

## ***Digital Markets Act (DMA)* e o Direito da Concorrência na União Europeia: o futuro finalmente chegou?**

VICTOR OLIVEIRA FERNANDES<sup>1</sup>

Na última terça-feira, 5 de julho, o Parlamento Europeu aprovou a proposta do chamado *Digital Markets Act*<sup>2</sup>, lei que estabelece um conjunto de regras de conduta para grandes plataformas com o objetivo de tornar os mercados digitais mais contestáveis e justos. Em linhas gerais, o instrumento define obrigações para um determinado grupo de agentes econômicos, chamados de *gatekeepers*. A lista dessas obrigações é bastante extensa, mas vale a pena citar algumas tais como: a proibição de combinar dados coletados em um mercado principal com aqueles coletados por qualquer outro serviço prestados pela própria empresa ou por terceiros (Artigo 5, nº 2), a regra geral de interoperabilidade efetiva dos sistemas operacionais do *gatekeeper* (Artigo 6, nº 4 e 7) e a vedação à autopreferência de serviços do mesmo grupo econômico em operações de indexação ou ranqueamento de resultados (Artigo 6, nº 5).

Mesmo antes da aprovação do DMA, acadêmicos europeus influentes já discutiam como se daria a convivência da nova lei com o regime do direito da concorrência europeu. Se por um lado sempre esteve claro que a concepção desse novo regime regulatório resultou de um certo desencantamento com os resultados lentos das intervenções antitruste nos mercados digitais, por outro, nunca houve muita clareza sobre se, e em que medida, os fundamentos e princípios do direito concorrencial deveriam ou não informar também a aplicação do DMA<sup>3</sup>.

Uma resposta inconclusiva é dada pelo Considerando nº 10 do texto chancelado pelo Parlamento Europeu na última terça-feira, o qual dispõe que “uma vez que o DMA visa a complementar o *enforcement* da lei de defesa da concorrência, ele deve ser aplicado sem prejuízo da incidência dos arts. 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)” (tradução livre). Diz ainda que a aplicação dos mencionados artigos do TFUE “é baseada na avaliação individual das posições de mercados e dos comportamentos das empresas, incluindo seus efeitos atuais ou potenciais, bem como nas justificativas objetivas e de eficiências do referido comportamento” (traduções livres), mas essa incidência dos arts. 101 e 102 do TFUE “não deve afetar a imposição das

---

<sup>1</sup> Conselheiro do Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Professor de Direito Econômico e de Direito da Concorrência nos cursos de Graduação e Pós-Graduação *Latu e Strictu Sensu* do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (FDUSP). Autor do livro “Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre abuso de poder econômico e inovação” (Thompson Reuters, 2022).

<sup>2</sup> O texto final aprovado em 5 de julho de 2022 pelo Parlamento Europeu está disponível no link: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0270\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0270_EN.html).

<sup>3</sup> A esse respeito, vide FERNÁNDEZ, C. A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA? *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 12, n. 4, p. 271–272, 2021 (o autor argumenta que existe espaço para aplicação do direito concorrencial nos mercados digitais mesmo após a edição da nova lei, mas a convivência entre o DMA e o TFUE dependerá da adequada coordenação dos dois sistemas normativos pela Comissão Europeia).

obrigações aos *gatekeepers* e a sua aplicação uniforme e efetiva no mercado interno europeu” (traduções livres)<sup>4</sup>.

Alguns pesquisadores influentes, como a professora da Universidade Humboldt de Berlim HEIKE SCHWEITZER, há certo tempo têm argumentado que o DMA persegue os mesmos objetivos do direito da concorrência e, nesse aspecto, o nascimento desse novo regime regulatório deve ser visto como um verdadeiro “movimento de recalibragem da política antitruste para suplantar a centralidade do princípio do *consumer welfare* e colocar, no centro das preocupações, a proteção da concorrência como um processo” (tradução livre)<sup>5</sup>.

