

O novo regulamento dos mercados digitais: estarão as *Big Techs* na lista negra da União Europeia?*

Ana Miguel Ferreira

Mestranda em Direito dos Contratos e da Empresa

Jurista

Gabriela Sousa

Mestranda em Direito da Empresa e dos Negócios

Jurista

Resumo: No plano atual, assistimos a uma verdadeira tentativa de Revolução no Mercado Digital. A União Europeia, após décadas sem uma legislação rigorosa, neste âmbito, lança o *Digital Markets Act*, com o intuito de criar medidas que promovam um mercado, que ambiciona que aquilo que é considerado ilegal *offline* seja ilegal *online*, comprometendo-se a criar a tão expectada legislação capaz de proporcionar clareza e segurança ao mercado, valores fundamentais para alcançar a equidade entre os indivíduos envolvidos.

A partir do ideal de um mercado transparente, competitivo e justo, este Regulamento impõe regras para as Gigantes Digitais que reúnam os devidos requisitos para serem consideradas *gatekeepers*.

Com o presente artigo pretendemos abordar o modo como estas medidas poderão influenciar o comércio digital e qual o impacto que se poderá sentir na dinâmica e no próprio funcionamento de todas as empresas, mormente nas *Big Techs*, as especiais visadas por estas regras, e se se apresentam proporcionais e adequadas ao objetivo primordial a que se propõem.

Palavras-chave: *Big Techs* / Concorrência / *Digital Markets Act* / Mercado / União Europeia / Utilizador

* Artigo desenvolvido no âmbito do Prémio “Antas da Cunha ECIIA – *Innovation for all*”.

Abstract: In the current plan, we are witnessing a true attempt at a revolution in the digital market. The European Union, after decades without rigorous legislation in this area, has launched the *Digital Markets Act*, aiming to create measures that promote a market where what is considered illegal offline is also illegal online. This commitment aims to establish the much-anticipated legislation capable of providing clarity and security to the market, which are fundamental values for achieving equity among the involved parties.

Based on the ideal of a transparent, competitive, and fair market, this regulation imposes rules on Big Tech companies that meet the necessary requirements to be considered “*gatekeepers*”.

Therefore, with this article, we aim to address how these measures might influence digital commerce and the impact they may have on the dynamics and functioning of all companies, especially the Big Tech companies, which are the primary targets of these rules. We also aim to evaluate whether these measures are proportional and adequate to achieve their primary objective.

Keywords: *Big Techs* / Competition / *Digital Markets Act* / Market / European Union / User

1. Introdução

Partir da ideia de que a regulamentação do comércio internacional é um tema abordado, apenas na senda da grande (r)evolução tecnológica e digital sentida ao longo dos últimos dois séculos, é incorrer numa verdadeira falácia e fazer a história de um mundo hoje globalizado cair em esquecimento.

O comércio sempre fez parte do “quotidiano” do Homem, tendo sido impostas regras à concorrência entre os próprios contraentes, mesmo antes de se sentir a necessidade de esta ser codificada. Eram inúmeras as trocas comerciais entre os povos e os colonizadores, sendo esta a pedra basilar do surgimento do comércio internacional. Hoje, não obstante a proliferação do dinheiro, a filosofia do comércio perdura a mesma.

2. Evolução histórica

Outrora, a atividade comercial cingia-se às pessoas da mesma civilização, havendo uma diminuta variedade de produtos, devido ao reduzido número de pessoas envolvidas e à escassa pluralidade de labores.

No século XV, ao sabor do vento e das caravelas, na procura de uma nova realidade, os Descobrimientos foram um marco inquestionável para se deixar de perpetuar as fronteiras terrestres como um entrave a compras e vendas e, mormente, ao acesso a uma multiplicidade de mercadorias, anteriormente inatingíveis.

Hodiernamente, assistimos a uma inigualável globalização do mercado como consequência da emergência das novas tecnologias.

No limiar do novo milénio, ciente da mudança de organização e funcionamento do tráfego comercial, a Comissão Europeia aprovou a Diretiva sobre o Comércio Eletrónico, transposta em Portugal pelo DL n.º 7/2004, de 7/1, e o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos arts. 81.º e 82.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Não obstante este ter sido um passo a favor da inovação, a Diretiva sobre o Comércio Eletrónico não regulou todos os setores do mesmo, apresentando-se como uma proposta ambiciosa que não conseguiu corresponder às expectativas.

Nesta altura, assistiu-se a um salto significativo da Sociedade Industrial, que era anteriormente dominante, para a Sociedade das Novas Tecnologias de Informação e do Conhecimento. Ora, se quando lançada esta era já uma Diretiva que demonstrava uma certa inaptidão para encontrar resposta a todos os problemas que conduziram à sua origem, chegados ao ano de 2020, face ao grande e rápido desenvolvimento do mundo eletrónico e digital, desde o início do século, tornou-se óbvia a escassez de regulamentação, no âmbito do comércio internacional, não só na União Europeia, como globalmente. Com esta agitação, surgiu a emergência de estabelecer soluções para problemas que, no ano de 2000, não se encontravam suficientemente consolidados e colocar em segundo plano anteriores vicissitudes, cujo atual posicionamento num mundo globalizado as torna praticamente obsoletas.

Do mesmo modo, tornou-se quase obrigatória a renovação do Regulamento (CE) n.º 1/2003 com a evolução do Mercado Digital e a emergência das enormes corporações digitais, anteriormente regulado apenas por este Regulamento e pelo art. 102.º do TFUE.

No mundo contemporâneo, numa conjuntura com inegáveis repercussões do término de uma Pandemia Mundial e de uma Guerra em território europeu sem fim previsto, que de modo tão acentuado alterou o mercado internacional, a União Europeia, finalmente, cedeu às expectativas e, sobretudo, necessidades da comuni-

dade e, passados mais de vinte anos, voltou a dar espaço à concretização de normas referentes ao espaço digital, com o *Digital Services Act* e o *Digital Markets Act*.

3. Origem e propósito

A Economia Digital atual ocupa uma grande fração das transações comerciais em todos os setores. Atendendo ao Índice de Digitalidade da Economia e da Sociedade de 2022, 52% das empresas portuguesas apresentam, pelo menos, um nível básico de intensidade digital, sendo a média da União Europeia de 55%¹. Assim, Portugal encontra-se entre os líderes da Comunidade Europeia no que respeita a serviços públicos digitais e apresenta um índice superior à média da União Europeia relativamente à integração das tecnologias digitais nas empresas.

Surgiram, aliadas a esta, novas formas de comercializar e novas formas de organização das sociedades. Ainda assim, o consumidor permanece a parte mais débil do contrato, sendo dever do legislador proteger os seus interesses. Não obstante, não poderá descurar a regulamentação das relações entre as próprias empresas, de forma a manter uma concorrência leal.

Foi com base neste pensamento que a União Europeia, em 2020, apresentou a proposta do *Digital Markets Act* (doravante *DMA*) que, juntamente com o *Digital Services Act* (doravante *DSA*), concebem um conjunto de medidas da Comissão Europeia, com o intuito de estabelecer respostas aos desafios decorrentes da eclosão da Economia Digital, protegendo os utilizadores das *Big Techs* e aqueles que com elas concorrem.

Sob o signo de “*What is illegal offline, should be illegal online*”, pretende assegurar um ambiente digital mais seguro e justo, com a proteção de todos os utilizadores, independentemente do lugar onde acedam, diminuindo a exposição a conteúdos ilegais. Sincronicamente, planeia instituir uma proteção mais adequada dos consumidores, promover a inovação e a competitividade no mercado interno e global, através da garantia de oportunidade de crescimento das pequenas e médias empresas e das empresas em fase de arranque, as *Startups*.

