

As cooperativas e o Direito da Concorrência

(Parte 4)

Ana Frazão

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

Dando prosseguimento às reflexões sobre as cooperativas e o Direito da Concorrência, é importante explorar alguns dos desdobramentos práticos das reflexões iniciadas nos artigos anteriores, o que se fará, no presente artigo, sob o enfoque do controle de condutas à luz de dois problemas corriqueiros na experiência do CADE: as acusações de que as cooperativas são cartéis e a vedação da prática da unimilitância.

No que diz respeito à possibilidade de cartelização, uma das principais conclusões que decorre dos pressupostos mencionados nos artigos anteriores é a de que a mera existência da cooperativa não pode ser considerada um cartel. Afinal, é legítimo propósito da cooperativa a união para aquisição de poder de barganha por parte dos cooperados, sendo que tal objetivo, inclusive, pode ser o principal ou mesmo o único da cooperativa. Isso faz com que, salvo nos casos de fraudes ou pseudocooperativas, não se possa aprioristicamente em cartel em razão da mera associação em cooperativas.

Por outro lado, ainda que a união propiciada pelas cooperativas possa ter efeitos anticoncorrenciais, dificilmente se poderia cogitar, nesses casos, de ilicitude por objeto, já que eventuais efeitos anticoncorrenciais da associação teriam que ser sopesados diante dos efeitos lícitos que justificam a proteção constitucional das cooperativas. Por essa razão, seria mais adequado tratar tais situações como infrações por efeitos, analisando a racionalidade e os propósitos legítimos da cooperativa em oposição aos efeitos supostamente indesejáveis ao mercado.

Visto o problema sob essa perspectiva, observa-se que, a rigor, a reunião de agentes econômicos em uma cooperativa deveria ser tratada preferencialmente à luz do controle de estruturas, ou seja, o controle dos atos de concentração, tal como ocorre em relação às demais sociedades. Todavia, diante da extrema seletividade do controle de estruturas, muitos dos problemas relativos às cooperativas acabam tendo que ser resolvidos no âmbito das condutas.

De toda sorte, mesmo no âmbito do controle de condutas, eventuais efeitos anticompetitivos decorrentes da associação de determinados agentes em uma cooperativa não deveriam ser vistos aprioristicamente como problemas de cartel, mas sim como condutas unilaterais, decorrentes de eventual abuso de poder de monopólio ou da posição dominante, a serem analisados sempre sob a luz da regra da razão.

Com efeito, entendida a posição dominante como a possibilidade de exercício de poder de mercado por agente que, embora não necessariamente seja monopolista, seja capaz de atuar de forma independente e com indiferença à existência ou ao comportamento dos outros agentes, pode-se, de maneira geral, conceber que o exercício de poder de mercado pode se dar de forma abusiva, dando margem à prática de inúmeras condutas unilaterais.

O que importa ficar claro é que, considerando a importância da cooperação para a própria existência das cooperativas, o problema concorrencial das cooperativas não pode ser propriamente a cooperação em si, mas sim o seu grau, os seus propósitos e os seus efeitos. Consequentemente, assim como a associação em cooperativas não pode ser, por si só, ilícita, pode ser ilícita a congregação de posição dominante que está muito além do que seria necessário para se obter os benefícios da cooperação e eventual exercício de poder compensatório e ainda é capaz de causar distorções concorrenceis.

Também neste ponto, o poder compensatório é um excelente critério para diferenciar os casos de exercício regular do direito ao cooperativismo daqueles casos de exercício abusivo, especialmente na parte em que alerta para o fato de que a associação em cooperativas, nesses casos, não somente não é ilícita, como pode ser até desejável para equilibrar melhor as relações em determinados mercados.

Obviamente que a ressalva que aqui se faz diz respeito tão somente à coordenação interna entre os cooperados, de forma que não se afasta a possibilidade da prática de cartel quando houver coordenação externa, seja entre duas ou mais cooperativas, seja entre uma cooperativa e outros agentes de mercado.

