O CASO UBER E AS POSSÍVEIS PRÁTICAS RESTRITIVAS À CONCORRÊNCIA: COLUSÃO OU CONDUTA UNILATERAL?

Alexandre Cordeiro Macedo¹

RESUMO

O presente artigo trata da análise do caso Uber no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que teve como resultado o arquivamento pela autoridade antitruste brasileira, em virtude da inexistência de indícios suficientes para a configuração de infrações à ordem econômica. O estudo perpassa pelas possíveis condutas restritivas à concorrência nas quais a empresa Uber, derivada do modelo de negócio desenvolvido por uma empresa de rede de transporte (ERT) e inserida em um mercado inovador de serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros e de plataforma de vários lados, poderia ter praticado, quais sejam: cartel *hub and spoke*, influência à adoção de conduta comercial uniforme, ou fixação de preço de revenda. A análise de tais práticas anticoncorrenciais pela Uber, através das metodologias de análise concorrenciais, regras *per se* e regra da razão, levou em consideração, principalmente, as eficiências e benefícios que a ERT Uber trouxe para o mercado e para o consumidor, através da profunda reestruturação dos serviços de transporte de passageiros do país.

Palavras-chave: Economia digital; ERT; Mercado de vários lados; Uber; Defesa da concorrência; *Hub and Spoke* cartel; Indução de conduta comercial uniforme; Fixação de preço de revenda.

¹ É o atual Superintendente-Geral do Cade e Ex-Conselheiro do Cade. Possui dupla graduação em direito e em economia. É doutorando em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais, mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público, pós-graduado em Processo Administrativo Disciplinar pela Universidade de Brasília. É Visiting Scholar e International Fellow do Global Antitrust Institute da Antonin Scalia Law School - George Mason University em Washington/DC. É auditor de carreira da Controladoria-Geral da União desde 2006, onde foi assessor e chefe de gabinete do Corregedor-Geral da União. Foi secretário-executivo do Ministério das Cidades. É professor de Direito Econômico e de Análise Econômica do Direito da Escola de Direito de Brasília/IDP. É professor convidado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, do Ibmec e da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Organizador e autor do livro Tópicos Especiais de Direito Concorrencial, Editora Cedes. Autor de vários artigos em livros, revistas e jornais. Palestrante em diversos eventos e universidades no Brasil e no exterior, tais como Harvard Law School – Cambridge, Northwestern University - Chicago, American Bar Association - ABA, International Bar Association - IBA, International Competition Network - ICN, Global Competition Review – GCR e Concurrence.

INTRODUÇÃO

O aparecimento, em meio a economia digital, de empresas de rede transportes privados de passageiros tornou-se uma constante no mercado inovador pelas plataformas de vários lados, os chamados *two-sided markets*. A tendência de tais plataformas permite maior conforto aos passageiros que utilizam os serviços de transporte remunerado privado individual. No entanto, o alto grau de inovação ainda traz muitos questionamentos no que tange a aplicação do Direito Concorrencial a esse tipo de mercado e sobre os reais benefícios trazidos aos consumidores.

A Uber foi a primeira empresa de tecnologia no Brasil a atuar no mercado de transporte remunerado individual de passageiros e teve um papel fundamental na influência do novo modelo de negócio de plataforma digital de transportes, o qual permitiu o chamamento de novos competidores atuando como meio de transações entre motoristas parceiros e passageiros, culminando na expansão da economia de partilha.

A plataforma Uber, como qualquer outra empresa de rede de transporte (ERT) no mercado de serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros, nada mais é que uma plataforma de vários lados que promove a interação entre passageiros e motoristas. Relevante, portanto, tecer considerações sobre a aplicação do direito concorrencial em mercados inovadores e plataformas de vários lados, a fim de analisar, com base no Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo nº 08700.008318/2016-29 instaurado e futuramente arquivado pela Superintendência Geral do Cade, a prática pela Uber de possíveis condutas anticompetitivas derivadas de um modelo de negócios que sequer existia há alguns anos.

Para tanto, o presente artigo inicialmente fará algumas considerações sobre a Uber como empresa de rede de transporte (ERT) em mercados inovadores e plataformas de vários lados. Após, será pensada a aplicação do direito concorrencial nesse novo modelo de negócios, com base nas metodologias de análise de ilícitos concorrenciais *per se* e regra da razão. Em um segundo momento, será exposta uma breve descrição sobre possíveis práticas restritivas à concorrência derivadas do modelo de negócio desenvolvido por uma ERT, especialmente, cartel *hub and spoke*, influência à adoção de conduta comercial uniforme, e fixação de preço de revenda. Por fim, examinar-se-á se a conduta da Uber teria configurado as

possíveis práticas restritivas à concorrência, considerando, inclusive, as eficiências e benefícios que vem trazendo para o mercado de transporte remunerado individual de passageiros na economia digital.

1. A UBER COMO EMPRESA DE REDE DE TRANSPORTE (ERT) E A APLICAÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL EM MERCADOS INOVADORES E PLATAFORMAS DE VÁRIOS LADOS

1.1. A Uber como empresas de rede de transporte (ERT) e a atual regulação brasileira nos mercados inovadores e plataformas de vários lados (*two-sided markets*)

O modelo de negócios derivado de mercados inovadores e plataformas de vários lados, além de aparecer com frequência no ambiente concorrencial, possui algumas características que tem atraído a atenção das autoridades antitrustes. Denominado *two-sided markets* ou *multi-sided platforms*, esse modelo proporciona a interação de pelo menos dois grupos distintos ao efetuar a transação, por exemplo, de fornecedores e consumidores no mercado de serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros. Sem a plataforma, que tem como objetivo ligar os dois lados, possivelmente esse mercado não existiria. Nos modelos tradicionais a relação consumidor e fornecedor é instituída diretamente sem a necessidade de um intermediário.

Os mercados de vários lados caracterizam-se pela presença de externalidades de rede² e pela conseqüente interação de dois ou mais agentes econômicos interdependentes conectados a uma plataforma em comum³. No entanto, a definição dos chamados *two-sided markets* ou *multi-sided platforms*, para não se tornar por demais ampla, não pode ser definida apenas pela presença de uma plataforma que interliga tais *players*, devendo considerar também uma análise de estrutura de preços a ser adotada.

Em que pese inexistir um conceito preciso e universalmente aceito para definir “mercados de vários lados”⁴, há características unânimes na doutrina a respeito do tema: a

² VARIAN, H. R. Microeconomia: princípios básicos. 7ª ed. São Paulo: Campus, 2007, p. 706: “Externalidades de rede constituem um tipo especial de externalidades, em que a utilidade de uma pessoa por um bem depende do número de outras pessoas que consomem esse bem”.

³ ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform Competition in Two-Sided Markets. *Journal of the European Economic Association*, v. 1(4), pp. 990-1029, 2003.

⁴ Diversos outros autores têm se debruçado na tentativa de buscar uma definição: EVANS, David S. **The Antitrust Economics of Multi-Sided Platforms Markets**. *Yale Journal of Regulation*, v. 20(2), pp. 352-381,

presença de dois ou mais grupos de consumidores, os quais dependem, de alguma forma, uns dos outros. No entanto essa interdependência só vai gerar valor quando na presença de uma plataforma que viabilize a interação desses diferentes grupos.

Como exemplo de alguns mercados de vários lados, com seus respectivos grupos interdependentes e plataformas é possível citar: leitores e anunciantes conectados por jornais; telespectadores e anunciantes conectados por TV; consumidores e lojistas conectados por cartões de crédito; locatários e proprietários conectados por serviços de aluguel de imóveis; passageiros e motoristas conectados por empresas de rede de transporte; etc⁵.

A empresa de rede de transporte (ERT)⁶ Uber, ao que tudo indica, foi a primeira a ser criada (2010, em San Francisco - CA, EUA). Seu modelo de negócios apresenta todas as características descritas acima, o que a qualifica como uma plataforma de dois lados promovendo a interação entre passageiros e motoristas parceiros não-taxistas. Esse conceito vem chamando atenção das autoridades e da sociedade de uma maneira geral, visto que mexeu com a estrutura regulatória de algumas jurisdições.

A existência das empresas de rede de transporte (ERT) foi possível pelo surgimento e massificação do uso da tecnologia com os *smartphones*, por meio dos quais na plataforma opera um software representando a marca da ERT e podendo ser baixado pelos futuros usuários motoristas ou passageiros. O passageiro solicita uma viagem, a qual pode ser ou não aceita pelo motorista, havendo assim uma prestação de serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros. Dessa forma, torna-se possível a interação entre oferta e demanda de viagens entre os dois grupos de interação, passageiros usuários e motoristas parceiros, que detêm a posse dos veículos utilizados nas viagens.

2003; HAGIU, Andrei. **Merchant or Two-Sided Platform?** *Review of Network Economics*, v. 6(2), pp. 115-133, 2007; RYSMAN, Marc. **The Economics of Two-Sided Markets.** *The Journal of Economic Perspectives*, v. 23(3), pp. 125-143, 2009; EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers: The new economics of multi-sided platforms.** Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

⁵ EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers: The new economics of multisided platforms.** Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

⁶ O modelo de negócios específico desse tipo de empreendimento utiliza o termo ERT, do inglês TNC (“Transportation Network Company”), derivado da recente legislação estadunidense que regulamenta a Uber e outras empresas cujas atividades são semelhantes. Há também expressões menos consensuais, como “economia do compartilhamento” (“sharing economy”), “compartilhamento de caronas” (“ridesharing”), “economia do bico” (“gig economy”) e etc. Ainda, o Decreto municipal nº 56.981/2016 da Prefeitura do Município de São Paulo denominou as empresas que desenvolvem esse modelo de negócios como “Operadoras de Tecnologia de Transporte Credenciadas – OTTCs”. A Lei Federal nº 13.640/2018 denominou tais empresas de “aplicativos ou plataformas de comunicação em rede”.

Políticas de prestação de serviços, como padrões de qualidade, sistema de reputação e, principalmente, o preço são definidos unilateralmente pela Uber/ERT, no entanto, a maneira de obter lucro varia de acordo com o percentual da taxa inicial e com o valor da viagem que oscila em razão do tempo e da distância percorrida. O valor não fixado pela ERT, isto é, o restante do preço final, é então concedido ao motorista parceiro.