Esta proposta inovadora de legislação é antecedida pela frustração das investigações *antitrust*, que além de não serem realizadas com a celeridade almejada, ofereciam soluções passíveis de demasiadas críticas.

¹ Associação Economia Digital – Economia Digital em Portugal 2023 [em linha]. ACEPI: 2023. Disponível em <https://digitalemportugal.pt/> [consult. 6/4/2023].

Em particular, o *DMA* tem como objetivo regular questões de concorrência, alargando e aperfeiçoando o direito da concorrência nacional e europeu já existente. Cria normas *ex-ante*, de modo que não sejam permitidos comportamentos de concorrência desleal, sem embargo de uma possível intervenção *ex-post* da União Europeia, reconhecendo a necessidade de um quadro legal supraestadual, claro e objetivo neste âmbito.

Neste sentido e com o propósito de atingir um mercado livre e justo, a União Europeia lança dois novos instrumentos normativos.

4. Âmbito de aplicação

Para que seja possível compreender de que modo estes Regulamentos vieram alterar a realidade jurídica, assim como a medida em que se enquadram de forma eficaz na necessidade de tutela deste tema, é imprescindível analisar os seus âmbitos de aplicação.

No que concerne à análise, referente ao *DMA*, devem ser tidas em consideração três dimensões: objetiva, subjetiva e territorial.

Em primeiro lugar, a dimensão objetiva, no sentido em que este Regulamento somente se aplica aos “serviços essenciais de plataforma”, cuja proposta ou prestação tenha sido realizada pelos designados *gatekeepers* (controladores de acesso, em português) a utilizadores profissionais ou a consumidores estabelecidos ou situados na União Europeia.

Esta dimensão reconduz-se diretamente à vertente subjetiva do âmbito de aplicação. Os *gatekeepers* dos quais exclusivamente se ocupa este Regulamento, além de serem empresas que prestam serviços de plataforma, devem preencher cumulativamente determinados parâmetros, nomeadamente:

- os resultados que produzem serem expressivos, no plano do mercado interno, detendo estes uma posição económica forte, i. e., caso realizem um volume de negócios anual na União Europeia igual ou superior a 7,5 mil milhões de euros em cada um dos três últimos exercícios financeiros, ou se a sua capitalização bolsista média ou o seu valor justo de mercado equivalente tiver ascendido a pelo menos 75 mil milhões de euros no último exercício financeiro, e se prestar o mesmo serviço essencial de plataforma em, pelo menos, três Estados-Membros;

- deter uma posição forte em termos de intermediação, i. e., que o serviço essencial de plataforma prestado e exercido por estas empresas deve ser uma ver-

dadeira “ponte de ligação”, que facilite a chegada dos utilizadores profissionais aos consumidores, i. e., caso prestem um serviço essencial de plataforma que no último exercício financeiro tenha tido pelo menos 45 milhões de utilizadores finais ativos mensalmente, estabelecidos ou situados na União Europeia, e pelo menos 10 000 utilizadores profissionais ativos anualmente, estabelecidos na União Europeia, identificados e calculados de acordo com a metodologia e os indicadores estabelecidos no anexo ao Regulamento; e

- mantenham um estatuto consolidado, estável e duradouro no seu exercício ou, mesmo que este requisito não se verifique, que se depreenda que presumivelmente a empresa em questão poderá vir a beneficiar de tal posição num futuro próximo, presunção esta que funciona, na eventualidade de a empresa ter cumprido os dois critérios supramencionados em cada um dos três últimos exercícios financeiros. Todavia, a empresa poderá ilidir esta presunção caso apresente prova de que, excecionalmente, apesar de cumprir os pressupostos, não deverá ser considerada “controladora de acesso”².

No que se refere à dimensão territorial do Regulamento, este evidentemente opera relativamente aos Estados-Membros da União Europeia, sem dependência quer do local de estabelecimento, quer de residência dos *gatekeepers*, bem como do direito aplicável à prestação de serviços.

Em relação ao *DSA*, partindo do facto de que visa tutelar os direitos fundamentais dos utilizadores, com base no princípio de “*What is illegal offline, should be illegal online*”, conclui-se que o seu âmbito de aplicação não é mais do que os serviços intermediários em linha, desde provedores de serviços de armazenamento, provedores de serviços de transporte, plataformas *online* de grande dimensão a plataformas *online*, particularmente, tal como preceituado no art. 3.º do *DSA*, como aquelas que armazenam e divulgam informações ao público, visando uma maior transparência, previsibilidade e segurança jurídica no espaço digital.

Para as grandes plataformas, as que comportam mais de 45 milhões de utilizadores, i. e., para as plataformas em linha ou motores de pesquisa de muito grande dimensão é estabelecido um regime especial, obrigações tais como avalia-

² JOANA MOTA/RICARDO PINTÃO, *O Regulamento dos Mercados Digitais* [em linha]. Foro de Actualidad: 2023. Disponível para consulta em <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/8203/documento/ajum60art.pdf?id=13181&forceDownload=true> [consult. em 6/4/2023].

ções exaustivas anuais dos riscos de danos em linha nos serviços prestados, acrescentando-se ainda a adoção de medidas adequadas à atenuação dos riscos.

Pelo contrário, às *startups* e plataformas de menor dimensão as obrigações aplicadas serão significativamente menores, beneficiando estas, inclusive, de isenções especiais e de uma maior segurança jurídica.

Conclui-se, portanto, que o *DMA* é aplicável a controladores de acesso que prestam serviços essenciais de plataforma, ou seja, um pequeno número de grandes empresas de *Big Tech*, tendo entrado em vigor no dia 1 de novembro de 2022, apesar de a sua aplicação plena apenas se ter concretizado a partir do dia 2 de maio de 2023. Ao passo que o *DSA* dispõe acerca dos prestadores intermediários de serviços e, não obstante a sua entrada em vigor no dia 16 de novembro de 2022, apenas se tornou diretamente aplicável no passado dia 17 de fevereiro de 2024.

5. *Digital Markets Act*: uma análise aprofundada acerca do seu funcionamento

Iremos, doravante, debruçar-nos de modo mais detalhado sobre o Regulamento dos Mercados Digitais. Fruto de uma das propostas centrais da Estratégia Digital da União Europeia, que ambiciona que estejamos diante da “Década Digital da Europa”, considera-se esta uma alavanca crucial na promoção de um mercado equitativo e justo, justamente por pretender garantir novas regras, que acompanhem o ritmo acelerado dos mercados digitais.

Com a sua entrada em vigor em maio de 2023, urge uma maior inevitabilidade em compreender quais são de facto os seus efeitos, quais as esferas jurídicas em que terá maior implicância, assim como as soluções que trará e, concomitantemente, os problemas que originará.

6. *Gatekeepers*: o que são?

Pois bem, de maneira que a análise sobre o *DMA* seja realizada com a devida clareza, é fundamental a compreensão sobre o que são os intitulados *gatekeepers*.

Tal como referido no que tange à vertente subjetiva do âmbito de aplicação deste Regulamento, é indispensável que se reúnam os critérios de antemão indicados, i. e., o pressuposto de serem empresas que ocupam uma posição firme, em razão económica, em matéria de intermediação e, ainda, de estabilidade, para que

possamos estar, seguramente, perante um controlador de acesso e, por conseguinte, no caso do cumprimento destes requisitos, foi imposta sobre as referidas empresas a obrigação de o notificar à Comissão Europeia, até dia 2 de julho de 2023. Se não o fizessem, nada impedia que a Comissão procedesse a esta qualificação, de forma a poderem ser aplicadas as obrigações constantes do *DMA*.

