A REGULAÇÃO DE GRANDES PLATAFORMAS DA INTERNET NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA: AS PROPOSTAS DA COMISSÃO PARA UM *DIGITAL MARKETS ACT* E UM *DIGITAL SERVICES ACT*

Martin Nettesheim

Professor de Direito do Estado, Direito Europeu e de Direito Internacional Público da Universidade de Tübingen/Alemanha.

Resumo: O presente artigo pretende analisar as propostas de regulação normativa das grandes plataformas digitais na internet oriundas da Comissão da União Europeia, a saber o *Digital Markets Act* e o *Digital Service Act*. O surgimento de grandes plataformas digitais tem impactado deveras o comércio de mercadorias e serviços, influenciando a comunicação pessoal, o tratamento de dados pessoais e a informação de um modo geral. Neste contexto, necessária uma regulação específica para limitar o poder de mercado no ambiente virtual, tutelando de modo adequado os direitos e garantias fundamentais, inclusive das operadoras das plataformas, na assim designada sociedade tecnológica e informacional.

Palavras-chave: Plataformas Digitais. Direito Europeu. Direitos Humanos e Fundamentais. *Digital Markets Act*. *Digital Service Act*.

Sumário: **1** Introdução e visão geral – **2** A regulação do poder de mercado: o *Digital Markets Act* – **3** A garantia de segurança do mercado: o *Digital Services Act* – **4** Avaliação – Referências

1 Introdução e visão geral

Nos 25 anos em que a internet vem sendo usada pelo público em geral, as *estruturas da economia digital mudaram radicalmente*. O surgimento de plataformas digitais de grandes dimensões é particularmente visível e significativo. Elas possibilitam o comércio com mercadorias e serviços, a disponibilização de produtos como programas de computador, p. ex., a comunicação social, a informação pessoal ou o armazenamento de dados próprios. O surgimento e a operação atual dessas plataformas levantam questões regulatórias às quais a Comissão da União Europeia [UE] pretende reagir com a apresentação de dois atos regulatórios: o *Digital Markets Act* (Regulamento dos Mercados Digitais) e o *Digital Services*

Act (Regulamento dos Serviços Digitais). A Comissão da UE gostaria de limitar o “*poder de mercado*” e de garantir “*segurança de mercado*”.

Os desafios na esfera da estrutura de mercado e do poder de mercado constituem o objeto da proposta de um *Digital Markets Act* (DMA, na sigla em inglês)¹ de 15/12/2020 (seção 2, *infra*).² Nas plataformas digitais surgiram mercados³ que não existiam, dessa forma, na sociedade pré-digital. Elas juntam a oferta e a procura, muitas vezes recorrendo também ao financiamento mediante publicidade. Nesses mercados multifacetados se realizam a liberdade empresarial e a individual. Eles coordenam a oferta e a procura de um modo tão bem-sucedido que nenhum outro mecanismo de coordenação poderia conseguir. Entretanto, os mercados necessitam da *regulamentação jurídica* para funcionar de uma maneira que seja *eficiente e sirva ao bem comum*. A proposta da Comissão da UE é sustentada pela concepção de que uma regulação específica dos mercados de grandes plataformas se tornou necessária para assegurar interesses da coletividade como eficiência, equidade e transparência. Segundo ela, um controle pontual através do Direito concorrencial e de decisões *ex post* não seria mais bastante para garantir um marco jurídico suficientemente específico, promotor de eficiência e assegurador de liberdade para a atividade das grandes plataformas. Também há consenso de que tal ordenamento em um mercado interno só pode ser erigido de modo razoável pela União Europeia.

Há muito tempo também já se vem discutindo sobre se há necessidade de uma regulação específica dos *conteúdos veiculados nas grandes plataformas*. As regulações da UE em vigor datam dos primórdios do surgimento da *internet*. Muitas das operadoras de plataformas que hoje se encontram no centro da economia digital só existiam, na época, como empresas pequenas – ou sequer existiam. Entrementes, modelos de negócios inteiramente novos (*video-streaming*, etc.) surgiram na economia digital; partes importantes da comunicação e informação da sociedade, inclusive na esfera política, atualmente se dão em plataformas. As regulações da Diretiva sobre Comércio Eletrônico criada no ano 2000 não estão mais à altura dessa realidade; elas se baseiam, em termos tecnológicos, sociais e econômicos, em uma imagem que ficou superada nesse meio-tempo.

¹ COM (2020), 842, final.

² Em junho de 2020, a Comissão da UE tinha colocado em discussão a criação de uma “*New Competition Tool*” em que tinham sido previstas competências de intervenção para eliminar deficiências concorrenciais de caráter estrutural anteriores a uma infração do Direito concorrencial. As possibilidades de intervenção colocadas em discussão teriam sido amplas e compreenderiam inclusive um dispositivo de descartelização. O instrumento de investigação do mercado está agora integrado no DMA-E (art. 14 e ss.).

³ No que se segue não é abordada a questão dogmática do Direito concorrencial a respeito de as plataformas deverem ser vistas como instituições particulares de coordenação em um mercado mais amplo ou serem mercados à parte. Aqui se fala de “mercados” já por razões de conveniência linguística.

O Parlamento Europeu falou em “colocar a constituição da internet sobre uma base moderna”. A proposta de um *Digital Services Act* (DSA, na sigla em inglês),⁴ também apresentada em 15/12/2020, pretende atualizar as regras e adaptá-las aos desafios atuais, além de providenciar uma unificação jurídica em forma de um regulamento da UE. Esse regulamento não visa substituir a diretiva, mas aprofundar, melhorar e especificar seus conteúdos (seção 3, *infra*).

No caso da regulação de serviços *on-line*, o legislador da UE se encontra diante de *desafios* particulares. As grandes plataformas são operadas por *empresas privadas*, embora exerçam funções especialmente relevantes para o bem comum e sejam muitas vezes classificadas, no pensamento constitucional europeu, na esfera de serviços da responsabilidade do Estado. Algumas pessoas se inclinam a “estatizar” funcionalmente essas empresas, querendo classificá-las como empresas de serviço público, atribuindo-lhes uma função de administração fiduciária ou considerando a plataforma como infraestrutura que poderia ser separada dos serviços nela disponibilizados. Outras operam com uma visão unilateralmente distópica, enfatizando excessivamente os fenômenos de decadência observáveis nelas. Existe o perigo de que uma pressão populista, interesses institucionais próprios e o esforço em prol da formulação de “padrões mundiais europeus” pudessem prejudicar a *grande força inovadora* que é o que levou ao surgimento da *internet* atual e das ofertas nela disponíveis. O que chama particularmente a atenção do ponto de vista do Direito Constitucional é o quão pouco se fala, na discussão sobre a regulação, dos direitos fundamentais das empresas afetadas.⁵

Desafiador é também o fato de que justamente as grandes operadoras de plataformas são preponderantemente empresas americanas: nem sempre é fácil encontrar o meio-termo entre *autoafirmação europeia* (“soberania digital”) e a *abertura para o mercado*. Justamente em tempos nos quais a situação geoestratégica da UE está mudando rapidamente e novos concorrentes estratégicos entram em cena, uma política introvertida do tipo “*Europe first*”, que queira cortar as ligações com os EUA, seria equivocada. Não se deve ceder ao reflexo ocasionalmente observável de submeter empresas estrangeiras a uma regulação jurídica particularmente rigorosa. É preciso evitar uma fragmentação da *internet*.

Dizendo-o antecipadamente, a Comissão da UE consegue, com as propostas apresentadas, *de modo convincente em sua abordagem básica*, evitar tais armadilhas e trilhar um caminho intermediário entre intervencionismo e liberdade empresarial, entre a *asseguração da internet como local de autodeterminação*

⁴ COM (2020), 825, final.

⁵ Quanto à proteção dos direitos fundamentais na UE, cf. OPPERMANN, T.; CLASSEN, C. D.; NETTESHEIM, M. *Europarecht*. 8. ed., 2018, §17, com referências adicionais.

emancipatória e econômica e a incumbência das autoridades públicas de *limitar o poder e combater danos*. A discussão jurídica e política ulterior precisa se ocupar com as questões avulsas concretas da regulamentação e com as propostas específicas de regulação. Certas propostas avulsas de regulação ainda carecem, como se exporá na sequência, de uma maior discussão.

