

# **As associações e seus desdobramentos sobre a livre concorrência**

Reflexões sobre os desafios da aplicação da legislação concorrencial às  
associações de classe

Parte I

---

**Ana Frazão**

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

---

Recentemente tive a oportunidade de participar da banca da monografia de final de curso da talentosa aluna Fernanda Ribeiro Vasconcelos Merlo que, orientada pelo competentíssimo Professor Paulo Burnier, apresentou rico e instigante estudo cujo título é “Associações de classe e o papel das autoridades da concorrência: um estudo à luz da experiência brasileira”.

A leitura do trabalho, cuja publicação eu recomendei veementemente à autora e que espero seja breve, reavivou várias das minhas inquietações a respeito do tema, algumas das quais aproveitarei para desenvolver na presente oportunidade.

Muitas das preocupações concorrenciais decorrentes da atuação das associações decorre do seu crescente protagonismo na esfera econômica, ainda mais a partir do entendimento segundo o qual o que o art. 53 do Código Civil proíbe é que as associações se dediquem a atividades lucrativas, sem prejuízo de que possam se dedicar a atividades econômicas. Com isso, abre-se espaço para a existência de associações que, individualmente ou em parcerias com outros agentes de cunho lucrativo, possam exercer diversas atividades econômicas.

Em casos assim, as associações podem e devem ser consideradas agentes econômicos para todos os efeitos, inclusive os concorrenciais, na medida em que, dependendo do seu perfil e atividade, podem rivalizar diretamente com sociedades

lucrativas que se dedicam a funções idênticas ou similares ou mesmo exercer direção unitária sobre outros agentes de mercado, comportando-se como verdadeiras *holdings* ou controladoras de grupos econômicos.

Já em relação às associações de classe, embora estas, a princípio, não exerçam diretamente a atividade econômica, as suas próprias funções de representação, coordenação e alinhamento de interesses já cria riscos naturais para a livre concorrência. Não é sem razão que a jurisprudência do CADE é repleta de condenações de associações pela prática de cartel ou indução de conduta uniforme.

É interessante que o trabalho de Fernanda Merlo tenha adotado como epígrafe o famoso trecho de Adam Smith, em *A Riqueza das Nações*, no qual o autor exterioriza o seu receio de que encontros entre concorrentes acabem terminando em conspirações contra o público ou em acordos para aumento de preços.

O temor de Adam Smith era, de certa forma, compartilhado pelo pensamento liberal que predominava no início do século XIX, que tendia a ver associações e quaisquer outros agrupamentos como algo perigoso e incompatível com um regime de mercado que pretendia ser alicerçado na autonomia individual. Tal orientação ainda tinha a conveniência de justificar o fim do poder das antigas corporações que haviam dominado a economia europeia por séculos. Por todas essas razões, logo após a Revolução Francesa, a Lei Chapelier vedou associações e corporações, partindo da premissa de que o mercado deveria ser protagonizado por agentes individuais<sup>1</sup>.

Pelas mesmas razões, as pessoas jurídicas eram vistas com certa desconfiança na época. Daí não terem sido previstas nem pelo Código Civil nem pelo Código Comercial francês, ambos do início do século XIX, sendo construções jurisprudenciais que apenas foram desenvolvidas posteriormente.

Todavia, com a aceitação das pessoas jurídicas, especialmente das sociedades, ganhou força a noção de que a cooperação pode ser importante mesmo para o regime de mercado. Daí a crescente utilização de mecanismos de cooperação via constituição de pessoas jurídicas ou via associação entre pessoas jurídicas por meio de cartéis, trustes e outras formas.

Todas essas maneiras de cooperação proliferaram indiscriminadamente até o advento do Direito Antitruste, a partir do qual começou a ser necessário encontrar um diferencial entre a cooperação lícita, como a que ocorre nas

---

<sup>1</sup> Para maiores informações, ver FRAZAO, Ana. *Propriedade e Empresa: Função Social e Abuso de Poder Econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

sociedades e nas associações, e a cooperação ilícita, como a que decorre dos cartéis e trustes.

Provavelmente, o mais importante critério distintivo é a licitude e legitimidade do objetivo principal da cooperação. Na sociedade, por exemplo, os sócios se reúnem para a consecução comum de uma finalidade lucrativa. Dessa maneira, a neutralização da concorrência entre os sócios é uma consequência necessária da persecução do objetivo principal da sociedade, que é lícito. Já no cartel, não há finalidade legítima a ser buscada; o propósito da cooperação já é a neutralização da concorrência entre os seus integrantes.

Observa-se, portanto, que a linha divisória entre a cooperação lícita e a ilícita não é propriamente a neutralização das condições concorrenciais entre aqueles que se reúnem para cooperar, mas sim a causa da referida neutralização. Sempre que esta decorrer de um propósito empresarial considerado legítimo, tem-se que é lícita, pelo menos aprioristicamente.

Entretanto, tal raciocínio, embora funcione para as condutas, não funciona necessariamente para as estruturas, tendo em vista que, a depender do caso, formas cooperativas lícitas, como as que decorrem dos atos de concentração empresarial, precisarão ser impedidas em razão dos efeitos nefastos para o mercado. Introduce-se, portanto, outro critério de análise, já que não basta – como normalmente ocorre no exame da cooperação sob a perspectiva das condutas – que a operação tenha um propósito lícito, sendo necessário igualmente que os seus efeitos sejam lícitos e proporcionais sob a ótica do Direito da Concorrência.

Colocada a questão sob o prisma das associações de classe, tem-se que, indubitavelmente, atendem elas à finalidade lícita, até diante do comando constitucional que assegura a liberdade de associação. Ocorre que, na medida em que as associações de classe não exercem atividade econômica diretamente, a neutralização das condições concorrenciais entre os associados não pode ocorrer, ao contrário do que se admitiria em se tratando de sócios de uma mesma sociedade.

