



## Digital Markets Act: porque uma regulação ex ante para plataformas?

Anna Cecília Moreira Cabral\*<sup>1</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente trabalho é demonstrar a efetividade da regulação de plataformas digitais de maneira ex ante no âmbito concorrencial, a partir do estudo do Digital Market Act criado na União Europeia. Para isso, serão analisados os casos da Google que ocorreram na União Europeia antes da publicação do Digital Markets Act e considerá-los a partir de critérios objetivos para demonstrar a ineficiência resultante da lacuna regulatória que existia anteriormente, e, assim, demonstrar a efetividade de uma regulação estruturada de forma adequada e que respeita os conceitos da teoria da regulação no que se refere à regulação de novas tecnologias. A questão a que se pretende responder é se, de fato, esta regulação ex ante pode ser considerada eficiente tornando-se uma tendência para outros países do mundo. Nesse sentido, o presente artigo pretende justificar, com isso, que a regulação ex ante estabelecida pelo Digital Markets Act a respeito dessa temática será mais adequada no tratamento de casos envolvendo o tema, visto que o grande desafio desse tipo de regulação é estabelecer equilíbrio entre segurança jurídica, flexibilidade, precisão e velocidade da aplicação da lei.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITO DA REGULAÇÃO. REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS DIGITAIS. DIGITAL MARKETS ACT. REGULAÇÃO EX ANTE.

### Digital Markets Act: Why ex ante regulation for digital platforms?

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to demonstrate the effectiveness of ex ante regulation of digital platforms in the competitive sphere, based on the study of the Digital Markets Act created in the European Union. To this end, the Google cases that occurred in the European Union before the publication of the Digital Markets Act

<sup>1</sup> \*Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará e mestranda na FGV Direito Rio. E-mail: anna.cabral@fgv.edu.br



will be analyzed and considered from objective criteria to demonstrate the inefficiency resulting from the regulatory gap that existed previously, and thus demonstrate the effectiveness of a properly structured regulation that respects the concepts of the theory of regulation regarding the regulation of new technologies. The question to be answered is whether, in fact, this ex ante regulation can be considered efficient, becoming a trend for other countries in the world. In this sense, this paper intends to justify that the ex-ante regulation established by the Digital Markets Act on this issue will be more adequate in the treatment of cases related to the subject, since the great challenge of this type of regulation is to strike a balance between legal certainty, flexibility, precision and speed in the application of the Digital Markets Act.

**KEY WORDS:** REGULATORY LAW. REGULATION OF DIGITAL PLATFORMS. DIGITAL MARKETS ACT. EX ANTE REGULATION.

### **1. INTRODUÇÃO**

O estudo observado nos últimos anos a respeito da regulação de novas tecnologias indica que os temas estão intimamente interligados, pois a tecnologia, muitas vezes, requer regulamentação para garantir que seja utilizada de forma ética e responsável. O ritmo acelerado da inovação tecnológica levou ao desenvolvimento de novas ferramentas e plataformas que têm o potencial de transformar a sociedade de forma significativa. Porém, essas inovações também apresentam novos desafios e riscos que precisam ser enfrentados. Desse modo, um dos principais objetivos da regulação no setor tecnológico é proteger os interesses dos usuários e dos indivíduos em geral. Isto pode incluir garantir que os produtos e serviços tecnológicos sejam mais seguros e confiáveis, protegendo dados pessoais e privacidade, e promovendo a concorrência e mercados justos. Portanto, a regulação também pode desempenhar um importante papel na promoção do uso responsável da tecnologia, a partir de leis e políticas que abordam questões, hoje, essenciais para a sociedade como a disseminação de desinformação, reforço de vieses discriminatórios, dentre muitos outros problemas.

O foco deste artigo é tratar do problema em que algumas poucas plataformas digitais exercem uma posição dominante de mercado tornando a competição econômica no setor injusta. Por isso, estabelecer um marco regulatório tem um papel fundamental



par estabelecer equilíbrio nesse cenário. Assim, a hipótese deste artigo é de que a regulação de concorrência e plataformas digitais pode ser efetiva quando feita de maneira ex ante. Na União Europeia, país pioneiro em regulação no setor, as autoridades já se manifestaram a favor desse tipo de abordagem, visto que criaram um marco regulatório chamado Digital Markets Act que tenderá a servir de modelo para o mundo, assim como foi com a General Data Protection que deu início a discussões sobre a questão de estabelecer leis para proteção de dados dos usuários em outros lugares do mundo. Com isso, a regulação de concorrência e plataformas digitais tem sido uma questão cada vez mais importante na União Europeia (UE) nos últimos anos, devido à crescente dominância de algumas grandes empresas de tecnologia no mercado digital. Estas empresas, conhecidas como "gatekeepers" na terminologia da UE, incluem plataformas online, mecanismos de busca e redes sociais, e têm sido alvo de preocupações em relação à competição, à justiça e à proteção de dados pessoais.

Para lidar com estes problemas, a União Europeia tem desenvolvido uma série de medidas regulatórias, incluindo a proposta de lei chamada de Digital Markets Act (DMA), que visa regular o comportamento das empresas que operam a partir de plataformas digitais. Para realizar o diagnóstico proposto aqui, será feita a análise de casos de grande relevância da plataforma Google que causaram impactos consideráveis no mercado em que, à época, não havia regulação sobre o tema e que não bem-sucedidos em suas resoluções. Assim, os casos serão mapeados e contextualizados para que seja feita uma análise comparativa e entender por que eles deram errado, de acordo com alguns critérios estabelecidos aqui. Tais critérios se referem a quanto de recurso a regulação ex post dispendeu, os custos de *compliance*, o tempo de mora para julgamento no judiciário, a existência de transparência, a qual permite maior segurança contra termos discriminatórios, a previsibilidade, a questão de contestabilidade dos mercados, captura regulatória, tempo de aplicação da lei, modelos tradicionais de regulação ex ante e estrutura orientada por plataformas.

