

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

ILTON GARCIA DA COSTA

FABIO FERNANDES NEVES BENFATTI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves; Fabio Fernandes Neves Benfatti; Ilton Garcia Da Costa – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-690-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Transformações na ordem social e econômica.
3. Regulação. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação I

Eis que estamos em meados do ano de 2023, mais especificamente, no mês de junho, novamente, recebendo tantos amigos e pesquisadores a apresentarem seus trabalhos no VI Encontro Virtual do CONPEDI. Aliás, a forma virtual de trabalho e o uso das novas tecnologias são evidentes sinais de transformação na Ordem Social e Econômica que faz urgir a necessária regulação Estatal para que se definam, via intervenção do aparato jurídico-normativo do Estado, as devidas competências, direitos e deveres dos agentes envolvidos em interações físicas e por meio de novéis tecnologias que desafiam, por assim dizer, o clássico Direito. As interações entre os sujeitos de Direito já não são locais e, mesmo, passam a ser internacionais, até mesmo, pelo uso de plataformas digitais que desconhecem fronteiras e jurisdições. Evoluímos nos últimos quarenta anos de forma tão surpreendente que restam, agora e daqui para frente, enormes desafios em se institucionalizar Direito (seja quando da criação de normas ou, ainda, quando da apreciação pelo Poder Judiciário de casos concretos) que esteja concretamente coadunado com a realidade fática de um mundo que avança em sociedade de redes tecnológicas. É o nosso desafio e, assim, passamos a analisar, do ponto de vista acadêmico, diversas possibilidades para entendimento de realidades desafiadoras e que merecem diferentes formas de pensar o legislado e o julgado. Destarte, apresentam-se, então, para a comunidade jurídica, os seguintes artigos:

A CARNE CULTIVADA NO BRASIL: ANÁLISE DO PONTO DE VISTA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS REGULATÓRIAS; de autoria de Amilton Cardoso Dos Santos Junior e Filipe Fortes de Oliveira Portela. Analisando a elaboração de política pública regulatória de pesquisas, produção e comercialização de carne cultivada no Brasil destacando que o processo de elaboração e condução da política pública regulatória deve estar pautado em estudos transdisciplinares

A CONSTITUIÇÃO DE FUNDOS DE ENDOWMENT COMO INCENTIVO REGULATÓRIO A APS DO SUS: O FORTALECIMENTO DAS CAPACIDADES ESTATAIS PELO FINANCIAMENTO; apresentado por Luiz César Martins Loques. Discutindo problemas relacionados a Atenção Primária à Saúde, parte essencial do modelo do Sistema Único de Saúde, expostos pelo Banco Mundial; bem como que, na realidade, no

Sistema Brasileiro administrativo-constitucional não há impedimentos, em princípio, da colaboração da atividade empresarial com a Administração Pública, mormente, via PPPs e fundos de endowment.

A LIVRE INICIATIVA COMO EXPRESSÃO DE LIBERDADE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF; de autoria de Marcelo Benacchio, Vera Lucia Angrisani e Mikaele dos Santos. Tratando da compreensão da livre iniciativa como expressão de liberdade e valor necessário no desenvolvimento social à luz da jurisprudência do STF.

A REGULAÇÃO DE GATEKEEPERS SEGUNDO O DIGITAL MARKETS ACT EUROPEU: AVANÇO REGULATÓRIO OU RETROCESSO PARA INOVAÇÃO? Apresentado por Temis Chenso da Silva Rabelo Pedroso e Tania Lobo Muniz. Discorrendo sobre o conteúdo do Digital Markets Act Europeu publicado no segundo semestre de 2022, com o objetivo de garantir competitividade entre os mercados digitais pela regulação das grandes companhias de tecnologia para se evitar que, abusando de seu poder de mercado, impeçam a entrada de novos concorrentes.

A TELEVISÃO COMO INSTRUMENTO LESIVO AO DESENVOLVIMENTO DA CAPACIDADE COGNITIVA elaborado por Francelino das Chagas Valença Junior e Jessica Manuella Duarte Valença. Discutindo a transformação da capacidade de abstração do ser humano após o surgimento e a massificação da televisão na sociedade moderna e como esse avançar tecnológico está impactando a capacidade de raciocínio das pessoas, evidenciando que estamos, de forma passiva, recebendo inputs que são absorvidos como por osmose sem que façamos qualquer esforço intelectual. Trata-se de verdadeiro “mergulhar” na passividade em frente a uma tela, em geral por diversas horas ao longo do dia.

CAMINHOS PARA A CONSOLIDAÇÃO DA AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL; de autoria de Pedro Augusto Gil de Carvalho. Ensinando que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados está prevista na Lei Geral de Proteção de Dados como Órgão da Administração Pública Federal responsável, dentre outros aspectos, por zelar pela proteção dos dados pessoais, fiscalizar o tratamento dos dados e aplicar sanções quando adequado.

DESENVOLVIMENTO SOCIAL E ECONÔMICO A PARTIR DE PLATAFORMA DIGITAL ELETRÔNICA DE MEIOS DE PAGAMENTO (PIX): UMA VISÃO JURÍDICA A PARTIR DOS IMPACTOS DA PANDEMIA; elaborado por Geovanna Nayane Nunes de Andrade, Eduardo Augusto do Rosário Contani e Patricia Etsuko Issonaga. Lembrando que, a partir da Pandemia de COVID-19 iniciada ao final de 2019, seguido pelo surgimento de uma

onda no Brasil em março de 2020, produziram-se severas restrições às atividades econômicas e sociais em inúmeros setores. Nesse cenário, o artigo estuda o Sistema de pagamentos Pix, concebido na década anterior e concretizado em novembro de 2020, revolucionando o acesso a meios de pagamento de baixo custo e proporcionando a bancarização de muitas pessoas.

INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO: ACESSO À INFORMAÇÃO SOBRE O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE EMPRESARIAL E O IMPULSO PARA O CONSUMO CÍVICO E CONSCIENTE; intuído por Marlene Kempfer e Philippe Antônio Azedo Monteiro. Trabalhando, dentre as possíveis intervenções do Estado Brasileiro (Art. 174 CRFB/88), sobre as relações no domínio econômico, a necessária convergência das condutas de consumo, das empresas e do Estado para o fim de promover eficácia social dos direitos que compõem o conceito de função social da propriedade empresarial.

INTERVENÇÃO ESTATAL EM PROL DAS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE À LUZ DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS; de autoria de Marcus Aurélio Vale Da Silva, Marisa Rossignoli, Bruno Bastos De Oliveira. Defendendo a atuação das micro e pequenas empresas que merecem ser escopo de políticas públicas direcionadas ao desenvolvimento socioeconômico, considerando o tratamento diferenciado previsto no Ordenamento Jurídico brasileiro, que prevê a possibilidade de aplicação de benefícios aos microempreendedores, mas que ainda não atingem os objetivos que transcendem à seara econômica.

