

# Plataformas digitais e repercussões concorrenciais

É possível a negociação coletiva diante dos gigantes da internet?

---

**Ana Frazão**

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

---

Recentemente, a News Media Alliance (NMA) anunciou sua determinação de pleitear, junto ao Congresso norte-americano<sup>1</sup>, isenção antitruste para poder negociar coletivamente, em nome dos veículos jornalísticos, com o Facebook e o Google. Como se sabe, ambas as plataformas eletrônicas, além de caminharem para um duopólio no mercado de publicidade digital, apresentam-se na atualidade como verdadeiros canais de distribuição de conteúdo jornalístico<sup>2</sup>.

A questão reacende um debate tormentoso para o Direito da Concorrência, que diz respeito à possibilidade e aos limites da negociação coletiva e como diferenciar tais hipóteses da prática vedada de cartel. Vale lembrar que, logo no período inicial ao *Sherman Act*, editado em 1890, a preocupação com negociações coletivas era tal que até mesmo as negociações intermediadas por sindicatos de trabalhadores eram consideradas ilícitas, fazendo-se necessário que o Congresso norte-americano as isentasse das sanções da referida lei.

É, no mínimo, curiosa a dificuldade histórica de se aceitar que negociações coletivas podem ser, em determinados casos, lícitas e até mesmo necessárias. Com efeito, a própria razão do Direito da Concorrência é o reconhecimento de que não há concorrência perfeita e que determinados agentes, titulares de posição dominante, influenciam o mercado como um todo e podem subjugar, além de consumidores e outros concorrentes, também demais contratantes. Assim, seria

---

<sup>1</sup> RUTENBERG, Jim. News outlets to seek bargaining rights against Google and Facebook. *The New York Times*. 9 jul. 2017. 14 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/07/09/business/media/google-facebook-news-media-alliance.html>> Acesso em: 07.08.2017.

<sup>2</sup> De acordo com o portal *eMarketer*, as empresas Facebook e Google se encaminham para a dominação de 60% do mercado de publicidade digital, esmagando concorrentes relevantes como o Snapchat. Ver: Google, Facebook increase their grip on digital ad market: eMarketer's latest estimates show balance tipping. *eMarketer*. Disponível em: <<https://www.emarketer.com/Article/Google-Facebook-Increase-Their-Grip-on-Digital-Ad-Market/1015417>> Acesso em: 07.08.2017.

natural que aqueles que contratam com tais agentes em evidente situação de assimetria e fragilidade pudessem se unir ao menos para o fim de neutralizar o poder exagerado do outro polo, obtendo uma negociação minimamente justa. É o que se chama de poder compensatório, ou seja, a união das partes mais fracas para contrabalançar o poder da parte mais forte.

Entretanto, tal posição nunca foi devidamente aceita. O mesmo Direito da Concorrência que, desde os seus primórdios, é acusado de ser excessivamente tolerante com a aprovação de atos de concentração, mostrou-se insensível ao argumento de que as partes mais fracas de uma negociação deveriam poder se unir para o fim de conterem os excessos eventualmente praticados pelos titulares de posição dominante, obtendo condições minimamente justas.

De forma contrária, como explica Galbraith<sup>3</sup>, a posição tradicionalmente aceita sempre foi a de restringir a utilização do poder compensatório. Segundo o autor, as consequências da ignorância do poder compensatório foram especialmente graves para a estrutura da indústria norte-americana, uma vez que levou a autoridade antitruste a reforçar precisamente as posições que deveria atacar, em detrimento da livre concorrência. Importa notar que o poder compensatório é exercido com vistas a produzir uma estrutura – seja na forma de sindicatos, associações, ou outras agremiações – que possa se contrapor minimamente ao poder econômico detido pela outra parte da negociação, empoderando o contratante mais fraco com vistas a conferir-lhe maior poder de barganha e, assim, mitigar a desigualdade da negociação, sem obviamente inverter a relação de assimetria<sup>4</sup>.

Um exemplo da discussão brasileira sobre o assunto pode ser visto na jurisprudência do CADE, que não aceita a tese do poder compensatório nem mesmo na hipótese de tabelas sobre honorários médicos, ainda que reconheça a evidente assimetria dos médicos em negociações com operadoras de saúde<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> GALBRAITH, John Kenneth. *Capitalismo americano: o conceito do poder compensatório*. São Paulo: Novo Século, 2008. p. 117.

