

A posição das cooperativas no cenário concorrencial

Mônica Tiemy Fujimoto¹

RESUMO:

A questão relacionada com as atividades cooperativas em cenário concorrencial desafia nossa reflexão porque o tema, no mínimo, é controverso. Por um lado, a pressuposta fragilidade dos cooperados quando vistos como agentes individuais levaria a crer - em primeira análise - que estariam cabalmente afastados da incidência da lei antitruste. Por outro lado, não se pode ignorar o potencial competitivo que esses cooperados, quando organizados em uma cooperativa, conseguem atingir. Esse fator, por si só, potencializa seu enquadramento no direito concorrencial. Outro aspecto que pode causar preocupações é a vulnerabilidade, por falta de competitividade desses agentes, em determinados setores, mesmo quando organizados em cooperativas.

Palavras chave: Cooperativas; concorrência, economia solidária, ato cooperativo, regra da razão, cooperativas médicas, cooperativas agrícolas.

ABSTRACT:

The position of cooperatives in the competitive scenario may seem to be a controversial topic. On the one hand, the weakness of the cooperative members when viewed as individual agents, in a first analysis, end up ruling out the possibility of incidence of antitrust law. On the other hand, it is precisely the competitive potential of these members, when organized into a cooperative, that worries the competition law. Another factor that may cause concern is the lack of competitiveness in certain sectors of some agents, even when organized in cooperatives.

Keywords: Cooperative, competition, economic solidarity, cooperative act, rule of reason, medical cooperatives, agricultural cooperatives

¹Graduanda em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), onde preside a empresa júnior Sanfran Jr. E-mail: monicatfj@gmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Disposições gerais sobre as cooperativas; 3. Função do direito da concorrência; 4. Encontro entre o direito da concorrência e o exercício das cooperativas; 5. Cooperativas médicas; 6. Concorrência no setor agrícola e as cooperativas; 7. Considerações finais. 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Sob a perspectiva das cooperativas, a análise da regulação antitruste brasileira remete a um ponto de encontro por vezes nebuloso em razão do contexto concorrencial e do debate ideológico que a temática normalmente provoca. De um lado, os parâmetros e formas de regulação do mercado. De outro, temos uma associação sem fins lucrativos que, por definição, não poderia pretender dominar esse mercado. A reflexão decorre do fato de que ambos – estudo da regulação e desse “mercado” potencialmente regulado – situam-se em pólos antagônicos, contudo, com raízes historicamente coincidentes: ascensão do modo capitalista de produção.

As cooperativas buscam, por meio da associação dos cooperados, o desenvolvimento destes e a sua inserção nos mercados, de modo a conseguir uma posição competitiva. O direito concorrencial busca, dentro de suas competências, o bem estar econômico, para que seja possível a prática da livre iniciativa e da livre concorrência.

Metodologicamente, a apresentação do tema será feita mediante abordagem introdutória dos aspectos gerais das cooperativas, passando pela parte histórica, com enfoque nos seus princípios, características, particularidades e doutrinas que versam sobre o tema. A seguir, discute-se, em termos gerais, a função do direito concorrencial, situando-a na história, ponto de partida do estudo das cooperativas. Nesses capítulos iniciais busca-se compreender a sua função social e princípios, relativamente aos temas pesquisados. E, em um terceiro momento, será discutido a união dos dois temas.

O ponto de encontro entre as sociedades cooperativas e o direito concorrencial será apresentado nesse trabalho por meio da análise de dois tipos de cooperativas: de serviços médicos e de produção agrícola. No primeiro caso, a cooperativa é situada nas controvérsias nas quais se coloca como responsável por condutas anticoncorrenciais e no segundo caso é demonstrado como essa mesma atividade, modo geral, pode fomentar a concorrência.

Espera-se que, com a produção desse trabalho, seja possível compreender, ainda que de forma superficial e embrionária que as cooperativas podem atuar no mercado de forma expressiva, apesar do seu escopo não lucrativo.

2. Disposições gerais sobre as cooperativas

Para começar a discorrer sobre a posição das cooperativas no cenário concorrencial, primeiramente, é importante fazer alguns esclarecimentos sobre a natureza desse tipo de sociedade.

O conceito de cooperativismo surgiu² em meio à revolução industrial e a ascensão da concepção do liberalismo econômico, quando a livre concorrência e defesa da propriedade privada estavam em alta. A exploração dos trabalhadores e a preocupação com aos efeitos sociais gerados pela concorrência acirrada do modo de produção capitalista, deu origem, como contraposição ao movimento liberal, ao socialismo utópico e dentro deste, discussões acerca do cooperativismo.

Tido como precursor do cooperativismo, Robert Owen teve suas ideias incorporadas no estatuto da primeira sociedade cooperativa a “*Sociedade dos Justos Pioneiros de Rochdale*”, cujo artigo 1º, segundo Lambert³, defendia a tomada das forças de produção, educação e governo, com o estabelecimento de uma colônia que fosse autossuficiente e que pudesse prestar ajuda para que outras colônias também pudessem se estabelecer.