LIMITAÇÃO DO DIREITO DE FRUIR DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA: UMA ANÁLISE DAS INTERVENÇÕES JUDICIAIS E LEGISLATIVAS NA LEI DO INQUILINATO NO PERÍODO DA PANDEMIA DO COVID-19; escrito por Paulo Andre Pedroza de Lima e Alisson Jose Maia Melo. Compreendendo como o Legislativo e o Judiciário Federal intervieram nas relações contratuais referente as locações imobiliárias limitando o direito do proprietário de fruir de sua propriedade.

O FENÔMENO CONTEMPORÂNEO DA DESINFORMAÇÃO: REGULAÇÃO DOS AMBIENTES VIRTUAIS COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DAS FAKE NEWS elaborado por Samantha Ramos Paixão de Oliveira e Felipe Aurichio De Camargo. Destacando que se vive a era da informação em meio ao fenômeno da desinformação, curiosamente causado pela quantidade exacerbada, diuturnamente, pelo fenômeno das fake news fazendo urgir a real necessidade de regulação do ambiente virtual, alfabetização midiática, neutralidade da rede e do zero-rating, objetivando a tutela jurídica dessas informações.

O NEOLIBERALISMO CONTEMPORÂNEO E OS EFEITOS NEGATIVOS NA COMPOSIÇÃO MORAL DO INDIVÍDUO; apresentado por Oswaldo Pereira De Lima Junior e Luana Cristina da Silva Lima Dantas. Tratando do neoliberalismo contemporâneo como retorno às ideais liberais clássicas e sobre como seus ideais produzem efeitos negativos indelévels na cultura e na moralidade de um povo. Ainda, concluindo que a lógica desse “novo” neoliberalismo se revela como a principal fonte de alheamentos dos indivíduos em relação ao lado ruim do sistema de economia de mercado, especialmente no que se refere à pobreza, à marginalidade e à exclusão social de minorias.

O PESQUISADOR PÚBLICO E O MARCO LEGAL DE CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO – MLCTI: AS ATUALIZAÇÕES DA CARREIRA DE DOCENTE NO SISTEMA FEDERAL E PARANAENSE; de autoria de Erika Juliana Dmitruk, Estella Ananda Neves e Viviana Samara Yoko Matsui. Investigando a atualização legislativa denominada Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (MLCTI) e seu impacto no desenvolvimento de atividades de pesquisa e desenvolvimento, criação, prestação de serviços tecnológicos e empreendedorismo acadêmico por parte de docentes de universidades públicas federais e paranaenses.

O VALOR ADICIONADO FISCAL (VAF) COMO UMA POLÍTICA ECONÔMICA DE FORTALECIMENTO DA AUTONOMIA FINANCEIRA DOS MUNICÍPIOS; escrito por Daniel Ricardo Davi Sousa, Marisa Rossignoli e Bruno Bastos De Oliveira.

Discorrendo sobre o Valor Adicionado Fiscal (VAF) e sua inserção na divisão de competências tributárias do modelo de federalismo, permitindo o retorno de parte do valor arrecadado para o Município de origem das operações tributadas pelo Imposto de circulação de Mercadorias (ICMS), com o objetivo de garantir o equilíbrio fiscal por intermédio da devolução de parte do valor tributário arrecadado com base na capacidade de geração de riqueza de cada Ente e o fortalecimento da autonomia financeira desses Municípios.

OS DESAFIOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PARA FISCALIZAR O CUMPRIMENTO DE REGULACÕES TRANSNACIONAIS A PARTIR DA METODOLOGIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL; de autoria de Alice Rocha da Silva e Edinei Silva Teixeira. Suscitando análise acerca dos desafios enfrentados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) na fiscalização do cumprimento de regulacões transnacionais, mais especificamente as chamadas soft law, considerando a ausência de acolhimento expresse e formal pelo Estado brasileiro.

POLÍTICAS PÚBLICAS REGULATÓRIAS NO CONTROLE DE BARRAGENS DE MINERAÇÃO: DESAFIOS NA GOVERNANÇA DE UM SISTEMA DESCOORDENADO DE SEGURANÇA; apresentado por Eder Marques De Azevedo.

Destacando que desastres com barragens de megacorporações como o grupo Samarco/Vale /BHP exigem imediata resposta pública, cujos vieses cognitivos, ao conferir notoriedade aos efeitos recentes, não dão aos riscos passados ou desconhecidos a abordagem adequada à sua condição de causa. Como reação instantânea à distorção de foco as políticas ambientais, no setor minerário, têm dado protagonismo a mudanças regulatórias criadas á “toque de caixa”, preocupadas, muito mais, em dirimir a consternação social do que em resolver o dilema de instituições administrativas responsáveis pela fiscalização dos barramentos de rejeitos, cujo fim maior é assegurar as vidas humanas e o meio ambiente envolvidos. O artigo estuda, pois, as implicações da complexidade do sistema público vigente, marcado pela descoordenação entre os órgãos competentes e suas políticas públicas regulatórias, e como a análise das causas pode indicar caminhos no tratamento dos desajustes na governança minerária, amenizando a problemática do controle de segurança.

REGULAÇÃO ESTATAL DAS NOVAS TECNOLOGIAS: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA FRENTE AO RACIOCÍNIO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO; elaborado por Artur Barbosa da Silveira e Mikaele dos Santos. Visando o aprofundamento no debate acerca do raciocínio jurídico do Direito Administrativo frente às novas roupagens da sociedade da informação, que requer de modo mais célere e adaptativo os incentivos ao desenvolvimento econômico-social, apontando que a regulação econômica Estatal das novas tecnologias, quando realizada de forma séria, não coloca em risco os valores humanos conquistados pela sociedade, tampouco conduz à uma situação de insegurança jurídica.

Ao que se observa apresentamos, aqui, o tratamento de temas de suma importância em uma época de mudanças e transformações sociais que fazem urgir o repensar do próprio Direito sob pena de que reste, para Este, a desconexão fática com a realidade local, regional nacional e internacional. Convidamos, pois, a todos e todas para a leitura dos textos que seguem como forma de contribuição para o repensar de um Direito imerso em realidade que se transforma a olhos vistos em sociedade, agora, altamente influenciada pelas novas tecnologias.

Junho de 2023.

Everton Das Neves Gonçalves

Universidade Federal de Santa Catarina

Ilton Garcia Da Costa

UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná

Fabio Fernandes Neves Benfatti

Universidade do Estado de Minas Gerais

A REGULAÇÃO DE GATEKEEPERS SEGUNDO O DIGITAL MARKETS ACT EUROPEU: AVANÇO REGULATÓRIO OU RETROCESSO PARA INOVAÇÃO?

THE GATEKEEPERS REGULATION ACCORDING TO THE EUROPEAN DIGITAL MARKETS ACT: REGULATORY ADVANCEMENT OR RETROGRESSION FOR INNOVATION?