2 A regulação do poder de mercado: o *Digital Markets Act*

A proposta de um Regulamento dos Mercados Digitais se concentra em grandes empresas do tipo *gatekeeper* [controlador de acesso] e visa estabelecer um ordenamento regulatório de conduta que pretende incrementar a eficiência de mercado e a equidade, sem restringir excessivamente a liberdade das empresas mantenedoras. As empresas que são abrangidas pelo regulamento *ratione personae* precisam ser designadas em um processo (arts. 3º e 4º do DMA-E [= versão em inglês da proposta de Regulamento dos Mercados Digitais – versão em português disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52020PC0842>]). Neste sentido, o faturamento, o número de usuários e a manutenção da posição no mercado são relevantes (art. 3º, 1-2 do DMA-E). Depois se monta, *ratione materiae*, um catálogo de regras de boa conduta nos arts. 5º e 6º do DMA-E, que também pode ser ampliado pela Comissão da UE (art. 10 do DMA-E, “Atualização”).

2.1 Competência

A Comissão da UE resolveu basear o regime de regulação no art. 114 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), embora ele se sobreponha parcialmente, em termos de conteúdo, às normas de conduta que poderiam ser desenvolvidas a partir do art. 101 e ss. do TFUE. A *escolha do fundamento jurídico* não é problemática do ponto de vista do Direito primário porque, em termos de ênfase, as regulações propostas se movem para além da asseguuração da eficiência concorrencial (quanto a isso, 2.3.1, *infra*).

No entanto, a *sobreposição parcial da regulação do DMA e da fiscalização subsistente do Direito concorrencial* levanta questões que até agora não estão suficientemente respondidas na proposta. Se realmente se visa impor, por meio do controle *ex ante* padrões de conduta uniformes em toda a UE para, assim, produzir segurança jurídica, as empresas precisam ter a segurança que seu comportamento permitido pelo DMA não seja mais tarde classificado como anticoncorrencial

pelos órgãos responsáveis pela concorrência. Isso deve se aplicar especialmente ao caso em que a Comissão da UE especificou obrigações de conduta (art. 6º do DMA-E) e a empresa cumpre essas exigências. Há muitas razões que depõem a favor de conceder precedência ao DMA sobre o Direito concorrencial.⁶

2.2 Estrutura básica

A proposta do DMA se ressentia do fato de que *gatekeepers* com modelos de negócios completamente diferentes, posição inteiramente diversa no mercado e potencial de problemas regulatórios bem distintos são submetidos a um sistema de regras uniforme e carente de mudanças. É óbvio que os desafios regulatórios em um mercado no qual consumidores compram mercadorias se distinguem substancialmente daqueles que se colocam na operação de uma plataforma em que se disponibilizam programas de computadores (*apps*) para um sistema operacional específico. Já a operação de uma rede social em que se dá comunicação em nível mundial exibe, por sua vez, características específicas. Embora se possam formular, em nível bem abstrato, metas legislativas e princípios básicos que sejam aplicáveis a todos os tipos (“eficiência”, p. ex.), as peculiaridades específicas dos *gatekeepers* e de seus modelos de negócios obrigam a que, em nível operacional, sejam prescritas regras de conduta diferentes.

A listagem das regras de conduta nos arts. 5º e 6º do DMA-E não leva isso em consideração. Tem-se a impressão de que, na elaboração das listas, foram levados em conta principalmente resultados de processos concorrenciais passados e fragmentos da discussão acadêmica sobre regulação. Entretanto, não ocorre uma diferenciação fundamental entre os vários tipos de *gatekeepers*. As diversas cláusulas só permitem depreender implicitamente que elas têm mais ou menos a ver com determinados modelos de negócios. Essa abordagem da regulação levanta tanto questões referentes à segurança de subsunção quanto à adequação em termos de conteúdo. A noção da Comissão da UE de que se deve formular um padrão comum mínimo de conduta para todos os *gatekeepers* não faz jus à diversidade dos modelos de negócios e do efeito especificamente distinto das regras de conduta formuladas nos arts. 5º e 6º do DMA-E sobre os diversos *gatekeepers*. Seria recomendável tratar, no tocante aos aspectos regulatórios, mais especificamente com a questão de qual deve ser o *marco comportamental concreto para*

⁶ Quanto à relação da competência regulatória do legislador da UE e do Direito concorrencial da UE, cf. NETTESHEIM, M. Verwaltungsregime im EU-Recht. In: KAHL; LUDWIGS (ed.). *Handbuch des Verwaltungsrechts*. 2021. v. 2, §42 (no prelo).

tipos específicos de gatekeepers. A Comissão da UE percebe o problema da falta de especificidade e de uma possível inadequação para as regras formuladas no art. 6º do DMA-E e pretende proceder, neste caso, a uma orientação mais precisa e uma regulação adicional (art. 7º, 2 do DMA-E). Nesse caso, se está prevendo uma concretização *ex post* que contraria a abordagem básica do DMA-E de prescrever regras de conduta *ex ante* e torná-las diretamente aplicáveis.

Em face do caráter aberto de algumas das cláusulas do art. 5º do DMA-E seria indicada uma orientação mais precisa também neste caso. O *caráter determinado ou indeterminado das cláusulas do art. 5º do DMA-E* praticamente não se distingue desse mesmo caráter que se encontra no art. 6º do DMA-E. Não se pode perceber por que as cláusulas do art. 5º do DMA-E haveriam de ser executáveis sem um processo de concretização por parte da Comissão da UE, mas não as do art. 6º do DMA-E.

2.3 Objetivos e regulações da conduta operacional

2.3.1 Objetivos do legislador

Uma regulação de *gatekeepers* com base no art. 114 do TFUE não precisa servir (apenas) para assegurar uma concorrência eficiente. A competência referente ao mercado interno inaugura um amplo *horizonte de objetivos políticos*. Isso, contudo, não significa que deva ficar em aberto quais objetivos são perseguidos em termos regulatórios. A clareza e a especificidade quanto aos objetivos são imprescindíveis para assegurar a coerência da ação regulatória. Neste sentido, ainda existem deficiências na proposta do DMA. Na parte operacional do DMA-E se fala meramente de dois objetivos: “*disputabilidade dos mercados*” e “*equidade*” (especialmente art. 1º, 1 e art. 10º, 2 do DMA-E).

Na *discussão político-jurídica* sobre quais metas devam ser perseguidas com a regulação de *gatekeepers* se concluiu, há tempo, que a regulação de *gatekeepers* deveria se dedicar mais do que à asseguarção de “*rivalidade*” e “*equidade*”. No relatório da Competition and Markets Authority britânica (CMA)⁷ se sugere uma orientação pelos princípios do “*comércio equânime*”, da asseguarção de “*opções abertas*”⁸ e da proteção de “*confiança e transparência*”.⁹ Em seu relatório intitulado

⁷ CMA, Online platforms and digital advertising, 2020. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020.pdf.

⁸ Combate ao “*comportamento excludente*”.

⁹ Obrigações de informação que possibilitem “*decisões bem informadas*”.

Restoring Balance to Digital Competition,¹⁰ Philip Marsden e Rupprecht Podszun sugerem que se faça uma distinção entre os princípios de “liberdade de concorrência”, “equidade de intermediação” e “tomada de decisões soberana”.¹¹ Em minha opinião, recomenda-se a seguinte distinção de quatro objetivos da regulação: “*eficiência*”, “*equidade*”, “*transparência*” e “*defesa do consumidor*”. O fato de a Comissão da UE se guiar, ao menos subliminarmente, por mais do que apenas dois objetivos é esclarecido por uma análise das regras de conduta listadas nos arts. 5º e 6º do DMA-E: as disposições operacionais da proposta vão muito além da asseguarção de “rivalidade” e “equidade”.