Outras vozes importantes do debate acadêmico, por sua vez, têm assinalado que o DMA vai além do direito concorrencial e estrutura um verdadeiro regime regulatório *ad hoc* baseado na transposição, para um plano de obrigações *ex ante*, de conclusões e remédios que, embora anteriormente discutidos em casos antitruste, passam a tutelar outros bens jurídicos<sup>6</sup>. As possibilidades de distanciamento entre os objetivos do DMA e do TFUE, na visão de alguns autores, colocaria a nova lei numa “posição epistemológica particular” (tradução livre)<sup>7</sup>.

Esse debate não é meramente teórico. Quando as obrigações do novo DMA começarem a valer para as grandes plataformas, a partir do primeiro quadrimestre de 2024, a Comissão Europeia terá que esclarecer quais padrões de ilicitude irão informar o *enforcement* público da lei. É nesse momento que se questionará quanto do direito concorrencial afinal cabe dentro do DMA.

Pensando em pontos de referências ideais, as disposições do DMA poderiam ser interpretadas (*i*) como um regime regulatório de comando e controle, típico dos setores regulados tradicionais (como telecomunicações e energia elétrica) (*ii*) ou como uma nova legislação de direito concorrencial, que permitiria avaliações caso-a-caso baseadas na teoria econômico. Navegar entre esses dois extremos envolve riscos não triviais. Como destacado pela Professora Pinar Akman, o DMA impõe um *trade-off* entre, de um lado, a certeza e a precisão típica de um regime de intervenção regulatória, e do outro, a flexibilidade e a resolutividade do direito concorrencial<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> “Recital (10) At the same time, since this Regulation aims to complement the enforcement of competition law, it should apply without prejudice to Articles 101 and 102 TFEU, to the corresponding national competition rules and to other national competition rules regarding unilateral conduct that are based on an individualised assessment of market positions and behaviour, including its actual or potential effects and the precise scope of the prohibited behaviour, and which provide for the possibility of undertakings to make efficiency and objective justification arguments for the behaviour in question, and to national rules concerning merger control. However, the application of those rules should not affect the obligations imposed on gatekeepers under this Regulation and their uniform and effective application in the internal market”. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0270\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0270_EN.html).

<sup>5</sup> SCHWEITZER, H. The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, v. 3, n. 1, p. 503–544, 2021. pp. 507-509.

<sup>6</sup> KERBER, W. Taming tech giants with a per se rules approach? The Digital Markets Act from the “rules vs. standard” perspective. *Concurrences Law Review*, v. 3, n. 1, p. 28–34, 2021. p. 30.

<sup>7</sup> LAROUCHE, P.; DE STREEL, A. The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 12, n. 7, p. 542–560, 2021. p. 559–560.

<sup>8</sup> AKMAN, P. Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act. *European Law Review*, v. 47, n. 1, p. 85–115,

Mesmo que ainda seja cedo para termos respostas, parece-nos que a versão final do DMA aprovada pelo Parlamento Europeu na última terça-feira buscou se colocar em um ponto do espectro de intervenção estatal praticamente infenso às porosidades do direito concorrência. O texto parece ter restringido significativamente os espaços de diálogo do DMA com os princípios do antitruste tal qual os conhecemos. Isso fica particularmente claro quando se examina dois pilares normativos cruciais do novo diploma: o processo de designação de *gatekeeper* e a forma de definição das obrigações regulatórias aplicáveis.

A começar pela definição dos *gatekeeper*. O Artigo 3, nº 1, do DMA considera como *gatekeeper* um fornecedor de serviços de plataforma que, concomitantemente, (i) possui impacto significativo no mercado interno; (ii) serve como importante *gateway* para transações entre grupos de consumidores e (iii) goza de uma posição consolidada e duradoura nas suas operações ou venha a gozar de tal posição num futuro próximo<sup>9</sup>.