Temis Chenso da Silva Rabelo Pedroso ¹
Tania Lobo Muniz ²

Resumo

Discorre sobre o conteúdo do Digital Markets Act Europeu publicado no segundo semestre de 2022, com o objetivo de garantir competitividade entre os mercados digitais pela regulação das grandes companhias de tecnologia para se evitar que, abusando de seu poder de mercado, impeçam a entrada de novos concorrentes. A problemática cinge-se ao estudo do normativo, analisando os principais desafios de referida regulação, como as obrigações impostas às grandes empresas de tecnologia, a dificuldade de sua implementação e exigibilidade, o sucesso em reduzir a fragmentariedade de regulações no cenário europeu. Discorre sobre as características da estruturação da tecnologia de plataformas, com o denominado mercado de dois lados, seu desenvolvimento em camadas sucessivas e as regras inerentes ao sistema seja por meio de seus bloqueios técnicos, seja pelos conhecidos termos de uso. Por fim, verifica o impacto desta normativa para a inovação, investigando se as restrições impostas aos detentores da tecnologia de plataformas terão ou não o condão de prejudicar a sua ocorrência.

Palavras-chave: Gatekeepers. regulação. digital markets act. inovação. mercado de dois lados

Abstract/Resumen/Résumé

Discuss the content of the European Digital Markets Act published in the second half of 2022 which aims of ensuring fair competition in the European Digital Markets by regulating big technology companies from abusing their market power and preventing the entry of new competitors. The research focus on the study of the regulation, analysing challenges on this regulation, such as the obligations imposed on gatekeepers, the difficulty of implementation and its enforcement, the success in reducing the fragmentation on European regulations scenario. It discusses the characteristics of the structuring of platform technology, with the so-called two-sided market, its development in successive layers and the rules inherent to the system, either through its technical blocks or through the well-known terms of use. Lastly,

¹ Doutoranda em Direito Negocial pela Uel, mestre em Direito, docente do curso de Direito da UEL.

² Doutora e mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora adjunta do Curso de Direito da UEL.

this paper checks the impact of the Digital Markets Act on innovation investigating whether the imposed restrictions on platform technology holders will have the effect of hampering its occurrence.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Gatekeepers. regulation. digital markets act. innovation. two sided market

INTRODUÇÃO

Na tentativa de assegurar uma concorrência de mercado mais justa, que possibilite a entrada de novos participantes, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia aprovaram o *Digital Markets Act* (DMA), instrumento que tem por escopo coibir o abuso de poder de mercado por grandes companhias de tecnologia pelo estabelecimento de obrigações aos denominados *gatekeepers*.

Neste artigo, buscar-se-á elucidar o papel destes *gatekeepers* e, a partir desta compreensão, analisar o normativo europeu para verificar sua adequabilidade, eventuais fragilidades e o impacto de suas determinações para o ambiente de inovação. Para tanto, iniciar-se-á com o esclarecimento de aspectos técnicos relativos à atuação e estrutura destas plataformas, uma vez que a compreensão do alcance e efetividade dos instrumentos regulatórios relativos às tecnologias digitais depende do conhecimento do seu funcionamento, para, na sequência, passar-se-á ao normativo em si mesmo.

A modalidade de pesquisa a ser adotada para este artigo é básica, com investigação bibliográfica em doutrina especializada, impressa e digital, composta por artigos, livros e periódicos.

1 ENTENDENDO A FUNÇÃO DOS *GATEKEEPERS*

Antes de se adentrar ao mérito do DMA, cumpre aqui esclarecer acerca da técnica envolvendo a figura dos denominados *gatekeepers*.

A *internet* foi criada com o intuito de propiciar uma rede resistente a toda sorte de ataques, por não possuir um ponto central de controle, sendo distribuída. Diferentemente do sistema de telecomunicações e radiodifusão, em que a partir de um ponto único, aprovado por uma autoridade governamental, haveria o envio da informação, a descentralização da *internet* permitiu que todos os usuários se tornassem aptos a produzir e consumir inovações digitais. Se num primeiro momento a comunidade de usuários foi composta por cientistas da computação e especialistas em informática, a partir de 1990 houve um consumo massificado com literalmente bilhões de novos usuários, em sua maioria sem qualquer conhecimento técnico do funcionamento da tecnologia consumida (BELLI, 2022, p. 57).

Surge assim a principal característica da *internet*, a ideia de inovação pelas pontas:

O valor agregado da internet [...] é sua capacidade de recombina, em momentos escolhidos, produtos informacionais e processos informacionais para gerar um novo resultado, que é imediatamente processado pela rede, em um processo infinito de produção de informação, comunicação e feedback em tempo real ou tempo escolhido. (CASTELLS, 2004, p.11, trad. Livre).

Seu *design* implicou o oferecimento de uma funcionalidade mínima para transmissão de dados que permitisse que a inovação viesse a ocorrer pelas extremidades, ou seja, pelos aplicativos desenvolvidos e compartilhados pelos usuários (BELLI, 2022, p. 57). Entrou aí a relevância da neutralidade de rede, impedindo a discriminação de fluxos de dados, evitando-se bloquear discricionariamente qualquer conteúdo ou aplicativo.

Importante ressaltar que ainda que a *internet* não fosse a única rede, ela passou a ser considerada rede das redes em razão de sua tecnologia que permite conectar múltiplos sistemas computacionais, operados pela mais diversa sorte de sujeitos como empresas, consumidores, grupos de indivíduos, governos, em localidades diversas e em seu próprio idioma.

Isto se tornou possível a medida em que foi constituída em camadas, em protocolos TCP/IP, norma fundamental que permite que qualquer computador, em qualquer rede, se comunique com os demais regulando os dados para que possam ser transferidos de uma rede para outra. O TCP/IP é uma base que permite que outros aplicativos de *software* comuniquem seus dados e possam ser executados “por cima” da *internet*.

A inovação acontece nas bordas de forma que o sistema central de redes não é alterado. Os aplicativos usados decompõem e recompõem corretamente as informações, enquanto as redes eletrônicas usando TCP/IP permitem que o pacote de dados seja transmitido de forma eficiente. É assim uma rede geral, baseada na abertura, descentralidade e interoperabilidade (BELLI, 2022, p. 56-60).

Neste ambiente, alguns provedores de tecnologias digitais, em processos essencialmente inovadores, acabaram alterando esta característica ao consolidar uma expansão de centralização e concentração digital.

As plataformas são novos atores na indústria de distribuição de conteúdo. Elas fornecem infraestrutura para permitir interações autorizadas entre os envolvidos e são regidas por governanças e regras próprias. Entre suas características tem-se a bilateralidade de mercados (*two sided markets*), a virtualidade e os dados como principal ativo.

O principal objetivo da plataforma é conectar as pessoas físicas ou jurídicas usuárias de seus serviços para que possam realizar as interações pretendidas, sejam econômicas ou sociais:

O Quinto Andar é uma plataforma na qual um dos grupos busca comprar ou assumir o aluguel de um imóvel e o outro grupo quer vender ou entregar o aluguel de seu imóvel para alguém. O Quinto Andar não está no ramo imobiliário como uma construtora ou empreendedora. A empresa não possui imóveis e não os comercializa. Quem comercializa imóveis são os usuários de um dos lados do mercado. O serviço prestado pela empresa é outro, de natureza fundamentalmente diferente: ela permite que os usuários dos dois lados se encontrem mediante uma redução enorme dos custos de transação. (LOBEL, 2016, p. 106, trad. livre).