O modelo de negócios de uma ERT diferencia-se sobremaneira da estrutura de mercado dos serviços de taxi. Sendo público o serviço de táxi, encontra-se sob responsabilidade do governo, necessitando de licença, autorização, placa ou qualquer outra forma de outorga regulatória. Já em uma ERT os requisitos para a aceitação do serviço de transporte remunerado privado são por ela fixados. Além do mais, o motorista de uma ERT pode aceitar ou recusar as viagens a serem prestadas para os passageiros, o que é proibido pela regulamentação de táxi. Além disso, existe a possibilidade de aplicação da “tarifa dinâmica” ou “multiplicador de preço”⁷, que corresponde a um modelo que simula o funcionamento do mercado em tempo real, alterando-se o preço de acordo com a baixa demanda e/ou com a sobreoferta. Ainda, é a própria ERT que estabelece a precificação final e a taxa que corresponderá à sua receita, no caso da Uber é de 25%.

A utilização intensiva e a inovação inerente às plataformas e mercados de vários lados proporcionaram aumento substancial na variedade e qualidade dos produtos e serviços disponibilizados ao consumidor. No Brasil, com a entrada da Uber em 2014, muitas discussões surgiram em torno da regulação de suas atividades de empresas de rede de transporte. O debate girou em torno da legalidade e a conveniência do transporte remunerado individual de passageiros, já que, de acordo com o que era disposto no art. 4º da Lei Federal nº 12.587/2012⁸, tal atividade seria exclusiva dos serviços de táxi. Em contrapartida a Uber e

⁷ Disponível em: <https://help.uber.com/partners/article/o-que-é-preço-dinâmico?nodeId=e9375d5e-917b-4bc5-8142-23b89a440eec>

⁸ Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se: I - transporte urbano: conjunto dos modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; II - mobilidade urbana: condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano; III - acessibilidade: facilidade disponibilizada às pessoas que possibilite a todos autonomia nos deslocamentos desejados, respeitando-se a legislação em vigor; IV - modos de transporte motorizado: modalidades que se utilizam de veículos automotores; V - modos de transporte não motorizado: modalidades que se utilizam do esforço humano ou tração animal; VI - transporte público coletivo: serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público; VII - transporte privado coletivo: serviço de transporte de passageiros não aberto ao público para a realização de viagens com características operacionais exclusivas para cada linha e demanda; VIII - transporte público individual: serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas; IX - transporte urbano de cargas: serviço de transporte de bens, animais ou mercadorias; X - transporte remunerado

a Cabify sempre buscaram sustentar⁹, que tal exclusividade se dava apenas no âmbito do transporte público individual (táxis), não se aplicando, portanto, ao serviço prestado pelas ERTs, o qual seria de transporte remunerado privado individual de passageiros.

Ademais, o debate em torno da regulação dos serviços de transporte individual parece ter enfraquecido com a promulgação da Lei Federal nº 13.640/2018, a qual alterou a Lei Federal nº 12.587/2012 para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros. A referida Lei, ainda que genérica, definiu a competência exclusiva aos municípios e ao Distrito Federal para regulamentar e fiscalizar tais serviços. Desse modo, é possível considerar lícitos os serviços desenvolvidos pelas ERTs.

Com efeito, as ERTs devidamente reguladas como agentes de mercados, devem respeitar a Lei de Defesa da Concorrência (Lei Federal nº 12.529/2011). A avaliação do ponto de vista concorrencial é tarefa indispensável, tendo em vista a constante inovação digital nos modelos de negócios de mercados de vários lados, cada vez mais complexos e não completamente compreendidos. Isto porque a concentração desses mercados com externalidades de rede intensas pode facilitar, por exemplo, a prática de condutas anticoncorrenciais, dada a possibilidade de conluio entre os agentes econômicos visando a coordenação de preços. Por isso, faz-se necessário o estudo de variáveis do direito concorrencial para posterior análise antitruste do caso Uber.

1.2. Ilícitos concorrenciais por objeto e por efeitos e suas metodologias de análise: Regra *per se* e regra da razão

A distinção entre as duas espécies de ilícitos concorrenciais, por objeto e por efeitos, prevista na Lei Federal nº 12.529/2011, foi trazida do direito concorrencial europeu. Tal distinção reconhece como infração à ordem econômica, tanto as condutas que tenham por

privado individual de passageiros: serviço remunerado de transporte de passageiros, não aberto ao público, para a realização de viagens individualizadas ou compartilhadas solicitadas exclusivamente por usuários previamente cadastrados em aplicativos ou outras plataformas de comunicação em rede. [\(Redação dada pela Lei nº 13.640, de 2018\)](#) XI - transporte público coletivo intermunicipal de caráter urbano: serviço de transporte público coletivo entre Municípios que tenham contiguidade nos seus perímetros urbanos; XII - transporte público coletivo interestadual de caráter urbano: serviço de transporte público coletivo entre Municípios de diferentes Estados que mantenham contiguidade nos seus perímetros urbanos; e XIII - transporte público coletivo internacional de caráter urbano: serviço de transporte coletivo entre Municípios localizados em regiões de fronteira cujas cidades são definidas como cidades gêmeas.

⁹ Inclusive, no âmbito do Inquérito Administrativo nº 08700.010960/2015-97. Representante: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados. Representada: Uber do Brasil Tecnologia Ltda.

objeto, quanto aquelas que possam produzir, ainda que potencialmente, os efeitos, conforme a descrição do *caput* do art. 36 do referido dispositivo legal. Nesse sentido, importante destacar que:

“Há, portanto, condutas cujo próprio objeto coloca em risco o ambiente concorrencial, por não ser possível vislumbrar, pelo menos em princípio, nenhum outro objetivo relacionado à prática que não a restrição à livre concorrência. (...) De outra parte, a lei fala ainda nos chamados ‘ilícitos por efeitos’, em que a restrição à livre concorrência não emerge de forma tão cristalina, cabendo à autoridade antitruste a comprovação de sua potencialidade lesiva (...)”¹⁰.

Embora a legislação dispense o Cade de comprovar a obtenção de efeitos anticompetitivos para a configuração da conduta infrativa por objeto, há discussão na doutrina e jurisprudência em relação a punição de atos que, ainda que visassem produzir efeitos anticompetitivos, objetivamente não estão em posição de alcançá-los. Nesses casos, não há que se falar em efeitos, ainda que potenciais no mercado.

Considerando a infinidade de condutas no meio concorrencial que podem ter efeitos anticompetitivos, a experiência acabou desenvolvendo diferentes formatos de análise de casos concretos:

“É pacífico na doutrina e na jurisprudência do Direito da Concorrência que inexistem um único modelo de análise capaz de dar conta da variedade e da complexidade das inúmeras práticas empresariais que podem gerar riscos concorrenciais, sendo necessário que cada espécie de conduta tenha sua potencialidade lesiva examinada de acordo com suas especificidades. É nesse contexto que se inserem as chamadas regras da razão e regra *per se*, importadas do direito norte americano (...)”¹¹.

Assim, para a verificação da ilicitude da prática de cartel deve-se adotar uma regra/procedimento, sistematizado pelo direito antitruste norte-americano, para análise dos casos concretos: regra *per se* ou regra da razão. A regra *per se* independe dos efeitos reais ou potenciais causados do mercado, ou seja, não há necessidade de comprovação de danos a sociedade. Nesse caso, o ilícito decorre da existência da própria conduta. Seria uma conduta por objeto, a princípio, com presunção de ilegalidade (presunção *iuris et de iuri* para alguns e *iuris tantum* para outros).

A análise pela regra *per se* tende a ser mais simples, fazendo com que se caracterize o ilícito a partir das provas obtidas, descaracterizando-se possíveis alegações quanto à

¹⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 292.

¹¹ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 289.

razoabilidade da prática restritiva à ordem econômica. A aplicação dessa regra de análise tornou-se possível em decorrência da experiência prática adquirida com os casos concretos, os quais levaram a concluir pela predominância dos efeitos lesivos à concorrência: “Geralmente, a regra *per se* é apropriada apenas depois que juízes já adquiriram uma longa experiência em relação à determinada conduta, concluindo que a mesma produz resultados lesivos e praticamente nenhum benefício à concorrência”¹².

Assim, o ilícito por objeto, cuja regra de análise é a *per se*, decorre da existência da própria conduta, sem a necessidade de demonstração dos efeitos, pois a presunção de ilegalidade, de prejuízo social, está na natureza da própria conduta.

Por sua vez, a utilização da modalidade da regra da razão desenvolveu-se quando a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, em 1911¹³. Na ocasião, a Suprema Corte norte-americana indicou que nem toda prática restritiva ao comércio deveria ser considerada ilícita. Com efeito, a análise de condutas anticompetitivas passou a considerar a razoabilidade das mesmas.

A regra da razão¹⁴ pressupõe a demonstração dos efeitos lesivos ao mercado, pois nesse caso, o ilícito não tem, por objeto, a finalidade de prejudicar a concorrência. Há necessidade de se analisar, no caso concreto, o contexto econômico, o mercado relevante e o poder de mercado do suposto infrator.

Uma análise concorrencial pela regra da razão costuma verificar fatores como, por exemplo, “a estrutura de mercado em que a conduta era praticada, os efeitos potenciais e concretos da restrição sobre o mercado, os propósitos que justificaram sua adoção, as eficiências produzidas, etc”¹⁵ no intuito de atribuir racionalidade à conduta analisada, até mesmo do ponto de vista econômico no contexto do mercado analisado, a fim de demonstrar que é aceitável ou até mesmo lícita do ponto de vista concorrencial.

¹² HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy**. 3rd ed. St. Paul: Thomson West, 2005, p. 276. Tradução livre de: “A *per se* rule is generally appropriate only after judges have had long experience with a certain practice, and have concluded that the practice produces many pernicious results and almost no beneficial ones”.

¹³ UNITED STATES, Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1, 1911.

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 98: “A regra da razão, elaborada pelos anglo-saxões, nada mais é que uma forma inconsciente de busca de um critério de reprovação social. Reconhecida a importância do valor institucional concorrência (o que sem dúvida, havia nos primórdios do direito antitruste americano), são só atos que sobre ela tenham potenciais efeitos a serem reprovados”.

¹⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 290.

Calixto Salomão Filho afirma que é “conclusão pacífica e resultado adquirido pelo Direito Brasileiro o não tratamento de qualquer conduta como ilícito *per se*. Todas estão sujeitas a algum critério de racionalidade que as possa vincular a produção de algum efeito”¹⁶.