A Comissão da UE abriu mão de correlacionar com objetivos concretos as normas de conduta específicas contidas nos arts. 5º e 6º do DMA-E. Isso abre margens de interpretação. Além disso, várias das regras avulsas podem ser entendidas de tal modo que sirvam ao mesmo tempo a vários objetivos. Não obstante, a racionalidade, o efeito de controle e a segurança jurídica da proposta poderiam ser aumentados se ela contivesse relações claras entre fins e meios. Uma vinculação clara com metas legislativas também daria uma orientação quando se tratasse da concretização das regras de conduta do art. 6º da proposta (art. 7º, 2 do DMA-E). Ao que tudo indica, a concretização de algumas das cláusulas é diferente, dependendo de serem correlacionadas mais ao objetivo da eficiência, da equidade ou da defesa do consumidor.

2.3.2 Eficiência

O primeiro e mais importante objetivo da regulação de *gatekeepers* deve ser – também segundo a compreensão da Comissão da UE – a asseguarção da eficiência. Os mercados nos quais os *gatekeepers* atuam e os mercados que eles estabelecem devem operar de modo eficiente. Os autores do DMA reconhecem isso explicitamente (art. 1º, 1 do DMA-E). Entretanto, na proposta do DMA não se leva suficientemente em consideração que do princípio da eficiência resultam inferências diferentes para mercados diferentes: deve-se fazer uma distinção fundamental entre mercados nos quais, por causa do efeito de rede de um serviço,

¹⁰ MARSDEN, P.; PODSZUN, R. Restoring Balance to Digital Competition. *KAS4Innovation*, 2020, p. 36 ss.

¹¹ Cf. formulações de objetivos mais precisas por serem especificamente referentes ao Direito concorrencial, p. ex., em SCHWEITZER; HAUCAP; KERBER; WELKER. Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. 2018. Disponível em: <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf>; KOMMISSION WETTBEWERBSRECHT 4.0. Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft. 2019; MONOPOLKOMMISSION. Hauptgutachten XXIII: Wettbewerb 2020, cap. 1: “Mißbrauchsaufsicht in der Plattformwirtschaft”.

ocorreu um *market tipping* [desequilíbrio de mercado em favor de um ator] e mercados nos quais a concorrência funciona efetivamente.

2.3.2.1 Necessidade da distinção de mercados diferentes

Em *mercados desequilibrados* não faz sentido pensar única ou preponderantemente em categorias de “disputabilidade” e “rivalidade”. Nesses mercados também pode surgir um estado de eficiência sem que o mesmo serviço seja oferecido por dois ou mais provedores ou fornecedores. É necessário, contudo, levar em conta o *poder de inovação* e a *disposição para a inovação* do provedor, p. ex., analisando despesas em pesquisa e desenvolvimento (P&D). Além disso, o *poder de mercado da empresa que opera a plataforma* precisa ser restringido de tal modo que não se reflita em condições inadequadas. Em um estado de eficiência, a asseguaração de possibilidades de entrada e atuação no mercado por parte de um concorrente (em potencial) é secundária. Por outro lado, em mercados nos quais o *tipping point* ainda não tenha sido alcançado é primordial tomar providências jurídicas para a *proteção de uma situação de rivalidade já existente*, particularmente impedindo obstruções mútuas.¹² Em princípio, empresas que operem em um mercado desequilibrado não devem ser impedidas de atuar em outro mercado: a pressão concorrencial exercida pela *empresa diversificadora* no outro mercado pode ser eficiente. Entretanto, deve-se evitar, também neste caso, que o poder resultante da posição de *gatekeeper* seja empregado de maneira inadequada no outro mercado.

É lamentável que a *distinção fundamental de situações de mercado diferentes* não se reflita na proposta do DMA. As disposições sobre a área de emprego de pessoal visam apenas a dimensão e importância das empresas, mas não refletem o entorno em que os *gatekeepers* afetados por elas atuam. Também nas disposições que regulam as obrigações de conduta em termos materiais não se faz uma diferenciação nesse caso (cf., p. ex., art. 10º, 2, b do DMA-E). Seria recomendável tornar mais precisa a dimensão de profundidade da teoria da concorrência do DMA-E nessa área.

2.3.2.2 Regras de conduta sobre a asseguaração de eficiência

Repassando-se as listas contidas nos arts. 5º e 6º do DMA-E, devem ser sobretudo as *cláusulas* listadas na sequência as que servem à *asseguaração da eficiência*. Um primeiro grupo trata da concorrência na plataforma:

¹² SCHWEITZER *et al.*, 2018 (nota 11).

– Art. 6º, 1, d do DMA-E: proibição da “autoclassificação preferencial” na listagem de produtos e serviços. Neste caso a eficiência concorrencial não está clara; em empresas verticalmente integradas a autoclassificação preferencial pode ser eficiente e pode não ser problemática do ponto de vista normativo.

– Art. 6º, 1, c: liberdade de poder instalar *software* de terceiros no sistema operacional do *gatekeeper*.

– Art. 6º, 1, e: liberdade de poder escolher livremente diversos *softwares* aplicativos pelo sistema operacional do *gatekeeper*.

Não se encontram regulações que garantam a integridade da concorrência na plataforma (proteção contra formação de cartéis, etc.).

Um segundo grupo protege a concorrência no entorno da plataforma:

– Art. 5º, b do DMA-E: proibição de regras de exclusividade. Neste caso seria de se perguntar, com particular relevância, se não se deveria distinguir de maneira mais acentuada ainda entre mercados desequilibrados e os demais mercados.

– Art. 5º, c: possibilidade do contato justransacional direto para escolher outros canais de intermediação e da publicidade para tanto; os usuários devem ter o direito de entrar em contato com o fornecedor comercial sem utilizar a plataforma.

– Art. 6º, 1, b: liberdade de desinstalar *softwares* aplicativos.

– Art. 6º, 1, j: direito das operadoras de uma máquina de busca a acesso livre a determinados dados da máquina de busca de um *gatekeeper*.

Uma cláusula serve, por fim, para evitar que o poder de mercado do *gatekeeper* transborde inadequadamente para outros mercados:¹³

– Art. 5º, f do DMA-E: proibição da vinculação de diversos serviços da plataforma.

2.3.3 Equidade

O legislador da UE tem a liberdade de proteger *concepções normativas de equidade* no mercado mesmo que isso seja acompanhado de certas ineficiências. Contudo, os padrões de equidade são, *via de regra, codificados jusculturalmente, muitas vezes controvertidos e passíveis de abuso político*. Quando de sua formulação, é imperativo levar em conta, de modo especial, a liberdade empresarial do *gatekeeper*. Além disso, não se deve perder de vista princípios gerais e valorações básicas do respectivo ordenamento jurídico. O legislador da UE já vem se ocupando há mais tempo com a implementação de valorações de equidade em mercados

¹³ Recentemente, Nicolas Petit expôs que a entrada do *gatekeeper* em um novo mercado não é, em si, ineficiente. É preciso examinar cada caso à parte. Cf. PETIT, N. *Big Tech and the Digital Economy*. 2020.

da economia digital. No DMA-E se encontram as seguintes regras de conduta que podem ser lidas como *expressão do princípio de equidade*:

– Art. 5º, d do DMA-E: liberdade de denunciar a inequidade e de apresentar uma queixa sobre ela (proibição de cláusulas de confidencialidade obstrutivas, etc.).

– Art. 5º, e: liberdade de utilizar um serviço de identificação próprio (cf. definição no Art. 2º).

– Art. 6º, 1, a: utilização de dados que sejam gerados pelas atividades dos usuários para fins concorrenciais; Art. 11º, 2: facilidade de obtenção do consentimento por parte do usuário profissional.

– Art. 6º, 1, i: fiscalização efetiva das transações comerciais através de “acesso e uso efetivo, de alta qualidade e em tempo real de dados”, mas dentro dos limites do Direito de proteção de dados.

– Art. 6º, 1, g: acesso de publicitários e editores às “ferramentas de medição de desempenho” do *gatekeeper*.

– Art. 6º, 1, k: acesso equitativo e não discriminatório a uma “loja de softwares aplicativos”.

– Art. 11º, 3: ausência de represálias pelo recurso aos direitos consoante os arts. 5º e 6º do DMA-E.