Embora não seja o número de usuários ou interações o foco central da plataforma o “número maior de usuários aumenta a chance de que cada um deles consiga obter na plataforma uma interação que considere satisfatória” (HARTMANN, 2022, p.28). Exemplifica o autor:

Se um consumidor está considerando escolher a plataforma A ou B para buscar serviço de transporte individual e a plataforma A possui 5 mil usuários passageiros, enquanto a plataforma B possui 50 mil, então naturalmente a escolha desse consumidor recairá sobre a plataforma B. Isso porque o número maior de passageiros significa capacidade maior de atrair usuários do tipo motorista. (HARTMANN, 2022, p. 28).

Como consequência a plataforma maior atrairá sempre mais novos usuários e os que ali já se encontram dificilmente migrarão para serviços com menor volume de consumidores. É o que a doutrina chama de efeito *lock in*, ou seja, “quando o custo de mudar do fornecedor deste produto para um outro fornecedor for muito alto.” (USP, s.d.).

Para o DMA analisado mais a frente, os *gatekeepers* são as empresas que oferecem os serviços essenciais de plataforma, como redes sociais, mecanismos de busca, sistemas operacionais e compartilhamento de vídeo com significativa expressão no mercado europeu.

A preocupação a respeito da atuação destes *gatekeepers* pode ser explicada em uma analogia ao ambiente feudal. Belli (2022, p. 53-54) explica que muros, barreiras e outras defesas aos castelos medievais foram desenvolvimentos tecnológicos que representaram avanços em proteção de recursos, bem como permitiram penetrar defesas alheias, estabelecendo vantagens sobre os outros feudos, cidades ou quaisquer outros rivais. Havia portões pelos quais a comunicação ao mundo externo era possível, por onde o comércio se realizava e que servia também como pontos de controle. A regulação deste comércio internacional foi feita por meio da *lex mercatoria*, consistente em um conjunto de costumes compartilhados e boas práticas.

Nos dias atuais, o ambiente digital tem características semelhantes, com criação de barreiras protetivas e pontes de comunicação. Os dados circulam por meio de redes gerenciadas por provedores de *internet*. Embora sejam de diferentes nacionalidades, estruturas e *designs*, estas redes compartilham padrões técnicos comuns, em uma linguagem universal, que

asseguram sua interoperabilidade, ou seja, troca de dados entre *hardwares* e *softwares*, aos quais se denomina *lex informatica*, e que Lessig (2006, p. 7), denominou código.

É a *lex informatica*, compreendida como o conjunto de regras e técnicas, que definirá a arquitetura dos produtos e serviços digitais, determinando quais serão disponibilizados, o que é passível de ser suportado e a capacidade da troca de dados.

Noutra ponta, há os denominados termos de serviços, instrumentos formulados unilateralmente pelos provedores, estabelecendo como estes poderão ser utilizados, qual será a possibilidade de coleta de dados, como serão processados e compartilhados pelo provedor, a *lex electronica*.

Tanto a *lex informatica* quanto a *lex electronica* são formulações privadas, com um caráter autorregulatório decorrente de um processo colaborativo, em que provedores desenvolvem uma padronização técnica para facilitação da troca de informações entre diferentes redes, ou unilateralmente por um agente que vise controlar um *hardware* ou *software* por ele próprio fornecido. Neste caso, há a possibilidade de um provedor relevante no mercado digital acabar por vincular uma imensa gama de serviços e provedores que dependam de *software* e *hardware* por ele regulados:

Um exemplo claro pode encontrar-se na regulação privada dos sistemas operacionais dominantes (Android ou iOS), cujos termos contratuais (ou seja, a *lex electronica*) e estrutura técnica (ou seja, a *lex informatica*) interessam não somente ao consumidor, mas também a qualquer desenvolvedor de aplicativos e serviços que sejam oferecidos no âmbito dos ecossistemas digitais suportados por tais sistemas operacionais. (BELLI, 2022, p. 54).

Há que se compreender a complexidade do sistema, que sempre se inicia com a regulação privada a partir da *lex electronica* (estrutura contratual), e da *lex informatica* (estrutura técnica), não sendo possível descumprir um pré-requisito imposto pela arquitetura da plataforma (LESSIG, 2006, p.7).

Qualquer dispositivo que venha ser conectado a uma rede de acesso a *internet* poderá encontrar barreiras que limitem a troca de dados, ou acessos para comunicação e comércio (*gateways*), que os regulem ou moldem. Serão estas estruturas arquitetônicas digitais, os *hardwares* e *softwares*, que farão as vezes das muralhas de outrora, protegendo e controlando o fluxo dos dados:

Graças ao uso do código e da arquitetura do sistema como modelos inescapáveis de imposição de suas regras, a Apple consegue forçar qualquer desenvolvedor a ceder uma parcela da renda gerada pelos seus aplicativos. Do outro lado, a gigante proíbe qualquer dono de um aparelho celular da marca de obter qualquer aplicativo para seu celular que não seja via a própria (HARTMANN, 2022, p.32).

O sistema inicialmente aberto, descentralizado e interoperável, por meio de regras arbitrárias e inderrogáveis (já que decorrem da *lex informatica*), fecham a plataforma, impedindo o fluxo de dados.

Estando organizada em camadas, a arquitetura dos sistemas impõe que um aplicativo esteja limitado a um sistema operacional, que também tem de se submeter as regras da *internet* com seus protocolos como HTTP, UDP, TCP. Por fim, dependem de um *hardware* (celular). As camadas bases imporão restrições às superiores e o usuário se encontra tolhido nas escolhas, e em um ciclo contínuo, que aumenta ainda mais o volume de dados e usuários da plataforma a qual está vinculado.

E assim, estes provedores acabam por agigantar-se em tamanho de usuários e dados o que, em tese, pode reduzir quando não impedir a entrada de novos *players* no cenário dos mercados digitais.

2 O SURGIMENTO DO DMA E SUAS INTENCIONALIDADES

O *Digital Markets Act* é um normativo que foi proposto pela Comissão Europeia em 2020 e que, após dois anos de tramitação com intensas discussões, veio a ser aprovado pelo Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia em setembro de 2022 (EUROPEAN COUNCIL, 2022).

Não foi o primeiro regramento relativo ao mercado digital. O DMA se inclui com outros normativos europeus empreendidos desde 2014, quando da implementação de propostas sobre o *Digital Single Market*, na tentativa de adaptar a legislação europeia aos desafios trazidos pelos mercados digitais e que compreendiam áreas como a cultura digital, conectividade, compras eletrônicas, vida digital entre outros (EUROPEAN COMMISSION, 2015).