Com efeito, regra da razão e regra *per se* são apenas metodologias de análise de ilícitos concorrenciais que facultam as autoridades antitruste a recorrer a uma ou outra em casos concretos. Nesse sentido, destaca-se as considerações do ex-Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva em seu voto no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48:

“A despeito da confusão conceitual que normalmente se faz entre ilícitos *per se* e ilícitos determinados com auxílio da regra da razão, não há diferença substancial entre essas duas maneiras de caracterizar o ilícito antitruste. São, por certo, modalidades distintas de análise do fato, cuja peculiaridade consiste na profundidade que se queira exigir da prova da ilicitude. Não se opõem de maneira frontal, constituindo, antes, um contínuo, como uma escala na qual se determine o quantum probatório necessário a formar o convencimento do julgador. Assim, se é certo que algumas condutas, como, por exemplo, os *hardcore cartels* exigem provas muito simples para a caracterização do ilícito, outras formas de colusão podem demandar graus variados de profundidade na análise da potencialidade dos efeitos, (...)”¹⁷.

O trecho acima transcrito revela com base na jurisprudência do órgão antitruste em quais situações as metodologias de análise dos ilícitos concorrenciais têm sido aplicadas pelo Cade, além de repisar que tais modalidades são distintas. É pacífico que casos de análise de cartéis *hardcore* se encaixam na regra *per se*, sem a necessidade da prova dos efeitos anticompetitivos, em que o próprio acordo entre os agentes para fixação, essencialmente, de preços, quantidade e divisão territorial configura a infração. Por outro lado, a análise pela regra da razão tende a ser aplicada para condutas unilaterais.

Por fim, vale registrar que a configuração de um ilícito concorrencial por objeto nem sempre pressupõe presunção absoluta de ilicitude, mas apenas uma presunção relativa, situação em que o ônus da prova é invertido, ficando a cargo do eventual representado, no caso concreto, demonstrar que a ilegalidade não estava na natureza daquela conduta. Nesse contexto, importante destacar as lições do voto-vista do ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18:

¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros Ed., 2003, p. 263.

¹⁷ Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48. Representante: Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal – CRF/DF; Representados: Abbott Laboratórios do Brasil Ltda, Eli Lilly do Brasil Ltda. e outros: Fls. 7 e 8, voto ex-Conselheiro Relator Ricardo Villas Bôas Cueva.

“A presunção relativa dispensa, em outras palavras, que a autoridade administrativa se encarregue da prova dos efeitos para determinação da ilicitude, e transfere para o próprio Representado o ônus de provar que a restrição à concorrência é acessória em relação a outro objetivo distinto e lícito, e que os potenciais benefícios advindos da persecução desse objetivo principal superam os riscos detectadas à concorrência”¹⁸.

Nesse caso, ainda que se considere o ilícito concorrencial por objeto, é pertinente analisar e ponderar os argumentos trazidos pelo agente que praticou a conduta, a fim de concluir quanto ao potencial efeito lesivo da mesma no caso concreto. Nesse sentido, manifestei-me na oportunidade do julgamento do Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50, quando afirmei que a presunção de ilegalidade pelo objeto, “não significa que outras circunstâncias econômicas ou jurídicas não possam eventualmente ser levadas em consideração no sentido de se apurar o resultado líquido concorrencial, mas apenas que na distribuição de ônus processuais cabe ao acusado alegar e provar eficiências compensatórias”¹⁹. Nesse sentido, em determinadas situações, um ilícito concorrencial por objeto poderia ser analisado sob a regra da razão.

1.3. Possíveis desafios na aplicação do Direito Concorrencial em mercados inovadores e plataformas de vários lados

Registra-se que o legislador optou pelo tipo aberto das condutas infrativas constantes no rol exemplificativo do art. 36, §3º, ante a impossibilidade de se prever todas as condutas que pudessem resultar em violação à ordem econômica e, especialmente, em razão da constante evolução de diferentes modelos de negócios empresariais, como aqueles desenvolvidos por uma ERT. Do mesmo modo ocorre com a legislação norte-americana antitruste (*Sherman Act*), em que a violação à concorrência não se resume a um rol taxativo de condutas.

O crescente cenário de mercados pouco adaptados as realidades digitais com empresas que funcionam com velocidade, dinamismo e complexidade no contexto de

¹⁸ Voto-vista do ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18. Representante: SDE ex officio; Representado: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro, fl. 16.

¹⁹ Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50 - Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Representado: Scar Rio Peças e Serviços Ltda., Multi Service de Duque de Caxias Comércio e Locação de Veículos Ltda., Toesa Service Ltda., Troiakar Danaren Oficina Multimarcas Ltda. e Peça Oil Distribuidora Ltda.

plataformas multifacetárias traz fluidez e evolução constante da atuação das autoridades concorrenciais em lidar com condutas praticadas em mercados inovadores²⁰.

A aplicação do Direito Concorrencial em mercados marcados por novos modelos de negócios não é trivial. A atuação da autoridade antitruste que requer intervenção direta nos casos concretos tem se tornado cada vez mais desafiadora:

“A ‘nova economia’ é um termo que abrange mercados caracterizados por inovação e mudança tecnológica rápidas (...). Os mercados da ‘nova economia’ apresentam desafios específicos para o Direito da Concorrência. Por exemplo, nesses mercados, a concorrência entre empresas não é normalmente tanto pelo preço, mas pela inovação (em uma espécie de ‘rivalidade schumpeteriana’); as maneiras usuais para definição de mercados relevantes podem não funcionar bem, particularmente, se verificadas plataformas de vários lados; e a concorrência pode não acontecer no mercado, mas pelos mercados (...)”²¹.

Nesse sentido, se faz necessária a presença do Direito Concorrencial frente à análise desses mercados inovadores, incluindo os mercados de múltiplos lados. Destaca-se por exemplo a atuação de outras autoridades antitrustes em mercados de vários lados²², como o *Policy Roundtables: Two-sided markets*, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²³.

Por esse motivo, as ERTs, a exemplo da Uber, como agentes de mercado que atuam no ambiente concorrencial, também devem passar sob o crivo da autoridade antitruste conforme, inclusive, manifestação da SG/Cade²⁴ corroborada no voto do Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia no referido Processo Administrativo 08700.006964/2015-71:

“Quando da elaboração da NT nº 35/2017, a Superintendência-Geral sustentou que, em meio ao cenário de indefinição – no mundo e no Brasil – acerca dos limites da legalidade das ERTs, a Uber, bem como outras empresas atuantes no mercado, deveriam ser consideradas agentes de mercado relevantes e atuantes em um ambiente de concorrência. Seriam, por isso, dotadas, de tutela perante o direito

²⁰ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. **EU Competition Law**. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

²¹ JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. **EU Competition Law**. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 48. Tradução livre de: “*The ‘new economy’ is a term which covers markets characterised by rapid innovation and technological change (...). New economy industries pose particular challenges for competition law. For example, competition between undertakings is not normally so much on price as on innovation (they may display ‘Schumpeterian rivalry’), the usual ways of defining markets may not work well, particularly if they involve multi-sided platforms; and competition may not be in market but for markets (...)*”.

²² JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. **EU Competition Law**. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2016. Esses benefícios servem, inclusive, de argumento para ponderar a aplicação do Direito da Concorrência em tais mercados, já que deve-se buscar a preservação dos incentivos à inovação.

²³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, Competition Committee. **Policy Roundtables: Two-sided markets**, 2009. Disponível: <<https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>>.

²⁴ Nota Técnica nº 35/2017/CGAA4 /SGA1/SG/Cade no âmbito Processo Administrativo nº 08700.006964/2015-71

antitruste. A determinação da SG de tratar as empresas ERT como agentes legítimos atuantes no mercado só é reafirmada a partir da regulamentação proposta pela Lei Federal nº 13.640/18, já abordada acima²⁵.

Assim, as mais diversas práticas empresariais em mercados inovadores de vários lados estão amparadas pela adaptabilidade do Direito concorrencial e da Lei Federal nº 12.529/2011, a qual deve zelar pela prevenção e repressão de infrações à ordem econômica.

2. ANÁLISE CONCORRENCIAL DO CASO UBER: POSSÍVEIS PRÁTICAS RESTRITIVAS À CONCORRÊNCIA DERIVADAS DO MODELO DE NEGÓCIO DESENVOLVIDO POR UMA ERT

A denúncia contra a Uber do Brasil Tecnologia Ltda. apresentada ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica apontou, dentre outras questões, a possível prática de cartel entre os motoristas parceiros da empresa, concorrentes em um mesmo mercado relevante. Além disso, apontaram a possibilidade da configuração de influência à adoção de conduta comercial uniforme de seus motoristas parceiros.

Para analisar quais seriam as possíveis práticas restritivas à concorrência derivadas do modelo de negócios desenvolvido pela Uber, é imprescindível identificá-las de maneira mais pontual a fim de demonstrar alguns dos fundamentos levantados pela Superintendência Geral do CADE que levaram ao arquivamento do caso Uber. Nesse ínterim, buscar-se-á diferenciar brevemente as seguintes condutas anticompetitivas: cartéis horizontais; cartéis *hub and spoke*; influência à adoção de conduta comercial uniforme; além da análise do ilícito de fixação de preço de revenda.

Para analisar as referidas condutas anticoncorrenciais, será considerado o modelo de organização de mercados tradicionais, nos quais a relação entre os agentes econômicos é estabelecida de maneira direta. A partir daí, com base na aplicação do Direito Concorrencial, serão abordadas as peculiaridades do caso concreto da Uber, considerando sua atuação no modelo de mercado de múltiplos lados e a possível prática de condutas contra a liberdade concorrencial.

²⁵ Processo Administrativo nº 08700.006964/2015-71: Representantes: Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães e Uber do Brasil Tecnologia Ltda.; Associação Boa Vista de Táxi – Ponto 1813, Sindicato dos Permissionários de Taxi e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal, e outros.

2.1. Possíveis práticas restritivas à concorrência: cartéis *hub and spoke*, influência à adoção de conduta comercial uniforme e fixação de preço de revenda

Essencialmente, a prática de cartel caracteriza-se como um tipo de conduta horizontal, ou seja, um acordo entre concorrentes (agentes econômicos que atuam no mesmo setor econômico) com o objetivo dominar o mercado e evitar a concorrência/competição, fixando preços, dividindo mercados, restringindo a oferta de produtos ou até mesmo fraudando o caráter competitivo de licitações, com o intuito de maximizar conjuntamente o lucro, o qual não teriam se agissem de modo independente.

Existem situações, no entanto, em que um cartel pode assumir também um caráter vertical, onde por exemplo estão configurados os chamados cartéis *hub and spoke*. Nessas situações, há a figura de pelo menos um facilitador que atua de modo a possibilitar a comunicação entre os concorrentes, é o caso do distribuidor que facilita o cartel entre os varejistas²⁶.