Lendo-se essa listagem diante do pano de fundo da discussão juspolítica mais recente, constata-se uma *abordagem reticente*: a Comissão da UE abre mão de determinar a portabilidade ilimitada de dados. Ela também não cria uma obrigação geral de garantir a interoperabilidade.

2.3.4 Transparência suficiente

Já faz bastante tempo que o legislador da UE visa aumentar a *transparência nos mercados da economia digital* (basta pensar no art. 5º do Regulamento 1.150 de 2019 [Regulamento Platform-to-Business] ou no art. 7º, 4 da Diretiva 29 de 2005 do CE [Diretiva contra práticas comerciais desleais]. Também no DMA-E¹⁴ se encontra ao menos uma cláusula que visa produzir transparência:

– Art. 5º, g do DMA-E: informação e transparência em modelos de remuneração no mercado publicitário.

¹⁴ Quanto às exigências de transparência do DSA-E, v. *infra* 3.2.3.

2.3.5 Defesa suficiente do consumidor

À luz de regulações anteriores da UE, não causa admiração que o DMA-E persiga, finalmente, também metas de defesa do consumidor. Embora se fale de modo inespecífico de “autonomia do consumidor”, decerto se visa dar aos consumidores determinadas *opções decisórias*:

– Art. 5º, a do DMA-E: proibição da inclusão de dados de outros serviços ou de terceiros se não houver um consentimento específico. Neste caso se colocam questões difíceis sobre a correlação do direito empresarial à definição do serviço ou produto (art. 16ª da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia [CDFUE]) e o direito à autodeterminação dos consumidores.

– Art. 6º, 1, h: portabilidade de dados. Também neste caso a preocupação com a defesa do consumidor não deve perder de vista interesses legítimos da operadora da plataforma (proteção da liberdade de empresa e do serviço ou produto empresarial; proteção de segredos comerciais) bem como a proteção dos dados e da privacidade dos titulares dos dados.

As regulações do DMA-E deixam claro que as preocupações regulatórias da regulação pregressa da infraestrutura ou rede (acesso igual e a custo adequado; obrigações de fornecimento; proibição de manipulação inadmissível e de exploração) não podem ser transpostas sem mais nem menos para as *circunstâncias da economia digital*. Contudo, há necessidade de continuar discutindo sobre se a estrutura dos arts. 5º e 6º do DMA-E deveria se manter dessa forma.

2.3.6 Exceções

O DMA-E prevê, no art. 8º, 1, que a observância de determinadas obrigações de conduta contidas nos arts. 5º e 6º do mesmo DMA-E pode ser suspensa se a empresa conseguir demonstrar que a observância da obrigação ameaçaria a *viabilidade econômica da empresa*. É preciso que se trate de circunstâncias que, excepcionalmente, estejam fora do controle da empresa. Essa constatação deve ser feita pela Comissão da UE. Da mesma maneira, a Comissão pode isentar uma empresa da obrigação de, na prestação de serviços essenciais concretos na plataforma (art. 3º, 7 do DMA-E), observar determinadas obrigações de conduta segundo os arts. 5º ou 6º do DMA-E. Entretanto, o art. 9º, 2 do mesmo regulamento só permite isso para a *proteção da moralidade pública, da saúde pública e da segurança pública*. Deve-se pressupor que essa competência venha a ser interpretada de modo estrito. Em termos conceituais se poderá recorrer à jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia no tocante às liberdades fundamentais.

2.4 Ônus de avaliação jurídica e de execução dos *gatekeepers*

Só uma pequena parte das regras de conduta dos arts. 5º e 6º do DMA-E são meras obrigações omissivas, que podem ser cumpridas pelo fato de a empresa não realizar determinadas ações. Em sua maior parte, trata-se de *obrigações de agir*, que obrigam à *adaptação e mudança do comportamento da empresa, a mudanças na esfera dos dispositivos contratuais ou também à tomada de providências ou medidas técnicas*. Por isso, o art. 7º, 1 do DMA-E obriga as empresas (mais uma vez, como uma espécie de cláusula geral) a tomar “medidas eficazes de execução”. O Regulamento reconhece, com razão, que as respectivas prescrições estão formuladas como uma espécie de cláusulas gerais e princípios e abrem amplas margens de execução. Segundo o art. 7º, 2 do DMA-E, a Comissão da UE tem a competência para emitir resoluções em que as normas, segundo o art. 6º do DMA-E, sejam especificadas no caso concreto. Porém, a Comissão da UE também pode emitir logo uma decisão de descumprimento e impor sanções (art. 7º, 3 em associação com os arts. 25º-27º do DMA-E). Em todo caso, a empresa tem, segundo o art. 7º, 7 do DMA-E, o direito de solicitar à Comissão da UE uma avaliação das medidas que tomou para executar o art. 6º desse Regulamento. Não está claro por que essa possibilidade também não deva existir para o art. 5º do DMA-E.

As disposições dos arts. 5º e 6º do DMA-E devem ser “*autoexecutáveis*”. Por isso, precisam ser observadas a partir da entrada em vigor do DMA e deixam a empresa com a responsabilidade – possivelmente nem sempre isenta de problemas – de desenvolver uma compreensão correta das regras de conduta descritas de maneira vaga. O ônus avaliativo associado a isso pesa muito diante em face das ameaças de sanções. Parece cínico conceder aos *gatekeepers* a possibilidade de requerer a abertura de um processo de violação, segundo os arts. 18º e ss., contra si mesmos para poder constatar a *compliance* com as regras. Faria sentido dar às empresas segurança jurídica e comportamental em um processo especial.

2.5 Concretização, evolução e execução das regras de conduta

O DMA-E opera com regras de conduta no estilo de cláusulas gerais que necessitam de concretização por causa de sua amplitude. Por conseguinte, o art. 36, 1 do DMA-E dá à Comissão da UE o direito de adotar *atos jurídicos de execução* (art. 291º do TFUE). Do ponto de vista do Direito da União, não existe um direito de que a Comissão da UE proceda a uma concretização. Ela pode adotar diretamente uma decisão de *non-compliance* (art. 25º do DMA-E). Como exposto acima, isso não está previsto explicitamente para as regras do art. 5º do DMA-E, embora as

cláusulas lá constantes sejam, em parte, semelhantemente amplas e indeterminadas como as do art. 6º do mesmo Regulamento. Neste caso a empresa arca com um *risco maior* de que sua compreensão do Direito seja, mais tarde, vista como incorreta pela Comissão da UE (art. 25º do DMA-E) e de que seja onerada com sanções. As sanções podem chegar a 10% do faturamento anual (art. 26º, 1 do DMA-E).

O art. 10º do DMA-E pretende dar à Comissão da UE a competência para adotar *atos jurídicos delegados* (art. 37º do DMA-E) e, com eles, atualizar e mudar as obrigações de conduta dos *gatekeepers*. Com isso se formula um marco de objetivos que visa estabelecer limites para a apreciação de estruturação política por parte da Comissão da UE. É necessário esclarecer melhor se isso corresponde às exigências do art. 290º do TFUE. Também neste caso o DMA-E só menciona a “disputabilidade de mercados” e a “equidade”. A concepção de equidade é relacionada unicamente ao equilíbrio de direitos e deveres dos usuários empresariais de uma plataforma.

A execução das regras de conduta do DMA-E deve ocorrer ou no processo de uma *investigação de mercado* (art. 14º-17º do DMA-E) ou em um *procedimento administrativo segundo os arts. 18º e ss. do DMA-E*. No marco da investigação de mercado podem ser tomadas amplas decisões referentes ao comportamento ou à estrutura da empresa quando se acuse um *gatekeeper* de desrespeitar sistematicamente as obrigações (art. 16º do DMA-E). Um incumprimento sistemático estaria dado quando se acusar uma empresa de ao menos três infrações em um período de cinco anos (art. 16º, 3 do DMA-E). Além disso, os arts. 18º e ss. do DMA-E preveem um processo de execução que se assemelha às prescrições do Direito concorrencial.