A partir disso, ao compreender como funcionaram os casos em que a regulação não existia e o motivo pelo qual não foram tratados de maneira eficientes, será realizada análise da efetividade de um marco regulatório ex ante por meio de quebra da métrica e estabelecendo critérios objetivos mencionados acima. Nesse sentido, o presente



artigo pretende justificar, com isso, que a regulação ex ante estabelecida pelo Digital Markets Act a respeito dessa temática será mais adequada no tratamento de casos envolvendo o tema, visto que o grande desafio desse tipo de regulação é estabelecer equilíbrio entre segurança jurídica, flexibilidade, precisão e velocidade da aplicação da lei.

Além disso, a metodologia será descritiva e também, dada a utilização de seleção de casos para a confecção deste artigo, pesquisa empírica, visto que serão extraídos e analisados dados de casos concretos para testar a hipótese. No primeiro capítulo, será feita a contextualização de como e porque surgiu o DMA. No segundo capítulo, a delimitação e justificativa dos critérios que serão utilizados para realizar a análise pretendida será estabelecida. Por fim, no terceiro capítulo, serão apontados os casos selecionados e analisados de acordo com os parâmetros indicados anteriormente.

## **1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO SURGIMENTO DO DIGITAL MARKETS ACT**

O conceito de regular as plataformas digitais com poder de mercado dominante não é novo, e tem sido objeto de debate por muitos anos. Entretanto, a ascensão da tecnologia e a crescente centralização do mercado online tornaram a questão mais urgente nos últimos tempos. Como as plataformas digitais cresceram em tamanho e influência<sup>2</sup>, tem havido grandes preocupações sobre sua capacidade de controlar o acesso à informação, asfixiar a inovação e favorecer injustamente certos produtos ou empresas.

Em resposta a estas preocupações, a Comissão Europeia lançou uma série de investigações sobre o comportamento das plataformas chamadas de “gatekeeper”<sup>3</sup> no mercado digital. Estas investigações incluíram uma avaliação preliminar do setor de comércio eletrônico em 2017, bem como um inquérito setorial sobre plataformas online e o mercado de publicidade digital em 2018. Com isso, foram encontradas evidências de práticas potencialmente anticoncorrenciais por parte das plataformas “gatekeepers”,

---

<sup>2</sup> Um estudo de 2019 publicado na revista "Computers in Human Behavior" examinou o crescimento das redes sociais em todo o mundo e concluiu que o número de usuários de redes sociais aumentou significativamente nos últimos anos, com o Facebook sendo a rede social mais popular.

<sup>3</sup> Termo utilizado para definir plataformas digitais que possuem um grande poder de mercado.



incluindo o uso de dados para favorecer injustamente seus próprios produtos e serviços, e o estabelecimento de termos e condições injustos para as empresas que utilizam seus serviços.

Com base nas conclusões destas investigações, em 2020, a Comissão Europeia propôs o Digital Markets Act como uma forma de regular o comportamento das grandes plataformas no mercado digital, visando estabelecer uma regulamentação ex ante dessas plataformas, o que significa que regras e padrões seriam colocados em prática antes que certas atividades ocorram, a fim de evitar comportamentos anticoncorrenciais. O marco regulatório em questão gerou debates significativos entre os formuladores de políticas, as partes interessadas da indústria e os acadêmicos.

Antes de prosseguir, faz-se necessário definir o Digital Markets Act (DMA). Trata-se de uma legislação proposta na União Europeia que visa regulamentar o comportamento de plataformas online com poder de mercado significativo. O DMA tem o objetivo de garantir a concorrência leal no mercado digital e proteger os consumidores contra práticas prejudiciais abusivas por parte das plataformas online dominantes. Para isso, o DMA define um "*gatekeeper*" como uma plataforma digital que possui certas características específicas, sendo elas: ter uma grande base de usuários, fornecer um serviço de plataforma central e ter um impacto significativo no mercado interno. Desse modo, os "*gatekeepers*" estarão sujeitos a um conjunto de obrigações estabelecidas de forma ex ante, incluindo o dever de agir imparcialmente e de não discriminar concorrentes ou consumidores, abordando o domínio de um pequeno número de grandes empresas de tecnologia na economia digital, o que tem levantado preocupações sobre concorrência, justiça e a proteção de dados pessoais. Além disso, o DMA propõe a criação de uma nova Autoridade de Mercados Digitais para aplicar as disposições da lei e monitorar o comportamento das plataformas digitais que se enquadram nas características apresentadas acima e também possui o poder de impor multas e outras sanções aos que violem as disposições do ato.

Uma das principais preocupações tratadas pelo marco regulatório em questão é a capacidade das plataformas online dominantes de alavancar seu poder de mercado para se engajar em práticas desleais, tais como a auto-preferência, que ocorre quando uma plataforma dá tratamento preferencial a seus próprios produtos ou serviços em



relação aos de seus concorrentes. O objetivo do DMA é evitar essas práticas, exigindo que os “gatekeepers” implementem medidas para garantir a igualdade de tratamento de todos os produtos e serviços.

Nesse sentido, é possível afirmar que a preocupação principal abordada pelo DMA é o uso de algoritmos por plataformas online para manipular a classificação de produtos e serviços. Assim, o marco regulatório exige que os “gatekeepers” divulguem os algoritmos que utilizam para classificar tais produtos e serviços, e que forneçam explicações para quaisquer decisões de classificação que possam ser consideradas discriminatórias ou injustas do ponto de vista concorrencial. Por isso, a Lei de Mercados Digitais (Digital Markets Act) representa um passo significativo para regulamentar o comportamento das plataformas online dominantes e garantir a concorrência leal no mercado digital, sendo uma importante peça de legislação que terá um impacto relevante na forma como as plataformas online operam e ajudará a proteger os consumidores de práticas prejudiciais.