Assim, o cartel *hub and spoke* caracteriza-se pela convergência de interesses entre os concorrentes diretos atuantes em um mesmo mercado relevante e o terceiro facilitador, que pode ser definido como pessoa física ou jurídica que, embora não atue no mercado afetado, “auxilia na formação e/ou organização do cartel, permitindo que ele atinja seus objetivos (reais ou potenciais) mais facilmente”²⁷. O agente (“hub”) que viabiliza a atuação coordenada dos concorrentes não necessariamente é estabelecido no mesmo mercado relevante daqueles.

Além disso, a configuração de um cartel *hub and spoke* não se dá automaticamente com a presença do agente facilitador do conluio, há situações em que a presença do *hub* não é capaz de por si só configurar o ilícito, é o exemplo do caso das associações de classe quando respeitam os ditames da Lei Federal nº 12.529/2011. Desse modo, a configuração do cartel *hub and spoke* se dá quando a ação entre o facilitador e os agentes concorrentes tiver o intuito

²⁶ PREWITT, Elizabeth; FAILS, Greta. **Indirect Information Exchanges to Hub-and-Spoke Cartels: Enforcement and litigation trends in the United States and Europe.** *Competition Law & Policy Debate*, v.1(2), pp. 63-72, 2015: “Em cartéis hub and spoke, é observada a convergência de interesses entre um terceiro e concorrentes diretos de um mesmo mercado relevante a fim de formar um cartel.” Tradução livre de: “In hub-and-spoke cartels we see a convergence of interests between the third party and the horizontal competitors in favor of forming a cartel”.

²⁷ MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: interface entre Direito administrativo e Direito Penal.** São Paulo: Singular, 2013, p. 140.

da atuação coordenada, consubstanciando num acordo tácito entre eles, por meio da troca de informações comercialmente sensíveis por intermédio do *hub*²⁸.

Há, ainda, algumas condutas referentes ou semelhantes a carteis que geram dúvidas em relação ao seu alcance como conduta anticompetitiva, a exemplo da influência à adoção de conduta comercial uniforme, a qual denota atuação coordenada de agentes econômicos decorrente da própria iniciativa do agente, sem a ocorrência da troca de informações sensíveis entre os concorrentes diretos, ou seja, sem a intenção da atuação coordenada. É o caso dos sindicatos ou associações de classe, perante o Poder Legislativo ou Executivo para aprovação de normas com efeitos restritivos a concorrência, que influenciam nas barreiras à entrada de concorrentes.

A conduta unilateral de influência à adoção de conduta comercial uniforme configura-se com a presença de um agente que influencia outros a adotarem estratégias comercialmente idênticas, podendo revestir-se de caráter vertical²⁹.

²⁸ ODUDU, Okeoghene. **Indirect Information Exchange: The constituent elements of hub and spoke collusion.** *European Competition Journal*, v. 7(2), pp. 205-242, 2011.

A SG/Cade, inclusive, já manifestou considerações nesse sentido na Nota Técnica nº 86/2015/CGAA6/SGA2/SG/Cade no Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64 (Representante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina; Representado: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Santa Catarina, Ipiranga Produtos de Petróleo S/A e outros): “o conceito de ‘colusão hub and spoke’ (...) se caracteriza como um cartel (ou uma prática concertada anticompetitiva ilícita pelo próprio objeto), pelo qual um parceiro comercial comum funciona como ponto focal (‘hub’) para o compartilhamento de informações comercialmente sensíveis entre empresas concorrentes situadas em outra etapa da cadeia produtiva (‘spokes’). Em geral, o hub (‘centro’) é composto por uma ou mais empresas fornecedoras ou distribuidoras de um determinado bem/serviço – isto é, por empresas situadas no mercado à montante –, enquanto os spokes (‘raios’) são formados por empresas varejistas que comercializam o referido produto em etapa posterior da cadeia produtiva, ou para o consumidor final. Por ter como um de seus elementos constitutivos o intercâmbio indireto de informações estratégicas entre concorrentes, a colusão hub and spoke também é conhecida – especialmente, no Reino Unido – como troca de informações A-B-C, que é um termo mais genérico, pois engloba também práticas concertadas, além de acordos anticompetitivos no âmbito de cartéis. Trata-se, em suma, da disseminação de informações estratégicas entre duas ou mais empresas concorrentes (‘A’ e ‘C’), por meio de um parceiro comercial comum (‘B’) que, apesar de não concorrer diretamente no mercado relevante, mantém relações de fornecimento ou de distribuição com ambos os concorrentes (‘A’ e ‘C’)”.

²⁹ É importante destacar, desde já, que o agente que busca influenciar à adoção de conduta comercial uniforme pode ser concorrente direto ou não dos agentes que são alvo de tal influência. Nesse sentido, essa conduta pode ser tanto horizontal, isto é, quando o agente influenciador está no mesmo elo da cadeia produtiva dos agentes influenciados; quanto vertical, quando o agente influenciador está em um elo diferente daquele no qual se encontram os agentes que serão influenciados e que, por fim, adotariam uma conduta comercial uniforme. Essas considerações foram, inclusive, destacadas pelo ex Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior do Processo Administrativo nº 08700.006965/2013-53 (Representante: Foto São José Digital; Representados: Sindicato dos Fotógrafos, Lojistas e Cinegrafistas do Estado do Piauí - Sindfolcepi e Francisco das Chagas Machado Sobrinho): “(...) o agente infrator que atua como influente à adoção de conduta uniforme não precisa, necessariamente, estar no mesmo mercado/setor que as pessoas envolvidas na conduta e não precisa ser concorrente desses agentes. Assim, é possível que a influência à adoção de conduta uniforme seja caracterizada tanto como conduta horizontal quanto como conduta vertical (...)”.

Desse modo, os cartéis *hub and spoke* e a prática de influência à adoção de conduta comercial uniforme diferenciam-se substancialmente pela existência de um acordo e pela troca de informações concorrencialmente sensíveis entre os agentes, elementos indispensáveis apenas para caracterizar o cartel *hub and spoke*, e não para a indução de conduta comercial uniforme.

Já a fixação de preço de revenda (FPR) ou “resale price maintenance” (RPM) consiste em uma espécie de restrição vertical “estabelecida entre agentes econômicos integrantes de uma cadeia produtiva, em etapas diferentes, a fim de fixar preço de revenda do produto ou serviço”³⁰.

A FPR está consubstanciada em uma série de “condições uniformes impostas ou sugeridas pelo produtor para venda de um determinado produto. Pode ele uniformizar o preço máximo ou o preço mínimo de revenda, dividir territórios ou de qualquer outra forma eliminar a concorrência entre seus distribuidores”³¹. Desse modo, agentes econômicos ao manterem a fixação do preço de revenda podem estar objetivando, dentre outras questões, facilitar o monitoramento de condutas colusivas e aumentar de forma unilateral o poder de mercado.

Sendo assim, a conduta de FPR caracteriza-se, em um mercado tradicional, quando o produtor estabelece, mediante contrato, o preço a ser praticado pelos distribuidores/revendedores, podendo ser abusiva e limitando a concorrência entre esses agentes econômicos. No mais, a prática também deve ser avaliada do ponto de vista de sua racionalidade econômica e dos efeitos positivos e negativos que pode gerar sobre a concorrência.

Assim, possíveis eficiências podem ser observadas em decorrência da fixação de preços de revenda, como por exemplo: i) indução à eliminação da dupla marginalização com fixação do preço máximo de revenda³²; ii) a promoção de serviços de pré-venda decorrentes

³⁰ GONÇALVES. Priscila Broli. **Fixação e Sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: Análise dos Aspectos Concorrenciais**. 2. Ed. São Paulo: Singular, 2016, p. 173.

³¹ SALOMÃO FILHO. Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.296: “[...] exatamente essas duas características – *eliminação da concorrência e sua orquestração em um nível de mercado diverso daquele em que ela efetivamente ocorre* – dão individualidade a essa conduta. Por essas mesmas características suas várias formas de revelação são denominadas *restrições verticais à concorrência*”.

³² GONÇALVES. Priscila Broli. **Fixação e Sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: Análise dos Aspectos Concorrenciais**. 2. Ed. São Paulo: Singular, 2016: Quando fornecedores e distribuidores tem o poder de fixar preços, ambos procurarão maximizar lucros, praticando os maiores preços possíveis. Ocorre quando cada empresa toma suas decisões de modo independente sem levar em consideração o preço praticado pela outra empresa, o que conseqüentemente tornará o preço final do produto excessivamente elevado.

da eliminação do efeito ou carona ou *free riding*³³ com a fixação de preço mínimo de revenda; iii) preservação da imagem ou produto; iv) aumento da concorrência entre marcas; v) incentivo à entrada de novos concorrentes no mercado de distribuição.

Em síntese, o enquadramento legal das condutas acima mencionadas encontra-se no art. 36, §3º, da Lei nº 12.529/2011, sendo os cartéis *hub and spoke* previstos nas hipóteses dos incisos I e II, sendo que no primeiro inciso fica configurada a conduta dos concorrentes interessados na atuação coordenada entre si, e no segundo, está a previsão legal da conduta praticada pelo agente/*hub* que facilita a troca de informações comercialmente sensíveis. Enquanto isso, práticas de influência à adoção de condutas comerciais uniforme estão previstas no inciso II, §3º, também do artigo 36 da Lei Federal nº 12.529/2011. Em relação a conduta de fixação de preço de revenda, também constitui infração à ordem econômica constante no art. 36, §3º, inciso IX, da LDC³⁴.

No que tange a metodologia de análise concorrencial de tais condutas pelo órgão antitruste, os cartéis têm sido definidos como ilícitos concorrenciais por objeto, analisados sob a regra *per se*³⁵. No mesmo sentido, a influência à adoção de conduta comercial uniforme, quando praticada por agente, cujo objeto da conduta tem como pano de fundo a colusão, deve ser analisada pela regra *per se*. Por outro lado, em se tratando de uma conduta unilateral, sem apresentar essa natureza de viabilização de acordo entre os competidores a conduta deve ser analisada pela regra da razão³⁶.

³³ KLEIN, Benjamin. **Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding** (2009). *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, No. 2, 2009. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1656052>: “The usual economic analysis is that the elimination of retailer price discounting prevents such free riding because it removes the incentive of consumers to patronize free-riding retailers and forces retailers to compete on non-price dimensions”.