Igualmente, baseou-se nos arts. 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFEU), os quais abordam as práticas anticompetitivas e abuso de posição dominante que possam afetar os negócios entre os países membros ou reduzir a competitividade no mercado comum europeu, reconhecendo a necessidade de um instrumento direcionado às particularidades decorrentes da atuação das plataformas (EUROPEAN COMMISSION, p. 27).

O texto final foi publicado no Diário Oficial da União Europeia em 12 de outubro de 2022, entrando em vigência 20 (vinte) dias depois, em 01 de novembro de 2022 (EUROPEAN COUNCIL, 2022).

Foi estabelecido um prazo de 6 (seis) meses para o início de sua aplicação com a identificação dos potenciais *gatekeepers* para a Comissão. Após este procedimento, serão

concedidos mais 6 (seis) meses para as adequações impostas, quando então, a partir de 6 de março de 2024, as sanções poderão ter sua aplicação iniciada (EUROPEAN COMMISSION, 2022).

O enquadramento de uma plataforma na condição de *Gatekeeper* foi vinculado ao preenchimento de critérios quantitativos, como indicadores de parcelas de mercado, números de usuários afetados, tempo de uso e médias de retorno financeiro¹, e também qualitativos, como a capacidade de controle de acesso ou a vantagem decorrente de sua posição dominante (MADIEGA, 2020, p. 5).

O DMA admite a contestabilidade das empresas ao enquadramento, devendo esta apresentar indicadores que a excluam desta condição, bem como permite que a Comissão Europeia realize o enquadramento quando entenda que a plataforma é provedora de um serviço digital essencial, ainda que não preenchidos todos os critérios presumidos (EUROPEAN COMMISSION, 2022, p.31).

Ao todo, são dez setores conhecidos como *Core Platforms Services*² (CPS), capazes de afetar em alguma medida o mercado, sendo eles: a) mecanismos de busca; b) intermediação de serviços; c) redes sociais; d) compartilhamento de vídeos; e) sistemas de comunicação; f) serviços de publicidade; g) sistemas operacionais; h) serviços de armazenamento em nuvem; i) assistentes virtuais; j) serviços de navegação (EUROPEAN COMMISSION, 2022, p.28).

Não fica claro se outras companhias que realizem atividades como música ou viagens também venham a ser incluídas. Já as denominadas *Big Techs*, empresas gigantes na área da tecnologia, como Apple, Google, Meta, Amazon e Microsoft, aparecem claramente como o alvo de tal regulamentação que busca que seus comportamentos devam permitir competitividade no mercado europeu, que atualmente se encontra altamente concentrado, caracterizando-se pelo “*winner takes all*”³.

O documento elenca obrigações e proibições, baseado na experiência de práticas anteriormente investigadas e punidas por autoridades concorrenciais.

¹ os critérios são: volume de negócios no Espaço Econômico Europeu igual ou superior a 6.5 bilhões de euros nos 3 últimos exercícios financeiros, ou se a capitalização média na bolsa ou o justo valor de mercado a 65 bilhões de euros no último exercício financeiro e prestar serviço essencial de plataforma em, ao menos, 3 Estados-membros; prestar serviço essencial de plataforma a mais de 45 milhões de usuários finais situados na União mensalmente e mais de 10 mil usuários profissionais situados na União, anualmente, considerado o último exercício financeiro; Manutenção de posição dominante de forma permanente e duradoura, nos últimos 3 exercícios financeiros (EUROPEAN COMMISSION, 2022, p. 30).

² Em tradução livre: Plataforma de serviços essenciais.

³ Em tradução livre: o vencedor leva tudo.

Entre as obrigações encontram-se a permissão dos usuários finais desinstalar aplicativos pré-instalados; assegurar compatibilidade de aplicativos de outros fornecedores ao sistema operacional do *gatekeeper*; permitir que aplicativos e lojas de aplicativos sejam acessados por outros meios; fornecimento de informações aos anunciantes sobre preços e aos editores sobre remunerações, com acesso gratuito às ferramentas para avaliação de desempenho do *gatekeeper* bem como com as informações necessárias para sua própria verificação sobre o inventário de anúncios (EUROPEAN COMMISSION, 2022, p. 33-34).

Dentre as proibições encontram-se abster-se de combinar dados pessoais de seus serviços com outros serviços da mesma plataforma ou de terceiros; abster-se de inscrever usuários finais em outros serviços para combinar dados; não restringir os usuários comerciais de levar às autoridades públicas as reclamações relacionadas às suas práticas; não agrupar ao seu serviço essencial outros serviços de identificação, ou outros serviços essenciais de *gatekeepers*; não realizar a *self-preference* de seus próprios produtos e serviços em detrimento de produtos e serviços de terceiros concorrentes (EUROPEAN COMMISSION, 2022, p. 33-34).

Por fim impõe restrições às *killers acquisitions*⁴ que são as aquisições realizadas com o intuito de excluir concorrentes em potencial. Exemplo bastante conhecido foi a compra do WhatsApp pelo Facebook:

Similar concerns were raised in the acquisition of WhatsApp for \$19 billion, the second most expensive acquisition by GAFAMs behind Microsoft's acquisition of LinkedIn (for \$26 billion). Published Facebook conversations and charts show that Facebook was monitoring WhatsApp and found that its user base was steadily increasing in such a way that it could evolve to become a competitor of Facebook. (PARKER; PETROPOULOS; ALSTYNE, 2021, p. 10).⁵

O DMA estabelece que qualquer ato de concentração entre plataformas ou com relação a empresas de serviços digitais que permitam a coleta de dados deverá ser previamente comunicado a Comissão (EUROPEAN COMMISSION, 2022, p. 43).

⁴ Em tradução livre: aquisições assassinas.

⁵ Em tradução livre: Preocupações semelhantes recaíram sobre a compra do WhatsApp por U\$ 19 bilhões, a segunda mais cara aquisição da GAFAM (sigla que designa o grupo de *Big Techs* composto por Google, Amazon, Facebook Apple e Microsoft), atrás apenas da ocorrida pela Microsoft ao adquirir o LinkedIn (por U\$ 26 bilhões). Ao serem publicadas conversas do Facebook se constatou que ele estava monitorando WhatsApp e descobriu que sua base de usuários estava aumentando significativamente de forma que poderia vir a evoluir e transformar-se em uma concorrente do Facebook.

Poderão ainda serem estabelecidas pela Comissão outras medidas, de caráter estrutural e comportamental para garantir as obrigações do regulamento, inclusive mediante a realização de investigação de mercado.

3 ANALISANDO O DMA E SEU IMPACTO À INOVAÇÃO

As plataformas objeto da regulação do DMA figuram como intermediárias no mercado digital de dois lados. Nesta função, conseguem regular o comportamento dos usuários, por meio de seus termos de serviço (contratos por adesão, produzidos unilateralmente e sem qualquer poder de barganha ao aderente e que, ainda mais gravemente, estabelecem a possibilidade de alterações e implementações posteriores), como reguladores privados e por meio de seus algoritmos que selecionam, privilegiam, bloqueiam conteúdos e fluxos de dados.