Ao estabelecer uma série de disposições para promover a concorrência e evitar o abuso de poder de mercado por parte de *gatekeepers* digitais, as plataformas seriam obrigadas a proporcionar tratamento igual a todas as empresas que utilizam seus serviços, inclusive em termos de acesso a dados, algoritmos e outros recursos, a fornecer termos de serviço claros e transparentes, e seriam proibidas de discriminar certas empresas ou categorias de empresas. Ademais, o DMA exige que os *gatekeepers* permitam que terceiros acessem suas plataformas e forneçam acesso aos dados e algoritmos em termos justos, razoáveis e não-discriminatórios. Igualmente, também estão inclusas disposições para proteger dados pessoais, abrangendo a exigência de que elas obtenham consentimento explícito dos usuários antes de coletar ou processar seus dados, e uma proibição do uso de dados pessoais para publicidade direcionada sem consentimento.

Dito isso, a regulação em questão estabelece uma forma de regulamentação ex ante dessas plataformas. Por isso, é necessário que se compreenda que a regulação ex ante refere-se a medidas regulatórias que são postas em prática antes que uma determinada atividade que venha a desequilibrar o ambiente em que está inserida ocorra. Como explicitado anteriormente, no contexto do DMA, isso envolve o



estabelecimento de regras e normas que as plataformas devem seguir a fim de evitar comportamentos anticoncorrenciais.

Portanto, uma área de foco para a regulamentação ex ante sob o DMA é o uso de algoritmos e dados por plataformas “gatekeepers”. Essas plataformas, quase sempre, dependem de algoritmos sofisticados e acesso a grandes quantidades de dados a fim de fornecer recomendações personalizadas e publicidade direcionada aos usuários. Entretanto, há preocupações de que estes algoritmos e dados possam ser utilizados de forma inadequada em favor de certas empresas ou produtos, ou que possam ser utilizados para coletar informações pessoais sensíveis dos usuários sem seu conhecimento ou consentimento. Por isso, o propósito de abordar estas preocupações estabelecendo regras em torno do uso de algoritmos e dados por plataformas *gatekeepers* está relacionada com o fato de que os danos proporcionado em um cenário de lacuna regulatória podem ser irreversíveis.

Outra área de foco para regulamentação ex ante sob o DMA são as formas pelas quais as plataformas interagem com empresas terceirizadas que utilizam seus serviços. Por exemplo, foram levantadas preocupações sobre os termos e condições que essas empresas “gatekeepers” estabelecem para com outras empresas que vendem produtos ou serviços através de suas plataformas, bem como as formas pelas quais elas apresentam e promovem esses produtos e serviços aos usuários. O DMA estabelece, justamente, regras em torno destas interações a fim de garantir que elas sejam justas e transparentes, para evitar distorções graves nesse mercado. Por isso, entende-se que a forma de regulação ex ante nesse contexto promove a concorrência e a inovação no mercado digital, ao proteger tanto os consumidores quanto as empresas menores contra práticas anticompetitivas por parte das plataformas “gatekeepers”.

## **2. CRITÉRIOS PARA ANÁLISE DE EFICIÊNCIA DA REGULAÇÃO EX ANTE NO ÂMBITO DO DMA**

Sabe-se que a regulação de novas tecnologias possui alguns desafios particulares a serem enfrentados, visto que as questões regulatórias se modificam rapidamente ao longo do tempo, pois as inovações tecnológicas em si se modificam e





estão sempre em constante evolução<sup>4</sup>. Formadores de políticas e, até mesmo, o judiciário tem encontrado dificuldade em suas decisões sobre a temática, já que as medidas legislativas e judiciais não andam na mesma velocidade que a evolução tecnológica. Por isso, os países tentam descobrir como encontrar o equilíbrio entre não conter o avanço da inovação e não ignorar essa lacuna regulatória que implica em diversas consequências para os indivíduos.

Diante de um contexto de regulação que visa agir preventivamente, à princípio, erroneamente, pode até haver uma impressão equivocada de que a regulação ex ante vai necessariamente prejudicar a inovação ou de que ficaria automaticamente obsoleta em razão do veloz avanço tecnológico. Contudo, uma regulação ex ante, na verdade, deve ser pontual e cirúrgica, de modo que um dos fatores mais relevantes a serem considerados se referem ao momento em que se dará a intervenção que requer ser minuciosamente avaliada, permitindo que a regulação seja eficiente.

As dificuldades apontadas pela teoria da regulação a serem consideradas ao se pensar em regular são emblemáticas. A primeira delas seria o “pacing problem”, um termo usado para descrever a lacuna entre o ritmo a que a tecnologia está avançando e o ritmo a que a sociedade é capaz de se adaptar a ela e utilizá-la. Isto pode levar a uma série de questões, incluindo ruptura social, desigualdade econômica e até mesmo riscos de segurança.

Assim, é importante para a sociedade considerar cuidadosamente as consequências potenciais das novas tecnologias e abordar quaisquer questões que possam surgir à medida que elas são introduzidas. Em relação ao problema da obsolescência de inovações tecnológicas ao longo do tempo, muito se discute sobre tecnologias mais antigas tornam-se ultrapassadas e muitas vezes perdem seu valor e, conseqüentemente, a razão de regular. Por isso, a questão do “pacing problem” é um desafio significativo que indivíduos, organizações e sociedade devem enfrentar a fim de

---

<sup>4</sup> RANCHORDÁS, Sofia; VAN'T SCHIP, Mattis. Future-proofing legislation for the digital age. **Time, Law, and Change** (Hart, 2020, Forthcoming), University of Groningen Faculty of Law Research Paper, n. 36, 2019.





acompanhar o ritmo acelerado das mudanças tecnológicas e garantir que todos possam se beneficiar dos avanços que ela traz.