³⁴ IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

³⁵ Voto-relator do ex-Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo no Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50 – Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Representados: Scar Rio Peças e Serviços Ltda., Multi Service de Duque de Caxias Comércio e Locação de Veículos Ltda., Toesa Service Ltda., Troiakar Danaren Oficina Multimarcas Ltda. e Peça Oil Distribuidora Ltda.: “*Decisões recentes do Cade têm ido além destas diretrizes de exegese e evoluíram para entender a infração por objeto, quando de cartel se tratar, como infração per se no mesmo sentido em que vigente na jurisprudência dos Estados Unidos. Neste sentido, por todos, cito o caso do PA nº 08012.010932/2007-18 (cartel de mangueiras marítimas, Rel. Márcio de Oliveira Jr.*”.

³⁶ Cita-se, por exemplo, o entendimento manifestado no Processo Administrativo nº 08012.004736/2005-42. Representante: Secretária de Acompanhamento Econômico – Seae/MF; Representados: Raízen Combustíveis S.A. e Odon Oliveira Mendes.

No mesmo sentido, a fixação de preço de revenda pode ser considerada como um ilícito analisado sob a regra da razão³⁷³⁸, em que o estabelecimento de restrições verticais baseadas na imposição de preços ou margens mínimas de revenda não será ilícito quando for possível demonstrar, alternativamente, eficiências específicas à conduta em questão que “(i) não possam ser produzidas por outro acordo vertical ou outros meios distintos menos suspeitos, (ii) superem claramente, nas condições de mercado em questão, os riscos à concorrência gerados pela conduta e (iii) resultem em benefício comprovado para o consumidor”³⁹. Assim, o objeto da conduta não é ele mesmo a limitação da concorrência.

2.2. Cartéis *hub and spoke*, influência à adoção de conduta comercial uniforme e fixação do preço de revenda considerando o modelo de negócios desenvolvido por uma ERT: análise do caso Uber

O modelo de negócio desenvolvido por uma empresa como a Uber atua como uma plataforma que funciona para que dois tipos de agentes interdependentes, no caso motoristas e passageiros, interajam. Esses agentes econômicos são distintos e possuem seus próprios interesses, lucros ou prejuízos. Desse modo, a relação entre os motoristas parceiros, Uber e passageiros não configura uma cadeia produtiva em que a utilidade é associada ao produto ou serviço até que seja destinado ao consumidor final. Além disso, “a Uber cobra, a partir de cada corrida realizada por um de seus motoristas parceiros, uma taxa sem dividir custos

³⁷ SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 93: “se o ajuste ou acordo é do tipo a que é aplicável a regra da razão, o levantamento minucioso dos fatores econômicos faz-se necessário. Só por meio deste levantamento distinguem-se as restrições lícitas das ilícitas”.

³⁸ KLEIN, Benjamin. **Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding** (2009). *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, No. 2, 2009. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1656052>: “The debate over whether resale price maintenance should be governed by a rule of reason standard as held in *Leegin*,’ or returned to the *Dr. Miles* per se rule,² hinges to a large extent on whether or not one views most instances of resale price maintenance as normal competition on the merits. The reasoning underlying *Leegin* is that because resale price maintenance often is the result of procompetitive market forces, plaintiffs should be required to demonstrate a likely horizontal anticompetitive effect; while defendants, on the other hand, need not prove the existence of procompetitive efficiencies to avoid antitrust liability.³ In contrast, some antitrust commentators conclude that because a credible procompetitive explanation frequently does not exist, resale price maintenance should be subject to a stricter legal standard and prohibited even if a horizontal anticompetitive effect is not demonstrated.

³⁹ Processo administrativo n. 08012.001271/2001-44. Representante: Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania Representada: SKF e SKF do Brasil. Voto do relator Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo.

relacionados ao veículo utilizado na prestação dos serviços de transporte remunerado individual de passageiros”⁴⁰.

Empresas de economia compartilhada não escapam da necessidade de coordenação centralizada. No entanto, o controle a ser exercido em uma plataforma inovadora dentro de um mercado de múltiplos lados pode variar em graus distintos⁴¹. A atuação da Uber funciona de forma a exercer um alto nível de controle centralizado junto aos fornecedores que a utilizam, ao contrário de outras plataformas que funcionam essencialmente para conectar fornecedores e consumidores, exercendo controle mais reduzido.

Assim, a forma de funcionamento da Uber distingue-se sobremaneira de plataformas inseridas em mercados de vários lados, como Airbnb e Mercado Livre, por estabelecer o preço do serviço ou produto oferecido, controlar as formas de pagamento por meio da plataforma, manter funcionalidades que permitem os consumidores a opinar sobre o serviço ou produto fornecido, e estabelece requisitos mínimos para o serviço ou produto ofertado⁴².

Tendo em vista o elevado controle exercido pela plataforma da Uber junto aos seus fornecedores, já que seu modelo de negócio possui características próprias tendentes a coordenar a atuação dos seus motoristas parceiros, é pertinente questionar a possível prática de condutas restritivas a concorrência⁴³. Tais questionamentos basicamente são relacionados ao modo pelo qual a plataforma Uber coordena essa atuação. Deve-se ressaltar que esses questionamentos também podem ser estendidos ao modelo de negócios de outras ERTs presentes no mercado, como a Cabify e a 99.

⁴⁰ NOTA TÉCNICA Nº 26/2018/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo nº 08700.008318/2016-29. **Representantes:** Ministério Público do Estado de São Paulo e Daniel Braga Frederico. **Representada:** Uber do Brasil Tecnologia Ltda.

⁴¹ ANDERSON, Mark; HUFFMAN, Max. **The Sharing Economy Meets the Sherman Act: Is Uber a firm, a cartel, or something in between?** *Columbia Business Law Review*, 2017, p. 884: “Sharing economy enterprises do not escape the need for centralized coordination, however. The platforms exercise varying levels of control over suppliers. At one extreme, some platforms exercise very little control and merely allow consumers and suppliers to find each other. (...) At the other extreme, a platform may establish prices and other terms of service. Uber is an example of this higher level of centralized control”.

⁴² ANDERSON, Mark; HUFFMAN, Max. **The Sharing Economy Meets the Sherman Act: Is Uber a firm, a cartel, or something in between?** *Columbia Business Law Review*, 2017.

⁴³ Destacam-se, nesse sentido, diversos artigos que tem impulsionado esse debate: ANDERSON, Mark; HUFFMAN, Max. **The Sharing Economy Meets the Sherman Act: Is Uber a firm, a cartel, or something in between?** *Columbia Business Law Review*, 2017; NIAMH, Dunne. Competition Law (and Its Limits) in the Sharing Economy. In: DAVIDSON, Nestor; FINCK, Michèle; INFRANCA, John. **Handbook on Law and Regulation of the Sharing Economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018; NOWAG, Julian. **When sharing platforms fix sellers’ prices**. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018.

Para a análise em questão, destaca-se, principalmente, o fato de a Uber estabelecer o preço pelo serviço de transporte remunerado privado de passageiros prestado pelos motoristas parceiros, o que restringiria a concorrência entre eles no que se refere a variável preço. Ainda que seja apenas uma recomendação da Uber, mesmo que cobrem preço menor que o fixado pela plataforma em cada viagem, os motoristas não possuem incentivos para fazê-lo⁴⁴. Consequentemente, verifica-se uma uniformidade de preços. Nesse contexto, é oportuno debater a respeito da possível prática de cartel *hub and spoke*, de prática influência à adoção de conduta comercial uniforme, ou de fixação de preço de revenda.

Destaca-se, de início, que não deve persistir o questionamento sobre a existência de cartel horizontal entre a Uber e seus motoristas parceiros, haja vista não serem concorrentes diretos. Isto porque a Uber é uma plataforma que facilita a interação entre motoristas parceiros e passageiros. Em contrapartida, os motoristas prestam o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros através de veículos de sua posse.

Contudo, em alguns casos, os motoristas parceiros parecem se coordenar para fazer incidir o chamado multiplicador de preço. Nessas situações, seria possível a configuração de cartel horizontal pelos motoristas parceiros da Uber. No entanto, o presente estudo se presta a analisar apenas a conduta do aplicativo, e não dos motoristas parceiros entre si.

Sendo assim, resta analisar se a conduta da Uber de determinar os preços que serão praticados por seus motoristas parceiros poderia configurar: um cartel *hub and spoke*, no qual a Uber funcionaria como *hub*; a prática de influência à adoção de conduta comercial uniforme por parte da Uber; ou a prática de fixação de preço de revenda.

2.2.1. Da suposta prática de formação de cartel entre os motoristas parceiros e a Uber

Primeiramente, importante esclarecer que a conduta dos motoristas parceiros da Uber de terem supostamente se orquestrado para ativar o multiplicador de preços ao desligarem o aplicativo de forma concomitante, induzindo a um desequilíbrio entre oferta e demanda de motoristas e passageiros, e consequente aumento de preço das viagens e dos lucros, não será

⁴⁴ ANDERSON, Mark; HUFFMAN, Max. **The Sharing Economy Meets the Sherman Act: Is Uber a firm, a cartel, or something in between?** *Columbia Business Law Review*, 2017.

analisada neste artigo. A conduta objeto de estudo é a possível colusão entre os agentes, tendo a Uber o papel de um *Hub*.

A análise deve ser iniciada pela natureza da imposição dos valores das corridas aos motoristas parceiros e cobradas dos passageiros. A conduta de centralizar as decisões da forma de operação e até determinar os preços a serem cobrados por todos os motoristas, conduzindo-os a um paralelismo de conduta, pode ser considerado um cartel no formato de *hub and spoke*?

A primeira questão a ser observada é que a Uber funciona como plataforma de intermediação dos serviços dos motoristas, segundo as condições estabelecidas pela mesma. Sendo assim, a plataforma não funciona como uma concorrente dos motoristas particulares cadastrados pois atua em um mercado relevante diverso, o que torna impossível a prática de cartel horizontal. Sendo assim, a possibilidade de cartel horizontal deve ser afastada de plano.

De outro lado, também não é possível vislumbrar a prática de formação de cartel *hub and spoke* pela Uber, porquanto não há atuação da empresa para que seus motoristas parceiros se comuniquem entre si. Não há ação entre a Uber, como facilitadora do cartel, e os agentes concorrentes, com o intuito da atuação coordenada.