Desta forma, é possível compreender que o cerne do princípio cooperativista é o desenvolvimento igualitário dos membros da cooperativa de forma que cada um receba proporcionalmente ao seu trabalho. Princípios estes, que inspiram os teóricos da economia solidária, modalidade que defende o cooperativismo como forma alternativa para a desigualdade gerada pelo capitalismo.

No Brasil, tem-se que um dos maiores expoentes da atualidade é o teórico Paul Singer, para quem o cooperativismo seria uma solução alternativa ao modo de produção capitalista no qual sempre existe um perdedor e um ganhador, para o autor⁴:

“Para que tivéssemos uma sociedade em que predominasse a igualdade entre todos os seus membros, seria preciso que a economia fosse solidária em vez de competitiva. Isso significa que os participantes na atividade econômica deveriam cooperar entre si em vez de competir. O que esta de acordo com a divisão do trabalho entre empresas e dentro das empresas. Cada um desempenha uma atividade especializada da qual resulta um produto que só tem utilidade quando complementado pelos produtos de outras atividades”

²NETO, Sigismundo Bialoskorski. *Aspectos econômicos das cooperativas*. Editora Madamentos: Belo Horizonte - 2006

³LAMBERT, P. *La doutrina cooperativa*. Buenos Aires: Intercoop, 1975. 357 p.

⁴SINGER, Paul. *Introdução a economia solidária*. Fundação Percebe Abramo: São Paulo - 2002

Estudiosos da atividade cooperativa preconizam que, acima de tudo, o objetivo da entidade deve ser o bem estar de seus cooperados, sendo guiado pelos seguintes princípios gerais⁵:

1. Democracia
2. Adesão livre e voluntária
3. Neutralidade política e religiosa da empresa
4. Fomento à educação cooperativista
5. Retorno pro rata das sobras das operações

A princípio, incluía-se nesse rol de princípios a expectativa de se modificar a ordem econômica, guiada por aspirações socialistas de repartição da propriedade privada como uma forma de abolir o livre mercado e passar para os cidadãos os instrumentos de produção, quebrando assim, a hierarquia gerada entre patrão e trabalhador. Dessa forma, o espírito de competição seria substituído pela cooperação entre os trabalhadores por meio de associações organizadas pelo Estado.

No Brasil, a prática do cooperativismo é de certa forma “regulada” e o ideário Rochdaliano encontra-se presente em trechos da legislação, com o intuito⁶ de fomentar e proteger o vínculo jurídico entre seus membros, pois, as relações entre eles prepondera sobre motivações de cunho capitalistas. Essa regulação aparece por meio de leis específicas⁷ e também possui previsão no texto constitucional. Sua importância é expressa por Heleno Taveira Torres da seguinte forma:

“A função precípua do Estado é a realização do bem - estar do cidadão em setores tidos como prioritários e fundamentais, incumbindo-lhe para alcançar esse fim, intervir nas relações intersubjetivas, como instrumento de garantia de uma convivência social harmoniosa, nos termos do quanto autoriza a própria constituição. E o cooperativismo foi eleito como um dos setores de intervenção estatal sobre a ordem econômica para garantir tais valores, num sentido de estímulo evidente, consagrando-se como típico direito social dos seus integrantes, os cooperativados. Sua nota de direito fundamental é incontestável”

O reconhecimento do que o ideário cooperativista ajustou-se ao modelo de produção capitalista é pressuposto básico no exame do cenário legal em que tais entidades estão inseridas. Atualmente são regidas por um capítulo do Código Civil destinada a regular o tipo societário “Da sociedade cooperativa”. Antes que a matéria fosse regulada pelo Código Civil de 2002 Waldirio Bulgarelli traçou importantes considerações sobre as sociedades

⁵NETO, Sigismundo Bialoskorski. *Aspectos econômicos das cooperativas*. Editora Madamentos: Belo Horizonte - 2006

⁶TÓRRES, Heleno Taveira. “Regime constitucional das cooperativas de trabalho”. RDT 112/123

⁷Lei 12.690/2012 e Lei n.º 5.764/1971

cooperativas enumerando as características da forma jurídica das cooperativas da seguinte forma:

1. Poder ou não ter capital social;
2. Seu capital ser sempre variável;
3. Poder adotar qualquer tipo de responsabilidade para os seus associados;
4. Ser regida, subsidiariamente pela legislação das sociedades em geral, e não especificamente pela de um tipo determinado;
5. Ter alguns tipos que se aproximam mais do regime associativo do que do societário;
6. Estar dividida e subdividida em categorias e tipos os mais diversos;
7. Ser regida por regras oriundas das sociedades de pessoas e das sociedades de capitais, assentando-se numa estrutura muito semelhante à das sociedades anônimas.