Na mesma linha, é preciso considerar também o problema do “disconnection regulation” referente à lacuna entre o ritmo do avanço tecnológico e a capacidade dos órgãos reguladores de efetivamente regular e controlar o uso de tais tecnologias. Tal desafio pode levar a uma variedade de outras questões, incluindo danos potenciais a indivíduos, organizações e à sociedade como um todo. Um exemplo importante de desconexão regulatória é a falta de regulamentação nas tecnologias emergentes, visto que, à medida em que novas tecnologias são desenvolvidas, pode levar tempo para que os órgãos reguladores se aproximem e implementem diretrizes e regulamentos apropriados para garantir seu uso seguro e responsável. Outra questão relacionada à desconexão regulatória é a incapacidade dos órgãos reguladores de fazer cumprir, por meio de *enforcement*, efetivamente as regulamentações sobre as tecnologias existentes, e isso se torna mais evidente quando a tecnologia evolui e se torna mais complexa, podendo ser um desafio para os órgãos reguladores acompanhar e garantir que indivíduos e organizações estejam cumprindo as regulamentações relevantes. As questões apresentadas são fatores significativos que devem ser enfrentados para garantir o uso seguro e responsável de tecnologias novas. Contudo, isto exige que os reguladores considerem os avanços tecnológicos, implementem e façam cumprir efetivamente as regulamentações para proteger indivíduos, organizações e a sociedade como um todo.

Sem a pretensão de indicar todos os problemas de forma exauriente, outro importante desafio é "O Dilema de Collingridge" que se refere ao desafio de equilibrar os benefícios e os custos das tecnologias emergentes. O fato é que Collingridge argumentou que muitas vezes é difícil prever o impacto total de uma nova tecnologia quando ela é desenvolvida, e que seus benefícios podem não ser plenamente realizados até que ela se torne amplamente adotada. Entretanto, uma vez que uma tecnologia se torna arraigada, pode ser muito difícil reverter ou controlar seus impactos negativos. Comisso, cria-se um dilema para os formuladores de políticas que precisam decidir se devem permitir que uma inovação seja desenvolvida e adotada sem compreender



plenamente suas consequências potenciais, ou tentar regular ou restringir seu uso antes que ela se torne amplamente utilizada.

Entretanto, existem diversas estratégias que os entes reguladores e outros interessados podem utilizar para enfrentar o Dilema Collingridge. A primeira delas, seria a regulação antecipada, ou seja, regulamentar uma tecnologia antes que ela se torne amplamente utilizada para que seja possível ajudar a mitigar seus impactos negativos e garantir que ela seja desenvolvida de forma responsável. Em segundo lugar, permitir a participação do público e envolvê-lo nas discussões sobre os potenciais impactos de uma nova tecnologia, o que faz com que seja garantido que as perspectivas de todas as partes interessadas sejam consideradas na tomada de decisões. Em terceiro lugar, é preciso que haja um planejamento de contingência que se refere a previsão de potenciais resultados negativos que a tecnologia pode trazer, contribuindo para minimizar seu impacto, caso eles ocorram. Por fim, apenas para considerar as estratégias existentes na literatura, existe também a engenharia reversa que seria uma forma de desenvolver estratégias para reverter a adoção de uma tecnologia, uma vez que ela tenha se tornado amplamente utilizada, para mitigar seus impactos negativos.

Ao enfrentar este dilema, os formuladores de políticas podem ajudar a garantir que os benefícios das tecnologias sejam realizados enquanto minimizam seus potenciais impactos negativos. Entretanto, para enfrentá-lo, é importante que a sociedade considere cuidadosamente os riscos e potenciais benefícios das novas tecnologias antes que elas sejam amplamente adotadas. Assim, é possível considerar a criação de estruturas regulatórias ou outras formas de supervisão para garantir que as consequências negativas de uma inovação sejam minimizadas. Ademais, faz-se necessário o envolvimento em diálogo e debate público para assegurar que as vozes de todas as partes interessadas sejam ouvidas e levadas em consideração.

Portanto, existe também a ideia de que a regulação deve ser adaptativa e dinâmica, de modo a acompanhar as constantes mudanças na tecnologia e no mercado. Assim, os reguladores precisam estar atentos aos desenvolvimentos tecnológicos e aos seus impactos e devem estar prontos para atualizar as leis e regulamentos conforme necessário. Ao mesmo tempo, é imprescindível reconhecer que regulamentação excessiva também pode asfixiar a inovação e o progresso. Equilibrar a necessidade de



regulamentação com o desejo de promover a inovação tecnológica é um desafio complexo<sup>5</sup>, e requer uma cuidadosa consideração dos riscos e benefícios potenciais de diferentes abordagens regulamentares.

Em sentido semelhante, uma das principais premissas deste trabalho no estudo da regulação e da inovação é compreender se o Digital Markets Act foi capaz de estabelecer um equilíbrio entre a proteção dos direitos dos consumidores e a promoção da inovação. Por isso, é importante que haja disposições adequadas para garantir que as empresas cumpram as leis e os regulamentos aplicáveis, porém também é importante que essa regulação não seja tão restritiva a ponto de inibir a inovação e o crescimento econômico.