Ademais, recaiu sobre os *gatekeepers* a exigência de efetivar a nomeação de um “chefe da função de verificação do cumprimento” deste diploma.

Neste leque, encontram-se englobadas redes sociais, motores de pesquisa, sistemas operativos, serviços de comunicações interpessoais independentes de número, plataformas de partilha de vídeo, assistentes virtuais ou serviços de *cloud computing*.

Atente-se que é possível ainda atribuir a figura de *gatekeeper* às empresas que não beneficiem de uma posição duradoura e enraizada, na hipótese de isso ser expectável de acontecer num futuro próximo. Parece-nos, contudo, que esta é uma atribuição que não é devidamente desenvolvida, assentando no conceito indeterminado de “futuro próximo” e numa presunção que funciona, com base no cumprimento dos outros dois pressupostos nos últimos três exercícios que, não obstante indiciem este mesmo cumprimento em exercícios futuros, em nada o garantem. Não será esta uma presunção demasiadamente frágil e insuficiente, no contexto em que se insere? Não será esta uma falta de rigor arriscada, tendo em consideração a dimensão das obrigações implicadas pela mera designação de “controladores de acesso”?

7. Efeitos da aplicação do *DMA*

7.1. Na perspetiva da empresa

Tendo este regulamento por principal foco os controladores de acesso, prevê, no seu Capítulo III, obrigações e proibições para os mesmos.

São exemplos, a proibição da junção de dados pessoais dos seus utilizadores com um terceiro prestador de serviço e a reutilização de dados pessoais prestados noutra serviço, numa perspetiva de proteção de dados e de evitar um monopólio entre as duas empresas que torne a concorrência desleal para as que se encontram em concorrência com estas. Neste sentido, está igualmente proibida a restrição da capacidade do utilizador de dar o seu consentimento, na aceção do Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, para

se subscrever nos serviços da *gatekeeper* ou detidos por esta. Por conseguinte, é proibido o tratamento mais favorável dos serviços ou produtos da própria empresa ou uma terceira com quem realize um acordo, em comparação com os de terceiros não pertencentes. Estão, igualmente, proibidas de impedir ou limitar a possibilidade de os utilizadores recorrerem às autoridades competentes quanto aos seus comportamentos.

É imposta a obrigação aos *gatekeepers* de permitirem que utilizadores profissionais possam concorrer com os mesmos produtos ou serviços com preços ou condições diferentes, de forma a estimular e providenciar uma concorrência leal.

Devem abster-se de exigir aos utilizadores profissionais, que empregam, no seu serviço, os serviços de identificação do controlador de acesso, que utilizem os serviços essenciais do mesmo.

Acresce a obrigação de não impedir ou dificultar a desinstalação de *apps* e o cancelamento de subscrições, permitir alterações às predefinições, impedir a restrição de métodos de pagamento dos seus serviços ou produtos e comunicar sobre aquisições e concentrações de empresas. Sobre os *gatekeepers* incide, ainda, a obrigação de prestar informação verdadeira sobre o desempenho e preços decorrentes do *Marketing* aos anunciantes e permitir a portabilidade dos dados do utilizador.

Além do mais, há a exigência de os *gatekeepers* divulgarem à Comissão Europeia uma descrição das técnicas de definição de perfil do consumidor do seu serviço, validada por uma auditoria independente, transmitida, posteriormente, ao Comité Europeu para a Proteção de Dados e disponibilizada ao público.

7.2. Na perspetiva do consumidor

Implementado um conjunto de medidas legais sólidas, claras e uniformes, de transparência e cooperação, em conjunto com a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, os direitos do consumidor europeu encontram-se mais protegidos do que nunca.

Acrescem aos direitos que lhe cabem enquanto pessoa, aqueles que adquire quando assume a posição de consumidor. Contemplam a proteção da qualidade dos serviços e produtos, maior diversidade de preços, equilibrados e competitivos, maior e melhor informação e eliminação do prejuízo.

O funcionamento do mercado interno, previsto no art. 26.º, n.º 2, do TFUE, pode levar a um enfraquecimento da posição, já débil, do consumidor. Os con-

tratos à distância implicam muitas vezes, pela falta de informação ou pela falsidade desta, prejuízos para o contraente-comprador e, não raras vezes, a sua própria natureza leva a que a manifestação do consumidor enquanto parte mais fraca seja mais evidente, porquanto, apenas lhe é facultada a possibilidade de aderir ou não ao contrato e não de negociar os seus termos.

Assim, o *DMA* irá promover uma competitividade leal e justa, proibir a privação ou ludibriação de informação por parte das empresas e assegurar uma elevada proteção do consumidor. Apesar de não lhe ser diretamente aplicável, a regulamentação *ex ante* da concorrência entre as empresas viabiliza um mercado mais seguro para os próprios consumidores e a diminuição de litígios.

É neste sentido que o art. 7.º do Regulamento Roma II estipula que, apesar da possibilidade de escolha de lei contratual, nunca pode ser aplicado ao consumidor um direito menos protetor que o da sua residência. Deste modo, é, usualmente, aplicável a um consumidor de um Estado-Membro o padrão de proteção europeu, por existirem poucos que se comparem na salvaguarda dos interesses do consumidor.

8. Regime sancionatório

A Comissão Europeia assume competência exclusiva de aplicação do respetivo Regulamento. Sem prejuízo, de forma a controlar a atuação dos *gatekeepers* e o cumprimento das obrigações que lhe são impostas, conta com o auxílio das Autoridades Nacionais de Concorrência, solução potenciadora de uma maior inclusão destas na aplicação do *DMA*.

É-lhes conferido um poder de investigar eventuais práticas ilícitas e desrespeitosas por parte das empresas. No caso afirmativo, deve comunicar à Comissão Europeia pois só esta tem o poder de intervir. A este respeito, afigura-se intrigante a futura sustentabilidade da dependência das Autoridades Nacionais de Concorrência para com a Comissão Europeia.

Veja-se que, a título de exemplo, o Regulamento (CE) n.º 1/2003, relativo às regras de concorrência, estabelecia no seu art. 11.º, uma estreita cooperação entre a Comissão Europeia e as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. Ora, face às anteriores competências atribuídas às Autoridades Nacionais de Concorrência em questões semelhantes, assim como aos seus níveis de elevada especialização em relação a práticas anticoncorrenciais pelas plataformas digitais, deve-se esperar um bom exercício deste papel secun-

dário pelas mesmas? De facto, as Autoridades Nacionais de Concorrência continuarão a poder sancionar as *Big Techs*, através das disposições nacionais reguladoras da concorrência, mas acresce-lhes um dever de informação à Comissão Europeia, sobre as medidas de investigação por si adotadas. Trarão estas reservas à sua atuação uma influência negativa para a relação com a Comissão Europeia, neste âmbito? Ainda é cedo para antever uma resposta; apenas quando toda esta teoria for colocada em prática e houver dados suficientes para análise é que será possível compreender.