Completando essas características, o autor discorre em outra obra o funcionamento dos princípios norteadores⁸:

“Recorde-se a *gestão democrática*, em que o associado vale por si mesmo, independentemente do capital aportado; a *adesão livre*, pela qual ninguém pode ser compelido a nela ingressar, mas também, que nela permanece de portas abertas para todos quantos queiram se associar; o princípio da *dupla qualidade* que põe às claras o papel desempenhado pela sociedade cooperativa como empresa de serviços destinada exclusivamente a atender às necessidades de seus associados; o do *retorno*, pelo qual a cooperativa distribui equitativamente qualquer sobra apurada em suas operações, sem qualquer distinção em razão do capital, mas, em função exclusivamente do montante operacional de cada associado; e conseqüentemente, a ausência de fins lucrativos, na incessante busca do *justo preço*, o que revoluciona os conceitos capitalistas existentes, dando um sentido humano à economia que tanto o regime capitalista como o socialista não lhe souberam dar”.

Em suma, a principal diferença entre as cooperativas e as empresas capitalistas, segundo Bulgarelli⁹, é que as cooperativas são organizadas para atender aos seus associados, por meio do fornecimento de bens e serviços, e as sociedades empresariais tem como foco as operações de mercado e a distribuição do lucro gerado por estas entre os sócios.

Postas as diferenças entre as cooperativas e as atividades que possuem fins lucrativos, podemos compreender também a razão de ser dos incentivos estatais atribuídos àquelas. Como estas possuem natureza jurídica própria¹⁰, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas

⁸BULGARELLI, Waldirio. “*As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica*”. Editora Renovar; 2ª edição. Rio de Janeiro /São Paulo – 2000.

⁹BULGARELLI, Waldirio. “*As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica*”. Editora Renovar; 2ª edição. Rio de Janeiro /São Paulo – 2000.

¹⁰RIZZARDO, Arnaldo. “*Tributos e contribuições das cooperativas*”. RT 851/2006 – set/2006

diversas características relacionadas na própria lei, a matéria relativa a tributos merece um tratamento especial. Renato Lopes Becho¹¹ elucida:

“Pelo princípio da igualdade, bem como pelo incentivo dado ao cooperativismo pela Constituição Federal de 1988, entendemos que não pode haver uma tributação igualitária sobre esse resultado positivo com o lucro das sociedades comerciais. De fato, tributar igualmente o resultado eventual da cooperativa é tributar igualmente os desiguais. Esse resultado não é perseguido como objetivo, mas decorre de circunstâncias de mercado ou operacionais, ou como forma de ampliar os conhecedores do sistema. Esse resultado, ressalte-se, nem vai compor em nenhuma hipótese, o patrimônio dos associados. Por isso, falta à cooperativa a capacidade contributiva típica do imposto sobre a renda, como visto”.

O tratamento estatal deixa clara a diferença entre as sociedades, mesmo que deixadas de lado as diferenças ideológicas que as inspiraram.

3. Função do direito da concorrência

O estudo embrionário da atividade das cooperativas na perspectiva da análise concorrencial pareceu pertinente porque, em princípio, não estão elas sujeitas ao direito antitruste, por causa dos princípios de solidariedade e pelo escopo não lucrativo que permeia suas atividades. Historicamente, situamos nossa reflexão inicial no mesmo ponto de onde partimos no estudo das cooperativas: a revolução industrial.

A partir do momento em que a relação maestro aprendiz foi substituída pela relação patrão empregado, aumentam-se os investimentos, os riscos e a necessidade de retorno. Existe também a necessidade de uma maior liberdade de atuação deste empresário, ele não pode mais ficar preso às amarras das corporações de ofício. A estabilidade que se oferecia por meio da proteção dos interesses dos produtores e comerciantes, teve que dar lugar para a concorrência, pois esse novo modo de produção precisava conquistar mercados para sobreviver¹².

Nessa época o liberalismo de Adam Smith concretizou a necessidade de libertação do agente econômico sob os princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Pregava-se que o livre mercado remetia à liberdade de se conquistar os consumidores, por meio do comércio e da indústria, em um ambiente de livre concorrência. Esse contexto de livre concorrência

¹¹BECHO, Renato Lopes. “*Tributação das cooperativas*”. Apud. RIZZARDO, Arnoldo.

“*Tributos e contribuições das cooperativas*”. Revista dos Tribunais. 851/2006 – Set/ 2006

¹²FORGIONI, Paula A.. “*Os fundamentos do antitruste*”. Revista dos Tribunais. 6. edição. São Paulo - 2013

trouxe distúrbios sociais causados pelas concentrações e monopólios, além disso, as concentrações de poder econômico sujeitavam o operariado a condições de trabalho deploráveis¹³, contexto que surgiu o movimento cooperativista.

A regulação da concorrência não acabou com o espírito do liberalismo econômico, e sim, tão somente buscou eliminar as distorções conjunturais decorrentes do mercado e do modo de produção, protegendo assim, o próprio mercado e a atividade dos agentes econômicos.

