

Dilema antitruste: o Uber forma um cartel de motoristas?

Por definir preço de corrida, aplicativo também influenciaria adoção de conduta uniforme?

Ana Frazão

Ex-conselheira do Cade. Professora de Direito Civil e Comercial na UnB. Advogada.

O Uber pode ser considerado cartel ou influência de adoção de conduta uniforme entre os seus motoristas? A pergunta que motiva o presente artigo decorre do fato de que o próprio Uber afirma que os seus motoristas não são empregados, mas sim transportadores autônomos. Dessa maneira, ao uniformizar as condições de prestação de serviços de transporte e ao fixar e controlar os preços praticados entre agentes econômicos independentes, o Uber não estaria praticando ilícitos concorrenciais?

Para responder à presente pergunta, é importante ter em mente que a discussão diz respeito não apenas ao Uber, mas também a diversos outros negócios que, pertencendo ou não à chamada economia colaborativa, envolvem as denominadas plataformas de dois lados. Tais plataformas acabam possibilitando não apenas a intermediação entre os dois lados do mercado, mas também, em alguns casos, a coordenação em ambos os lados ou pelo menos em um deles¹.

É precisamente o que faz o Uber, tendo em vista que não se limita a colocar em contato motoristas e consumidores – os dois lados da plataforma –, mas também determina as condições da prestação de serviço e o preço. Como decorrência, a plataforma neutraliza a concorrência entre os motoristas, apesar de considerá-los transportadores autônomos. Por outro lado, é esta uniformização do serviço e do preço que possibilita que a atividade seja vista pelo

¹ A respeito de plataformas de dois lados, ver: ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*. v. 4, n. 1, pp. 990-1029, jun. 2003.

consumidor como única, estabilizando o padrão de qualidade da plataforma e gerando as eficiências que decorrem da referida coordenação.

Veja-se, portanto, que a uniformização e a coordenação entre os motoristas do Uber é pressuposto fundamental do seu modelo de negócios, embora nem sempre tal aspecto seja examinado com a devida atenção. Afinal, do ponto de vista concorrencial, todas as atenções têm normalmente se voltado para as repercussões da competição entre o Uber e os táxis, sem maior cuidado na análise das relações entre os diversos transportadores autônomos que poderiam estar concorrendo entre si e passam a estar sob o poder de coordenação – quando não do poder hierárquico – da plataforma.

Com efeito, por mais que tal coordenação possa ser geradora de eficiências, é inequívoco que a neutralização das condições de rivalidade entre os diversos transportadores autônomos que aderem à plataforma não pode ser vista como algo desprovido de repercussões concorrenciais, ainda mais inexistindo uma regulação específica sobre tais mercados.

De fato, tratando-se de mercado regulado, parte dessas preocupações se esvai, pois é a própria regulação que afasta a competição. É o que ocorre com os aplicativos de táxi, uma vez que, tratando-se de serviço regulado, os aspectos fundamentais do mercado – requisitos de acesso ou entrada, condições de prestação de serviços e regras sobre tarifas – já estão previamente fixados pelo regulador. Dessa maneira, o aplicativo de táxi acaba tendo a finalidade tão somente de aproximar os dois lados da plataforma – clientes e taxistas – e não propriamente uniformizar as condições da prestação de serviço, as quais já estão previamente definidas pelo regulador.

A situação é muito diferente em aplicativos como o Uber, quando operam na ausência de qualquer regulação específica. Em casos assim, é a própria plataforma que neutraliza a concorrência entre os diversos transportadores autônomos e os submete a condições uniformes de prestação de serviço e cobrança, o que pode ser complicado do ponto de vista concorrencial.

Evidentemente que o problema não existiria se os transportadores do Uber fossem empregados, já que a coordenação dentro da empresa, por meio do poder hierárquico que o empresário exerce sobre os seus empregados, não apenas é considerada normal, como é o aspecto que caracteriza a própria empresa². Logo,

² COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economia*. v. 4, n. 16, pp. 386-405, nov. 1937.

a prevalecer o entendimento do Tribunal do Reino Unido³, no sentido de que há relação de trabalho dependente entre os motoristas e o Uber, a preocupação concorrencial ora exposta se desfaz.

Da mesma maneira, não haveria conduta anticoncorrencial se estivéssemos diante de uma integração entre empresários, ou seja, de um ato de concentração econômica. Neste caso, a integração até poderia estar sujeita ao controle prévio de estruturas para o fim de se sopesar os seus efeitos anticoncorrenciais, mas não haveria problemas na coordenação dos agentes em si, já que esta é precisamente o que justifica a concentração.

Na verdade, o que diferencia o ato de concentração do cartel e de outras coordenações indevidas é o fato de que o primeiro possui um propósito empresarial legítimo – a integração entre agentes econômicos para o cumprimento de determinada atividade ou propósito econômico –, motivo pelo qual a coordenação entre as partes é o meio para o atendimento dos fins da integração. No cartel e nas outras formas anticoncorrenciais de coordenação, a neutralização das condições concorrenciais costuma ser um fim em si mesmo, totalmente descolada de eventuais objetivos justificáveis do ponto de vista econômico.