Até lá, resta-nos saber quais as sanções que poderão ser aplicadas aos *gatekeepers*, em situação de decisão por incumprimento. Neste cenário, a Comissão Europeia poderá ditar coimas, cujo valor poderá alcançar 10% do volume de negócios total, no exercício anterior, a nível mundial. Em caso de reincidência da infração, a coima poderá ainda atingir até 20%. Além do mais, poderão ser aplicadas sanções pecuniárias periódicas, até 5% do volume de negócios médio da empresa. Acresce ainda que, na eventualidade de serem cometidas infrações sistemáticas, poderão ser impostas medidas corretivas adicionais, na sequência de uma investigação de mercado, que deverão ser proporcionais às infrações, correspondentes à sua aplicação. Residualmente e apenas como última opção, poderão ser impostas medidas não financeiras, nomeadamente medidas comportamentais e estruturais (e. g., separação estrutural de uma empresa).

Na perspetiva de Thierry Breton, Comissário para o Mercado Interno, “[a] UE está a estabelecer obrigações imediatamente aplicáveis, prazos curtos e rigorosos (para correção de quaisquer falhas) e sanções dissuasivas”³.

9. Da GAFAM à AMAMA e a evidência de uma legislação-travão à sua atuação (análise detalhada da situação das *Big Techs*)

No momento presente, as *Big Techs* assumem um papel predominante na rotina da sociedade atual, com o grande propósito de a facilitar. Tornaram-se, assim, indispensáveis ao funcionamento do mundo hodierno.

³ Euronews, Reuters, AFP – *Implicações da nova Lei dos Mercados Digitais* [em linha]. Euro News: 2023. Disponível em <https://pt.euronews.com/next/2022/03/28/implicacoes-da-nova-lei-dos-mercados-digitais> [consult. 19/4/2023].

Ainda assim, o seu papel e influência passam despercebidos para muitos dos seus utilizadores. Pelo seu poder económico, estas grandes empresas de tecnologia (*Big Techs*) dominam o mercado. As maiores empresas do mundo, as denominadas *Big Five*, já controlavam, em 2022, cerca de 80% do mercado, número que apresenta tendência para aumentar.

As Cinco Gigantes, a *Apple*, *Amazon*, *Alphabet*, *Microsoft* e *Meta*, obtiveram, em 2019, uma receita de quase US \$900 bilhões, superior ao PIB de quatro países pertencentes ao G20⁴.

Estas são as *Big Techs*, atualmente identificadas pelo acrónimo AMAMA, não obstante o errado e desatualizado uso habitual para a sua menção dos acrónimos GAFA (*Google*, *Apple*, *Facebook*, *Amazon*) ou GAFAM (*Google*, *Apple*, *Facebook*, *Amazon*, *Microsoft*).

No cenário europeu (não muito diferente do global), as sanções por práticas anticoncorrenciais e por violação da proteção de dados têm vindo a aumentar exponencialmente. Veja-se, a título de exemplo, de acordo com os dados publicados pelo Relatório *DLA Piper*, que se registou um crescimento de 8% nas notificações por violação de dados, no ano de 2021, tendo sido, inclusive a multa mais elevada, até agora, aplicada no Luxemburgo, à *Amazon*, no valor de 746 milhões de euros.

Em Portugal, estas foram situações que igualmente se verificaram, como é o caso da coima de 4,3 milhões de euros, aplicada ao Instituto Nacional de Estatística (INE), no âmbito dos Censos 2021.

Ora, se a vontade da União Europeia em se debruçar mais afincadamente sobre os limites a ser impostos à atuação das *Big Techs* já era sentida, ainda mais se destacou com a gradual necessidade que estes números vieram mostrar.

Começaram como pequenas *startups*, inovadoras, que alcançaram uma posição inabalável e escalável. Assim, o seu principal motor é a inovação, a fim de manterem o seu estatuto na revolução tecnológica e no Mercado Digital. Cumpram-no através da constante atualização dos seus serviços e produtos e da aquisição de novas empresas, de forma a fazer face a outros dois grupos: NATU (*Netflix*, *Airbnb*, *Tesla*, *Uber*), que são sociedades e *startups* aparecidas a partir de 2010, e BAXT (*Baidu*, *Alibaba*, *Tencent*, *Xiaomi*), os líderes de *high-techs* da China.

⁴ LORENA PICKERT, *Big Techs: o que são e o que esperar das gigantes da tecnologia em 2023?* [Em linha]. Blog da AAA Inovação: 2022. Disponível em <https://blog.aaainovacao.com.br/high-techs-gigantes-da-tecnologia/> [consult. 7/4/2023].

9.1. A aquisição de outras empresas

Nas últimas décadas é possível observar um expoente número de aquisições na economia digital. São exemplos de grandes aquisições a venda do *WhatsApp* ao *Facebook*, em 2014, da *Motorola Mobility* à *Google* no mesmo ano, e do *LinkedIn* à *Microsoft*, em 2016. Simultaneamente, para além de pequenas ou médias empresas, também se verifica a aquisição de *startups* que se afiguram promissoras. No ano de 2017, as *Big Five* gastaram um total de \$31.6bn na aquisição de *startups* com reduzido número de negócios, mas um enorme potencial de desenvolvimento e, eventual, prosperidade.

Através da aquisição, as *Big Techs* asseguram a sua posição dominante no Mercado Digital, assumindo o controlo daquelas que as possam afrontar, aniquilando a concorrência.

Posto isto, e com a falta de controlo da União Europeia das apelidadas *Killer Acquisitions*, aquisição de uma empresa menor por uma *Big Tech*, surge a obrigação, com o *DMA*, de as empresas comunicarem aquisições ou concentrações *a priori* à União Europeia, de modo a que esta possa acompanhar o mercado e a as suas modificações e evoluções. A Comissão Europeia será, nesta medida, uma entidade de supervisão e o seu principal objetivo será travar a aquisição de empresas, que, independentemente da sua dimensão, possam trazer uma maior inovação, por simples razões de eliminação de concorrência. Contudo, parece-nos que esta solução em nada vai alterar este fenómeno, com tendência a evoluir, uma vez que não podemos falar num verdadeiro “controlo”, apenas existe uma obrigação de transmissão de informação, de forma que a União Europeia tenha conhecimento, e não um posterior meio de reação. Cabe-nos questionar se esta medida tem como fim proteger as *startups*, pequenas e médias empresas e regular a concorrência ou apenas impor a União Europeia sobre as *Big Techs*, reclamando a sua soberania. Estaremos nós, ao invés de uma verdadeira regulamentação, perante uma mera obstaculização ao poder das *Big Techs*?

10. *Big Data*

10.1. Impacto na concorrência

Ao exercerem um poder extremo sobre o Mercado Digital, acumulam um enorme volume de dados pessoais dos seus utilizadores, denominado *Big Data*.

Nas palavras de Gartner, *Big Data* corresponde “ao grande volume, variedade e velocidade de dados que demandam formas inovadoras e rentáveis de processamento da informação, para melhor percepção e tomada de decisão.”⁵.

Ao subscrever ou utilizar a maioria dos serviços, os utilizadores disponibilizam um conjunto de dados pessoais, de extremo valor para essa empresa, mas que os deixam numa posição de desmedida impotência. No documentário “O Dilema das Redes Sociais” é clarificado o poder dos algoritmos, que essas empresas definem, no comportamento do Homem.

A proteção de dados é já uma temática bastante debatida, mas importa refletir sobre o seu impacto na concorrência.

O monopólio de dados permite a manutenção do domínio do mercado, o conhecimento dos seus utilizadores e das suas preferências, um aprimoramento dos seus produtos e dos algoritmos, de forma a aumentar (ainda mais) o seu poder económico.