Se verifica que houve uma delegação de funções regulatórias e controles por parte dos Estados às empresas de tecnologia justamente em razão destas serem as detentoras do conhecimento e das técnicas necessárias para executar o controle necessário.

A regulação tradicional por meio de estabelecimento de leis e decisões judiciais nos moldes do Direito Público e das relações internacionais vinha se mostrando ineficiente e neste caso, agravadas pelas barreiras geográficas e o âmbito transnacional onde os intermediários atuam digitalmente, não sendo possível a nenhum Estado reivindicar a legitimidade para o estabelecimento de normas vinculantes.

Por meio da *private ordering* definida a partir da *lex eletronica* e *lex informatica*, os atores privados, neste caso as empresas de tecnologia, foram chamados no atendimento das leis relativas à propriedade intelectual, *fake news*, discursos de ódio entre outros, fosse por filtros prévios, bloqueios ou remoções de conteúdo.

É de se ressaltar que a regulação que decorre da arquitetura dos espaços digitais possui um nível e uma escala muito maiores e precisas que as regulações *off line*. São precisas, autoexecutáveis e inderrogáveis. Neste sentido, esclarece Belli (2022, p. 54):

É claro que, como explicarei, a legislação tradicional – ou seja, a tradicional *lex* – e os instrumentos regulatórios “clássicos” podem intervir e moldar o funcionamento das ferramentas normativas privadas anteriormente mencionadas. No entanto, para poder elaborar e implementar a *lex* para regular a tecnologia digital de maneira eficiente, é fundamental compreender não somente como funciona a tecnologia digital, mas também o valor regulatório da *lex informatica* e da *lex electronica*. Na ausência de legislação específica, ou da implementação adequada dessa legislação – para a qual é essencial um correto entendimento de como funciona a tecnologia –, a principal fonte de

regulação no mundo da tecnologia digital é de origem privada, exatamente como era no mundo feudal.

O grande dilema é que empresas privadas tem por finalidade a maximização de lucros e ampliação de mercados, sem dever de imparcialidade ou transparência. Enquanto uma regulação tradicional visa uma atuação independente, que atenda ao interesse público, isenta de pressões políticas e econômicas e cujas decisões baseiem-se em entendimento técnico e científico, uma regulação privada, embora possa ser eficiente e ainda que busque pacificar determinados conflitos (por exemplo, direitos autorais ou discursos de ódio), sempre privilegiará o atendimento de seu modelo de negócios o que implicará em redução de custos, prevenção de suas responsabilidades, busca por aumento de sua eficiência e ampliação de seu mercado.

Há que se considerar que vida digital envolveu toda a sociedade, suas interações sociais, grande parte das econômicas e serviços estatais. O volume de dados de usuários que são gerados permite aos seus detentores o monitoramento, a análise do comportamento de consumo, seus interesses, suas convicções ideológicas, religiosas e políticas.

Estes dados conferem uma vantagem substancial aos participantes deste mercado de dois lados, posto que por vezes é justamente o volume de usuários e a organização dos dados pela plataforma que gerará o benefício buscado pelo usuário. Esta característica deste modelo de negócio implica em um novo desafio regulatório como explica Hartmann (2022, p. 27):

Quando a tecnologia é em si uma plataforma, os órgãos reguladores e tribunais falham em reconhecer que as características do produto ou serviço prestados são influenciados de maneira decisiva justamente pela organização em plataforma, com um mercado de dois lados. Tratam o uber e o 99 como serviços com as mesmas características, vantagens e defeitos de um serviço de taxi.

Outro ponto relevante diz respeito a concentração digital, eis que a melhoria dos serviços está, em regra, ligada à existência de concorrentes. Nos mercados digitais tem-se a centralização nas mãos de poucas empresas que estabelecem de verdadeiras muralhas a entrada de novos *players*, ocasionando um fechamento vertical de mercado, estendendo-se às cadeias adjacentes e falhando no cumprimento da neutralidade de rede. Os estudos econômicos trazem elementos substanciais para análise dos mercados digitais e sua “escala sem massa”, sem bens físicos e crescimento rápido e exponencial (MATTOS, 2022).

A constatação deste excesso de poder atribuído a estes intermediários, bem como o flagrante conflito de interesses para a regulação privada ensejou a elaboração de documentos por diversas autoridades regulatórias em todo o mundo, dentre as quais se encontra o DMA. Nos dizeres da eurodeputada dinamarquesa Christel Schaldemose ao comentar o DSA (*Digital*

Services Act, integrante do mesmo pacote regulatório europeu): “Por muito tempo, as gigantes da tecnologia beneficiaram da ausência de regras. O mundo digital transformou-se num faroeste, com as [empresas] maiores e mais fortes a ditar as regras. Mas há um novo xerife na cidade” (PARLAMENTO EUROPEU, 2023).

O esforço regulatório do normativo é louvável. A busca pela garantia da interoperabilidade, permitindo a interação e inserção de sistemas e serviços de concorrentes dentro do ambiente virtual de sua plataforma, redundando em solução eficiente, já que a plataforma, em razão do efeito rede e outros fatores, tende sempre ao monopólio (ZINGALES; LANCIERI, 2019, p. 3).

A regulação privada dos *gatekeepers* torna obrigatória a opção do usuário, ante o domínio de tecnologias verticalmente integradas. É o caso de empresas como o Google, que “constituindo *walled gardens* em camadas adjacentes da experiência do usuário, como o conteúdo (buscador de *internet*) que é acessado via o navegador (Chrome) dentro de um sistema operacional (Android)” (HARTMANN, 2022, p. 31).

Por outro lado, analisando os termos do DMA são forçosas algumas constatações.

Há particularidades do setor de mercados digitais que nem sempre se enquadram nas regras e práticas tradicionais concorrenciais. O regulamento impõe deveres e abstenções, além de procedimentos a empresas de tecnologia cuja característica é a de uma constante atualização e aperfeiçoamento.

Por meio do DMA, a Comissão Europeia busca realizar uma regulação *ex ante* assimétrica, direcionada a quem o próprio regulamento enquadre como *gatekeeper*, podendo, além das consideradas gerais, estabelecer obrigações específicas analisadas caso a caso.

A regulação *ex ante* é uma imposição de regras a um setor que tem o potencial para antecipar e prevenir falhas de mercado. Esta escolha decorreu do fato de que, embora em termos concorrenciais o paradigma sempre tenha sido a abordagem *ex post*, esta implica no risco de que não apenas as falhas de mercado ocorram como também se consolidem.

Contudo, apenas quando a intervenção regulatória ocorre após a falha de mercado é que se tem informações relevantes para os reguladores como custos, externalidades negativas para que haja uma solução e sanção proporcional ao dano e ao impacto econômico ocorrido (MAKIYAMA; GOPALAKRISHNAN, 2020).