Todavia, nem sempre é fácil separar o que é integração, sujeita ao controle de estruturas, do que é uma mera conduta, sujeita ao controle respectivo. Daí por que um dos grandes desafios do Direito da Concorrência é especificar o que vem a ser o ato de concentração, o que é feito, no caso brasileiro, pelo art. 90 da Lei 12.529/2011. Ao se ler o artigo, verifica-se que o modelo de negócios do Uber não corresponde a nenhuma das hipóteses legais de atos de concentração e ainda encontraria dificuldades para ser caracterizado como tal⁴.

³ REINO UNIDO. Employment Tribunals. Aslam and Farrar v. Uber. Caso nº 2202550/2015. Data de julgamento: 28.10.2016.

⁴ Por mais que tenha propósitos empresariais legítimos, em relação aos quais a coordenação dos motoristas pode ser vista como um meio para realizá-los, tal circunstância não é suficiente para sujeitá-lo ao controle de estruturas. Ademais, a relação entre o Uber e seus motoristas é bem mais instável do que a que costuma caracterizar as hipóteses previstas pela lei como atos de concentração. Basta lembrar que os motoristas aderem ao modelo do negócio com considerável autonomia, tendo flexibilidade para determinar o seu horário de trabalho, e inclusive para trabalhar para outras plataformas ou de maneira independente. Por fim, o mero fato de se tratar de modelo de negócios estabelecido entre partes que não são aprioristicamente determinadas ou determináveis – já que a plataforma é aberta para o ingresso constante de motoristas, desde que atendam aos requisitos por ela exigidos – também é um outro fator para dificultar a caracterização do referido modelo de negócios como ato de concentração. Assim, tais modelos de negócios, ainda que apresentem um aspecto estrutural importante e se baseiem em propósitos empresariais legítimos, em relação aos quais a coordenação entre os agentes pode ser vista como um meio ou

Conseqüentemente, ele apenas poderia ser analisado sob a perspectiva do controle de condutas.

Sob esse viés, é inequívoco que, para a legislação brasileira, a conduta de acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, os preços de bens ou serviços ofertados individualmente configura prática de cartel, nos termos do art. 36, § 3º, inciso I, da Lei 12.529/2011. Ora, se o próprio Uber entende que a oferta do serviço é feita individualmente pelo motorista – até porque a plataforma, segundo ela própria, não prestaria o serviço de transporte – é inequívoco que não pode se furtar ao papel de coordenador de agentes econômicos autônomos. Logo, adotada a premissa reconhecida pelo próprio Uber, ele poderia ser considerado, à primeira vista, como o arquiteto da uniformização de preços dos seus motoristas.

Se o fato de o Uber não ser propriamente concorrente dos motoristas causasse alguma dificuldade para a configuração do cartel, dúvida não haveria de que a referida conduta poderia se encaixar facilmente, pelo menos *a priori*, no tipo de influência de adoção de conduta uniforme, em relação à qual o agente influenciador não precisa necessariamente prestar o serviço nem ser concorrente dos agentes influenciados, bastando que tenha poder para uniformizar as condições concorrenciais. Nesse sentido, a plataforma desempenharia papel semelhante ao de muitos sindicatos e associações, que frequentemente são condenados pelo CADE por influência de adoção de conduta uniforme precisamente em razão da liderança e coordenação estratégica que exercem sobre seus associados ou filiados⁵.

Vale ressaltar que, para a caracterização da conduta de cartel ou influência de conduta uniforme, o fato de os motoristas do Uber não serem necessariamente exclusivos da plataforma não afasta essa possibilidade, pelo menos em princípio. Afinal, em qualquer que seja o caso, existe a neutralização da concorrência, já que, quando presta serviços para a empresa, o motorista tem

instrumento, não podem ser definidos como atos de concentração e, conseqüentemente, não estão sujeitos ao controle prévio de estruturas.

⁵ O CADE tem inúmeras condenações de conselhos regionais e associações de médicos em razão da tabela de honorários médicos, sendo exemplo o Processo Administrativo nº 08012.002866/2011-99 (Rel. Cons. Ana Frazão, Data de Julgamento: 15.10.2014). Outra hipótese interessante foi a julgada pelo Processo Administrativo nº 08012.011791/2010-56 (Rel. Cons. Márcio de Oliveira Júnior. Data de Julgamento: 03.02.2016) no qual associação de despachantes e autoescolas foi condenada por ter fornecido a seus associados software integrado que uniformizava as práticas comerciais de seus usuários.

que abrir mão do seu poder de ditar as regras da prestação de serviço, submetendo-se às condições impostas pela plataforma. Por mais que a exclusividade reforce os efeitos preocupantes da coordenação, a sua ausência não afasta, por si só, a possibilidade da configuração de ilícitos anticoncorrenciais.

Dessa maneira, é inequívoco que o tipo de coordenação propiciado por plataformas como o Uber não está imune ao escrutínio das autoridades antitruste. Se não é considerado ato de concentração, terá que ser examinado à luz do controle de condutas. A grande dificuldade é que a aplicação das metodologias utilizadas pelo controle de condutas para analisar as situações de coordenação pode ser manifestamente incompatível para casos como os decorrentes da economia compartilhada ou das plataformas de dois lados.