O Estado exerce um papel insubstituível e de extrema relevância na aplicação normativa, buscando, por meio destas, o bem estar da população. No exercício da atividade empresarial os interesses dos capitalistas, trabalhadores e da comunidade onde ela ocorre devem ser levados em consideração¹⁴. Calixto Salomão Filho defende que a função do Estado vai além de garantir o funcionamento do livre mercado, ele introduz uma forma de organização das relações econômicas que não se rege pela lógica concorrencial. Nesse cenário ele possui a função de fiscalizar, regular e assegurar o correto funcionamento do sistema e impedir abusos e atua por meio do Direito Concorrencial. Calixto Salomão elucida que dois requisitos devem ser seguidos: a liberdade de escolha e a máxima precisão possível das informações transmitidas, e acrescenta:

“Ora, para atender a esses dois requisitos mínimos, o conteúdo central (mas não exclusivo do direito concorrencial deve ser a regulamentação do poder econômico no mercado. É intuitivo que a existência de agentes com poder sobre o mercado, quando levada ao ponto máximo do monopólio, elimina por completo a possibilidade de escolha (de todos os agentes, consumidores e produtores) quando é suficientemente grande para criar barreiras à entrada de concorrentes”.

No Brasil, a lei que regula a concorrência atualmente é a Lei 12.529/2011. As práticas antitruste são classificadas por irregularidades em 3 principais formas: abuso de posição dominante, acordos (horizontais ou verticais) e concentrações. Como o sistema é híbrido, pode-se caracterizar o objeto como ilícito pelo objeto ou efeito¹⁵, basta que o ato determine a incidência do art 36.

O Direito da Concorrência não restringe seu objetivo à regulação dos mercados. Além de buscar uma harmonia na concorrência, visa estimular a concorrência que de fato exista. Há um viés social no controle das práticas abusivas. Busca-se a tutela do consumidor e dos outros concorrentes, o que é regulado é a concorrência, e não o mercado. A possibilidade de escolha

¹³FORGIONI, Paula A.. “*Os fundamentos do antitruste*”. Revista dos Tribunais. 6. edição. São Paulo - 2013

¹⁴COMPARATO, Fábio Konder. “*Estado, empresa e função social*”. RT 732/1996 – out/1996.

¹⁵FORGIONI, Paula A.. “*Os fundamentos do Anti-truste*”. Revista dos Tribunais. 6. edição. São Paulo - 2013

por parte do consumidor ou mesmo do agente econômico é dotado de um valor social que deve ser protegido pelo direito. Dessa forma, o direito é tomado de um papel garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas.

Quando se afirma que o que se visa é uma concorrência que de fato exista, é buscado o bem estar do consumidor e do concorrente. A vulnerabilidade do consumidor no mercado ressalta a necessidade de uma intervenção do Estado para o equilíbrio de sua fragilidade frente o desequilíbrio de informações entre a esfera empresarial e aquele para o qual os produtos são direcionados. É de interesse do consumidor que exista concorrência entre os fornecedores pois, esta acaba por dispor uma maior variedade de produtos para os consumidores por preços mais baixos do que quando ocorre o monopólio¹⁶.

Ao proteger a concorrência pode-se depreender que o direito concorrencial tem a função de regular o mercado de modo que este tenha espaço para entrada e atuação de novos agentes. A concentração de poder inviabiliza a livre atuação de concorrentes de menor poder de mercado.

4. Encontro entre o direito da concorrência e o exercício das cooperativas

A primeira vista pode parecer estranho a atuação do direito concorrencial na regulação da atividade das cooperativas, uma vez que as cooperativas surgiram justamente com o objetivo de apresentar uma alternativa à empresa capitalista, grande responsável pela necessidade de se criar um mecanismo de controle sobre as relações econômicas¹⁷. Aparentemente, seriam elas as vítimas do cenário concorrencial predatório. Existem dois tipos de cooperativas: aquelas que são fiéis aos princípios da solidariedade e da autogestão, e as conhecidas como “cooperfraudes” ou “pseudocooperativas”. Ambas posicionam-se dentro do cenário concorrencial, porém, cada uma em um polo.

As primeiras buscam dentro de uma realidade capitalista uma alternativa organizacional, de modo que ao unir forças de trabalho em uma associação, por meio da ajuda mútua e do trabalho cooperado, essas cooperativas conseguem adquirir força competitiva para que seus integrantes possam prover o necessário para o seu sustento. Nesse contexto, os

¹⁶FILHO, Calixto Salomão. *“Direito concorrencial – As estruturas”*. Malheiros Editores. 2. edição. São Paulo - 2002

¹⁷LIMA, Jacob Carlos. *“O trabalho auto gestor em cooperativas de produção: o paradigma revisado”*. RBCS. Vol. 19. n. 56 – Outubro/2006

integrantes atuando de forma individual não poderiam entrar no mercado. Como por exemplo, cooperativas de catadores de lixo, que, por meio da coleta seletiva, conseguiu criar um cenário mais favorável¹⁸ para o desenvolvimento e inclusão dessa atividade, por meio do trabalho autogestionado¹⁹.