Outrossim, a aceitação por cada motorista dos termos fixados pela Uber configura uma relação com propósito meramente contratual e não de conluio ou acordo entre os mesmos. Não se percebe o elemento volitivo de fixar preços ou manipular o mercado⁴⁵, tampouco com o objetivo de colusão centralizado na Uber. A possível uniformidade de conduta, particularmente relacionada ao preço, é originada do modelo de negócios Uber. Ademais, o aumento no número de motoristas parceiros dificulta qualquer tipo de coordenação entre os mesmos, pois em mercados pulverizados a formação de cartel é mais difícil⁴⁶. O estabelecimento do preço máximo por um algoritmo no aplicativo não tem o

⁴⁵ Nesse sentido: ANDERSON, Mark; HUFFMAN, Max. **The Sharing Economy Meets the Sherman Act: Is Uber a firm, a cartel, or something in between?** *Columbia Business Law Review*, 2017; NIAMH, Dunne. Competition Law (and Its Limits) in the Sharing Economy. In: DAVIDSON, Nestor; FINCK, Michèle; INFRANCA, John. **Handbook on Law and Regulation of the Sharing Economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018; NOWAG, Julian. When sharing platforms fix sellers' prices. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018.

⁴⁶ Diversas notícias publicaram que, apenas entre 2016 e o final de 2017, o número de motoristas parceiros cadastrados juntos ao aplicativo da Uber cresceu 10 (dez) vezes. Nesse sentido, por exemplo: LOBEL, Fabrício. **Número de Motoristas do Uber Cresce Dez Vezes em Um Ano no Brasil**. *Folha de São Paulo*, 30 de out. de 2017. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1931013-numero-de-motoristas-do-uber-cresce-dez-vezes-em-um-anono-brasil.shtml>>. Acesso em 09 de set. de 2018.

condão de apontar qualquer acordo de vontades com objetivos anticompetitivos entre a Uber e seus parceiros motoristas na oferta do transporte individual privado.

Assim, não resta configurado o requisito fundamental para a configuração de qualquer espécie de cartel, pois inexistente um acordo para fixar preço, controlar oferta, dividir mercado, ou fraudar licitação pública, conforme previsão do inciso I, §3º, da Lei Federal nº 12.529/2011. O aplicativo atua de forma a otimizar demanda e oferta pelo serviço de transporte individual de passageiros, sem discriminação de outras ERTs concorrentes no mercado de economia compartilhada

Sendo assim, no modelo de negócios Uber não existe troca de informações concorrencialmente sensíveis, bem como não há qualquer acordo de vontades ou conluio entre os motoristas parceiros em decorrência da atuação da Uber, além de o mercado no qual está inserida a Uber não possuir características estruturais para colusão.

Por outro lado, a partir de agora passamos a verificar se a fixação de preços pela Uber imposta aos motoristas parceiros e cobrada dos passageiros nas viagens pode configurar a conduta de prática de influência à adoção de conduta comercial uniforme, ou até mesmo a conduta de fixação de preço de revenda.

2.2.2. Da suposta prática de influência à adoção de conduta comercial uniforme pela Uber

A influência de adoção de conduta comercial uniforme dos motoristas pela Uber pode ser observada em razão de a plataforma definir os preços a serem cobrados em cada corrida, o que é comum também por outras empresas de rede de transporte, como Cabify e 99. Tal conduta é importante de ser analisada uma vez que permite o estabelecimento de arranjos colusivos.

No caso concreto, a empresa em questão negou a prática da conduta, aduzindo que apenas atua por meio da plataforma como intermediária na contratação entre os prestadores de serviços de transporte individual, os motoristas, e usuários passageiros. Afirmou, ainda, que o modo de fixação de preço é guiado, via de regra, por mecanismos específicos ao serviço, como a duração da viagem e a distância percorrida, podendo incidir, eventualmente o multiplicador de preço para equilibrar o mercado.

Além disso, deve-se ressaltar que o estabelecimento da Uber no mercado de economia compartilhada trouxe inúmeros benefícios aos consumidores, “tais como a diminuição de custos de transação, especialmente a assimetria informacional entre usuário e motorista, a diminuição de custos do motorista e, principalmente, o preço final cobrado pelo serviço de transporte”⁴⁷.

Em que pese a prática de influência à adoção de conduta comercial uniforme geralmente ser definida pelo Cade como ilícito concorrencial por objeto⁴⁸, ou seja, sem a necessidade de demonstração de efeitos anticompetitivos no mercado, não há impedimento para que eventuais efeitos líquidos dessa conduta sejam sopesados, conforme a regra da razão. Até mesmo porque dentro do modelo de negócios em que estão inseridas as ERTs, a atuação das autoridades antitrustes deve ser ainda mais cautelosa, a fim de evitar a criação de entraves indesejáveis para o desenvolvimento desses novos negócios, e porque eventual *enforcement* deve ponderar os possíveis proveitos gerados à sociedade. Nesse contexto tem sido a posição da doutrina⁴⁹ sobre o tema, defendendo a atuação ponderada dos órgãos de controle ao analisar questões concorrenciais inseridas nesses mercados.

Se a Uber, ou qualquer outra ERT, estabelece preços a serem cobrados pelos motoristas parceiros, é correto afirmar que ao menos formalmente há configuração da influência à adoção de conduta comercial uniforme, uma vez que existe, a princípio, eliminação da concorrência entre os motoristas pela variável preço.

Outrossim, segundo o Documento de Trabalho nº 001/2018, estudo realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE)⁵⁰, “a Uber não está rivalizando apenas com corridas de táxi via aplicativos”, mas, simultaneamente, “pode estar afetando outros

⁴⁷ Conforme Resposta apresentada no Procedimento Preparatório nº 08700.008318/2016-29. Representantes: Ministério Público do Estado de São Paulo e Daniel Braga Frederico Representada: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Fl. 21, doc. Sei nº 0342059.

⁴⁸ Os casos em que o Cade considera o ilícito de indução de conduta comercial uniforme como ilícito por objeto são aqueles relacionados ao sindicatos e associações que servem com palco para a formação de cartel e não podem ser enquadrados na qualidade de cartelistas em função de não possuírem a características de concorrente descrita no inciso I, do §3º, do art. 36 da Lei nº. 12.529/2011. Nesse tipo de conduta, há a clara intenção da colusão, situação que não deve ser confundida com conduta unilateral.

⁴⁹ ANDERSON, Mark; HUFFMAN, Max. **The Sharing Economy Meets the Sherman Act: Is Uber a firm, a cartel, or something in between?** *Columbia Business Law Review*, 2017; NOWAG, Julian. **When sharing platforms fix sellers' prices.** *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018.

⁵⁰ RESENDE, Guilherme M.; LIMA, Ricardo C. de A. **Documento de Trabalho nº 001/2018 – Efeitos Concorrenciais da Economia do Compartilhamento no Brasil: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?** *Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>>.

modais de transporte” e sua entrada no mercado teria criado uma nova demanda por transporte remunerado individual, derivada, por exemplo, dos modais de transporte coletivo. Portanto, a entrada da Uber no mercado de economia digital compartilhada aumentou a concorrência de serviços de transporte individual de passageiros.

Além disso, ao serem analisados, entre 2014 e 2016, 590 (quinhentos e noventa) municípios brasileiros, o estudo demonstrou que a entrada da Uber não teria sido capaz de afetar os preços das corridas de táxi por aplicativos. O estudo feito pelo DEE⁵¹ apontou que “inicialmente, a entrada da Uber em um município pode ter um efeito grande, reduzindo substancialmente o número de corridas de táxi, mas com o passar do tempo ocorre uma recuperação gradativa do número de corridas do setor incumbente”. Além do mais, também foi sugerido que “o setor incumbente reagiu via concessão de descontos nos valores finais das corridas quando se teve um período mais longo para verificar tal reação”.

Sobre a entrada da Uber no mercado, o estudo ainda concluiu que “além de gerar benefícios aos consumidores e incentivar a entrada de novos ofertantes no mercado de transporte remunerado individual, tais inovações solucionaram algumas falhas de mercado presentes no referido setor, tornando defasada a regulação atual dos serviços de táxi”.

No entanto, salvo os benefícios apontados pelo estudo, sobre a incidência em certas situações do denominado multiplicador de preços, ressalta-se que poderia ensejar motoristas parceiros a entrarem em conluio para reduzir a oferta, levando a um desequilíbrio no mercado e aumento do preço final a ser pago pelos consumidores passageiros.

Ainda, a incidência do multiplicador de preço é exceção, pois aplicado apenas em casos em que a oferta de motoristas é inferior a demanda em determinadas regiões, a fim de corrigir esse desequilíbrio, motivando motoristas a ofertar o serviço naquela região com pouca oferta, pois “os preços ajustam-se até que o total que as pessoas demandam seja igual ao total ofertado”⁵². Assim, os preços das corridas voltariam a ser fixados nos critérios objetivos de tempo estimado e distância percorrida.

⁵¹ RESENDE, Guilherme M.; LIMA, Ricardo C. de A. **Documento de Trabalho nº 001/2018 – Efeitos Concorrenciais da Economia do Compartilhamento no Brasil: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?** *Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>>. Acesso em 09 de set. de 2018.

⁵² VARIAN, Hal R. **Microeconomia: conceitos básicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 3.

No mais, segundo a Uber, a ativação do multiplicador de preço se dá de forma transparente para todos seus motoristas parceiros e passageiros usuários, que podem visualizar as áreas em que o mesmo está sendo aplicado. Além disso, para os consumidores passageiros, o preço fixado não gera imprevisibilidade na transação, pois ao solicitar a viagem o usuário pode estimar o valor a ser cobrado pelo serviço e optar ou não por ele⁵³.

A concorrência em relação a variável preço sob a ótica do passageiro usuário tornou-se mais intensa a partir do surgimento de aplicativos como o VAH⁵⁴, que compara os valores cobrados entre aplicativos de transporte disponíveis para determinada viagem naquele instante.

A Uber também dá liberdade a todos os seus usuários, tanto motoristas parceiros quanto passageiros, que podem estar cadastrados simultaneamente em mais de um aplicativo concorrente de ERT. Assim, o modelo adotado pela Uber é caracterizado de *multi-homing*, o que reduz a possibilidade de eventual exercício de poder de mercado⁵⁵. Portanto, o atual arranjo desse tipo de mercado permite que os passageiros usuários da Uber possam escolher a ERT que lhes for mais conveniente dentre as disponíveis.

Em síntese, o fato de as ERTs, a exemplo da Uber, fixarem os preços a serem cobrados pelos seus motoristas parceiros pode configurar a prática à conduta anticompetitiva de influência à adoção de conduta comercial uniforme. No entanto, afora isso, a presença desse novo modelo de negócio no mercado trouxe benefícios ao consumidor. Além do mais, mesmo as implicações do multiplicador de preços pela Uber, não são capazes de afastar os benefícios da concorrência existente entre as ERTs, permitida em razão da adoção do modelo *multi-homing*. Dessa forma, a possível influência à adoção de conduta comercial uniforme praticada pela Uber e por outras ERTs não é capaz de configurar infração à ordem econômica,

⁵³ Essa, inclusive, foi uma das determinações do Decreto Municipal nº 56.981, de 10 de maio de 2016, da Prefeitura do Município de São Paulo, o qual dispõe, in verbis: “DA POLÍTICA TARIFÁRIA Art. 13. A OTTC tem liberdade para fixar a tarifa cobrada do usuário dos serviços, obedecido o valor máximo estabelecido pelo Comitê Municipal de Uso do Viário - CMUV. Parágrafo único. Devem ser disponibilizadas ao usuário, antes do início da corrida, informações sobre o preço a ser cobrado e cálculo da estimativa do valor final”.