Portuese (2022, p.1) identifica 3 (três) desafios ao DMA: “*First, it will increase regulatory fragmentation. Second, its disproportionate blanket obligations and prohibitions*

*will be economically detrimental and legally controversial. Third, it will be difficult to implement, as some of its provisions clash with other European regulations.*⁶”

Relativamente ao aumento da fragmentariedade, embora a intenção do DMA estampada no seu art. 1º fosse no sentido de “contribuir para o bom funcionamento do mercado interno” (EUROPEAN COMMISSION, 2022, p. 27), sendo justificada pela própria Comissão que “*in the absence of action at EU level, action may be taken in diferente ways by Member States, risking the fragmentation of the single market and increased costs and frictions for platforms business users seeking to do business cross-border*”⁷ (EUROPEAN COMMISSION, 2020, p.8), o DMA permitiu que houvesse iniciativas de regulamentações adicionais por cada Estado-Membro, o que pode ensejar interpretações divergentes, além da execução de suas determinações, que poderão também ocorrer de forma descentralizada.

No tocante a dificuldade de sua implementação, a questão diz respeito a possibilidade de confusão uma vez que já existem diversos outros normativos, cujos textos colidem com o constante no DMA de forma que “*gatekeepers, seeking to minimize their legal risks, will adopt a more precautionary approach to innovation, ultimately harming consumers and overall, economic growth*”⁸ (PORTUESE, 2022, p. 15).

Por fim, o volume de obrigações e abstenções impostos aos *gatekeepers*, que preocupam tanto no aspecto da lógica econômica quanto na desconsideração de seus direitos.

Algumas restrições como o *self-preference* são práticas muito comuns empresariais e por vezes, implicam em benefícios ao consumidor. Por vezes serviços associados oferecem vantagens como melhores custos e prazos, que beneficiam tanto consumidores quanto usuários profissionais destas plataformas.

É de se reconhecer que práticas ora consideradas proibidas pelo DMA como coleta e combinação de dados, são em verdade inovadoras e proporcionaram bem-estar ao consumidor e melhoria em diversos setores.

O desenvolvimento destas tecnologias melhorou comunicação, logística, comércio entre tantas funcionalidades que passaram a ser acessíveis ao público em geral pelo custo mais baixo que decorre de uma economia de escala.

⁶ Em tradução livre: Primeiro, o DMA vai aumentar a fragmentação regulatória. Segundo seu desproporcional cobertor de obrigações e proibições será economicamente prejudicial e legalmente controverso. Terceiro, será difícil de ser implementado, já que algumas de suas determinações conflitam com outras regulamentações europeias.

⁷ Em tradução livre: Na ausência de ação ao nível de União Europeia, podem ser tomadas ações em diferentes formas pelos Estados Membros, correndo o risco de fragmentação ao mercado comum e aumento de custos e atritos para os usuários profissionais das plataformas, que buscam negócios para além das fronteiras.

⁸ Em tradução livre: os *gatekeepers*, procurando reduzir seus riscos jurídicos, irão adotar uma abordagem mais precavida para a inovação, o que prejudicará consumidores e acima de tudo, o crescimento econômico.

A instituição destas regras poderá gerar custos de conformação a serem repassados para as pontas da plataforma, de acordo com sua forma de precificação. Estas pontas podem ser consumidores, ou micro e pequenos empresários, autônomos que sentirão substancialmente os efeitos deste custo.

O cuidado na regulação, especialmente em caráter prévio, reside no fato de se poder barrar processos inovativos pelo receio justificado das sanções que dela possam decorrer: “A intervenção estatal nas novas tecnologias, mesmo quando necessária, precisa proteger e preservar a capacidade de inovação da iniciativa privada” (HARTMANN, 2022, p. 12).

Há que se analisar, ainda, a questão da proporcionalidade das obrigações e proibições. Isto porque em regra, para fins de concorrência as presunções são refutáveis. As proibições desconsideram a regra da eficiência e podem, inclusive, ocasionar um cenário ainda de maior concentração em dados setores.

O direcionamento do DMA às *Big Techs* americanas é evidenciado e desconsidera a diferenciação de tratamento entre a conduta de promover a competição com a conduta que a suprime.

Não se pode olvidar que o setor de tecnologia requer um investimento elevado em infraestrutura, e o faturamento não corresponde necessariamente a obtenção de lucros. Além disto, sem conseguir uma base de usuários expressiva, dificilmente o negócio irá se desenvolver no ambiente de plataforma de dois lados.

Various examples demonstrate how de DMA will prevent nondominant companies from competing – turning principles of competition law on their head. For instance, within de music streaming industry, the DMA will regulate apple Music (which has 15 percent market share) while exempting Spotify (31 percent market share). In the travel industry, the DMA will impose restrictions on Google Flights while exempting such incumbents as Expedia. Within the social media industry, the DMA will regulate Facebook while exempting Twitter⁹ (PORTUESE, 2022, p. 7).

Fica claro que não é exclusivamente o tamanho que implica o domínio de mercado. Fica o questionamento sobre as intencionalidades do instrumento, ou seja, se redundava exclusivamente em seu objetivo de estabelecer um ambiente competitivo nos mercados digitais ou se, implicitamente, pretende favorecer outras empresas, em especiais europeias, frente aos atuais grandes *players* do mercado.

⁹ Em tradução livre: Vários exemplos demonstram como o DMA vai evitar companhias que não são as dominantes de competir, levando a baixo os princípios da lei concorrencial. Por exemplo, com a indústria de transmissão de música, o DMA vai regular a *Apple Music* (que detém 15% do mercado) enquanto exonerará o *Spotify* (que detém 31% do mercado). Na indústria de viagens, o DMA vai impor restrições ao *Google Flights* enquanto exonerará a *Expedia* destas incumbências. Na indústria das mídias sociais, DMA vai regular o *Facebook*, mas não o *Twitter*.

O risco do engessamento da inovação, que no atual modelo de negócios acontece pelas pontas, se afigura um fator relevante, especialmente quando os critérios utilizados pelo regulador não estão atualizados com o desenvolvimento tecnológico.

Neste sentido, Schumpeter já advertia: “Uma regulamentação racional e não vingativa pelas autoridades públicas constitui problema extremamente delicado, cuja solução não pode ser confiada a qualquer órgão público, especialmente quando se levanta um clamor contra as grandes empresas” (SCHUMPETER, 1961, p. 119).

No ambiente dos mercados digitais, a história recente demonstra que cercear a inovação pode se tornar o principal entrave justamente a quebra de domínio de mercado. Alguns exemplos mostram que é a própria inovação que remodela o poder de mercado. Foi assim que o Facebook acabou por substituir o Orkut e o MySpace. O Google superou outros buscadores como AltaVista, Cadê e Yahoo!.

Hoje se discute se as novas inteligências artificiais generativas, em especial o Chat GPT irão desbancar o posto das gigantes de tecnologia, o que ocorre não por normas de restrição, mas de novas ferramentas que representem interesse e vantagem aos seus usuários. Em resposta, mais investimentos em inovação: “Google investe em inteligência artificial para bater de frente com o Chat GPT. Google investe pesado para competir com Chat GPT da Open AI, que responde a questões formuladas por humanos” (CORREIO BRAZILIENSE, 2023).