As segundas atuam dentro da lógica de mercado e não seguem os princípios cooperativistas e acabam, por meio dessa situação, adquirindo vantagens frente aos concorrentes por acabarem driblando leis trabalhistas, pagamento de impostos, por meio de leis de incentivo. Além disso, essas “cooperfraudes” podem até mesmo ter uma forte concentração de poder de mercado, a partir do momento em que possuem porcentagens altas de mercado relevante e, utilizando de sua estrutura de associação, e acabam por aplicar medidas abusivas de preços.

Agora, retornando ao ponto da definição de associação cooperativa, parece-nos de suma importância salientar a natureza ímpar desse tipo de sociedade. Sua estrutura, apesar da semelhança com outras empresas de cunho comercial, possui tratamento diferencial, previsto na constituição.

Parte-se do pressuposto que a atuação em cooperativa é decorrência da ideia de ajuda mútua para o melhor desempenho social, de modo que, ao executar uma tarefa, atingir um objetivo, negociar e deter melhores condições de desenvolvimento econômico busca-se o crescimento coletivo, e não do indivíduo somente. Dessa forma, o princípio constitucional de apoio é um incentivo à associação revestida do espírito de solidariedade²⁰.

“O legislador impressionado com os objetivos não capitalísticos da cooperativa, pareceu entender que esta fosse por si só e independente da forma organizacional adotada, fator de promoção de interesse público. Como consequência, definiu-se forma organizacional de maneira pouco rígida desacompanhado de uma proteção efetiva do cooperado em suas relações internas”.²¹

¹⁸ Apesar de ainda não ter atingido um nível ideal

¹⁹ “As relações estabelecem relações sociais, favorecem a contribuição dos atores participantes e abrem espaço para que a gestão esteja enraizada na sociedade na busca de mecanismos para o fortalecimento e empoderamento desses atores na perspectiva da justiça social” - BESEN, Gina Rizpa. “*Coleta seletiva com inclusão de catadores: construção participativa de indicadores e de índices de sustentabilidade*”. Tese de doutorado. São Paulo - 2011

²⁰ LIMA, Helder Gonçalves. “*Atos cooperativos e sua Tributação pelo ISS à luz da Teoria Geral do Direito*”. In “Problemas atuais do direito cooperativo”. Dialética, São Paulo -2012.

²¹ FILHO, Calixto Salomão. “Sociedade cooperativa e disciplina da concorrência”. RT 693/1993-jul/1993.

Na perspectiva da análise econômica, esse incentivo à ajuda mútua como forma de se adquirir força concorrencial é explicado com base na teoria dos jogos²². Sustenta-se que, observando as probabilidades, a opção pela atuação em cooperativas é mais favorável para o grupo, do que quando este atua em sociedades que não são de ajuda mútua. Quando utilizado um elemento de cooperação – princípio ético – o resultado final seria mais benéfico para a sociedade em geral e para o indivíduo isoladamente considerado²³.

Assim, por intermédio da teoria dos jogos poderia chegar-se à conclusão de que a associação voluntária é um ato benéfico para o agente. Contudo, essa associação, quando não regida pelos princípios cooperativos, pode ser nociva se estes detêm grande poder de mercado, e é nesse ponto que reside o grande perigo das chamadas “cooperfraudes” .

Cooperativas que se aproveitam dos benefícios e incentivos a esse tipo de organização, mas que não são regidas pelos preceitos éticos de atuação podem atuar de maneira extremamente prejudicial para a sociedade. Ao unir agentes, é possível que se elimine também a concorrência em um setor inteiro. Por um lado a cooperativa é uma forma de inserção em um mercado competitivo e com pouco espaço para agentes individuais atuarem, por outro lado, quando essas cooperativas tomam grandes proporções, o resultado imediato é que o consumidor estará sujeito às imposições de preço e a concorrência é prejudicada, pois, não consegue se inserir no mercado.

Dois pontos que também devem ser analisados, segundo Calixto, é a relação entre preço e custo de produção. Preços muito superiores ao custo de produção são danosos para o consumidor e a prática do dumping é uma forma de eliminar os concorrentes. Essa análise não se restringe à concentração horizontal. Nesse plano, a concentração vertical é uma facilitadora do dumping. Dessa forma, a lei de concorrência estabeleceu um patamar de concentração de mercado de 20% para auxiliar a análise, de modo que as operações devem ser levadas ao Cade para que ocorra a análise da reserva de mercado.

A relação entre as cooperativas e o direito da concorrência se dá diretamente, pelas situações acima expostas. Quando uma cooperativa tem poder de mercado o suficiente para prejudicar este e a partir do momento que ela não possui poder de mercado para entrar neste.