Com efeito, apesar das distinções entre o cartel e a influência de adoção de conduta uniforme, o que ambas as condutas têm em comum é serem infrações por objeto ou sujeitas à regra *per se*. Dessa maneira, não há necessidade, como regra, da análise da racionalidade e dos efeitos da conduta, bastando a comprovação da sua materialidade para que haja a condenação.

Nesse sentido, o tratamento dispensado pelo CADE às chamadas infrações por objeto é bem mais rigoroso, o que envolve inclusive a simplificação da metodologia da análise da conduta e dos fundamentos para a sua condenação. É o que decidiu o CADE no famoso julgamento do Processo Administrativo 08012.006923/2002-18⁶, especialmente no voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, segundo o qual as infrações por objeto submetem-se a regime de presunção relativa de ilegalidade, que somente pode ser afastada em condições excepcionais⁷.

No que diz respeito aos casos de coordenação entre agentes econômicos – sejam cartéis, sejam hipóteses de influência de adoção de conduta uniforme – a sua definição como infrações por objeto e a sua consequente aproximação à regra *per se* revelam o quanto as autoridades concorrenciais – e o CADE não é exceção – costumam ser inflexíveis em relação a tais práticas,

⁶ CADE, Processo Administrativo 08012.006923/2002-18, Rel. Cons. Ricardo Machado Ruiz, Data de Julgamento: 20.02.2013.

⁷ De acordo com o voto do Conselheiro: “isso pode ocorrer, v.g., em certas raras hipóteses em que a conduta sirva para compensar eventual poder de oligopsônio a jusante em mercados extremamente pulverizados a montante, desde que a isso se agreguem outras circunstâncias igualmente excepcionais”.

consideradas ilícitas independentemente de um exame mais atento e aprofundado sobre os seus efeitos reais ou potenciais.

Um exemplo da severidade com que o CADE trata do tema pode ser visto na questão do poder compensatório. Nem mesmo em casos assim tem sido aceita a possibilidade de coordenação entre agentes supostamente vulneráveis para contrabalançar a posição dominante do agente mais forte. Por essa razão, mesmo considerando a hipossuficiência dos médicos em suas negociações com operadoras de saúde, o CADE nunca admitiu a coordenação entre médicos e a uniformização de honorários por meio das chamadas tabelas médicas. Consequentemente, associações médicas e conselhos regionais têm sido sistematicamente condenados por influência de adoção de conduta uniforme, não obstante alegarem a existência de propósitos legítimos, como o exercício regular do poder compensatório⁸.

Ocorre que tal abordagem, se já apresenta insuficiências na economia real, pode levar a distorções ainda maiores quando aplicada a situações em que a coordenação decorre de novos negócios decorrentes da economia compartilhada e das plataformas de dois lados. Nestes casos, a utilização da tecnologia para facilitar a mobilização e coordenação entre dois polos de interesses – como prestadores de serviço de um lado e consumidores de outro – pode levar a inúmeras eficiências e benefícios para ambos os lados.

Logo, diante dessa nova realidade, é forçoso reconhecer que, apesar de tais coordenações poderem despertar preocupações anticoncorrenciais, terão que ser analisadas sob perspectiva distinta daquela que é aplicada usualmente aos casos de coordenação. Deverão ser tratadas como infrações por efeitos, mediante a aplicação da regra da razão, a fim de que a autoridade concorrencial apenas possa concluir pela ilicitude da conduta após sopesar cuidadosamente as eficiências e benefícios por ela gerados com eventuais efeitos anticompetitivos.

Estabelecidas estas premissas, fica mais fácil estruturar uma resposta para a pergunta que motivou o presente ensaio: o Uber pode ser considerado cartel ou influência de conduta uniforme? Ora, já se viu que, nestes casos, a

⁸ A título de exemplo: CADE, Processo Administrativo 08012.003422/2004-41, Rel. Cons. Márcio de Oliveira Júnior, Data de Julgamento: 09.11.2016; CADE, Processo Administrativo 08700.001830/2014-82, Rel. Cons. Márcio de Oliveira Júnior, Data de Julgamento: 25.11.2015; CADE, Processo Administrativo 08012.010470/2005-77, Rel. Cons. Márcio de Oliveira Júnior, Data de Julgamento: 16.11.2015; CADE, Processo Administrativo 08012.005004/2004-99, Rel. Cons. Ana Frazão, Data de Julgamento: 10.12.2014.

coordenação não deve ser vista, por si só, como ilícito concorrencial. As plataformas de dois lados e a economia compartilhada exigem uma nova reflexão sobre as funções e utilidades da coordenação nos mercados, o que certamente traz impactos importantes para o Direito da Concorrência, exigindo adaptações de suas premissas e metodologias.

Texto publicado em 12 de Dezembro de 2016 no portal Jota.

Disponível em: <http://jota.info/artigos/dilema-antitruste-o-uber-forma-um-cartel-de-motoristas-12122016>