A uma primeira vista, a designação do *gatekeeper* poderia ser aproximada à lógica normativa de identificação de posição dominante do antitruste<sup>10</sup>. Se o desejo da nova lei fosse abrir esse vaso comunicante, no entanto, o DMA deveria ter conferido às empresas a possibilidade de refutar o seu enquadramento como *gatekeeper* a partir de provas de que as condições reais de concorrência em um dado mercado não lhes permitiriam agir com indiferença em relação aos seus competidores.

A versão final aprovada, porém, restringiu significativamente o âmbito de cognição do processo de refutação da designação de *gatekeeper*. O Artigo 3, nº 2, dispôs que a posição de *gatekeeper* é presumida por critérios quantitativos de faturamento ou de valor de mercado das empresas<sup>11</sup>. Mesmo que o novo diploma formalmente permita que um agente econômico se oponha a esse enquadramento, o Considerando nº 23 do texto aprovado previu que a autoridade deve considerar “apenas aqueles elementos diretamente relacionados aos critérios quantitativos” (tradução livre) – tais como os valores de faturamento, número de usuários e a relevância do serviço principal da plataforma nas

---

2022, pp. 114-115 (“in any legislative proposal such as the DMA, one challenge will be how to balance the trade-off between certainty against flexibility, and the trade-off between speed against accuracy of the intervention and resolution”).

<sup>9</sup> “Article 3 – Designation of gatekeepers. 1. An undertaking shall be designated as a gatekeeper if: (a) it has a significant impact on the internal market; (b) it provides a core platform service which is an important gateway for business users to reach end users; and (c) it enjoys an entrenched and durable position, in its operations, or it is foreseeable that it will enjoy such a position in the near future”

<sup>10</sup> PETIT, N. The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 12, n. 7, p. 529–541, 2021. (“admittedly, establishing a gatekeeping position might act as a surrogate to the threshold condition of dominance”)

<sup>11</sup> “Article 3 – Designation of gatekeepers [...] 2. An undertaking shall be presumed to satisfy the respective requirements in paragraph 1: (a) as regards paragraph 1, point (a), where it achieves an annual Union turnover equal to or above EUR 7,5 billion in each of the last three financial years, or where its average market capitalisation or its equivalent fair market value amounted to at least EUR 75 billion in the last financial year, and it provides the same core platform service in at least three Member States; (b) as regards paragraph 1, point (b), where it provides a core platform service that in the last financial year has at least 45 million monthly active end users established or located in the Union and at least 10 000 yearly active business users established in the Union, identified and calculated in accordance with the methodology and indicators set out in the Annex; (c) as regards paragraph 1, point (c), where the thresholds in point (b) of this paragraph were met in each of the last three financial years”.

suas vendas totais<sup>12</sup>. Assim, restou clara a opção do legislador de se distanciar da lógica de posição dominante antitruste, mesmo que essa escolha traga o risco de se impor uma maior carga regulatória a agentes econômicos que sequer usufruam de uma posição de mercado consolidada e duradora nos mercados digitais<sup>13</sup>.

O segundo ponto de significativo com a lógica do direito concorrencial moderno ocorreu na imposição das obrigações regulatórias previstas nos Artigos 5º e 6º da nova lei. O DMA preferiu um regime *ex ante* de regras detalhadas e exaurientes à adoção de *standards* de ilicitude típico da tradição concorrencial<sup>14</sup>. Isso aconteceu principalmente em relação às obrigações listadas no Artigo 5º do DMA, que serão autoaplicáveis, de maneira uniforme e para todos os serviços abrangidos pela lei, independentemente das especificidades de cada mercado ou dos efeitos econômicos esperados<sup>15</sup>. Essa parece ter sido uma escolha consciente do legislador de fugir dos custos e das dificuldades inerentes à análise de efeitos típica das investigações antitruste.