²²“A cooperação voluntária pode ser entendida por meio da teoria dos jogos fazendo-se uso da situação de equilíbrio descrita como o dilema do prisioneiro. A argumentação é de que exista uma situação semelhante na cooperação, isto é, um 'dilema do cooperante', no qual os mercados concentrados e o tamanho das firmas obriguem os produtores a uma situação de interdependência mútua, mas em um equilíbrio que pode ser rompido” - NETO, Sigismundo Bialoskorski. “Aspectos econômicos das cooperativas”. In _____ A natureza institucional das organizações cooperativas. Fl 53/54 Editora Madamentos: Belo Horizonte - 2006

²³FILHO, Calixto Salomão. “Direito concorrencial – As condutas”. Malheiros Editores. 2. edição. São Paulo - 2002

O primeiro constitui um abuso de poder e o segundo a falta dele e em ambos os casos o Cade pode ter um papel fundamental ao regular a concorrência.

5. Cooperativas médicas

As cooperativas de prestação de serviços médicos são caracterizadas como cooperativas de prestação de serviços. Essas cooperativas tem como ponto crucial a relação com terceiros. Estes viabilizam o interesse comum, propiciado por ela, ao buscar e conquistar clientes. Ives Gandra da Silva Martins elucida²⁴:

“Nesse caso, como o polo ativo é ocupado por um cooperado, o intermediário é a cooperativa, e no polo passivo encontra-se o terceiro atraído pela ação da entidade, o ato decorrente dessa relação tem natureza cooperativa e não mercantil”.

Atualmente, também estão sendo julgadas cooperativas de anestesistas, as quais possuem significativa parcela de mercado em cidades pequenas, de modo que se verifica um grande aumento nos preços cobrados pelo serviço em relação às cidades que não possuem cooperativas. Assim, a atividade desta assemelha-se muito à desempenhada por cartéis.

Um caso de cooperativas médicas julgado pelo Cade e com grande repercussão foi o caso das UNIMEDs²⁵, no qual se instaurou um Processo Administrativo porque as cooperativas foram denunciadas por estarem impondo exclusividade aos cooperados, de modo que prejudicavam a concorrência e os próprios associados. O relatório da SDE constava que:

I – As Unimed's representadas estavam exigindo exclusividade na prestação de serviços médicos dos cooperados, impedindo-os de atender os usuários dos demais planos de saúde.

II – De acordo com os estatutos sociais, os médicos cooperados que se filiarem a outro plano de saúde correm sérios risco de serem excluídos do quadro da cooperativa, sob o argumento de estarem exercendo atividade prejudicial à cooperativa e contrária aos seus objetivos.

III – Destarte, essa vedação estatutária estabelecida pelas Unimed's impõe de forma abusiva, a eliminação da concorrência neste setor da economia, impedindo que empresas permaneçam e/ou ingressem naquele mercado.

²⁴MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sociedades cooperativas de prestação de serviços médicos”. *Revista dos Tribunais* 53/2003 – mar-jun/2003.

²⁵Processo Administrativo n. 08012.005071/2002-71

Dessa forma, constava no próprio estatuto social das cooperativas a obrigatoriedade do vínculo exclusivo do cooperado com o plano de saúde. Como essas cooperativas estão inseridas no mesmo contexto que as empresas mercantilistas, elas buscaram a cláusula como forma de adquirir força competitiva, de modo que o médico continuava livre para sair da cooperativa se fosse de seu interesse. As cooperativas alegaram que a cláusula era coerente com o princípio cooperativo, pois visava o desenvolvimento desta e, a partir do momento que um cooperado pudesse prestar serviços para outros planos de saúde, ele estaria colaborando com a concorrência e prejudicando a própria cooperativa.

Nesse caso, os próprios cooperados são prejudicados, como foi o caso do médico Fabio Cláudio Lacerenza, terceiro interessado do Processo Administrativo n. 08012.005071/2002-71, instado a sair da cooperativa, por ter prestado serviço para um plano de saúde concorrente. Os prejuízos decorrentes das saídas se dão porque a Unimed é o grupo mais forte dos mercados analisados no presente caso, de modo que a atuação profissional fora dela é extremamente difícil por causa do monopólio constatado em relação as atividades da Unimed.

Em análise realizada pela SDE foi possível constar que as Unimeds denunciadas possuíam forte poder de mercado. Prejudicavam a livre concorrência e a livre iniciativa na medida em que impediam que seus cooperados prestassem serviços para concorrentes, como consta a tabela a seguir:

**Processo Administrativo nº 08012.005071/2002-41 e
Processo Administrativo nº 08012.000353/2004-14**

Representadas	Nº de médicos Cooperados	Nº de médicos credenciados no CRM/SP	Percentual que a representada detém (em %)
Araras	154	381	40
Mococa	52	87	60
Jundiaí	398	1639	24
Leste Paulista	235	381	62
Capivari	49	76	64
Amparo	118	183	64
Bragança Paulista	192	661	29
São José do Rio Pardo	36	143	25
Regional da Baixa Mogiana	210	499	42