As *Big Techs* administram plataformas e *Marketplaces*, onde estabelecem regras e diretrizes que as favorecem, em detrimento dos seus concorrentes. Afigura-se um ciclo vicioso de concorrência desleal, os grandes continuarão grandes, se não maiores, e os pequenos não terão oportunidade de vingar no mercado.

10.2. Impacto na geopolítica

É também apontada, por vários autores e especialistas, a influência da *Big Data* na geopolítica. Detendo grande parte dos dados pessoais dos utilizadores, conseguem usá-los de modo a exercer influência sobre eles e, até, afetar a situação política dos Estados, com a propagação de *fake news*, discurso de ódio e teorias da conspiração nas redes sociais.

Este fenómeno é demonstrado no documentário “Nada é privado: O escândalo da *Cambridge Analytica*”, referente às decisões do *Brexit* e das eleições nos EUA em 2016.

Nas eleições dos EUA de 2016, a consultora *Cambridge Analytica* utilizou a *Big Data* do *Facebook* para saber que abordagem adotar perante cada tipo de pessoa para a influenciar, estratégia igualmente usada na decisão do *Brexit*.

⁵ DENIS MORIKAWA, *Big data e sua influência na tomada de decisão* [em linha], 2019. Disponível em <https://www.linkedin.com/pulse/big-data-e-sua-influ%C3%A2ncia-na-tomada-de-decis%C3%A3o-morikawa/?originalSubdomain=pt> [consult. 8/4/2023].

Christopher Wylie, cientista de dados que denunciou o caso de *Cambridge Analytica*, afirmou que “*exploramos o Facebook para colher perfis de milhões de pessoas e construímos modelos para explorar o que sabíamos sobre eles e atacar seus medos internos*”⁶.

Assim, os dados são utilizados como estratégia política, de forma a influenciar o poder político. A *Big Data* vai muito além da otimização dos produtos, chega mesmo a alterar preferências políticas e o governo dos Estados. Afigura-se crucial a sua regulamentação para proteção dos seus utilizadores e das próprias Nações.

10.3. Práticas desleais apontadas às *Big Techs*

No ano de 2020, uma comissão da Câmara dos Deputados dos EUA, que investiga comportamentos de concorrência desleal cometidos pelas *Big Techs*, concluiu que, através do poder que exercem no mercado, têm vindo a impor entraves à competição, por intermédio da cobrança de taxas avultadas e da exclusão de concorrentes, mediante aquisições, por exemplo. Apontou, especificamente, os comportamentos de algumas das *Big Five*.

No caso da *Apple*, denotou os obstáculos exercidos na partilha de aplicações de *software* diferentes do *iOS*, nomeadamente através do benefício dos próprios produtos com o controlo do sistema operacional e da *App Store*.

A supremacia do *Google* é mesmo definida como “um ecossistema de monopólios interligados”.

“*O Google explora as assimetrias de informação e rastreia de perto os dados em tempo real nos mercados, o que, dada a sua escala, fornece uma inteligência de mercado quase perfeita. Em certos casos, o Google secretamente configurou programas para rastrear mais de perto os seus concorrentes potenciais e reais, inclusive por meio de projetos como o Android Lockbox*”⁷.

São também assinalados os acordos com os fabricantes de *Smartphones*, que obrigam à pré-instalação dos aplicativos da *Google*, e a priorização dos seus produtos e serviços ao acoplar os dados dos utilizadores a vários serviços.

⁶ KARIM AMER/JEHANE NOUJAM, *Nada é privado: O escândalo da Cambridge Analytica*, 2019. Disponível na plataforma Netflix.

⁷ RODRIGO LOUREIRO, *Em relatório devastador, deputados dos EUA acusam big techs de monopólio* [em linha]. Exame: 2020. Disponível em <https://exame.com/tecnologia/monopolio-e-separacao-amazon-apple-facebook-e-google-tem-futuro-incerto/> [consult. 8/4/2023].

Já a *Amazon* “envolveu-se numa ampla conduta anticompetitiva no tratamento de vendedores terceirizados. Publicamente, descreve-os como parceiros, mas documentos internos mostram que se referem a eles como concorrentes internos”. Exerce, também, comportamentos desleais para com alguns fornecedores e, com base nos relatórios de venda de produtos de terceiros no seu *Marketplace*, cria e aperfeiçoa produtos da sua marca, aos quais dá ênfase. Assim, restringem a possibilidade de escolha dos utilizadores e eliminam produtos concorrentes.

No que toca ao *Facebook*, este detém o monopólio da publicidade *online*. Para a sua preservação são emitidos, constantemente, relatórios sobre empresas que possam configurar uma ameaça, para que as possam adquirir ou copiar os serviços e produtos.

Quanto à *Microsoft*, recorrem aos seus sistemas operacionais e de busca, com o objetivo de privilegiar os seus produtos, em detrimento dos concorrentes, e aos dados pessoais dos seus utilizadores, com o intuito de os influenciar a consumir mais e prever a sua futura procura.

11. Efeitos do domínio setorial das *Big Techs* e os efeitos da aplicação do DMA na sua atuação

Como consequência da supremacia das *Big Five* no mercado é possível constatar, nos últimos anos, os danos provocados aos que com elas tentam concorrer, à concorrência em si e aos próprios consumidores, que assistem à redução da diversidade de escolha e, como repercussão, ao aumento dos preços e diminuição da qualidade. Este fenómeno promove, igualmente, um *chilling effect* à inovação; assegurado o domínio do mercado, não há tanta necessidade de inovar como existiria se houvesse uma livre, constante e justa concorrência, que a isso obrigasse para alcançar um lugar no mercado.

A União Europeia, em particular, assiste ao comprometimento do mercado interno justo e livre.

Sem embargo, apesar da extrema necessidade que se fazia sentir de uma nova regulamentação, julgamos que a Comissão Europeia não atendeu ao custo-benefício no plano económico, sendo que as desvantagens não se afiguram proporcionais às vantagens.

Cabe, no futuro, averiguar até que ponto a sobreposição de obrigações sobre as *Big Techs* influenciou positivamente a entrada e o crescimento de novas empresas.

Até que ponto podemos falar num mercado de concorrência livre e justo quando os direitos das Gigantes Digitais são limitados por forma a dar plano aos seus concorrentes? Até que ponto estas medidas são justificáveis e razoáveis?

Com a entrada em vigor do *DMA*, torna-se exigente e imerecido ser uma Gigante Digital. Cremos que este Regulamento promoverá uma diminuição da sua atividade e um obstáculo ao seu desenvolvimento, com o objetivo de deixar de se enquadrar nos *gatekeepers* e evitar os entraves que esta designação implica. Nos últimos vinte anos não se verificou nenhuma *Big Tech* de gênese europeia, e não serão estas novas imposições que irão fomentar o seu surgimento. Assim, a União Europeia não atinge a tão aclamada soberania digital, apenas perturba a emergência das *Big Techs* estadunidenses.

Acresce que a legislação em si assenta em diversas presunções. Em primeiro lugar, como mencionado anteriormente, presume os requisitos para a assunção de uma empresa como *gatekeeper*, uma determinada dimensão quantitativa equiva- le a um estatuto de controlo de acesso. Em segundo lugar, este conjunto de medidas foi extraído, maioritariamente, da jurisprudência do Tribunal Europeu de aplicação do art. 102.º do TFUE, e presume-se que estas são adequadas a resolver os problemas do mercado, remover barreiras à entrada, aumentando o número de novas empresas e o seu poder. Não consideramos que uma legislação assente em numerosas presunções possa servir de base à quantidade de imposições e obrigações impostas às *Big Techs*.