Diante de todas essas considerações, alguns critérios foram utilizados para avaliar a regulação em questão. O primeiro deles se refere ao fato de que se faz necessário que o poder público estabeleça uma quantidade de recurso financeiro e temporal para o julgamento de casos, os quais não possuam qualquer tipo de regulação, em que, muitas vezes, os custos para despender tais recursos tornam-se desproporcionais quando se considera que poder-se-ia estabelecer uma regulação que trate sobre o tema e que seja capaz de evitar o conflito judicial. Além disso, há também o fato de a regulação evitar a fragmentação do mercado e os custos de *compliance*, visto que ela promove uniformidade e maior segurança jurídica nesse caso, pois permite que o mercado transfronteiriço seja preservado sem que haja decisões nacionais divergentes aplicadas a casos idênticos. Esse critério possui grande importância, em razão de que tais plataformas digitais operam em diversos países com o mesmo modelo de negócio.

Na mesma direção, existe o critério da transparência. O Digital Markets Act, em seu texto, apresenta uma série de requisitos que as plataformas devem cumprir para que seja fornecida maior segurança contra possíveis vieses algorítmicos

---

<sup>5</sup> BATISTA, Patrícia; KELLER, Clara I. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.



discriminatórios<sup>6</sup> que são problemáticos ao incorrerem em estereótipos excludentes dos indivíduos. Por conseguinte, entende-se também que uma regulação ex ante aumenta a possibilidade de contestação por parte da sociedade e do poder público já que as obrigações a serem cumpridas pelos “gatekeepers” estão expressamente contidas no DMA. Além disso, outro critério considera as chances de captura regulatória, no sentido de que um número pequeno de empresas de tecnologia tem sob seu comando a maior parte do valor que é gerado no setor. Com isso, a falta de regulação implica em captura pelas próprias plataformas, pois poucas delas estão intermediando o maior número de transações no mercado.

Quanto a mais dificuldades provenientes de uma possível regulação ex post, a aplicação da lei de defesa da concorrência europeia demora muito tempo para ser aplicada, o que não seria a melhor solução para mercados que são dinâmicos e se modificam rapidamente. Para tanto, a existência de previsibilidade nas adequações as quais as empresas do setor estão submetidas é importante, pois, previstas as obrigações e penalidades no texto da lei, há maior segurança a respeito das “regras do jogo”.

### 3. ANÁLISE DOS CASOS DA GOOGLE

O Google já enfrentou vários casos na União Europeia relacionados à legislação de concorrência e à posição dominante da empresa no mercado. Em 2017, a Comissão Europeia multou a empresa em 2,42 bilhões de euros por violar regras antitruste da União Europeia, promovendo seu próprio serviço de comparação de compras sobre os de seus concorrentes e, ainda, foi acusada de colocar restrições em sites de terceiros que usaram seus resultados de pesquisa publicidade, levando a mais investigações e possíveis multas.

Além desse caso, a União Europeia também procurou opções regulatórias para mecanismos de busca e intermediação de serviços on-line, como o Google através do

---

<sup>6</sup> A discriminação algorítmica ocorre em situações em que objetivando solucionar problemas e auxiliar a tomada de decisão, por meio das previsões e probabilidades que podem ser subtraídos dos dados, podem ocorrer situações em que se produzam resultados discriminatórios que refletem preconceitos já existentes na sociedade.



Regulamento nº 1150 de 2019 e as Diretrizes sobre Transparência de Ranking da Comissão Europeia de acordo com o Regulamento nº 1150, publicado em dezembro de 2020. Estes esforços regulatórios visaram aumentar a concorrência no mercado e garantir um tratamento justo para todas as empresas que operam no espaço on-line.

Em razão disso, os casos do Google na União Europeia destacam a importância da concorrência justa e o papel dos órgãos reguladores na promoção de igualdade de condições de concorrência para todas as empresas que operam no mercado. A empresa já enfrentou vários casos na UE relacionados à legislação de concorrência e à posição dominante da empresa no mercado. Em 2017, a Comissão Europeia multou o Google em 2,42 bilhões de euros por violar as regras antitruste da União Europeia, promovendo seu próprio serviço de comparação de compras sobre os de seus concorrentes. Além disso, também foi acusada de colocar restrições em sites de terceiros que usaram seus resultados de pesquisa e publicidade, levando a mais investigações e possíveis multas.

A plataforma do Google foi uma das pioneiras a se utilizar de mecanismos dos algoritmos para identificação dos comportamentos dos usuários, sendo uma das primeiras empresas a utilizar os dados como a matéria-prima necessária para os novos processos de manufatura. Nas tarefas de tradução de idiomas realizadas pelo Google, por exemplo, dentre outras, reúnem-se grandes volumes de evidências de relações de interesse e aplicam-se algoritmos de aprendizagem para compreender e operacionalizar o que os indivíduos estão consumindo. Esse tipo de operação converte a matéria-prima, ou seja, os dados, em produtos algorítmicos altamente lucrativos criados para prever o comportamento dos usuários da plataforma. O caso do Google é relevante de ser mencionado, visto que sua invenção da propaganda dirigida ao consumidor foi pioneira no setor, caracterizando seus negócios como um modelo de publicidade baseado no comportamento virtual dos usuários.

Durante o período inicial dessas operações, pode-se dizer que os dados comportamentais eram utilizados a favor do usuário, já que esses mesmos dados ofereciam custo zero a quem estava produzindo-os e o valor gerado para a empresa era reinvestido na experiência do usuário para que os serviços da plataforma fossem aperfeiçoados e, conseqüentemente, as plataformas de tecnologia tivessem essas melhorias também oferecidas aos seus clientes a custo zero. Assim, entende-se que o





processo se dava de forma que os usuários forneciam a matéria-prima na forma dos dados comportamentais que, por sua vez, eram colhidos para melhorar a velocidade e a precisão na construção dos produtos da empresa.