Fonte: SDE

Em voto, o conselheiro Afonso Arinos expõe a falta de eficiência econômica quando o ato em questão é realizado na fora do que se constatou no PA 08000.004961/95-76. Defendeu que a imposição de exclusividade de filiação dos médicos em relação aos planos de saúde engessa o funcionamento do mercado, por causa da exigência de exclusividade do atendimento médico. Os custos de transação acabariam por coibir a saída do médico, pois este encontraria dificuldades para refiliar-se a outros planos de saúde. Para a empresa, a prática é tida como benéfica para a empresa pois, coíbe a entrada de concorrentes no mercado. Como a demanda por serviços de saúde não se concentra em uma única área, o paciente quando vai procurar o plano de saúde com a maior quantidade de médicos, de modo que quando um plano congrega médicos de varias especialidades, este costuma ser o procurado. Nas palavras do conselheiro:

“Por isso, em mercados geográficos de pequenas dimensões, a prática de exclusividade de filiação pode se tornar uma barreira à entrada importante no mercado de planos, já que poderia não haver escala suficiente para a sobrevivência econômica de dois planos, cada um obrigado a contratar o tempo integral de cada profissional especializado em tratamentos com baixa demanda estatística. As possíveis razões para ganho de eficiência das práticas de exclusividade estão relacionadas com o desestímulo à livre apropriação da reputação ou de outros recursos próprios de uma empresa pela outra através da dupla filiação do profissional empregado. Não há, contudo, nenhum indício nos autos de que a reputação de um plano tenha sido explorada por outro ou que possa ser transmitida a outro, através da filiação de um mesmo médico a ambos. Também não há notícias de que uma empresa tenha sido prejudicada em favor da outra em outras medidas, além da reputação, em razão da dupla filiação profissional.”

Concluiu-se naquele caso, que as Unimed's, em sua condição de cooperativa, incorreram nas infrações tipificadas nos artigos 20, I, II, IV, c c/ o art. 21, IV, V, VI, ambas da Lei n. 8.884/94²⁶. Incidindo nesse caso, a segunda hipótese elucidada no capítulo 4 do presente artigo, em que as cooperativas abusam de sua posição dominante, de modo que não mais são uma forma de inserção no mercado e sim utilizam a sociedade cooperativa e suas características para obter vantagens no mercado. Neste caso, não incide o inciso XVIII do artigo 5º da Constituição Federal que prega a não interferência estatal em seu funcionamento, de modo que se demandou a exclusão da cláusula de não concorrência do contrato social das cooperativas em questão.

Pode-se expor como práticas anticompetitivas, nos casos das cooperativas médicas, a unimilitância e o tabelamento. De modo que, no primeiro caso, o instrumento utilizado para o aferimento da unimilitância são as cláusulas de exclusividade, como abordado anteriormente no caso das UNIMEDs, sendo explicadas pelo ex-conselheiro Roberto Augusto Castelhanos Pfeiffer da seguinte forma:

“Nas hipóteses em que a exclusividade é imposta por cooperativas com poder de mercado, elas limitam a possibilidade de concorrência, criando dificuldades para outros planos concorrentes entrarem e permanecerem no mercado relevante. Com efeito, as operadoras concorrentes necessitam de médicos conveniados de bom padrão, para estimular os consumidores a contratarem-na. Quanto maior o número de médicos de qualidade que as representadas mantiverem cativos graças a tal cláusula de exclusividade, maior será a dificuldade de as concorrentes entrarem no mercado relevante e competirem em igualdade de condições com as representadas.”²⁷

Em relação ao tabelamento, a prática lesiva é usual nas cooperativas de anestesia, por meio de cláusula que estabelece valor de honorários médicos. O parecer da ProCade do Processo Administrativo nº 08012-007042 acerca da conduta da COOPENEST- BA²⁸ cita o ex-conselheiro Ronaldo Porto Macedo Junior, no voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.004372/2000-70:

“A imposição do uso de tabelas de preços constitui prática prejudicial à livre concorrência e à livre iniciativa, uma vez que busca uniformizar os preços dos procedimentos médicos de modo a eliminar as negociações individuais,

²⁶Legislação vigente na época. Atualmente a lei correspondente é a 12.529/2011.

²⁷PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da Ordem Econômica e Cooperativas Médicas. In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso. 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010, p. 646-657.

²⁸Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia

desconsiderando, dessa forma, as peculiaridades de cada contrato de prestação de serviços médicos”.

A violação de direitos fundamentais ocasionadas pelo abuso de poder realizado pelas cooperativas sobrepõe à necessidade delas se inserirem no contexto das empresas mercantis, por meio de uma tutela estatal. Nos casos apontados, as cooperativas conseguiram alcançar um nível de influência no setor em que atuam de tamanha magnitude que acabaram causando danos para a ordem econômica.