⁵⁴ AGRELA, Lucas. **Novo App Compara Preços de Corridas na Uber, 99, Cabify e Easy**. *Exame*, 14 de jun. de 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/novo-app-compara-precos-de-corridas-na-uber-99-cabify-e-easy/>>. Acesso em 24 de nov. de 2017.

⁵⁵ NIAMH, Dunne. Competition Law (and Its Limits) in the Sharing Economy. In: DAVIDSON, Nestor; FINCK, Michèle; INFRANCA, John. **Handbook on Law and Regulation of the Sharing Economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 7: “Multi-homing, em que fornecedores e/ou consumidores podem participar de mais de uma plataforma, diminui a capacidade de plataformas exercerem poder de mercado.” Tradução livre de: “Multi-homing, whereby suppliers and/or users participate in more than one platform, similarly lessens the ability of platforms to exercise market power”.

nos termos do art. 36 da Lei Federal nº 12.529/2011, pela análise positiva dos efeitos da sua entrada no mercado inovador de vários lados. Essa foi exatamente a conclusão da NT da Superintendência-Geral do Cade no caso concreto.

No próximo tópico daremos um passo adiante em relação a NT da Superintendência-Geral trazendo para a discussão o ilícito da fixação de preço de revenda e o motivo pelo qual entendemos que tampouco se amolda ao caso concreto.

2.2.3. Da suposta prática de fixação de preço de revenda pela Uber

Por último, importante analisar o caso sob a perspectiva da possível prática de fixação de preço de revenda, pelo fato de a empresa Uber estabelecer o preço pelo serviço de transporte remunerado privado de passageiros prestado por seus motoristas parceiros. Tal fato faz com que os motoristas parceiros da Uber deixem de concorrer sobre a variável preço.

Em 2013 o Tribunal do CADE condenou, por cinco votos a dois, a empresa SKF do Brasil Ltda. ao pagamento de multa pecuniária no valor de 1% do faturamento da empresa por fixar preço de revenda a seus distribuidores. Tal conduta teria resultado em efeitos anticompetitivos ao mercado.

O Cade, desde a década de 1990, considerava que a prática tabelada de preços de revenda representava uma sugestão de preços (caso tabela de preços Kibon⁵⁶). A partir da referida decisão que condenou a SKF, a imposição de preços de revenda pode ser considerada como um ilícito concorrencial passível de condenação pela autoridade antitruste. Em contrapartida, tal prática poderá ser considerada lícita em caso de os ganhos de eficiência⁵⁷ ser maior que os riscos anticompetitivos, cabendo a própria empresa provar que a conduta gerou efeitos positivos no mercado e aos consumidores.

⁵⁶ Processo Administrativo n. 148/94. Representante: Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo - Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo. Representada: Indústrias Alimentícias Gerais S.A. - IAG (RIBON): Nesse caso, o Plenário julgou, por unanimidade, pelo arquivamento da representação contra à Kibon, em 22/10/1997.

⁵⁷ Segundo o entendimento do Cade, conforme julgado no Processo administrativo n. [08012.001271/2001-44](#), relator Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, o qual foi instaurado para investigar a prática de fixação de preço mínimo de revenda por parte da empresa SKF do Brasil Ltda., a fixação de preço de revenda será lícita apenas quando a empresa comprovar ganhos de eficiência econômica com a conduta praticada, ou seja, comprovar a geração de efeitos positivos no mercado.

No caso da SKF, o voto-vista do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho afirma ser necessário discutir três questões sobre a ilicitude ou não de fixação de preço de revenda: “(a) o papel dos mecanismos de coação para configurar FPR; (b) a avaliação da eficiência desta conduta; e (c) a existência ou inexistência de risco anticompetitivo associado”.

Sendo assim, de fato, as condutas que gerem restrições diretamente relacionadas a preço devem ser analisados com cautela, a fim de se analisar a existência de eficiências que compensem os riscos anticompetitivos, como por exemplo o estímulo de paralelismo de condutas entre empresas.

No caso da Uber, em sua resposta⁵⁸ apresentada no Procedimento Preparatório nº 08700.008318/2016-29, a então representada sustentou, inicialmente, que oferta apenas uma solução tecnológica que integra motoristas e usuários que buscam uma alternativa de mobilidade e, por esse motivo, não atuaria como fornecedor dos serviços prestados pelos motoristas parceiros.

O primeiro argumento que afasta de plano a caracterização formal de FPR é que a Uber não se encontra em uma relação de fornecedor e distribuidor em face de seus motoristas parceiros. Não se trata de uma revenda. O serviço prestado pela Uber não é de transporte e sim de tecnologia, que tem como objetivo principal conectar a demanda e a oferta dos serviços de transporte privado de passageiros. A conduta de FPR parte do pressuposto que o fornecedor fixe os preços dos seus produtos e serviços, cujo distribuidor, via contrato, deverá praticar. Não pode, portanto, a Uber fixar preço de um serviço que não oferece. O que seria então esse valor das corridas estipuladas pela Uber? Seria apenas a base de cálculo da remuneração (comissão) que a Uber está disposta a receber para fazer a conexão entre demanda e oferta. Como dito anteriormente, a Uber retém um percentual no valor de cada corrida. Esse percentual necessariamente deve incidir sobre “alguma coisa” e, portanto, é essa “alguma coisa” que determina o valor final da receita da ETR. Esse é o motivo que justifica a Uber estipular a fórmula de cálculo das corridas, sendo esse o valor pelo qual a Uber está disposta a prestar seus serviços de tecnologia.

Vale a pena descrever rapidamente o modelo de remuneração da Uber. A base de cálculo que determina sua receita é dada a partir de um algoritmo que considera em cada corrida, o tempo estimado a ser gasto no trajeto e a distância a ser percorrida, podendo,

⁵⁸ Procedimento Preparatório nº 08700.008318/2016-29. Representantes: Ministério Público do Estado de São Paulo e Daniel Braga Frederico Representada: Uber do Brasil Tecnologia Ltda.. Sei no 0321882.

quando se verifica um desequilíbrio entre o número de passageiros usuários do serviço e o número de motoristas disponíveis na região, incidir um multiplicador. Em outras palavras, o preço a ser cobrado do passageiro usuário dependeria, em regra, do tempo estimado e da distância percorrida em uma determinada viagem. Contudo, quando há mais passageiros usuários demandando corridas do que motoristas parceiros disponíveis em determinada região, o algoritmo aplicaria o multiplicador de preço.

A respeito dos preços cobrados, do algoritmo e do multiplicador de preço, a Uber sustentou que: i. o algoritmo utilizado, além de seguir a livre formação da oferta e demanda, é benéfico ao consumidor, pois, com o aumento de demanda em dada região, o preço da viagem aumenta, o que atrai mais motoristas ao local para suprir a demanda dos usuários. Nesse sentido, o multiplicador de preço reequilibraria, por fim, a relação entre demanda e oferta; ii. a ativação desse multiplicador seria transparente tanto para o motorista parceiro quanto para o passageiro usuário, os quais, além de conseguirem visualizar as áreas em que o mesmo está sendo aplicado, podem acessar o site da Uber e estimar o preço de uma viagem;

Ademais, os valores cobrados aos passageiros visariam remunerar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros prestado pelos motoristas parceiros e a intermediação de tais agentes pela Uber. Portanto, a sua entrada no mercado brasileiro teria sido responsável por uma profunda reestruturação dos serviços de transporte de passageiros do país, trazendo nítidos benefícios ao consumidor deste serviço⁵⁹.

Assim, não havendo qualquer possibilidade de caracterização de efeitos negativos no mercado, o impacto positivo que os aplicativos de mobilidade trouxeram, tanto para as cidades quanto para as pessoas, é irreversível.

No mais, a fixação de tarifas mínimas e máximas constitui uma prerrogativa das empresas privadas e dos prestadores de serviço sobre liberdade de preços. É a condição para que o sistema responda a realidades distintas, precificando produtos diferentes de forma a torná-los mais acessíveis, ou criando uma flutuação de preços que permita regular a escassez de oferta garantindo a confiabilidade do sistema.

Uma outra discussão a respeito da FPR refere-se aos efeitos negativos dela decorrentes. A FPR tem como característica a possibilidade de facilitar a colusão entre os

⁵⁹ Resolução n. 20, de 09 de junho de 1999 do Cade: “As experiências nacional e **internacional** revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor”.

“revendedores”, ou seja, seria um incentivo à cartelização entre agentes verticalizados. Nos tribunais americanos, em casos de FPR havia fortes evidências de colusões verticais e horizontais, Hovenkamp afirmou que “[...] a decisão dada em *Dr. Miles* condenando pela primeira vez a FPR foi o resultado de um dos maiores cartéis da história americana - um acordo entre membros das associações nacionais de atacado e varejo de drogas para fixar os preços de medicamentos patenteados”⁶⁰.

No entanto, no caso da Uber a “fixação” de preços pelo aplicativo não é utilizada para facilitar um acordo entre os motoristas, tampouco como dispositivo para excluir do mercado ou retardar a entrada de outras empresas de rede de transporte, conforme já demonstrado acima.

Por fim, cumpre citar as lições proferidas pela ex-Conselheira Ana Frazão em seu voto no Processo Administrativo nº 08012.004736/2005-42⁶¹:

“Com efeito, a FPR exige um plus, relativo à existência de coerção. Entretanto, a inexistência de coercitividade não significa que não tenha havido infração à ordem econômica. A mera sugestão de preços aos revendedores pode configurar influência de conduta uniforme, hipótese em que (...) estaria configurado o ilícito antitruste. Nessa hipótese, a influência de conduta uniforme acabaria funcionando como um tipo subsidiário em relação à FPR”.

No modelo Uber não há qualquer coerção para que os seus motoristas parceiros cobrem o valor determinado. A Uber, ao contrário, afirma que aos motoristas é dada a possibilidade de oferecer descontos dos serviços prestados, muito embora, na prática, isso não ocorra devido a ausência de incentivos econômicos dos motoristas. Desse modo, não há que se falar em conduta de fixação de preço de revenda (“FPR”) devido à inexistência do “plus”, conforme dito pela ex-conselheira Frazão na oportunidade do julgamento acima apresentado.