### 3.1 CASO GOOGLE SHOPPING

O Google Shopping<sup>7</sup> é um serviço do Google que permite aos usuários pesquisar e comparar produtos de várias lojas online. Em 2017, a Comissão Europeia condenou o Google e a Comissão Europeia determinou que a empresa deveria pagar uma multa de 2,42 bilhões de euros e alterar suas práticas de negócios para garantir a concorrência leal com outros serviços de comparação de preços. Porém, apelaram da decisão, mas em 2019 a Corte de Justiça da União Europeia confirmou a condenação da empresa.

A condenação do Google no caso Google Shopping foi vista por muitos como um exemplo de ação da União Europeia para garantir a concorrência leal e proteger os consumidores de práticas anticoncorrenciais por parte de grandes empresas de tecnologia. No entanto, a decisão também foi controversa, com alguns argumentando que ela poderia limitar a capacidade do Google de oferecer serviços úteis aos seus usuários e diminuir a inovação no setor de tecnologia.

O Google Shopping é um serviço de comparação de preços que foi originalmente lançado nos EUA como Froogle em 2002. Em 2012, o nome foi alterado para o atual e o modelo de negócio também sofreu mudanças. A partir daquele momento, os anunciantes precisaram pagar para que os seus produtos aparecessem nos resultados do Google Shopping e os resultados dessa busca especializada passaram a ser exibidos de forma privilegiada nos resultados genéricos do Google, mesmo antes

---

<sup>7</sup> A Google possui um modelo de negócios que combina produtos online, serviços gratuitos e serviços de marketing digital para gerar receita. Seu serviço de pesquisa é utilizado para procurar informações na internet através de diferentes dispositivos eletrônicos, como computadores, laptops, smartphones e tablets. Quando um usuário realiza uma pesquisa no Google, os resultados podem ser divididos em três categorias: resultados por práticas anticoncorrenciais em relação ao Google Shopping, acusando a empresa de privilegiar os resultados do Google Shopping em suas pesquisas, em detrimento de outros serviços de comparação de preços.



dos anúncios pagos. A Comissão Europeia considerou essa prática de autopromoção abusiva.

Também conhecida como "busca vertical", a inclusão de resultados refinados provenientes de plataformas de pesquisa especializadas, como o Google Shopping, nos resultados gerais do Google cria uma preferência no ranking de resultados. Isso permite que a Google domine mercados em que existem serviços populares e, possivelmente, até mesmo mais eficientes e relevantes para os usuários, mas onde a empresa não possui uma posição dominante no mercado de buscas especializadas, como notícias, vídeos, comparação de preços de passagens aéreas e hotéis. Embora a Google tenha uma posição dominante no, também conhecidos como orgânicos ou naturais; resultados patrocinados, que são anúncios pagos; e resultados especializados. Embora os resultados da pesquisa do Google pareçam ser orgânicos, eles na verdade são influenciados tanto por fatores algorítmicos quanto por decisões editoriais da própria empresa, como a exclusão de resultados que possam ser considerados inapropriados ou que violam direitos autorais. Portanto, o ranking dos resultados de pesquisa do Google é influenciado tanto por aspectos objetivos quanto subjetivos.

A Comissão Europeia baseou sua decisão de condenar o Google no caso Google Shopping em precedentes anteriores envolvendo empresas que buscavam estender sua posição dominante em um mercado conexo de forma a distorcer a concorrência. A decisão se encaixa em um quadro de análise estabelecido a partir de casos anteriores, como *Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion*, *Tetra Park*, *Irish Sugar* e *Microsoft*. Esse quadro é composto por três condições: a constatação da posição dominante da empresa, a existência de dois mercados conectados e a verificação de restrição da concorrência.

A Comissão Europeia constatou facilmente que a Google tem uma posição dominante no mercado de pesquisa genérica em todos os países da Europa desde 2008, com a exceção da República Tcheca, onde a posição dominante só foi adquirida em 2011. Além disso, há barreiras elevadas à entrada no mercado devido aos efeitos de rede, ou seja, quanto mais usuários utilizam o motor de busca da Google, mais atraente ele se torna para anunciantes e mais refinadas ficam as sugestões publicitárias. Finalmente, e última etapa da análise feita pela Comissão Europeia no caso Google





Shopping envolveu a verificação de restrições à concorrência. A Comissão concluiu que os mercados nacionais de serviços de comparação de preços foram afetados negativamente pela possibilidade de exclusão de serviços de comparação de compras concorrentes, o que poderia aumentar os custos para os comerciantes, encarecer os produtos para os consumidores e diminuir a inovação.

A Comissão Europeia também entendeu que a autopromoção do serviço de comparação de preços da Google protege parte dos lucros gerados pelo seu próprio serviço de pesquisa genérica. Esse financiamento reforça a posição dominante do serviço de pesquisa genérica da Google, o que dificulta artificialmente a concorrência. Assim, a decisão do Google Shopping se junta à decisão da Microsoft em estabelecer de forma mais precisa como as regras de Direito da Concorrência podem ser aplicadas para proteger a inovação. Essa proteção depende de uma avaliação de qual empresa tem maior interesse em inovar em um determinado mercado relevante: a empresa que abusa de sua posição dominante ou suas concorrentes.

### 3.2 CASO GOOGLE ADSENSE

Em março de 2019, a Comissão da União Europeia multou a Google em 1,49 bilhões de Euros por práticas abusivas na utilização de sua posição dominante na intermediária de publicidade em mecanismos de busca. A empresa foi considerada culpada por impor obrigações de fornecimento exclusivo, estabelecendo onde os resultados de pesquisa mais lucrativos deveriam ser exibidos e reservando esses espaços para seus próprios anúncios. A Comissão Europeia entendeu que a Google "criou um modelo de negócios que só obtém lucros quando os consumidores escolhem anúncios pagos em vez de resultados orgânicos". Esse modelo de negócio, apesar de gerar benefícios para os consumidores, pode prejudicar os interesses dos usuários e fornecedores, especialmente quando há manipulação dos resultados da pesquisa. Em março de 2019, a Comissão da União Europeia multou a Google em 1,49 bilhões de Euros por práticas abusivas na utilização de sua posição dominante na intermediária de publicidade em mecanismos de busca. A empresa foi considerada culpada por impor obrigações de fornecimento exclusivo, estabelecendo onde os resultados de pesquisa mais lucrativos deveriam ser exibidos e reservando esses espaços para seus próprios anúncios. A Comissão Europeia entendeu que a Google "criou um modelo de negócios



que só obtém lucros quando os consumidores escolhem anúncios pagos em vez de resultados orgânicos".