2.6 Avaliação

A estrutura básica do DMA-E se ressentiu de que os redatores do texto se guiaram, quando da formulação das regras de conduta, demasiadamente por evidências anedóticas de constelações conflituosas referentes a casos avulsos e por observações fortuitas. A proposta mostra apenas uma *percepção reduzida da teoria da concorrência e da regulação*. Isso já pode ser observado na estrutura assistemática das listas contidas nos arts. 5º e 6º do DMA-E. A tentativa de separar regras de conduta que não necessitam de concretização e aquelas que necessitam de concretização não é convincente porque tanto no art. 5º quanto no art. 6º do DMA-E se encontram normas formuladas no estilo de cláusulas gerais. Não ocorreram uma *elaboração* suficientemente *específica dos objetivos e*

interesses que estão por trás das cláusulas e uma respectiva concretização das obrigações. Uma distinção mais precisa de objetivos diversos (eficiência, equidade, transparência e defesa do consumidor) traria clareza e seria proveitosa para a interpretação das distintas normas.

3 A garantia de segurança do mercado: o *Digital Services Act*

Noções libertárias da “impossibilidade de regulação da *internet*” que ainda eram manifestadas há 20 anos se dissiparam atualmente. Plataformas da economia digital abrem espaços livres. Elas constituem o fundamento para modelos de negócios que, como mostra seu sucesso, satisfazem interesses de consumidores e fazem parte de uma vida boa em um mundo moderno. Criam *possibilidades de comunicação e informação* que, no tocante a diversidade, amplitude e baixo custo, nunca existiram antes dessa forma. Entrementes o reverso dessas possibilidades também se tornou óbvio: *conteúdos ilegais* são disseminados, *práticas danosas* (desde assédio e discurso de ódio até a disseminação de *fake news*) têm se espalhado. Consumidores estão expostos ao *perigo de perfilamento excessivo* por parte das empresas. Eles são confrontados com *tentativas de manipulação e sedução*. Inversamente, as usuárias e usuários utilizam as novas liberdades para disseminar ou obter conteúdos ilegais, fazer circular informações falsas ou difamatórias ou também para praticar *formas de comportamento lesivas e abusivas*. Há anos se trava uma disputa sobre até que ponto deve ir a defesa ou proteção jurídica de usuárias e usuários de plataformas de comunicação. Concepções libertárias, influenciadas pela doutrina da Primeira Emenda do Direito Constitucional americano, estão em aguda contraposição a posições que lutam por um “espaço seguro”, em que toda forma de discriminação, preterição e (micro)agressividade seja impedida. Também existem diferenças consideráveis na questão de como o direito de regulação das autoridades públicas deve ser relacionado com a *competência de autorregulação das operadoras empresariais de plataformas* (“*community standards*”). Uma regulação por parte do Direito da União Europeia precisa, por fim, também se perguntar se padrões materiais de conduta devem ser *harmonizados* ou deixados por conta da *competência regulatória dos Estados-membros*.

3.1 Objetivos e esfera de aplicação

A proposta do DAS visa garantir um *ambiente on-line seguro, previsível e confiável*, em que os direitos fundamentais sejam protegidos (art. 1º, 2, b do DSA-E [= versão em inglês da proposta de Regulamento dos Serviços Digitais –

versão em português disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52020PC0825>). A garantia de um “*level playing field*” [condições de concorrência equitativas] (Considerando 7) não permite divergências e caminhos especiais dos Estados-membros. Entretanto, uma harmonização plena dos padrões materiais de proteção dos Estados-membros da UE não está prevista; por isso, a *heterogeneidade do entorno regulatório* ficará mantido ao menos em parte. De resto, a proposta deixa espaço para uma ética empresarial particular, para “*regras da casa*” e “*community standards*”. Deve-se preservar a liberdade das empresas de elaborar sua ética empresarial e desenvolvê-la à luz de circunstâncias que vão mudando. Ela deixa espaço para mecanismos voluntários de proteção (art. 6º do DSA-E) e sistemas de “moderação de conteúdo” específicos para a empresa, mas obriga à transparência e à disputabilidade. Impõe-se às operadoras de plataformas de dimensão muito grande uma obrigação difusa de assumir responsabilidade pelos “riscos estruturais” por elas causados.

O DSA abrange, *ratione personae*, não só empresas situadas na UE, mas também aquelas que atendem seus usuários a partir de um país terceiro (art. 1º, 3 do DSA-E). *Ratione materiae*, a proposta se estende a serviços digitais intermediários. O DSA-E define sua esfera de aplicação não por meio de modelos de negócios digitais, e sim por meio do *modo de processamento digital* (art. 1º, 1 em associação com art. 2º, f do DSA-E).¹⁵ Portanto, em termos materiais uma ampla gama de serviços se enquadra na esfera de aplicação (mercados *on-line*, máquinas de busca, redes sociais, etc.). As regras de conduta dependem, por um lado, do tipo de processamento de conteúdos e, por outro, da dimensão da empresa.

O DSA-E se soma a uma multiplicidade de *disposições ainda vigentes do Direito da UE* (art. 1º, 5 do DSA-E). Assim, ficam intocadas as regulações do Direito da União sobre serviços de mídias audiovisuais, sobre a respectiva propriedade intelectual, sobre proteção de dados, defesa do consumidor e segurança de produtos, mas também sobre proteção contra perigos e o terrorismo. Um regime especial é instituído pelo Regulamento para a promoção de equidade e transparência para usuários profissionais de serviços de intermediação *on-line*.¹⁶ Não se pretende que a Diretiva sobre Comércio Eletrônico seja suspensa.

¹⁵ Isso inclui “*mere conduit*” [simples transporte], “*caching*” [armazenagem temporária] e “*hosting*” [armazenagem em servidor].

¹⁶ Regulação (EU) 2019/1150.

3.2 Regulações materiais

A economia da *internet* não teria surgido na forma como é conhecida atualmente se o legislador da UE não tivesse resolvido, no ano 2000, emitir uma *proibição da fiscalização e controle geral dos conteúdos* que são transportados por serviços de intermediação digital e estabelecer, em contrapartida, um privilégio [de isenção] de responsabilidade civil. O DSA-E não toca nesses pilares da economia da *internet*. Contudo, deixa muitas questões mais precisas, além de estabelecer regras de conduta adicionais para as plataformas *on-line* de dimensão muito grande.

3.2.1 Forma de lidar com conteúdos reais ou supostamente ilegais

3.2.1.1 Normas institucionais de caráter geral

As operadoras de serviços de intermediação digital estão proibidas de hospedar ou disseminar conteúdos ilegais. Entretanto, não há uma *obrigação geral de monitoramento* (art. 7º do DSA-E). Para os fornecedores de serviços de armazenagem *on-line* (incluindo as plataformas *on-line*), o DSA-E transforma o mecanismo de “*notice-and-take-down*” [notificação e remoção] da Diretiva sobre Comércio Eletrônico em uma *abordagem do tipo “notice-and-action”* [notificação e ação] (Art. 14º do DSA-E). Elas devem tomar providências que possibilitem uma notificação suficientemente específica e adequadamente fundamentada (art. 14º, 1 e 2 do DSA-E). Se o prestador de serviços proceder a um bloqueio ou uma remoção, deve informar o usuário afetado (art. 15º). A proposta não trata do perigo de “*overblocking*” [bloqueio excessivo]. Dever-se-á entender o DSA-E de tal modo que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre ordens do tipo “*stay-down*” dos Estados-membros também será mantida no novo campo de regulamentação.¹⁷

A operadora de uma plataforma *on-line* (art. 2º, h do DSA-E) é obrigada a instalar um *mecanismo formalizado de apresentação de reclamações* mediante o qual possa ser informada pelas usuárias e usuários a respeito de tais conteúdos (art. 17º do DSA-E).¹⁸ As plataformas *on-line* não só armazenam conteúdos para seus usuários, mas também possibilitam uma disseminação pública. As empresas que combinam diversos tipos de serviços precisam cumprir as normas

¹⁷ EuGH, decisão de 3.10.2019, C-18/18, Glawischnig-Piesczek (ordem de remoção de conteúdos com formulação ou sentido igual).