A eleição de um regime de regras exaurientes, no entanto, foi bastante criticada por acadêmicos durante a elaboração legislativa, principalmente por se entender que tal estratégia regulatória dificilmente seria incompatível com a dinâmica das transformações dos mercados digitais, que requerem maior flexibilidade<sup>16</sup>. Percebe-se que, nesse ponto, o DMA se distanciou até mesmo de outras legislações recentes pensadas para os mercados digitais, tal como a recente lei do Reino Unido, que preferiu estabelecer princípios gerais de proibições às plataformas, a depender dos seus modelos de negócios e das suas características comerciais<sup>17</sup>.

De todo modo, para fugir do risco de ver a lista de deveres dos *gatekeeper* se tornar rapidamente obsoleta, o DMA contemplou no seu Artigo 6 uma importante válvula de escape. Esse dispositivo confere à Comissão Europeia a discricionariedade de impor

---

<sup>12</sup> “Recital (23) [...] In its assessment of the evidence and arguments produced, the Commission should take into account only those elements which directly relate to the quantitative criteria, namely the impact of the undertaking providing core platform services on the internal market beyond revenue or market cap, such as its size in absolute terms, and the number of Member States in which it is present; by how much the actual business user and end user numbers exceed the thresholds and the importance of the undertaking’s core platform service considering the overall scale of activities of the respective core platform service; and the number of years for which the thresholds have been met. [...]”

<sup>13</sup> Uma crítica nesse sentido é apresentada por GERADIN, D. One needed area of improvement for the Digital Markets Act: The designation of gatekeepers. The Platform Law Blog. Disponível em: <https://theplatformlaw.blog/2022/01/10/one-needed-area-of-improvement-for-the-digital-markets-act-the-designation-of-gatekeepers/>. Acesso em 07.07.2022.

<sup>14</sup> SCHWEITZER, H. The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, v. 3, n. 1, p. 503–544, 2021. p. 24. (“the DMA’s rule-setting approach is characterized by [...] a shift from the broad and general competition law standards to very specific and concrete rules”).

<sup>15</sup> PETIT, N. The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 12, n. 7, p. 529–541, 2021. (“the obligations set out in Article 5 do not prescribe an evaluation of effects. Context specificity or the de minimis coverage of a practice caught under Article 5 in a particular case do not open opportunities to avoid application of the obligations”).

<sup>16</sup> CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE). *The European Proposal for a Digital Markets Act - a first assessment*, 2021, p. 21.

<sup>17</sup> Para uma comparação entre os dois regimes, cf. CAPPALÀ, M.; COLANGELO, G. Taming digital gatekeepers: the ‘more regulatory approach’ to antitrust law. *Computer Law and Security Review*, v. 41, n. 1, p. 1–17, 2021. p. 11.

obrigações adicionais aos *gatekeepers*, a serem especificadas a partir de um processo dialógico com os agentes regulados, conforme definido no Artigo 8.

Nos últimos meses de tramitação da proposta legislativa, muitos autores defenderam que, ao menos em relação a essas obrigações adicionais do Artigo 6 (que são menos detalhadas e mais abertas), o DMA deveria excepcionalmente permitir que as empresas apresentassem defesas baseadas na demonstração de eficiências ou na apresentação de explicações de que a estratégia comercial pode ser pró-competitiva<sup>18</sup>. Novamente, porém, o texto aprovado pelo Parlamento não deixou claro se esse tipo de diálogo com o direito concorrencial será admitido.

Na realidade, a redação final do Considerando nº 23 da lei apontou no sentido oposto. Esse Considerando dispôs que “quaisquer justificativas econômicas que envolvam definição de mercado ou que busquem demonstrar eficiências derivadas de um tipo específico de comportamento da empresa devem ser descartadas, uma vez que não são relevantes para a designação como *gatekeeper*” (traduções livres). Assim, uma interpretação cautelosa do DMA sugere que o cumprimento das suas obrigações não pode ser escusado por defesas baseadas em justificativas econômicas<sup>19</sup>.