<sup>4</sup> FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 362.

<sup>5</sup> CADE, Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33, Rel. Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Data de julgamento: 30.08.2006; CADE, Processo Administrativo n. 08012.004276/2004-71, Rel. Conselheira Ana Frazão, Data de julgamento: 29.10.2014.

É inequívoco que tal tipo de pensamento pode gerar incoerências no controle antitruste, a começar pelo fato de que uma postura refratária a qualquer tipo de negociação coletiva costuma ter como efeito, ainda que indireto e não intencional, o favorecimento das partes detentoras de posição dominante. Por outro lado, a negociação coletiva pode ser um mecanismo muito mais eficiente para neutralizar a posição dominante do que a intervenção legislativa direta nos contratos, já que o dirigismo contratual, além de suas deficiências, pode ser especialmente nefasto em alguns tipos de contratos complexos, os quais, por não poderem ser aprioristicamente apreensíveis pelo legislador, deveriam ficar a cargo da negociação entre as partes.

É por essa razão que a iniciativa da NMA chega em boa hora para trazer à tona novamente o tema das negociações coletivas e do exercício do poder compensatório, especialmente em um caso em que há bons fundamentos para acreditar na assimetria entre Google e Facebook, por um lado, e os veículos tradicionais de jornalismo, por outro. De fato, estes têm no Google e no Facebook um dos principais – senão o principal – canais de distribuição, dependendo consideravelmente deles para a manutenção de suas atividades e para a garantia de que seus conteúdos cheguem a diversos usuários<sup>6</sup>.

Como já se salientou em artigo anterior<sup>7</sup>, as plataformas eletrônicas vêm revolucionando vários aspectos da atividade empresarial e possibilitando novas formas de arranjos e negociações coletivas que trazem impactos para o Direito da Concorrência. Veja-se o caso do Uber, que negocia coletivamente em nome dos motoristas de táxi, os quais são considerados por ele próprio como transportadores autônomos e não empregados. Tal aspecto é interessante para mostrar que, em muitos casos, é a própria plataforma detentora de posição dominante que organiza a negociação coletiva, sem que as autoridades antitruste tenham visto, pelo menos até agora, problemas efetivos nessa conduta.

---

<sup>6</sup> Vale ressaltar que a questão da assimetria nesta hipótese é controversa. Ver, sobre o assunto, JULIO, Karina. Veículos apertam negociação com plataformas. *Meio & mensagem*. 14 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2017/07/14/veiculos-reivindicam-negociacao-com-plataformas.html>> Acesso em: 07.08.2017.

<sup>7</sup> FRAZÃO, Ana. Dilema antitruste: o Uber forma um cartel de motoristas? *Jota*. 12 dez. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/concorrenca/dilema-antitruste-o-uber-forma-um-cartel-de-motoristas-12122016>> Acesso em: 07.08.2017.

A peculiaridade da hipótese apresentada pela NMA é que agora a discussão é saber se aqueles que negociam com as plataformas em posição de dependência ou assimetria também podem se unir em prol do exercício do poder compensatório e, em caso afirmativo, quais seriam os limites da negociação coletiva para tal fim. A partir daí, abre-se controvérsia que pode se estender a várias plataformas eletrônicas. Aproveitando o exemplo do Uber, uma questão interessante seria a de saber se os motoristas também poderiam negociar coletivamente a sua remuneração e suas condições de trabalho para neutralizar a posição dominante da plataforma.

Por ora, diante das restrições e dificuldades para a aceitação do argumento do poder compensatório, o exemplo da NMA pode ficar confinado à seara legislativa, sem se tornar propriamente um precedente. Entretanto, o crescente poder das plataformas eletrônicas é um excelente pretexto para fazer com que as autoridades antitruste possam refletir com mais cuidado sobre a possibilidade de viabilização do poder compensatório por parte de outros contratantes, ainda que com os devidos e necessários limites.

*Artigo publicado no portal Jota em 09 de agosto de 2017.*

*Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/plataformas-digitais-e-repercussoes-concorrenciais-09082017>*