Esse modelo de negócio, apesar de gerar benefícios para os consumidores, pode prejudicar os interesses dos usuários e fornecedores, especialmente quando há manipulação dos resultados da pesquisa. Apesar de a pesquisa do Google ser uma ferramenta eficiente para comparar e encontrar uma lista relevante de provedores, suas estratégias de monetização podem ser prejudiciais para os consumidores. O algoritmo da Google é o centro deste problema, pois a falta de explicação sobre seu processo de tomada de decisão pode levar a uma necessidade de regulação adicional. Ao exercer esse poder em seu mercado principal, a Google pode direcionar desproporcionalmente os usuários para o próprio conteúdo da empresa e obstruir o fluxo de informações na internet.

É importante ressaltar que essa condenação só foi possível devido a uma compreensão cada vez mais aprofundado modelo de negócios da Google. A interpretação das atividades econômicas da empresa permitiu que os concorrentes afetados reivindicassem indenizações em ações civis nos tribunais dos Estados membros da União Europeia. Neste caso específico, as investigações foram iniciadas com relatos de que a Google estava abusando de sua posição dominante ao restringir as opções de anúncios em busca em sites de terceiros a apenas o Google, sufocando a concorrência. Os contratos de intermediação de publicidade em pesquisa estavam disponíveis para análise das autoridades de concorrência e foi possível constatar que algumas de suas cláusulas eram abusivas. Além disso, todas essas investigações revelaram o modo de operação da Google com relação ao seu algoritmo de busca, pois os contratos de intermediação de publicidade em busca estavam disponíveis para que as autoridades de concorrência os examinassem e considerassem suas cláusulas. A Comissão Europeia entendeu que esses comportamentos da Google podem prejudicar a inovação reduzir a escolha de empresas que contratam publicidade online, pois os concorrentes teriam dificuldade para competir, inclusive com novos modelos de negócios, e os preços seriam principalmente determinados pela Google. Embora domínio do mercado não seja, por si só, um problema de concorrência de acordo com a legislação da União Europeia, o abuso dessa posição, por meio de práticas como maximizar o tráfego de seus próprios anúncios em mecanismos de busca e limitar a



capacidade de concorrentes, como Yahoo e Microsoft, de colocar anúncios em mecanismos de busca de sites de terceiros, pode ser considerado como tal.

### 3.3 CASO DO GOOGLE NO SISTEMA ANDROID

Em julho de 2018, a Comissão Europeia impôs uma multa de 4,34 bilhões de euros à Google por abuso da posição dominante no motor de busca relacionado aos sistemas operacionais Android. Segundo Margrethe Vestager, as práticas da Google impediram que seus concorrentes inovassem e competissem por mérito próprio. O caso envolve práticas anticoncorrenciais que foram concebidas com a transição do computador fixo para a internet móvel, o que mudou significativamente a dinâmica do setor. A Comissão concluiu que a Google tem uma posição dominante nos mercados de serviços de pesquisa genérica na internet, no mercado de sistemas operacionais para smartphones licenciados e no mercado de lojas de aplicativos online para o sistema.

A licença da Google inclui o Google Play Store, o aplicativo Google Search e o navegador Google Chrome. O Play Store é um aplicativo fundamental, pois os usuários esperam que ele esteja pré-instalado e não podem legalmente baixá-lo. A Comissão concluiu que houve venda conjunta do aplicativo Google Search e do navegador Google Chrome. O objetivo de pré-instalar esses dois aplicativos foi direcionar de maneira artificial o uso desses aplicativos de pesquisa e navegação. Além disso, a empresa estabeleceu as licenças dos produtos Google, impedindo a possibilidade de outros aplicativos serem pré-instalados e diminuindo a possibilidade de outros concorrentes entrarem no mercado em questão. Dessa forma, a Comissão reforçou a importância da interoperabilidade ao incluir a proteção da inovação em sua abordagem.

### CONCLUSÃO

De modo geral, a relação entre regulamentação e tecnologia é uma relação evolutiva e dinâmica, à medida que novas tecnologias continuam a surgir e os impactos das tecnologias existentes são melhor compreendidos. É importante que os reguladores se mantenham informados sobre os últimos desenvolvimentos em tecnologia e sejam



proativos na abordagem dos desafios e oportunidades que esses desenvolvimentos apresentam.

Em razão disso, a regulação de concorrência e plataformas digitais pode ser efetiva quando feita de maneira *ex ante*. De acordo com o que foi explicitado, a regulação *ex ante* refere-se a medidas regulatórias que são estabelecidas antes de uma atividade específica ocorrer. Isso permite que as regras e padrões sejam definidos e aplicados de forma a prevenir comportamentos anticoncorrenciais ou abusivos por parte das plataformas digitais, também conhecidas como "portões de entrada". Entretanto, sabe-se que plataformas digitais, como Google, Amazon e Facebook, têm um poder de mercado significativo e podem potencialmente praticar comportamentos anticoncorrenciais que prejudiquem tanto os consumidores quanto as pequenas empresas. A regulação *ex ante* permite que sejam estabelecidas regras e padrões claros para essas plataformas seguirem, o que pode ajudar a garantir que elas atuem de forma justa e transparente e evitem comportamentos anticoncorrenciais.