¹⁸ Isso não se aplica a micro e pequenas empresas (art. 16 do DSA-E).

para a parte respectivamente específica de sua atividade empresarial.¹⁹ O que se exige é um sistema que seja gratuito para as usuárias e usuários e garanta um processamento rápido, cuidadoso e objetivo. Um processamento exclusivamente automatizado não é permitido. As comunicações dos chamados “*trusted flaggers*” [sinalizadores de confiança] devem ser levadas em conta imediatamente e com prioridade (art. 19º do DSA-E). Os usuários precisam ter o direito de recorrer a instâncias independentes de arbitragem ou resolução de litígios (art. 18º do DSA-E). Neste ponto a Comissão da UE retoma a prática, entretimes comprovada, de conceder prioridade à *resolução interna e extrajudicial de conflitos* a uma ação diante de tribunais estatais.

3.2.1.2 O conceito de ilegalidade

Segundo as regulações do DSA-E, um conteúdo é ilegal quando viola o *Direito da UE ou de um Estado-membro*. As operadoras de plataformas atuantes em todos os Estados-membros da UE precisam tomar como critério, além das normas do Direito da UE, 27 ordenamentos jurídicos estatais. O dispêndio associado a isso colocará as empresas diante de grandes desafios.

Na sequência do processo legislativo se deveria refletir sobre se a *liberdade dos Estados-membros da UE quanto à decisão sobre a legalidade ou ilegalidade de conteúdos* não deveria ser restringida. Como se sabe, neste tocante existem diferenças consideráveis entre os Estados-membros. O surgimento de um espaço europeu comum de direitos fundamentais, marcado pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, torna atualmente, em princípio, possível que se harmonizem pelo menos os princípios fundamentais daquilo que deve ser permitido e daquilo que pode ou deveria ser proibido para as plataformas *on-line* (de dimensão muito grande). Em todo caso, seria concebível criar corredores de regulação mediante a formulação de princípios. Nem o princípio da subsidiariedade (art. 5º, 3 do Tratado da União Europeia) nem a ideia balizadora da integração política, segundo a qual se deveria assegurar a diversidade, iriam contrariar uma regulação que também formulasse limites uniformes do que é permitido para plataformas uniformes e atuantes em todo o âmbito da UE. Possivelmente, no início da terceira década do século XXI a noção de gerar “reservas nacionais” ou “*walled gardens*” estatais nessas plataformas parece superada. A promessa do DSA-E de criar para as empresas que operam no mercado interno da UE a segurança jurídica material e procedimental

¹⁹ Considerandos 13 e 15.

que o atual entorno regulatório desigual e pouco transparente não oferece poderia ser melhorada mais ainda por meio da harmonização jurídica.

A proposta não contém regulações sobre a questão dos critérios consoante os quais deve ocorrer a verificação da pretensa ilegalidade do conteúdo questionável. As dificuldades que se tornam perceptíveis na lei alemã sobre discurso de ódio e *fake news* nas redes sociais [*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, também conhecida como “Lei do Facebook”] irão aflorar igualmente, a partir de agora, no contexto da regulação da UE. Como se sabe, em muitos casos existem *inseguranças quanto à avaliação jurídica* a respeito da ilegalidade ou não de um conteúdo. O DSA-E não concretiza com que intensidade se deve verificar a questão da ilegalidade nem como se deve proceder no espectro de decisões justificáveis. Neste caso as operadoras de plataformas correm um risco considerável na tomada de decisões. Seria concebível normatizar mais precisamente a assunção de responsabilidade por parte das empresas, p. ex., através de uma definição do tipo e da profundidade de verificação jurídica ou de uma regulação para casos duvidosos.

3.2.2 Sistemas de gestão de risco

Outras exigências são feitas a *plataformas de dimensão muito grande*.^{20 21} O DSA-E se baseia na avaliação de que essas plataformas causam “riscos” especiais “para a sociedade”, particularmente no tocante à segurança *on-line*, à formação da opinião pública e do discurso público e ao comércio eletrônico (Considerando 56).

As operadoras de plataformas de dimensão muito grande são obrigadas, pelo art. 26 do DSA-E, a realizar uma *avaliação do risco daquilo que acontece na plataforma*. Elas têm a obrigação de identificar “riscos sistêmicos significativos”. A necessária análise e avaliação não deve tratar apenas da possibilidade de uma *disseminação de conteúdos ilegais* por meio do serviço (art. 26^o, 1, a do DSA-E), mas também incluir o perigo de que o serviço seja *manipulado intencionalmente* (art. 26^o, 1, c). Isso deve ocorrer, entre outros, quando o serviço é utilizado sob identidade falsa ou por sistemas automatizados (“*bots*”) de uma forma que tenha efeitos negativos factuais ou previsíveis sobre a proteção da saúde pública, de menores de idade, do discurso democrático na sociedade, de eleições ou da segurança pública. Chama a atenção que a integridade do processo democrático não seja protegida contra ataques que ocorram sob a menção do próprio nome,

²⁰ Na definição desses grupos (art. 25^o do DSA-E) há aspectos que estão claros e devem ser aclarados mediante atos delegados.

²¹ Definição no art. 25^o do DSA-E.

p. ex. pela disseminação de *fake news*, teorias conspiratórias e coisas semelhantes. Por fim, essa avaliação de “riscos sistêmicos significativos” deve se estender também a “efeitos negativos” para o exercício de determinados direitos fundamentais (art. 26º, 1, b do DSA-E²²). A proposta da Comissão se serve de uma concepção política de direitos fundamentais que não é idêntica ao efeito protetivo jurídico dos direitos fundamentais, pois, via de regra, o que acontece nas plataformas não produzirá uma violação de direitos fundamentais em sentido jurídico técnico. O recurso a uma concepção política de “direitos fundamentais” é estrategicamente usual, mas não cabe bem em uma regulação jurídica que fundamenta obrigações que constituam um ônus. Enquanto que as cláusulas a) e c) satisfazem exigências de determinação em termos de Estado de Direito e de direitos fundamentais, possivelmente isso não se aplica à cláusula b).

Portanto, o objeto da gestão de risco não é constituído apenas pelo cenário de uma disseminação de conteúdos ilegais (definição no art. 2º, g do DSA-E). O que está em pauta é, antes, uma *noção* – indeterminada, porém – *de nocividade para o conjunto da sociedade*. A proposta do DSA não especifica quão grande deve ser a possibilidade de lesão dos bens protegidos por lei mencionados no art. 26º, 1 para se falar da existência de um risco sistêmico. No art. 26º, 2 do DSA-E só se diz que, na determinação da tendência de risco da atividade, “nomeadamente” sistemas para a moderação de conteúdos, sistemas de recomendação e sistemas para a seleção e exibição de publicidade influenciam um dos riscos sistêmicos mencionados no §1. Nos Considerandos (57 ss.) são descritos diversos riscos. A abordagem regulatória proposta pela Comissão da UE obriga as empresas, no tocante aos interesses protetivos mencionados no art. 26º, 1 a) c), a definir o *limiar* a partir do qual a *situação normal se torna um cenário de risco*. Quanto a isso não há critérios de conteúdo.

O art. 27º do DSA-E obriga as empresas a uma *gestão de riscos* cujos contornos precisam se encontrar em relação com o cenário de risco apurado. Os “riscos sistêmicos” identificados devem ser atenuados através de *meios razoáveis, adequados e eficazes*. A título de exemplo são mencionadas algumas medidas organizacionais²³ e referentes ao conteúdo.²⁴ A Comissão da UE é autorizada a

²² São mencionadas a vida privada e familiar (art. 7º da CDFUE), liberdade de expressão e informação (art. 11º da mesma Carta); não discriminação (art. 21º) e direitos da criança (art. 24º).

²³ Em termos organizacionais: letra c): reforço dos processos internos ou da supervisão das atividades; letra d): início ou ajustamento da cooperação com sinalizadores de confiança, em conformidade com o art. 19º; letra e): início ou ajustamento da cooperação com outras plataformas *on-line* através dos códigos de conduta e protocolos de crise mencionados nos arts. 35º e 37º.

