

As cooperativas e o Direito da Concorrência

(Parte 3)

Ana Frazão

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

O artigo anterior procurou demonstrar que a cooperação é necessária e esperada entre sócios de qualquer sociedade, o que não seria diferente em relação às cooperativas. Entretanto, em relação a elas, a cooperação tem ainda importante justificativa, relacionada ao poder compensatório.

A tese do poder compensatório ganhou proeminência no célebre livro do economista norte-americano John Kenneth Galbraith, *Capitalismo Americano*¹. Segundo ele, com o incremento do grau de concentração do poder privado, a concorrência deixou de ser vista como o único mecanismo de regulação do mercado, abrindo espaço para o chamado poder compensatório.

Nesse sentido, a obra de Galbraith² teve o mérito de mostrar que o poder compensatório consiste precisamente na coordenação de conduta entre concorrentes visando à adoção de práticas comerciais uniformes com o objetivo de ampliar seu poder de barganha para obter melhores condições negociais, reduzindo o desequilíbrio de poder em relação ao outro elo da cadeia produtiva.

Vale ressaltar que foi justamente a discussão sobre as negociações coletivas dos sindicatos que introduziu no âmbito da política da concorrência a questão dos efeitos compensatórios da barganha coletiva. Basta dizer que, em seus primeiros anos, a aplicação do *Sherman Act* destinou-se quase exclusivamente a ações promovidas por empregadores contra sindicatos, até que, em 1932, essas

¹ GALBRAITH, John Kenneth. *Capitalismo Americano: O Conceito do Poder Compensatório*. São Paulo: Novo Século, 2008.

² GALBRAITH, Op. cit. 96.

organizações ganharam isenção antitruste com a promulgação do *Norris La Guardia Act*. Processo semelhante ocorreu em relação às cooperativas, ainda que a sua isenção antitruste tenha ocorrido antes.

A ação coordenada poderá decorrer da formação de associações, cooperativas, sindicatos ou por meio de fusões, sempre com o objetivo de fazer frente ao poder de um ofertante ou comprador. Nesse caso, tem-se que o poder compensatório é exercido para criar uma estrutura que possa se contrapor minimamente ao poder econômico detido pela outra parte da negociação. A ideia é empoderar o contratante mais fraco, a fim de lhe conferir maior poder de barganha e, conseqüentemente, tornar a negociação menos desigual.

Quando isso não é observado, muitas distorções podem ocorrer. Como adverte Galbraith³, além de não haver justificativa para atacar o poder compensatório e deixar intactas as posições do mercado original, tal postura pode trazer conseqüências que comprometem o funcionamento mais eficiente da economia⁴.

Em certa medida, pode-se dizer que a experiência estrangeira não desconsidera, na análise antitruste, a tese do poder compensatório, embora com restrições. No Brasil, a tese só recentemente vem ganhando maior espaço e, mesmo assim, com maior foco no controle de estruturas. Como apontam Furquim e Almeida⁵, argumentos baseados em poder compensatório permeiam análises de atos de concentração, principalmente quando há a alteração do mercado a montante e, ao mesmo tempo, identifica-se um poder de compra preexistente para contrabalançar o poder de mercado dos ofertantes.

Entretanto, nos casos de conduta, o CADE tem se mostrado resistente para acolher a tese, sendo que muitas tentativas de criação de poder compensatório vêm sendo entendidas como formação de cartel.

³ GALBRAITH, Op. cit. p.115.

⁴ Galbraith (Op. cit. p. 117) ressalta que as conseqüências da ignorância do poder compensatório foram particularmente graves para a estrutura da indústria norte-americana, pois, em última análise, levou a autoridade antitruste a reforçar exatamente as posições que deveria atacar, em detrimento da livre concorrência.

⁵ FURQUIM, Paulo; ALMEIDA, Silva Fagá. Poder Compensatório: Coordenação Horizontal na Defesa da Concorrência. *Revista de Estudos Econômicos*. v. 39, n. 4, 2009, p. 743.

Ao assim entender, o Direito da Concorrência não apenas pode estar incidindo em grave contradição interna – protege-se indevidamente a posição dominante original, mas não o poder compensatório –, mas também em grave contradição sistêmica, constatada a partir da sua comparação com as demais áreas do sistema jurídico. Basta lembrar que o moderno direito contratual considera a assimetria entre os contratantes como um dos principais critérios de classificação dos contratos na atualidade, a fim de ensejar uma proteção diferenciada ao contratante mais fraco, seja por meio de regras específicas, seja por meio de cláusulas gerais.