Para além disso, serão sancionadas sempre que os seus comportamentos sejam considerados abusivos, na sua aceção desse conceito. O Regulamento define um conjunto de medidas gerais e abstratas aplicadas a um conjunto de empresas, com carácter obrigatório, sob pena de sanção. Tendo em consideração a percentagem avultada que estas punições podem alcançar, podemos, mesmo, refletir sobre um possível objetivo de exclusão das Gigantes Digitais.

Acima de tudo, importa questionar o que sucederá se uma pequena ou média empresa incorrer num comportamento semelhante ao de uma *Big Tech*. Parece olvidado que, conquanto existam imensas empresas que possam vir a ser designadas de *gatekeepers*, há tantas outras que não o serão e que as acompanham, evoluindo na sua “sombra”, sendo este um pacote legislativo, cujos efeitos em muito lhes convirá. Se as *Big Techs* não são as únicas impactadas pela aplicação deste Regulamento, não estará o seu âmbito de aplicação demasiado circunscrito? Estarão as *Big Techs* na lista negra da União Europeia?

12. Casos específicos

Em setembro de 2023 foram designadas quais as empresas que preenchem os critérios para serem consideradas *gatekeepers*, sendo certo que as AMAMA estão inseridas neste grupo. Por conseguinte, cabe-nos analisar com algum detalhe quais as expectativas de cada uma destas empresas e as repercussões que terá nas suas esferas a aplicação do DMA. Serão estas medidas apenas imbuídas do ideal de *tornar aquilo que já é ilegal offline, igualmente ilegal online*? Ou estaremos a assistir a uma disfarçada restrição da liberdade de expressão das *Big Techs*?

12.1. Apple

A *Apple* assume uma enorme influência económica não só globalmente, como no mercado europeu. No entanto, não é possível afirmar que estabelece uma relação pacífica com a União Europeia.

Em maio de 2022 a *Apple* foi acusada de abuso da posição dominante, por práticas anticoncorrenciais, nomeadamente ter limitado o acesso dos concorrentes ao sistema operativo que suporta o pagamento móvel *Apple Pay*. A empresa é investigada pela Comissão Europeia, desde 2020, e a conclusão preliminar sugere que existe, de facto, da sua parte, uma restrição da concorrência, com base no bloqueio ao acesso a equipamento e a programas necessários nos seus dispositivos.

Com a aplicação do DMA, estas práticas anticoncorrenciais serão combatidas de forma mais assertiva. Neste seguimento, a *Apple* já veio a declarar que “*certas disposições [que] criarão vulnerabilidades desnecessárias de privacidade e segurança para os nossos utilizadores, enquanto outras proíbem-nos de cobrar pela propriedade intelectual em que investimos fortemente*”⁸.

Na perspetiva de Gerard de Graaf, Diretor da União Europeia do *Silicon Valley Office*, este Regulamento exige muito da *Apple*, desde logo, porque as *Big Techs* serão forçadas a conceder uma maior abertura, em relação às suas plataformas. A título de exemplo, por força das disposições do DMA, é expectável que caso as pessoas tenham um dispositivo da *Apple*, dever-lhe-ás ser possível fazer o *download* de aplicações em mais de *appstores* ou até mesmo na internet, que não a *Apple Store*. Ademais, poderão sentir-se alterações em simples funcionalidades como a *Siri*, o *FaceTime* e as

⁸ Euronews, Reuters, AFP – *Implicações da nova Lei dos Mercados Digitais* [em linha], cit.

Mensagens, assim como poderá surgir uma nova obrigação de maior partilha de dados com outras empresas. Aliás, é inevitável não colocar em comparação os dois pratos da mesma balança para compreender qual pesa mais: a privacidade dos utilizadores da *Apple* ou esta transparência e partilha impingidas nas *Big Techs*.

Pensar que o impacto deste Regulamento se basta a este conjunto de consequências previsíveis desconsidera totalmente toda a dinâmica que os trabalhadores da *Apple* têm vindo a desenvolver desde o seu início. O seu próprio *software*, reputado pela sua simplicidade e funcionamento intuitivo, face a estas imposições, terá de abranger novas aplicações e serviços de terceiros. Por conseguinte, já não falamos de pequenos comportamentos a ser alterados pela empresa em detrimento de uma concorrência leal e impulsionadora das pequenas empresas. Falamos de características que lhe são umbilicais e que no seu conjunto lhe garante o lugar de destaque que tem na economia global.

Perante estes fatores, não se exclui a possibilidade de a *Apple* oferecer uma enorme resistência à designação de *gatekeeper*, mas será complicado ou até mesmo impossível ter fundamentos que o possam suportar. Na verdade, terá de se contentar apenas com o facto de, embora seja necessário conceder espaço às outras empresas, o contrário também lhes ser exigido.

Quiçá apesar de cada efeito negativo que o *DMA* parece trazer para o bom funcionamento desta grande empresa, seja uma boa experiência para entender qual o modo mais benéfico de atuar, dentro destas medidas, uma vez que é calculável o surgimento de legislações semelhantes, após a União Europeia lançar-se enquanto pioneira.

Resta-nos aguardar para assistir como tudo isto funcionará para com uma empresa de tamanha dimensão, para concluir se este desejo manifestado pela União Europeia em “cortar o mal pela raiz” se bastará em criar entraves para a empresa ou se, pelo contrário, virá a construir imensas vulnerabilidades para aqueles que são os seus milhões de utilizadores.

12.2. *Alphabet (Google)*

A *Google*, criada nos finais da década de noventa, assume hoje um papel indispensável na sociedade. A sua expansão tem sido tão notória que os seus fundadores reestruturaram a empresa, em 2015, criando a *Alphabet*, com o objetivo de assegurar o domínio no setor digital.

As práticas anticoncorrenciais da *Google* foram já colocadas em causa, em 2018, com uma decisão das Autoridades *Antitrust* da União Europeia. A utilização do *Android* para consolidar a liderança do seu motor de busca acarretou uma multa de 2,4 bilhões de euros. Acusada de violar as regras de livre concorrência, obrigando as operadoras e fabricantes a instalarem determinados aplicativos, condicionando a instalação de sistemas operacionais rivais.

Após a publicação do *DMA*, reclamações *antitrust* ressurgiram contra a *Google*.

De acordo com a revista *Reuters*, mais de quarenta empresas concorrentes apelaram à Comissão Europeia que assegurasse que a *Google* cumpre as obrigações da União Europeia de práticas de concorrência justa.

A *Google* mostra-se recetiva a algumas imposições do *DMA*. Sendo um dos comportamentos apontado como anticoncorrencial a “imposição” da *Google Play*, permite, agora, o *sideload* de outras lojas nos *smartphones*. No entanto, quase não terá efeitos práticos, uma vez que a maioria das aplicações se encontram na *Google Play* e na *Apple Store*, justificado numa perspetiva de teoria do mercado, os consumidores querem estar onde estão as aplicações e os desenvolvedores de aplicações onde estão os consumidores. Assim, uma maioria de consumidores não encontra incentivo para a utilização de novas *stores*, posto que não lhes traria acesso a mais aplicações, verificando-se mesmo o contrário.

Não se poderá aclamar que esta pequena cedência revela uma abertura e aceitação por parte da *Google* às imposições da União Europeia, até porque a *Google* estava ciente de que esta mudança não lhe traria qualquer impacto a nível económico, não evidenciando neste um sinal de boa-fé.