²⁴ Letra a): adaptação dos sistemas de moderação de conteúdos ou de recomendação, de seus processos de tomada de decisão, dos elementos ou do funcionamento de seus serviços ou de seus termos e condições; letra b): medidas específicas destinadas a limitar a exibição de anúncios publicitários em associação com o serviço que prestam.

emitir orientações gerais para a forma de lidar com riscos específicos (art. 27º, 3). Neste sentido, devem-se apresentar “boas práticas” e recomendar eventuais medidas. O Comitê tem a obrigação de apresentar relatórios anuais em que se descrevem os cenários de risco das plataformas *on-line* de dimensão muito grande e se informa sobre “boas práticas”. Nos Considerandos se trata de abordagens (desmonetização de conteúdos, mudança da visibilidade de determinadas fontes [Considerando 58]). Uma norma direta dada pelo poder público quanto a que peso deve ser concedido a que fontes em uma plataforma significaria uma intervenção profunda nos direitos fundamentais das operadoras de plataformas e dos usuários (art. 11º, 16º e art. 20º da CDFUE). Ela também seria problemática sob o ponto de vista do Estado Democrático de Direito. As obrigações de neutralidade do Estado em termos de Direito dos meios de comunicação também seriam tangidas.

Essa abordagem regulatória parece *conflituosa*. A operação de uma plataforma *on-line* de dimensão muito grande é classificada como atividade perigosa sem que, entretanto, seja desenvolvida uma concepção suficientemente específica de perigo. Na discussão pública sobre “conteúdos nocivos” na *internet* se desenvolvem cenários de risco e teorias de nocividade muito discrepantes. O caráter aberto de suporte fático (“risco sistêmico”) e consequência jurídica (“meios razoáveis, adequados e eficazes”), porém, fundamenta, para as empresas que atuam sob a ameaça de sofrer uma sanção (art. 42º), um risco considerável. Nesse ponto o legislador da UE precisa criar clareza e não pode transferir isso para um procedimento intransparente de esclarecimento por parte da Comissão da UE. Não se pode atribuir às empresas operadoras uma *responsabilidade por cenários de risco* sem que eles sejam *descritos com precisão suficiente*. Embora o DSA-E aposte basicamente na autorregulação empresarial e deixe inicialmente às empresas a preferência de avaliar a situação e poder decidir a respeito de reações apropriadas,²⁵ a Comissão da UE se atribui amplo poder de decisão na questão do que deve ser considerado risco sistêmico e de como se deve reagir a isso. Os arts. 26º e 27º do DSA-E possibilitam, assim, uma regulação delegada fora do art. 290º do TFUE.

3.2.3 Transparência

O DSA-E procura, por meio de muitas disposições, melhorar o *conhecimento informacional sobre o que acontece na plataforma*. Isso se aplica tanto ao lado do fornecedor quanto à conduta da própria operadora de plataforma.

²⁵ As operadoras de plataformas de dimensão muito grande devem nomear responsáveis pela conformidade (art. 32 do DSA-E).

A operadora de uma plataforma na qual sejam comercializadas mercadorias tem a obrigação de pedir determinadas informações aos fornecedores nela atuantes (entre outras, dados de contato e bancários, número de registro comercial [CNPJ], declaração de só fornecer produtos em consonância com o Direito da União Europeia [art. 22º do DSA-E]). Com isso se visa aumentar a *transparência dos fornecedores*. Além disso, em caso de problemas deve ser possível rastrear melhor o fornecedor. As operadoras de plataformas têm a obrigação de, até o limite da razoabilidade, verificar a correção das informações dadas. Elas precisam disponibilizar, em parte, as informações aos usuários (entre outras, dados de contato relevantes bem como o número de registro comercial).

Além disso, as operadoras de plataformas precisam disponibilizar aos *usuários* muitas *informações* sobre a maneira como a plataforma é operada (estratégias, procedimentos, meios e medidas de combate a conteúdos ilegais) (art. 12º do DSA-E). Ademais, as operadoras de plataformas de dimensão muito grande precisam informar, em seus Termos e Condições Gerais, a respeito do funcionamento de seus sistemas de recomendação (art. 29º do DSA-E). Um limite relativo aos direitos fundamentais para essa obrigação de transparência resulta do art. 16º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia: não pode haver uma *obrigação de revelação de segredos comerciais*.²⁶ As operadoras precisam esclarecer aos usuários quais opções existem para a mudança dos parâmetros do sistema de recomendação. Deve-se dar a eles a possibilidade de recusar uma estratégia de recomendação gerada por “perfilamento”.²⁷ A fundamentação desse direito fortalece a autodeterminação individual, mas intervém amplamente no direito empresarial de definição do próprio serviço (art. 16º da CDFUE). A escolha entre diversas opções precisa ser possível na página ou no aplicativo por meio de uma função de fácil acesso (art. 29º, 2 do DSA-E).

Regras especiais vigem na *esfera da publicidade on-line* (art. 30º do DSA-E). As operadoras de plataformas de dimensão muito grande não só precisam indicar aos usuários com suficiente clareza quais ofertas representam publicidade comercial. Elas também precisam informar em tempo real quem colocou o anúncio e por que ela é mostrada justamente ao usuário (art. 24º do DSA-E). O objetivo é tornar mais perceptível quando publicidade personalizada e microsegmentação se fazem presentes. A Comissão da UE se opôs, com razão, às exigências de proibir inteiramente uma abordagem personalizada. As operadoras têm, além disso, a obrigação de tornar transparente, em um banco de dados público, qual publicidade apresentaram no último ano (art. 30º do DSA-E). A proposta exige informações sobre o conteúdo, o anunciante e o período em que o anúncio foi exibido, além de

²⁶ Cf. quanto a isso (no contexto do Resolução [EU] 2019/1150): Diretrizes da Comissão sobre a transparência em Algoritmos (2020/C 424/01).

²⁷ O DSA-E remete ao art. 4º, 4 da Resolução (EU) 2016/679 (DSGVO).

informações sobre por que a publicidade foi mostrada a determinados destinatários. O objetivo regulatório é tornar mais transparentes o mercado para discurso publicitário, a entidade que encomendou a exibição de anúncios e as estratégias publicitárias. Neste caso, possivelmente, o interesse das operadoras na *proteção de seus segredos comerciais* seja subestimado (art. 16 da CDFUE). O DSA-E não aborda problemas do Direito de proteção de dados.

De resto, o DSA-E fundamenta amplos deveres de divulgação e informação para com a opinião pública, os órgãos dos Estados-membros e cientistas interessados. Todas as operadoras de um serviço de intermediação precisam publicar relatórios sobre seu sistema de “moderação de conteúdo” (art. 13º do DSA-E). As operadoras *on-line* de dimensão particularmente grande são sujeitas a exigências mais amplas (art. 33º do DSA-E). Os relatórios públicos requeridos permitirão um conhecimento considerável de estratégias e processos de tomada de decisão das empresas. As operadoras de plataformas de dimensão muito grande precisam repassar ao “coordenador dos serviços digitais” ou à Comissão da UE todos os dados que sejam razoavelmente necessários para o controle do cumprimento do DSA (DSA-E, art. 31º). A proposta não especifica se precisa haver uma *suspeita inicial sobre a existência de uma infração jurídica*. Sua formulação não exclui as chamadas “*phishing operations*”. A obrigação contida no art. 31º do DSA-E fundamenta (não obstante a regulação que se encontra no art. 31º, 1, 2) o perigo de que informações confidenciais possam se tornar públicas. Embora a proposta preveja que a operadora possa se defender de um pedido de informações de um órgão público que tenha por objeto dados confidenciais, o ônus da argumentação fica com a operadora; além disso, nem sempre fica claro para a operadora o que acontece com os dados e que *riscos referentes à proteção da privacidade e dos dados* resultam disso. As operadoras de plataformas devem permitir a cientistas acesso a seus dados para possibilitar uma avaliação científica de “riscos sistêmicos” (art. 31º, 2 do DSA-E). Seria necessário esclarecer até que ponto essa ampla intervenção pode ser justificada com a *liberdade de pesquisa* (art.13º da CDFUE) ou com *interesses públicos*.