Por exemplo, esse modelo regulatório pode incluir regras sobre o uso de algoritmos e dados pelas plataformas digitais. Essas plataformas muitas vezes dependem de algoritmos sofisticados e de acesso a grandes quantidades de dados para fornecer recomendações personalizadas e publicidade direcionada aos usuários. No entanto, há preocupações de que esses algoritmos e dados possam ser usados de maneira que favoreça injustamente certas empresas ou produtos, ou que possam ser usados para coletar informações pessoais sensíveis dos usuários sem o conhecimento ou consentimento deles. A regulação *ex ante* pode abordar essas preocupações estabelecendo regras sobre o uso de algoritmos e dados pelas plataformas digitais, incluindo requisitos de transparência, equidade e proteção de dados. Em resumo, a regulação de concorrência e plataformas digitais feita de maneira *ex ante* pode ser efetiva na promoção da competição e da inovação no mercado digital e na proteção tanto dos consumidores quanto das pequenas empresas de comportamentos anticoncorrenciais por parte das plataformas digitais.

A intenção do bloco econômico europeu é, além de regulamentar a atividade dos intermediários prestadores de serviços digitais, tornar a Europa um modelo desse tipo de regulação. Assim, pode-se afirmar que o objetivo é, de fato, alcançar uma posição



de liderança no mundo tornando-se uma espécie de “global rulemaker” no processo de regulação de novas tecnologias. Por isso, o exemplo europeu visa repetir o mesmo que ocorreu com as políticas normativas de proteção de dados pessoais com a edição da GDPR e, mais recentemente, com o projeto de regulação da inteligência artificial. Sendo assim, a Europa pretende assumir uma posição de vanguarda e liderança, iniciando um movimento que pode influenciar a outros países para que adotem legislação similar.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKMAN, PINAR. **Competition Policy in a Globalized, Digitalized Economy** (World Economic Forum, White Paper).

AKMAN, Pinar. Online platforms, agency, and competition law: mind the gap. **Fordham Int'l LJ**, v. 43, p. 209, 2019.

AKMAN, Pinar. **Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act**. 2022.

BAKER, Jonathan B. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. **Antitrust Law Journal, Connecticut**, n. 74, p. 588-601, 2007.

BALDWIN, Robert; CAVE, Martin. **Understanding regulation: theory, strategy, and practice**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BATISTA, Patrícia; KELLER, Clara I. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

BENNETT MOSES, Lyria. **How to think about law, regulation and technology: problems with ‘technology’ as a regulatory target law**. *Innovation and Technology*, 1-20, 2013.

Butenko, Anna and Larouche, Pierre, Regulation for Innovativeness or Regulation of Innovation? (March 2015). **TILEC Discussion Paper No. 2015-007**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2584863> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2584863>. Acesso em: 5 dez. 2022.

COGLIANESE, Cary. E-rulemaking: information technology and the regulatory process. **Social Science Research Review**, 2004. Disponível em: <[www.law.upenn.edu](http://www.law.upenn.edu)>. Acesso em: 5 dez. 2022.  
COLLINGRIDGE, David. **The social control of technology**. Nova York: St. Martin's Press, 1980.

CORTEZ, Nathan. Regulating disruptive innovation. **Berkeley Technology Law Journal**, Berkeley, n. 29, p. 175-228, 2014. EVANS, Lewis T.; HAHN, Robert W. Regulating dynamic markets: progress in theory and practice. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1646957>>. Acesso em: 5 dez. 2022.

DE STREEL, Alexandre et al. Making the Digital Markets Act more resilient and effective. **Available at SSRN 3853991**, 2021.

FAGERBERG, Jan. **Innovation: a guide to the literature**. In: FAGERBERG, Jan; MOWERY, David C. *The oxford handbook of innovation*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 1-27.

GERADIN, Damien. What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a digital market act?. **Which Platforms Should Be Captured by the EC Proposal for a Digital Market Act**, 2021.





HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and innovation: where we are and where we should be going. **Antitrust Law Journal**, Connecticut, n. 77, p.749-751, 2011.

KERBER, Wolfgang. Taming Tech Giants with a Per-Se Rules Approach? The Digital Markets Act from the 'Rules vs. Standard' Perspective. **Taming tech giants with a per se rules approach**, p. 28-34, 2021.

Pablo Ibáñez Colomo, The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis, **Journal of European Competition Law & Practice**, Volume 12, Issue 7, September 2021, Pages 561–575, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab065>. Acesso em: 5 dez. 2022.

PRASSL, Jeremias; RISAK, Martin. Uber, Taskrabbit, & co.: plataformas as employers? Rethinking the legal analysis of crowdwork. **Comparative Labour Law and Policy Journal**. No prelo. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2733003>>. Acesso em: 5 dez. 2022.

RANCHORDÁS, Sofia; VAN'T SCHIP, Mattis. Future-proofing legislation for the digital age. **Time, Law, and Change (Hart, 2020, Forthcoming)**, University of Groningen Faculty of Law Research Paper, n. 36, 2019.

RANCHORDÁS, Sofia; VOERMANS, Wim. Crowdsourcing legislation: new ways of engaging the public. **The Theory and Practice of Legislation**, v. 5, n. 1, p. 1-4, 2017.

ROBERTSON, Viktoria HSE. Antitrust law and digital markets: a guide to the European competition law experience in the digital economy. **Available at SSRN 3631002**, 2020. Acesso em: 5 dez. 2022.

WIENER, Jonathan B. **The regulation of technology, and the technology of regulation**. Technology in Society, Durham, n. 26, p. 483–500, 2004. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu>>. Acesso em: 5. dez. 2022.

ZITTRAIN, Jonathan. **The future of the internet: and how to stop it**. New Haven: Yale University Press, 2008.