Ainda assim, apelar a uma medida que impusesse a eliminação da *Google Play* ou da *Apple Store* não se mostra minimamente proporcional. A igualdade entre empresas não pode ser alcançada a todo o custo, há outros valores, igualmente fortes, que se impõem. Relativamente a este tópico, cabe mencionar que o governo chinês decretou suprimir as aplicações dominantes, com o objetivo de abrir o mercado a centenas de pequenas *apps stores* que, de outra forma, não teriam a mais pequena hipótese de vingar no mercado.

A despeito de ter contribuído para um mercado concorrente mais justo, a fragmentação das lojas conduziu a elevados custos de busca entre estas, a um aumento das despesas de desenvolvimento e *marketing* para os desenvolvedores de aplicações que necessitam agora de estar presentes em diversas *apps stores* e, como consequência, um mercado menos seguro para os consumidores. Acresce que não se constata-

ram evidências de uma maior concorrência a nível de preços, pelo que não se apurou proveito em nenhum setor da eliminação dos efeitos de rede na *Google Play Store*.

Desta forma, conquanto os operadores de *app stores* explorem o seu poder para dominar o mercado e regular os preços, criando um monopólio económico, os consumidores e os desenvolvedores de *apps* beneficiam da presença acentuada uns dos outros. O *DMA* tende a ignorar ou não considerar relevantes os benefícios inegáveis.

Assim, a *Google*, aliada às restantes *Big Techs*, tem exposto as mais variadas críticas ao *DMA*, julgando ter encontrado no mesmo o seu erro fatal.

Parte da disposição do *DMA* requer que as *apps stores* enquadradas nos *gatekeepers* permitam o acesso dos desenvolvedores a *third-party payments systems*, i. e., a sistemas de pagamento alternativos ao que esta fornece na sua *app*.

As *apps* e produtos da *app* vendidos por um Sistema Alternativo de Pagamento ou pelo *Google Play* estão sujeitos a uma taxa de serviço. Segundo esta Gigante Digital, 97% dos desenvolvedores não estão sujeitos às suas taxas. À pequena parcela dos desenvolvedores sujeitos é-lhes cobrada uma taxa de 15% na primeira receita anual de um milhão na venda de serviços e de produtos de *softwares* digitais e de 30% dos lucros que excedem este primeiro ganho anual. Este imposto cobrado pela *Google* e, também, pela *Apple* apresenta-se como uma das principais práticas das *Big Techs* que o *DMA* pretende controlar.

Esta intenção da União Europeia não é pioneira. Perante a restrição da *Google*, em 2020, à utilização de outros sistemas de cobrança pelos desenvolvedores nas transações nas *apps*, a Comissão de Concorrência da Índia (CCI) aplicou à *Big Tech* uma multa de US\$ 113 milhões e ordenou a permissão do uso de sistemas de pagamento alternativos pelos desenvolvedores. Igualmente, a Coreia do Sul afirmou-se nesta discussão, impondo que a *Google* e a *Apple* permitam sistemas alternativos de transação nas suas aplicações. A *Google*, como resposta, iniciou a cobrança também a estes sistemas, com uma taxa reduzida de 4%.

No entanto, tentando cumprir as regras do *DMA*, anunciou, em 2022, que permitirá que os desenvolvedores de aplicações, não relacionados a jogos, recorram a sistemas de cobrança alternativos ao sistema da *Google Play* para transações e compras na *app* no Espaço Económico Europeu. Porém, esta permissão vem aliada a uma contrapartida, semelhante à adotada na Coreia do Sul, a cobrança de taxas a estes serviços, com uma redução de 3% sobre as taxas típicas.

Assim, exigirá a taxa avultada de 12% no primeiro milhão e 27% após o ganho deste. Acrescem, ainda, ao desenvolvedor as taxas cobradas pelo terceiro, são

exemplos o *Stripe*, que cobra 2,9% por cobrança bem-sucedida à qual se adiciona uma taxa fixa de US\$ 0,30, e o *PayPal*, com uma cobrança de cerca de 3,5% mais uma taxa fixa de US\$ 0,49 pelo serviço de *Checkout*.

Perante o disposto, a *Google* não consegue perceber os benefícios que as aberturas a estes sistemas possam trazer. Juntando a taxa de 27% ou 12% às taxas cobradas pelos *third-party payments systems*, o seu custo final total poderá não corresponder ao seu custo de oferta, tornando-se menos atrativos. A *Big Tech* não nega que existem vantagens ao recorrer aos mesmos, nomeadamente uma maior segurança das políticas de reembolso; contudo, entende que não se justifica esta imposição por parte do DMA, considerando-a mesmo o seu erro fatal.

A *Google* e a *Apple* são, praticamente, os dois únicos fornecedores de sistemas operacionais móveis no Ocidente. Assumem um monopólio do mercado, detendo uma acentuada vantagem sobre empresas concorrentes no mesmo ramo. É neste aspeto que o DMA pretende atuar, abrindo o mercado a novas empresas. Todavia, a *Google* questiona até que ponto estas duas medidas serão efetivamente aptas a atingir o objetivo do Regulamento uma vez que não retirarão as *Big Techs* do seu “trono”, apenas funcionarão como uma ilusão para as empresas adversárias.

12.3. *Meta*

Em 2004, Mark Zuckerberg criou o site *The Facebook* apenas para os alunos de Harvard. Com o sucesso que rapidamente atingiu, a plataforma expandiu-se de forma absolutamente única, ao ponto de, nos dias de hoje, o *Facebook* ser a maior rede social, presente no digital, atingindo quase 3 biliões de usuários. Além disso, realizou grandes aquisições, tal como o *Instagram*, em 2012, e o *Whatsapp*, em 2014.

No ano de 2021, o nome da companhia passou a ser *Meta*, pelo facto de o seu CEO [Chief Executive Officer (presidente executivo de uma empresa)] acreditar que esta é uma designação que melhor engloba todas as atividades da empresa.

Um porta-voz da *Meta* já declarou que irão trabalhar com os reguladores europeus, no sentido do cumprimento das regras do DMA, com o intuito de garantir sempre a melhor experiência para os seus utilizadores⁹.

⁹ HUGO AMARAL/FILIFE MARIA, *DMA, as dúvidas sobre a regulação digital europeia e o risco de litigância* [em linha]. ECO: 2022. Disponível em <https://eco.sapo.pt/2022/09/15/dma-as-duvidas-sobre-a-regulacao-digital-europeia-e-o-risco-de-litigancia/> [consult. 18/4/2023].

Todavia, são lançadas algumas críticas por Phillip Malloc, Diretor de Política Económica e Social da *Meta*, desde logo por considerar que o Regulamento em apreço não observa a situação individual de cada interveniente, somente considerando os designados *gatekeepers* como empresas problemáticas.

12.4. *Microsoft*

A *Microsoft*, contrária à tendência das restantes *Big Techs*, considera oportuna e adequada a nova regulamentação dos mercados digitais, atendendo à sua experiência.

Pelo período de quase duas décadas, o *Microsoft Windows* e outros produtos populares da *Microsoft* foram alvo de várias ordens judiciais, pelo que lhes foram impostas restrições e obrigações destinadas a garantir que a *Microsoft* não dominasse o mercado, fechando-o a outros operacionais. Como resultado, atualmente, o *Windows* é uma plataforma aberta. A *Microsoft* não controla a distribuição no *Windows*. Os desenvolvedores de aplicativos são livres para distribuir as suas *apps* para o *Windows* recorrendo a qualquer mecanismo.

Com essas obrigações em vigor, os seus utilizadores entenderam que tinham acesso completo ao *Windows* para criar as suas *apps* e distribuí-las sem impedimentos.