Também é importante trazer as premissas trabalhadas nos artigos anteriores para analisar outra conduta que vem sendo objeto de muitas condenações no CADE: a chamada prática de unimilitância ou exclusividade, consistente na exigência, por parte da cooperativa, de que o cooperado apenas oferte seus serviços por meio dela. Tem-se aqui uma farta coleção de condenações pelo CADE, bem como a sua Súmula nº 7, segundo a qual “Constitui infração contra a ordem econômica a prática, sob qualquer forma manifestada, de impedir ou criar dificuldades a que médicos cooperados prestem serviços fora do âmbito da cooperativa, caso esta detenha posição dominante”.

O problema é que, em que pese a jurisprudência pacífica do CADE, a questão da unimilitância não é trivial. De fato, considerando que a cooperativa tem por finalidade precípua prestar serviços e benefícios aos usuários, a exigência da unimilitância pode estar embasada na própria estrutura de incentivos que fundamenta o cooperativismo, na medida em que permitir que determinado associado opere paralelamente aos negócios da cooperativa pode prejudicar os interesses do grupo ali reunido.

Tal conclusão decorre muito mais dos propósitos das cooperativas e do próprio Direito Societário do que de uma análise fria e isolada da legislação concorrencial. Basta lembrar que, nas sociedades simples, também se exige do sócio de serviço – figura mais próxima do cooperado – a exclusividade. É o que se verifica do artigo 1.006, segundo o qual “O sócio, cuja contribuição consista em serviços, não pode, salvo convenção em contrário, empregar-se em atividade estranha à sociedade, sob pena de ser privado de seus lucros e dela excluído”.

Sobre o assunto, Bulgarelli¹ chegou a defender a validade da unimilitância em cooperativas médicas, tendo como principais argumentos (i) o inegável direito

¹ BULGARELLI, BULGARELLI, Waldírio. *As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica*. Rio: Renovar, 2000.

da cooperativa de exigir o espírito máximo de colaboração dos seus cooperados; (ii) o fato de ser traço comum a todas as sociedades de pessoas a *affectio societatis* que se traduz em uma cooperação diferenciada; (iii) o fato de a própria Lei nº 5.764/71 proibir o ingresso nas cooperativas de agentes de comércio e empresários que operem no mesmo campo econômico da sociedade (art. 29, §4º); (iv) a impossibilidade de que o cooperado possa servir a dois senhores ao mesmo tempo, tendo sempre a possibilidade de renunciar a essa posição dualista, retirando-se de uma sociedade ou de outra; e (v) o fato de tais cláusulas não proibirem que o médico atenda em seu consultório, na sua casa ou na do paciente, apenas impedindo que sirva a empresas mercantilistas que concorram com a cooperativa.

Tais argumentos, entretanto, têm sido simplesmente desconsiderados pela análise do CADE, que julga as cooperativas como empresas de capital, negligenciando os aspectos pessoais da cooperação que se estabelece entre seus sócios e não sopesando os efeitos anticoncorrenciais de tais cláusulas diante dos propósitos legítimos que poderiam justificar a exclusividade, dentre os quais o da própria aquisição de poder de barganha. De fato, é inequívoco que o poder de barganha de uma cooperativa em que seus cooperados são também sócios de outras sociedades acaba sendo diluído.

Por todas essas razões, percebe-se que muitas das acusações de práticas anticoncorrenciais que são dirigidas às cooperativas podem decorrer, na verdade, da ausência de compreensão do que é a cooperativa, como sociedade *sui generis* na qual a cooperação entre os sócios atinge um patamar ainda superior àquele existente nas demais sociedades.

Logo, é fundamental tentar estabelecer, o quanto antes, um diálogo construtivo entre as duas áreas – o Direito das Cooperativas e o Direito da Concorrência. Assim como não se pode esperar que as cooperativas estejam isentas da legislação concorrencial, também não se pode esperar que estejam sujeitas à incidência desta sem as devidas calibrações, já que não se pode equipará-las linearmente às firmas de capital, ignorando os propósitos legítimos da cooperação por elas implementada.

Link: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/as-cooperativas-e-o-direito-da-concorrencia-4-21082019

Publicado em: 21/08/2019