Daí ser necessário encontrar um delicado equilíbrio entre as funções de representação e alinhamento de interesses que é inerente a uma associação de classe e a manutenção das condições concorrenciais entre os seus associados. Mais do que isso, torna-se importante também entender e avaliar o poder

econômico que pode decorrer das associações, inclusive para saber se a sua análise apenas pela via das condutas é suficiente.

Verdade seja dita que, em muitos casos, a própria estrutura da associação revela que o seu propósito verdadeiro é o da implementação ou facilitação de um cartel entre os participantes. Com base em Van Bael e Bellis, Fernanda Mello expõe algumas características dessas situações, tais como (i) criação de barreiras a ingressos de associados por meio de requisitos restritivos e insuscetíveis de discussão, (ii) feiras e exposições com requisitos para participar como expositor e restrições excessivas para participar de outros eventos, (iii) aplicação de condições uniformes de venda e mesmo (iv) elaboração de códigos de ética e conduta que envolvam troca de informações sensíveis e imposição de multas aos membros dissidentes.

Entretanto, em muitos casos, a avaliação da licitude da existência ou das condutas de determinadas associações de classe torna-se mais complexa e sofisticada. Outra grande dificuldade para o enfrentamento do tema é que dificilmente existirão respostas prontas e homogêneas para todas as situações, até porque há diferenças sensíveis entre as associações e os mercados a que se referem.

Um primeiro critério distintivo seria o de saber a importância e o peso da associação no cenário em que atua. Para isso, é relevante saber se há várias associações representativas do mesmo setor ou apenas uma ou poucas. Afinal, quanto maior a representatividade da associação, maior será a sua influência e, conseqüentemente, maior será a preocupação concorrencial.

O segundo critério distintivo diz respeito aos associados e ao mercado em que atuam. Quanto mais concentrado for o mercado, quanto mais poderosos e poucos forem os agentes econômicos associados, maior será o espaço para troca de informações e coordenação ilícita que pode apresentar impactos para o mercado como um todo.

Os dois primeiros critérios buscam refletir, portanto, sobre a influência da associação no mercado em que os seus associados atuam, inclusive a partir do reflexo da posição dominante dos próprios associados.

Terceiro e importante critério é o relativo à existência de governança idônea na associação, que evite conflitos de interesse e mesmo a subversão das finalidades da associação em prol dos interesses particulares de algum, alguns ou

mesmo de todos os associados. Afinal, a partir do momento em que a associação existe como pessoa jurídica, os associados sabem que apenas podem perseguir seus interesses individuais na medida em que estes forem compatíveis com os interesses da pessoa jurídica.

Ao se falar em governança, obviamente se fala na estrutura orgânica da associação, que deve ter mecanismos para assegurar uma atuação independente e insuscetível de capturas, ainda mais quando movidas por interesses escusos ou ilícitos. A partir do momento em que a associação se torna uma mera *longa manus* de determinados associados, a sua instrumentalização para fins anticompetitivos se torna muito mais fácil.

Por fim, ainda há outro ponto importante, que se conecta com os dois primeiros, na medida em que também diz respeito à tentativa de compreender a real extensão do poder das associações de classe: saber em que medida as associações se justificam como formas de angariar poder de barganha para fins compensatórios ou, de forma contrária, para consolidar posições dominantes já titularizadas por seus associados.

Com efeito, no primeiro caso, em que as associações representam associados pulverizados e que não possuem individualmente posição dominante, tem-se que a sua existência e a sua avaliação, para efeitos concorrenciais, pode ser feita à luz da teoria do poder compensatório. Todavia, quando os associados já são individualmente titulares de posição dominante, a situação ganha outros contornos.

A depender da atuação da associação de classe, indaga-se em que medida o Direito da Concorrência não poderia ou deveria considerar tais casos como um verdadeiro problema de estrutura, diante do enorme poder que seria concentrado por aquela associação e que poderia potencializar também o poder dos agentes associados.

Apenas a título de exemplo, uma das preocupações de Luigi Zingales<sup>2</sup> a respeito da concentração de poder econômico diz respeito ao aumento do poder político decorrente, traduzido na crescente capacidade de influenciar processos legislativos e decisórios em favor dos agentes econômicos respectivos. Daí propor

---

<sup>2</sup> ZINGALES, Luigi. *A capitalism for the people. Recapturing the lost genius of American Prosperity*. New York: Basic Books, 2014.

inclusive que, em determinados casos, atos de concentração deveriam estar sujeitos a limitações de gastos anuais com *lobby*, por exemplo.

Será que raciocínio semelhante ao desenvolvido por Zingales não poderia ser utilizado em relação a grandes associações que atuam em prol de importantes agentes econômicos que, reunidos, somam e potencializam o seu poder econômico e político? Será que tal endereçamento não seria ainda mais necessário naqueles casos em que as associações atuam com verdadeiras *longa manus* dos associados, tendo a sua própria personalidade jurídica embaçada em prol dos interesses concretos dos associados?

Vejam que todas essas discussões têm por fio condutor a questão de saber se, diante dos atuais desafios gerados pela atuação crescente das associações no cenário econômico, o Direito da Concorrência não deveria tratá-las igualmente sob a perspectiva das estruturas e não somente das condutas. Certamente que esse é um ponto a ser pensado com muito cuidado.

Não obstante, ainda restam os desafios decorrentes da troca de informações sensíveis, a serem endereçados pela perspectiva das condutas, como se examinará melhor no próximo artigo.

,