Todos esses movimentos feitos pelo Parlamento Europeu para afastar o espírito do direito concorrencial se devem a um diagnóstico que restou muito claro no Relatório de Impacto Regulatório antecedente à proposta do DMA. Esse documento revela a premissa estruturante da nova lei: o entendimento de que “as normas existentes do direito concorrencial europeu não são conceitualmente adequadas para lidar com as falhas de mercado resultantes dos comportamentos dos *gatekeeper* na existência de algumas pré-condições” e, em especial, “as regras do direito concorrencial europeu não necessariamente capturam todas as práticas comerciais injustas dos *gatekeeper* digitais” (traduções livres)<sup>20</sup>.

Em alguma medida, é de fato compreensível o desencantamento do legislador europeu. Ao menos sob uma abordagem “mais econômica”, a intervenção antitruste em mercados digitais pode muitas vezes envolver a assunção, pela autoridade, de ônus probatórios excessivamente elevados para a demonstração de danos decorrentes de condutas unilaterais, que ainda devem ser seguidos da apreciação de eficiências nem

---

<sup>18</sup> SCHWEITZER, H. The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, v. 3, n. 1, p. 503–544, 2021 (“a ‘pro-competition’ defence is needed: A gatekeeper should be able to argue – and would need to prove – that the overall effect of permitting a grey-listed type of conduct would, given the specific circumstances of its case, be pro-competitive”) e CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE). *The European Proposal for a Digital Markets Act - a first assessment*, 2021, p. 22 (“it is appropriate to provide for an explicit and well framed defence that could be brought by the gatekeepers”).

<sup>19</sup> CHIRICO, F. Digital Markets Act: A Regulatory Perspective. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 12, n. 7, p. 493–499, 2021 (“unlike under competition law, there will be neither a case-by-case analysis of actual effects, nor will companies be heard with efficiency defences, bringing forward supposed pro-competitive, economic justifications to be verified by the authority”); CAPPALÀ, M.; COLANGELO, G. Taming digital gatekeepers: the ‘more regulatory approach’ to antitrust law. *Computer Law and Security Review*, v. 41, n. 1, p. 1–17, 2021. p. 11 (“the DMA draft does not allow for objective justification or an efficiency defence”).

<sup>20</sup> UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission Staff Working Document - Impact Assessment Report - Proposal for The Digital Markets Act*. Bruxelas, 2020, pp. 33-34.

sempre tão objetivas. Não há dúvida de que, nos mercados digitais, assim como em alguns outros setores, o direito concorrencial precisa de uma dose de adrenalina.

Mas, mesmo diante desse diagnóstico, a melhor opção em termos de política pública é necessariamente mover o pêndulo da intervenção estatal para um regime de regulação de comando e controle pouco flexível? Se por um lado não há dúvidas de que algumas obrigações previstas no DMA de fato contribuem significativamente para ampliar a contestabilidade e nos mercados digitais, não são triviais o risco de algumas regras mal desenhadas, sobretudo no rol do Artigo 5º, multiplicarem os riscos de falsos positivos.

Ainda que o DMA tente a todo custo se afastar da semântica tradicional do antitruste, não há dúvidas de que, principalmente nas investigações de mercado e nas fiscalizações que serão levadas a cabo para verificação do cumprimento das regras pelos *gatekeepers*, a Comissão Europeia terá que encarar argumentos baseados na teoria econômica<sup>21</sup>. A forma como a autoridade lidará com esses argumentos será determinante para esclarecer qual afinal será o papel da teoria econômica na regulação futura dos mercados digitais.

---

<sup>21</sup> Posição semelhante é defendida em KERBER, W. Taming tech giants with a per se rules approach? The Digital Markets Act from the “rules vs. standard” perspective. *Concurrentes Law Review*, v. 3, n. 1, p. 28–34, 2021. p. 33 (“the Commission cannot expect to avoid with this per se rule strategy the need for making investigations, analyses of effects and assessments regarding the behaviour of the gatekeepers”). .