O recente DMA que passou a vigência neste ano deverá mostrar a que veio. Em conseguindo equilibrar a proteção ao ambiente concorrencial com uma margem de liberdade suficiente para não sufocar a inovação poderá ser o divisor de águas que permita a continuidade de disponibilização de novos e mais eficientes serviços pelas companhias já existentes, bem como a entrada de novas tecnologias que possam por sua qualidade superá-las em qualidade e em domínio de mercado.

CONCLUSÃO

A análise do *Digital Markets Act* vem na esteira da compreensão do desenvolvimento de um novo modelo econômico e de negócio, em que produtos e serviços são negociados por meio de plataformas, sistemas desenvolvidos que permitem aos seus usuários sua atuação pelas pontas.

A ausência de regulação por parte dos Estados, delegada a atores privados via *lex electronica* e *lex informática*, ensejou que empresas privadas detentoras da técnica, em processos inovadores e disruptivos acabassem por atrair uma base gigantesca de usuários e com

eles seus dados, ativo essencial neste formato de negócio.

Em resposta a práticas que vieram a ser consideradas anticoncorrenciais e lesivas a consumidores, autoridades de todo o mundo viram a necessidade de reagir com a imposição de regramentos. No cenário europeu a Comissão Europeia após intensos debates elaborou um conjunto de normativos, dentre os quais se encontra o DMA.

Este, define seus destinatários, estabelece obrigações, abstenções e procedimentos, além de sanções a serem aplicadas para o caso de descumprimento de suas determinações.

O esforço regulatório tende a ser objeto de espelhamento por diversas outras autoridades em todo o mundo, e justamente por isto merece uma análise à luz das suas possíveis consequências para a inovação.

Aspectos como a necessária harmonização com outros normativos já existentes para evitar contradições interpretativas, a fragmentariedade que pode ensejar em razão da exigibilidade de suas determinações pelos Estados Membros europeus e mais especialmente, a possível intimidação a inovação, pelos riscos das novas tecnologias desenvolvidas incidirem em proibições do DMA são pontos ainda em aberto que a sua entrada em vigência e a exigibilidade de seus termos deverá oferecer soluções.

Igualmente, questões relativas a proporcionalidade de suas medidas e a destinação de suas restrições, devem permanecer em constante aperfeiçoamento, levando em consideração as particularidades dos mercados digitais, com economia de escala, alto investimento e com inovação ocorrida pelas pontas do mercado de dois lados.

Por fim, importante reconhecer que a história recente demonstra que a própria inovação possui o condão de remodelagem deste mercado, ao apresentar produtos e serviços disruptivos que tendem a assumir o controle do mercado, o que deverá ser preservado quando da aplicação do referido normativo.

REFERÊNCIAS

BELLI, Lucca. Fundamentos da regulação da tecnologia digital: entender como a tecnologia digital regula para poder regulá-la. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; CONWAY, Carol Elizabeth [et. al.] (coords). **Regulação e novas tecnologias**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2022.

CASTELLS, Manuel. *Informationalism, networks, and the network society: a theoretical blueprint*. Disponível <https://annenbergl.usc.edu/sites/default/files/2015/04/28/Informationalism%20and%20the%20Network%20Society.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2023.

CORREIO BRAZILIENSE. **Google investe m inteligência artificial para bater de frente com o Chat GPT.** 2023. Disponível em <https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2023/02/5075122-google-investe-em-inteligencia-artificial-para-bater-de-frente-com-o-chat-gpt.html>. Acesso em: 23 abr. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **Digital Markets Act: rules for digital gatekeepers to ensure open markets entre into force.** 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_6423 Acesso em: 03 abr. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **Digital Markets Act: impact assessment support study : executive summary and synthesis report,** Publications Office, 2020, Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0a9a636a-3e83-11eb-b27b-01aa75ed71a1/language-en>. Acesso em: 03 abr. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **Digital Markets Act.** 2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925>. Acesso em: 03 abr. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. **Digital Single Markets.** 2015. Disponível em https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_en. Acesso em: 03 abr. 2023.

EUROPEAN COUNCIL. **DMA: Council gives final approval to new rules for fair competition online.** 2022. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/07/18/dma-council-gives-final-approval-to-new-rules-for-fair-competition-online/> Acesso em: 03 abr. 2023.

HARTMANN, Ivar. Introdução a regulação de novas tecnologias. In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; CONWAY, Carol Elizabeth [*et. al.*] (coords). **Regulação e novas tecnologias.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2022.

LESSIG, Lawrence. **Code: version 2,0.** New York: Basic Books, 2006.

LOBEL, Orly. *The Law of the platform.* **Minnesota Law Review**, vol. 101, 2016.

MADIEGA, Tambiama. **Regulating digital gatekeepers Background on the future digital markets act.** 2020. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/659397/EPRS_BRI\(2020\)659397_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/659397/EPRS_BRI(2020)659397_EN.pdf). Acesso em: 02 abr. 2023.

MAKIYAMA, Hosuk-Lee; GOPALAKRISHNAN, Badri Narayanan. *Economic costs of ex-ante regulations.* ECIPE Occasional Papers, 2020. Disponível em: <https://ecipe.org/publications/ex-ante/>. Acesso em: 27 mar. 2023.

MATTOS, César. **Características Econômicas das Grandes Plataformas Digitais e o Poder de Mercado.** 2022. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/cesar-mattos/>. Acesso em: 06 nov. 2022.

PARKER, Geoffrey; PETROPOULOS Georgios; VAN ALSTYNE, Marshall. **Platform mergers and antitrust**. 2021. Disponível em: https://www.bruegel.org/sites/default/files/wp_attachments/WP-2021-01.pdf. Acesso em: 02 abr. 2023.

PARLAMENTO EUROPEU. **A Lei dos Mercados Digitais e da Lei dos Serviços Digitais da UE em detalhe**. 2023. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/society/20211209STO19124/a-lei-dos-mercados-digitais-e-da-lei-dos-servicos-digitais-da-ue-explicadas>. Acesso em: 23 abr. 2023.

PORTUESE, Aurelien. The Digital Markets Act: A Triumph of Regulation over Innovation. 2022. Disponível em: <https://www2.itif.org/2022-digital-markets-act.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia** (Editado por George Allen e Unwin Ltd., traduzido por Ruy Jungmann). Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961. Disponível em: <https://www.institutomillennium.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Capitalismo-socialismo-e-democracia-Joseph-A.-Schumpeter.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2023.

USP Lock in. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~is/ddt/mac339/projetos/lock-in/lockin-final.html#:~:text=1&text=1.1%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20Um%20usu%C3%A1rio%20de,intenso%20em%20siste>. Acesso em: 05 abr. 2023.

ZINGALES, Luigi; LANCIERI, Filippo. **Stigler committee on digital platforms: policy brief. Chicago Booth**: Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. Disponível em: www.publicknowledge.org/wp-content/uploads/2019/09/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf . Acesso em: 15 jan. 2023.