Dessa maneira, é inequívoco que as cooperativas, especialmente aquelas cuja finalidade é a de oferecer serviços e benefícios para os seus sócios por meio do aumento do poder de barganha, podem e devem ser vistas como instrumentos de implementação do poder compensatório, o que certamente deverá ser considerado pelas autoridades concorrenciais, sob pena de muitas distorções.

É claro que o poder compensatório não legitimará toda a atuação das cooperativas, já que não pode ser usado para inverter a assimetria em questão em detrimento da livre concorrência. Por essa razão, Furquim e Almeida⁶ consideram que o exercício do poder compensatório, para ser legítimo, precisa atender aos seguintes pressupostos: (i) forte assimetria de negociação *ex ante* e em desfavor daqueles que buscam se coordenar; (ii) coordenação horizontal que resulte em uma mudança do padrão de negociação, de descentralizada para uma barganha bilateral; e (iii) impossibilidade de que o poder compensatório inverta a relação de assimetria, que é o pressuposto para a sua tolerância.

Aliás, os limites ao exercício do poder compensatório também decorrem dos próprios fundamentos das cooperativas, que estão relacionados à busca pelo preço justo, o que impede que possa ser exercido para, invertendo a situação de poder a que busca compensar, obter benefícios exagerados ou excessivos pelos cooperados.

Tais aspectos mostram que o poder compensatório pode e deve ser um importante critério para a análise concorrencial da atuação das cooperativas,

⁶ FURQUIM; ALMEIDA, Op. cit., p. 14.

porque já traz em si balizas que permitem a diferenciação entre o seu exercício regular e o seu exercício abusivo.

Não é sem razão que, mesmo sob uma ótica exclusivamente econômica, Luis Esteves⁷ conclui, sobre as cooperativas que, “Nestes casos faz sentido para a autoridade antitruste considerar a tese de poder compensatório para inferir se a barganha centralizada de profissionais pode gerar eficiências econômicas, ao invés de aumento de preços ao consumidor decorrente de dupla marginalização”.

Não obstante, sustenta-se aqui que a análise da legitimidade da ação das cooperativas não pode ficar a cargo apenas do exame de eficiências ou mesmo dos benefícios dos consumidores. Há que considerar se é legítima a atuação das cooperadas sob viés igualmente jurídico, a fim de possibilitar a compensação de uma assimetria negocial existente, bem como levar em consideração igualmente o direito dos cooperados de se unirem, ainda que isso possa resultar em aumento de preço para os consumidores.

De fato, o exercício do poder compensatório, ao evitar o achatamento dos preços dos serviços ou bens ofertados pelos cooperados, pode ensejar aumentos para os consumidores. Isso pode acontecer, por exemplo, nas negociações entre cooperativas de médicos e operadoras de planos de saúde, que obviamente se projetarão no preço final a ser arcado pelos consumidores.

Importa notar, porém, que os interesses dos consumidores não são os únicos a serem levados em consideração na análise do cabimento de exercício de poder compensatório. É necessário que se levem em consideração, por exemplo, também os interesses dos cooperados, os quais também recebem proteção constitucional. Logo, ainda que se admitisse que condutas tendentes à concentração não trariam incrementos de eficiência aos mercados em análise (o que, em tese, beneficiaria os consumidores), tal constatação, por si só, não as tornaria ilícitas.

Não se está, com isso, questionando ou afastando a importância da análise econômica para o discurso antitruste, mas tão somente mostrando que ela pode

⁷ ESTEVES, Luiz A. A economia das firmas cooperadas e a análise antitruste. *Economia e Sociedade*. v. 24, n. 33, pp. 589/616, dez. 2015, p. 607.

ser insuficiente para abarcar todas as preocupações que dão ensejo ao controle do poder econômico. Conseqüentemente, o critério de eficiência não pode ser o único utilizado na caracterização da infração antitruste, ainda mais no caso das cooperativas, em que a união dos cooperados recebe ampla proteção e incentivo da própria Constituição Federal.

Link: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opinioe-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/as-cooperativas-e-o-direito-da-concorrencia-3-07082019

Publicado em: 07/08/2019