamento, para possibilitar compras realizadas dentro do aplicativo (*in-app purchases*), é um assunto recentemente trazido ao debate público em razão da batalha judicial entre a *Apple* e a *Epic Games*, empresa que desenvolve aplicativos de jogos. A receita da loja de distribuição de aplicativos da *Apple* (a *App Store*) provém da cobrança de uma taxa de 30% sobre a venda de *apps* e compras *in-app*¹². A *Epic Games* recusou-se a pagar essa taxa, conferindo aos usuários a possibilidade de utilizar seu próprio sistema de pagamento, o que levou a *Apple* a excluir o aplicativo de sua loja on-line. Em agosto de 2020, a *Epic Games* propôs ação judicial contra a *Apple*,

¹¹ Ver notícia publicada no site Olhar Digital em 18.12.20, acessível em: <https://olhardigital.com.br/2020/12/18/noticias/google-e-processado-em-38-estados-dos-eua-por-manipular-pesquisas/>

¹² A *Apple* diz que a cobrança dessa taxa é necessária para cobrir os custos de manutenção da *App Store*, além de permitir o constante aperfeiçoamento de medidas de garantia da privacidade dos usuários e segurança dos aplicativos na plataforma. No entanto, para contabilizar a comissão da *Apple*, os desenvolvedores acabam fixando um preço mais alto para seus aplicativos, o que termina onerando os consumidores.

acusando-a de práticas monopolistas e anticoncorrenciais. A juíza que apreciou o caso determinou que a Apple permitisse opções de pagamento dentro de aplicativos além do sistema da *App Store*¹³.

10- Não rastrear as atividades de usuários finais (consumidores) fora da estrutura da plataforma, para fins de publicidade direcionada, sem que *consentimento* efetivo seja concedido.

O *DMA* será executado por meio de uma robusta arquitetura de supervisão, com a *Comissão Europeia* responsável pela aplicação das regras, em estreita cooperação com as autoridades dos Estados-Membros da UE. A *Comissão* poderá aplicar sanções e multas até 10% do faturamento global anual de uma empresa, podendo, em caso de reincidência, atingir até 20% do faturamento. No caso de infrações sistemáticas, a *Comissão* também poderá impor medidas comportamentais ou estruturais necessárias para garantir eficácia das obrigações previstas no regulamento, incluindo proibição de novas aquisições ou imposição de alienação de determinados negócios. O *DMA* ainda confere à *Comissão* o poder de realizar investigações de mercado para garantir que as obrigações estabelecidas no regulamento se mantenham atualizadas diante da constante evolução dos mercados digitais.

Depois da revisão linguística, o texto do *DMA* deve ser aprovado pelo Parlamento e pelo Conselho Europeu, entrando em vigor 20 dias após sua publicação no jornal oficial da UE, o que se espera ocorra antes de outubro.

¹³ Ver notícia publicada no site especializado em assuntos de tecnologia *Tudo Celular*, em 08.12.21, acessível em: <https://www.tudocelular.com/mercado/noticias/n179450/apple-perde-processo-para-epic-games.html#:~:text=A%20ju%C3%ADza%20Yvonne%20Gonzalez%20Rogers%2C%20que%20est%C3%A1%20cuidando%20do%20embate,as%20pol%C3%ADticas%20da%20App%20Store.>

Suas regras passam a ser obrigatórias para os *gatekeepers* seis meses depois.

A reação das grandes empresas de tecnologia, já esperada - até porque fizeram intenso lobby contra as novas regras -, se fez sentir em declarações de representantes da Apple e da Google. Em comunicado, a Apple disse estar preocupada quanto à possibilidade de que partes do *DMA* possam resultar no enfraquecimento da segurança e privacidade dos consumidores. A Google manifestou preocupação quanto ao impacto que algumas das novas regras possam causar sobre a inovação tecnológica¹⁴.

Como aconteceu em relação a outros textos legislativos comunitários que disciplinaram relações em ambientes digitais, o novel regulamento deve servir de modelo para outros países¹⁵. O *DMA* é o primeiro conjunto de normas sistematizadas e especificamente desenhadas para eliminar práticas comerciais desleais utilizadas pelas gigantes plataformas digitais e conter o imenso poder de mercado das empresas de tecnologia. Ao contrário do que as empresas que são alvo da regulamentação argumentam, servirá para garantir mercados mais abertos e competitivos, trazendo mais inovação e opções para os consumidores.

Recife, 11.07.22

¹⁴ Ver notícia publicada pela CNN, em 25.03.22, acessível em: <https://edition.cnn.com/2022/03/25/tech/eu-big-tech-competition-rules/index.html>

¹⁵ Seguindo a iniciativa europeia, o Congresso dos EUA prepara uma nova lei antitruste com o objetivo de conter o poder das grandes empresas de tecnologia, patrocinada pela Senadora Amy Klobuchar (Democrata de Minnesota) e pelo Senador Chuck Grassley (Republicano de Iowa). O projeto de lei, que recebeu o nome de "American Innovation and Choice Online Act", conta com apoio bipartidário. Ver notícia publicada em 31.05.22, acessível em: <https://thehill.com/policy/technology/3504031-key-senate-antitrust-bill-hangs-in-the-balance/>