3.2.4 Responsabilidade civil

A proposta do DSA não cede às exigências, ocasionalmente expressas, de suspender o atual privilégio de responsabilidade civil de uma operadora de plataforma de armazenagem *on-line*.²⁸ As regulações da proposta seguem em princípio

²⁸ Como se sabe, nos EUA se discute entretentes sobre o futuro da seção 230 da lei chamada Communications Decency Act (CDA) (Title V do Telecommunications Act de 1996).

as disposições da Diretiva sobre Comércio Eletrônico. As operadoras de serviços de intermediação *on-line* continuam desfrutando, em princípio, de um *privilegio de responsabilidade civil* (atualmente: art. 12^o-14^o da Diretiva sobre Comércio Eletrônico; §§8-10 da Lei de Telemídia [TGM, na abreviatura em alemão]). Os pressupostos são especificados nos arts. 3^o-5^o do DSA-E para diversos serviços (art. 3^o: simples transmissão em redes de comunicação; art. 4^o: armazenagem [*“caching”*] temporária de conteúdos; art. 5^o: armazenagem [*“hosting”*] de conteúdos em servidor²⁹). Assim se afirma, p. ex., que o prestador do serviço de armazenagem em servidor só é liberado em termos de Direito de responsabilidade se *não tenha conhecimento efetivo da ilegalidade de um conteúdo* ou *ao tomar conhecimento da ilicitude, atue com presteza contra ela*. A responsabilidade nos moldes da proteção do consumidor de um prestador de serviços de armazenagem em servidor só está excluída se estiver suficientemente claro que os produtos ou serviços que podem ser acessados não sejam disponibilizados pela operadora da plataforma, e sim pelos fornecedores.

Em princípio, as operadoras *não têm uma obrigação de verificar por conta própria e ativamente* se conteúdos ilegais estão sendo disseminados em sua plataforma (art. 7^o do DSA-E). Entretanto, elas precisam – como todos os fornecedores de serviços de intermediação digital (definição no art. 2^o, f) do DSA-E) – informar quais são as restrições de utilização que impõem e que sistemas de moderação de conteúdo utilizam (art. 12^o). A proposta prevê que órgãos públicos e tribunais dos Estados-membros possam emitir ordens (art. 3^o, 3, art. 4^o, 2, art. 5^o, 4 do DSA-E).

Uma responsabilidade só surge quando elas são informadas de que material efetiva ou supostamente ilegal está disponível em sua plataforma e não tenham reagido de acordo com o regulamento. O DSA-E pretende fundamentar uma *suposição irrefutável* de que notificações que contenham a necessária especificidade implicam “conhecimento ou ciência efetiva” da existência de conteúdos efetiva ou supostamente ilegais (art. 14^o, 3 em associação com art. 5^o do DSA-E). As operadoras de plataformas arcam com o ônus da prova de que não tinham “conhecimento efetivo” de conteúdos ilegais em suas páginas ou então agiram “com presteza” para remover o conteúdo ilegal ou bloquear o acesso a ele.

3.3 Execução institucional

A execução das disposições do DSA-E cabe basicamente aos *Estados-membros da UE*. A competência é das autoridades ou órgãos públicos daquele

²⁹ Cf. Considerando 16.

Estado em que se encontrar o *estabelecimento principal da prestadora de um serviço de intermediação* (art. 40º do DSA-E; Considerando 79). Os Estados-membros têm a obrigação de nomear um “coordenador de serviços digitais” (art. 38º do DSA-E). Ele precisa ser independente e não deve estar sujeito a influência externa. Suas competências decisórias se orientam pelo art. 41º do DSA-E. Ele deve ser a instância que recebe reclamações (art. 43º). Uma coordenação dos órgãos públicos dos Estados-membros ocorre através de um Comitê Europeu de Serviços Digitais (arts. 47º-49º).

Existem particularidades na *regulação das plataformas on-line de dimensão muito grande*. Por um lado, o art. 50º do DSA-E prevê que o coordenador de serviços digitais do Estado do estabelecimento ou sede principal decide em um marco institucional particular. A Comissão da UE e o Comitê podem solicitar a abertura de um processo. As plataformas *on-line* de dimensão muito grande precisam apresentar um plano de ação de como pretendem suspender infrações. Eventualmente, a operadora pode ser submetida a uma auditoria adicional.

Por outro lado, os arts. 51º e ss. do DSA-E dão à *Comissão da UE* o direito de realizar um processo próprio quando o coordenador de serviços digitais do Estado-membro do estabelecimento principal não tome medidas, quando a Comissão da UE solicita uma medida ou quando uma infração não é suspensa (art. 51º, 1 do DSA-E). As competências da Comissão da UE são semelhantes àquelas que se aplicam na esfera do Direito concorrencial (art. 51, 2; 52-54). A Comissão pode ordenar medidas provisórias (art. 55 do DSA-E). Ela pode impor multas no valor de até 6% do faturamento anual da empresa operadora.

4 Avaliação

O DSA-E estabelece um *novo sistema de regulação* para as operadoras de serviços de intermediação digital sem romper com os princípios comprovados da regulação interna progressiva. A *responsabilidade fundamental pela disseminação de conteúdo ilegais* continua sendo dos *usuários que ajam ilicitamente*. As operadoras não são responsáveis por *conteúdos alheios*, e sim apenas por *condutas incorretas próprias*, quando tomam conhecimento de conteúdos ilegais e não agem de acordo com o regulamento. Para proteger a liberdade da *internet*, os provedores de serviços de intermediação não são obrigados a adquirir conhecimento, de modo sistemático e abrangente, dos conteúdos que sejam transportados por seus serviços. Em contrapartida, as exigências aos sistemas em termos de notificação, remoção e comunicação são aumentadas.

Em sentido material e institucional, as novidades de maior alcance se encontram na *regulação de plataformas on-line de dimensão muito grande*. Alguns aspectos ainda carecem de mais discussão e aclaração. Assim, as *regulações sobre gestão de risco*, ao mesmo tempo profundas e indeterminadas, parecem

não ter ainda precisão suficiente e, possivelmente, um conteúdo amplo demais. O cumprimento das obrigações de transparência levanta problemas referentes aos direitos fundamentais, ao direito de proteção de dados e à economia concorrencial. A pretensão da Comissão da UE de estabelecer mecanismos de execução centralizada reage a supostas debilidades do regime de execução do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. Mas se deveria examinar mais de perto, em termos políticos, se há necessidade de tal *impulso de centralização*.

The Regulation of Large Internet Platforms in EU Law: The Commission's Proposals for a Digital Markets Act and a Digital Services Act

Abstract: This article aims to analyze the proposals for regulation of large digital platforms on the Internet coming from the European Union Commission, namely the Digital Markets Act and the Digital Service Act. The emergence of large digital platforms has greatly impacted the trade of goods and services, influencing personal communication, the processing of personal data and information in general. In this context, specific regulation is necessary to limit market power in the virtual environment, adequately protecting the fundamental rights, including those of platform operators, in the so-called technological and informational society.

Keywords: Digital Platforms. European Law. Human and Fundamental Rights. Digital Markets Act. Digital Service Act.

Contents: **1** Introduction and overview – **2** Market power regulation: the Digital Markets Act – **3** The guarantee of market safety: the Digital Services Act – **4** Evaluation – References

Referências

MARSDEN, P.; PODSZUN, R. Restoring Balance to Digital Competition. *KAS4Innovation*, 2020.

NETTESHEIM, M. Verwaltungsregime im EU-Recht. In: KAHL; LUDWIGS (ed.). *Handbuch des Verwaltungsrechts*. 2021. v. 2.

OPPERMANN, T.; CLASSEN, C. D.; NETTESHEIM, M. *Europarecht*. 8. ed. 2018.

PETIT, N. *Big Tech and the Digital Economy*, 2020.

SCHWEITZER; HAUCAP; KERBER; WELKER. Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NETTESHEIM, Martin. A regulação de grandes plataformas da *internet* no Direito da União Europeia: as propostas da Comissão para um *Digital Markets Act* e um *Digital Services Act*. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 16, n. 47, p. 21-45, jul./dez. 2022.

Recebido em: 09.06.2022

Aprovado em: 14.06.2022

Cota convite