Assim, a *Microsoft* é apologista de um sistema aberto, capaz de promover novas oportunidades para desenvolvedores de *software*. Compartilha muitas das preocupações que levaram à criação do DMA. Considera urgente abrir a economia a novos e inovadores concorrentes, aumentando a competitividade. Afirma mesmo que os seus esforços de contribuição para um mercado mais justo e mais aberto são muitas vezes bloqueados por alguns *gatekeepers*, perspetivando-os como proporcionadores de definir o mercado, quem participa nele e como participa. Todavia, a *Microsoft* aborda os *gatekeepers* como se não se enquadrasse nas mesmas, tentando “limpar as mãos” das consequências que produz no mercado.

Posto isto, considera que o DMA é um passo na direção certa e que deve ser cumprido.

12.5. *Amazon*

No final do ano de 2022, após duas investigações *antitrust*, com a duração de três anos, a *Amazon* chegou a um acordo com a União Europeia sobre as regras de concorrência. Esta investigação incidia sobre o comportamento da empresa,

nomeadamente no que se referia às suas práticas de concorrência desleal, que, alegadamente, se prendiam com a utilização de dados que não estavam abertos ao público e que, por isso, os seus concorrentes não tinham acesso, enquanto contra eles competia, o que levava a uma vantagem evidente dos produtos da *Amazon* em relação aos produtos dos *third-party sellers*.

Com este acordo, a *Amazon* comprometeu-se à promoção de um tratamento igualitário de todos os vendedores e da visibilidade dos produtos rivais na *buy box*, assim como à criação de uma segunda *box*, que dispõe de outras ofertas, apenas divergindo os seus preços e as suas velocidades de entrega.

Este acordo não só representou um grande sucesso para a União Europeia como é, aliás, um modelo para o cumprimento do *DMA*.

13. Proposta de solução

Comprometendo-se o *DMA* a trazer a tão esperada nova regulamentação dos mercados digitais, afirmando-se clara, uniforme e segura, apresenta um âmbito de aplicação muito restrito. Existindo numerosos intervenientes no Mercado Digital, não se justifica a imposição de obrigações apenas às *Big Techs*. Compreendemos que o primeiro passo será abrir o mercado a novas empresas e só depois regulá-las, bem como entendemos e concordamos que existe uma necessidade inegável de esta realidade ser regulamentada. Aliás, parece-nos que já se afigurava tempo de existirem medidas que permitissem às pequenas e médias empresas e às *startups* crescer no mercado e, acima de tudo, trabalhar pela inovação que se pretende oferecida aos consumidores, que somente é possível através de uma concorrência, cujas regras estejam devidamente sistematizadas. Todavia, atendendo ao hiato temporal que precedeu o *DMA*, consideramos que todas estas medidas poderiam ter assumido um rumo diferente e poderão ser, na verdade, efetivos entraves àquilo que, curiosamente, desejam proteger: a inovação e uma competitividade caracterizada pela transparência.

Seria este o primeiro aspeto a ser alterado, de forma a atingir a tão aclamada uniformidade. Impõem-se, na nossa opinião, obrigações horizontais, tanto às *Big Techs* como às pequenas e médias empresas e às *startups*. De forma a obter o tão almejado mercado competitivo, é crucial a não adoção, por parte de todos os sujeitos, de comportamentos anticoncorrenciais. Um mercado concorrencial justo não se constrói apenas com comportamentos “corretos” por parte de uma pequena

parcela, é necessária uma atitude global, que o *DMA* se faça sentir em todas as empresas comerciais, i. e., que não individualize as Gigantes Digitais como se a sua atuação fosse totalmente autónoma, para considerar as pequenas, cujo funcionamento e utilidade é unicamente dependente das mesmas. Melhor dizendo, que o *DMA* regule, primariamente, de modo a descartar o pré-conceito de que as *Big Techs* são as únicas empresas com capacidade para mover o Mercado Digital.

Após deixar cair esta perceção das *Big Techs* como o “bicho papão” dos Mercados Digitais, não podem ser ignoradas as inegáveis vantagens que estas proporcionaram à sociedade hodierna e que foram completamente negadas nas disposições do *DMA*. Desmerecer um trabalho de décadas por parte destas gigantes empresas (crucial para o desenvolvimento do mundo digital atual e de um Metaverso que se encontra a despontar), parece excessivo em detrimento de um desejo de um mercado concorrencial justo e transparente. A União Europeia não pode impor o seu objetivo primordial, neste âmbito, a todo e qualquer custo, e ocultar o facto de que os efeitos que emergirão desta regulamentação não serão tão claros quanto as expostas medidas querem fazer crer. Terão tal impacto no setor económico das *Big Techs*, que, no seu expoente, podem levar a que estas percam o domínio do mercado e possam mesmo deixar de se identificar como *gatekeepers*.

Certo é que a União Europeia, ao inovar neste sentido, não descarta a possibilidade de que poderá estar a abrir um precedente à criação de nova legislação semelhante, a nível mundial. Coloca-se, aliás, a questão de saber se ao concretizar esta aplicação não estará verdadeiramente a alterar o cenário digital até agora vivido. Como poderão outras legislações encontrar nestas medidas, às quais já foram denotadas variadas falhas e imprecisões (o que é normal já que passamos de um verdadeiro vazio legal para disposições evidentemente rigorosas), um ponto de partida para realizar a sua própria revolução no Mercado Digital?

Segundo Andreas Schwab, eurodeputado líder para o tema da Lei dos Mercados Digitais, “o objetivo do mercado único digital é que a Europa obtenha as melhores empresas e não apenas as maiores”. Ora, perante um conceito tão ambíguo, importa questionar se serão as “melhores empresas” na perspetiva da União Europeia ou do consumidor, sendo este o alegado beneficiário destas medidas.

14. Conclusão

Hoje, encontramos-nos perante um mundo em constante mutação que levará à consequente inovação do Direito que o tenta sempre acompanhar. Perante a Revolução Digital do século XXI e na falta de uma legislação que a regulamentasse, surgiu o *Digital Markets Act*. Apresenta-se como um conjunto de medidas indispensáveis à regulamentação de um mundo novo, quase sem regras, com vista a proteger todos os que neste atuam. Afigura-se imprescindível à derrogação do monopólio consolidado pelas *Big Tech* neste “*faroste legal*”¹⁰ que é o Mercado Digital, objetivando atingir um mercado em que exista uma competitividade efetiva, e não, somente, subordinação dos mais pequenos aos gigantes.

No entanto, as expectativas iniciais que foram criadas pela União Europeia relativamente a este Regulamento não se verificaram. É um Regulamento que, não obstante a sua fundamentalidade, apresenta-se pautado por demasiadas presunções, imprecisões e questionáveis revelações. Decorrido um hiato temporal de quase duas décadas, era expectado que assegurasse uma maior segurança e clareza jurídica e que não se impusesse, meramente, como um obstáculo a certos intervenientes e sim como um motor de equidade no mercado, perspetivando um tratamento igual para os iguais e diferentes para os diferentes, na medida da diferença, mas não a falta de tratamento, como o que sucede no referido Regulamento.

Finalmente, quanto à eficácia e benefício que estas medidas podem acarretar, só o futuro o dirá.

¹⁰ CHRISTEL SCHALDEMOSE, *A Lei dos Mercados Digitais e da Lei dos Serviços Digitais da UE em detalhe* [em linha]. Temas Parlamento Europeu: 2021. 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> [consult. 19/4/2024].