Além do que, mesmo entendendo não ser o mais adequado o enquadramento formal do modelo Uber na conduta de FPR, não se pode deixar de ressaltar que a política concorrencial, ainda assim, deve exigir a demonstração de potenciais efeitos anticompetitivos antes de condenar a prática, pela análise da regra da razão⁶².

⁶⁰ Cf. Herbert Hovenkamp. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. St. Paul: Thomson Reuters, 2011, p. 465.

⁶¹ Processo Administrativo nº 08012.004736/2005-42: Representante: Secretária de Acompanhamento Econômico – Seae/MF; Representados: Raízen Combustíveis S.A. e Odon Oliveira Mendes.

⁶² KLEIN, Benjamin. **Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding** (2009). *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, No. 2, 2009. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1656052>.

Veja, portanto, que as características do ilícito de fixação de preço de revenda, tais como, eliminação da concorrência entre os motoristas, o conseqüente aumento de preços para os passageiros, incentivo à cartelização, o aumento unilateral do poder de mercado pela Uber, ou a elevação de barreiras à entrada no mercado de ERTs, não se encontram presentes no caso concreto, de maneira que essa possibilidade sequer foi considerada na Nota Técnica da Superintendência-Geral do Cade.

3. CONCLUSÕES SOBRE O CASO UBER NO MODELO DE NEGÓCIO DESENVOLVIDO POR UMA ERT: COLUSÃO OU UNILATERAL?

A tarefa da autoridade antitruste está na preocupação com o fomento da concorrência, por isso sua atuação deve considerar a entrada no mercado de agentes econômicos como a Uber e outras empresas de rede de transporte (ERTs), a fim de impulsionar a competição ao setor de transporte remunerado privado individual de passageiros inserido no mercado inovador de plataformas de múltiplos lados.

Por óbvio, em caso de condutas que venham a prejudicar o funcionamento dos mercados causando prejuízos ao consumidor, a atuação do Cade deve visar a repressão de infrações à ordem econômica, conforme previsão da Lei Federal nº 12.529/2011. Caso contrário, em não havendo a configuração de condutas infrativas a livre concorrência, ou caso existam, mas tragam eficiências positivas ao mercado, conforme analisado no caso Uber, a recomendação é o arquivamento do caso.

Ao analisar um alto controle exercido pela plataforma Uber em relação aos seus motoristas parceiros, o presente artigo se prestou a analisar possíveis infrações à ordem econômica praticadas pela Uber.

Constatou-se, de pronto, a inexistência de cartel horizontal entre a Uber e seus motoristas parceiros, pois ambos não atuam no mesmo mercado, o que quer dizer que não são concorrentes diretos. A Uber atua como um aplicativo que apenas facilita a conexão entre motoristas e passageiros, enquanto os motoristas atuam entre si no mercado de transporte remunerado privado individual de passageiros.

Também não é possível verificar a configuração do cartel nas situações em que assume caráter vertical, os chamados *hub and spoke*, porquanto não se caracteriza a conduta

da Uber como *Hub*, já que não atua de modo a possibilitar e facilitar a comunicação entre os motoristas concorrentes. Ou seja, a Uber não auxilia nem tampouco organiza a atuação coordenada entre os motoristas parceiros de modo que atuem dominando mercados e eliminando a concorrência. Além do mais, a relação existente entre a Uber e os motoristas é apenas contratual, não há conluio ou acordo de vontades para manipulação do mercado a fim de fixar preço, controlar oferta, dividir mercado, ou fraudar licitação pública.

O outro ilícito que poderia se amoldar a conduta praticada pela Uber é a fixação de preços de revenda que apesar de não ter sido objeto de análise da Superintendência-Geral do Cade foi discutida nesse artigo. A conclusão que se chegou é que a conduta da Uber tampouco configura FPR pelos seguintes motivos: i) não se trata de uma relação de fornecedor e distribuidor e, portanto, não há que se falar em revenda; ii) inexistência de coerção para praticar os preços sugeridos; e iii) não há no modelo Uber a característica de facilitar a colusão entre os “revendedores”.

Por fim, em relação à influência à adoção de conduta comercial uniforme é possível concluir pela sua configuração formal, uma vez que a plataforma define os preços a serem cobrados em cada corrida, dentre outras regras. Contudo, apesar do referido enquadramento formal em face da descrição do tipo legal, o ilícito concorrencial não se consumou, haja vista a inexistência de efeitos líquidos negativos para a ordem econômica. Pela a regra da razão o ônus da prova é da autoridade antitruste, devendo ela demonstrar que aquela conduta gerou prejuízo à concorrência. No caso específico, o Cade não só não conseguiu demonstrar os efeitos líquidos negativos, como comprovou o inverso. A entrada o Uber no mercado trouxe aos consumidores diversos benefícios, tais como: melhoria da qualidade dos serviços, maior oferta dos serviços e menores preços.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRELA, Lucas. **Novo App Compara Preços de Corridas na Uber, 99, Cabify e Easy.** *Exame*, 14 de jun. de 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/novo-app-compara-precos-de-corridas-na-uber-99-cabify-e-easy/>>.

ANDERSON, Mark; HUFFMAN, Max. **The Sharing Economy Meets the Sherman Act: Is Uber a firm, a cartel, or something in between?** *Columbia Business Law Review*, 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 148/94. Representante: Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo - Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo. Representada: Indústrias Alimentícias Gerais S.A. - IAG (RIBON).

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009088/1999-48. Representante: Conselho Regional de Farmácias do Distrito Federal – CRF/DF; Representados: Abbott Laboratórios do Brasil Ltda, Eli Lilly do Brasil Ltda. e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo administrativo n. 08012.001271/2001-44. Representante: Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania Representada: SKF e SKF do Brasil.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18. Representante: SDE ex officio; Representado: Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.004736/2005-42. Representante: Secretária de Acompanhamento Econômico – Seae/MF; Representados: Raízen Combustíveis S.A. e Odon Oliveira Mendes.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000030/2011-50 - Representante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Representado: Scar Rio Peças e Serviços Ltda., Multi Service de Duque de Caxias Comércio e Locação de Veículos Ltda., Toesa Service Ltda., Troiakar Danaren Oficina Multimarcas Ltda. e Peça Oil Distribuidora Ltda.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.006965/2013-53 (Representante: Foto São José Digital; Representados: Sindicato dos Fotógrafos, Lojistas e Cinegrafistas do Estado do Piauí - Sindfolcepi e Francisco das Chagas Machado Sobrinho.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.006964/2015-71: Representantes: Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães e Uber do Brasil Tecnologia Ltda.; Associação Boa Vista de Táxi – Ponto 1813, Sindicato dos Permissionários de Taxi e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal, e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo nº 08700.010960/2015-97. Representante: Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados. Representada: Uber do Brasil Tecnologia Ltda.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo nº 08700.008318/2016-29. Representantes: Ministério Público do Estado de São Paulo e Daniel Braga Frederico. Representada: Uber do Brasil Tecnologia Ltda.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução n. 20, de 09 de junho de 1999.

BRASIL. Decreto Municipal nº 56.981 de 10 de maio de 2016, da Prefeitura do Município de São Paulo.

BRASIL. Lei Federal nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 12.587 de 03 de janeiro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm.

BRASIL. Lei Federal nº 13.640 de 26 de março de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13640.htm.

EVANS, David S. **The Antitrust Economics of Multi-Sided Platforms Markets.** *Yale Journal of Regulation*, v. 20(2), pp, 352-381, 2003.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers: The new economics of multi-sided platforms.** Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 292.

GONÇALVES, Priscila Brolio. **Fixação e Sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: Análise dos Aspectos Concorrenciais.** 2. Ed. São Paulo: Singular, 2016.

HAGIU, Andrei. **Merchant or Two-Sided Platform?** *Review of Network Economics*, v. 6(2), pp. 115-133, 2007.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy.** 3rd ed. St. Paul: Thomson West, 2005.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice.** St. Paul: Thomson Reuters, 2011.

JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. **EU Competition Law.** 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.

JULLIEN, Bruno (2011). **Competition in Multi-Sided Markets: Divide and Conquer.** *American Economic Journal: Microeconomics*, Vol. 3, Nº 4, pp. 186–220.

KLEIN, Benjamin. **Competitive Resale Price Maintenance in the Absence of Free-Riding** (2009). *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, No. 2, 2009. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1656052>.

LOBEL, Fabrício. **Número de Motoristas do Uber Cresce Dez Vezes em Um Ano no Brasil**. *Folha de São Paulo*, 30 de out. de 2017. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1931013-numero-de-motoristas-do-uber-cresce-dez-vezes-em-um-anono-brasil.shtml>>.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: interface entre Direito administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.

NIAMH, Dunne. Competition Law (and Its Limits) in the Sharing Economy. In: DAVIDSON, Nestor; FINCK, Michèle; INFRANCA, John. **Handbook on Law and Regulation of the Sharing Economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

NOWAG, Julian. **When sharing platforms fix sellers' prices**. *Journal of Antitrust Enforcement*, 2018.

ODUDU, Okeoghene. **Indirect Information Exchange: The constituent elements of hub and spoke collusion**. *European Competition Journal*, v. 7(2), pp. 205-242, 2011.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, Competition Committee. **Policy Roundtables: Two-sided markets**, 2009. Disponível: <<https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>>.

PREWITT, Elizabeth; FAILS, Greta. **Indirect Information Exchanges to Hub-and-Spoke Cartels: Enforcement and litigation trends in the United States and Europe**. *Competition Law & Policy Debate*, v.1(2), pp. 63-72, 2015.

RESENDE, Guilherme M.; LIMA, Ricardo C. de A. **Documento de Trabalho nº 001/2018 – Efeitos Concorrenciais da Economia do Compartilhamento no Brasil: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?** *Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>>.

RYSMAN, Marc. **The Economics of Two-Sided Markets**. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 23(3), pp. 125-143, 2009.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. **Platform Competition in Two-Sided Markets**. *Journal of the European Economic Association*, v. 1(4), pp. 990-1029, 2003.

UNITED STATES, Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States**, 221 U.S. 1, 1911.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

SMITH, Jay W. (2016). **The Uber-All Economy of the Future**. *Independent Review*, Vol. 20, N° 3, pp. 383–90.

VARIAN, H. R. **Microeconomia: princípios básicos**. 7ª ed. São Paulo: Campus, 2007