6. Concorrência no setor agrícola e as cooperativas

A função deste capítulo é mostrar a importância do desenvolvimento da atividade cooperativa para a melhora no cenário concorrencial no setor agrícola, em contraposição ao exemplo das cooperativas médicas, que a atividade cooperativa impedia a entrada de agentes no mercado. A concorrência no setor agrícola é, constantemente, matéria de análise pelo Cade, quando se trata de operações relacionadas ao agronegócio. Contudo, o que será questionado é a importância da formação de cooperativas dentro da realidade competitiva do mercado agrícola brasileiro em matéria de entrada no mercado, e não da constituição de um risco anticompetitivo. Os pequenos e médios agricultores se inserem nesse cenário por meio de cooperativas para ganhar força competitiva em detrimento do agronegócio.

A estrutura agrária brasileira advém da realidade colonial a qual, inicialmente, era organizada em sesmarias. A partir desse momento, o latifúndio foi se moldando, tendo como marco a consolidação da propriedade privada a Lei de Terras. Desde então, a população busca alternativas para o domínio das grandes propriedades. Politicamente, esforços começaram a ser direcionados para o problema com o governo de Jango e sua tentativa de realizar reformas de base. Apenas em 64, no governo ditatorial, foi instituído o “Estatuto da Terra”, por causa da necessidade de distribuição de terras no Brasil. Contudo, pode-se dizer que até hoje não se aplicou a tão esperada reforma agrária²⁹, como explicado a seguir:

“Na década de 1970, o chamado “Milagre Econômico” produziu avanços que alteraram profundamente o panorama da sociedade brasileira, mudando o perfil de diversos setores produtivos, através da injeção de capital financeiro e tecnológico, e influenciando substancialmente nos processos de desconstrução e reconstrução social e cultural. Em linhas gerais, tais mudanças na realidade brasileira, motivadas por essas

²⁹FILHO, José Luiz Alcantara; FONTES, Rosa Maria Olivera. A formação da propriedade e a concentração de terras no Brasil. *Revista de História Econômica & Economia Regional Aplicada* – Vol. 4 Nº 7 Jul-Dez 2009

políticas modernizantes, produziram, entre outros aspectos, uma alteração no perfil da sociedade brasileira, conferindo-lhe um caráter, cada vez mais, urbano e voltado para as demandas do setor industrial. Na agricultura, as políticas iniciadas pelos governos populistas e continuadas no Regime Militar, afetaram as pequenas e médias propriedades rurais, uma vez que a agricultura comercial modernizada e dependente, concebida a partir de políticas que forjaram o modelo agro-exportador brasileiro, promoveu um processo de concentração de capital e da propriedade no meio rural, provocando a descapitalização e a exclusão social do pequeno agricultor familiar.”³⁰

A questão da má distribuição de terras e a predominância dos latifúndios é relevante para a análise da posição das cooperativas no cenário concorrencial porque o fato demonstra a necessidade de pequenos agricultores se unirem para disputar espaço no mercado com as grandes propriedades. A lei das cooperativas foi implementada pouco tempo depois do estatuto de reforma agrária de 64, em 71. Os dois movimentos tiveram sua previsão na Constituição Cidadã de 1988, de modo que se pode perceber uma preocupação com a questão agrária por meio das tentativas de inserir novos agentes no contexto agropecuário.

Para análise da estrutura agrária atual, alguns dados são relevantes. O Censo Agropecuário de 2006 mostrou que a agricultura familiar ocupava 84,4% do total de estabelecimentos agropecuários do Brasil, 74,4% da quantidade do pessoal ocupado e em relação à quantidade de terras, 24% da área total. Nessa mesma linha, analisa-se que a quantidade de cooperativas é maior em áreas com uma melhor distribuição de terras e que, nessas áreas, a produtividade pode atingir resultados relevantes representando atualmente 43% do faturamento do setor³¹.

Sem dúvidas, o desenvolvimento das cooperativas de agricultura dos pequenos produtores pode gerar bem estar econômico na região em que ela é implementada porque inegavelmente ela fomenta o crescimento da comunidade, fato que demonstra que podem ser afastadas as causas estruturais da marginalização.³² Além disso, defende-se também que o fato das cooperativas não buscarem lucro e conseqüentemente levarem a redução de preços gerais, pode ser uma forma de conter abusos do poder econômico, sendo, pois, benéfica para o fomento da atividade e para os consumidores.³³

³⁰CREMONESE, Camila; SCHALLENBERGER, Ernelo. Cooperativismo e agricultura familiar na formação do espaço agrícola do Oeste do Paraná. *Revista Tempo da Ciência* (12) 23 : 49-63, 1º semestre 2005

³¹MOREIRA, Vilmar Rodrigues; SILVA, Christian Luiz da; MORAES, Edmilson Alves de; PROTIL, Roberto Max. O Cooperativismo e a Gestão dos Riscos de Mercado: análise da fronteira de eficiência do agronegócio paranaense. *RESR*, Piracicaba-SP, Vol. 50, Nº 1, p. 051-068, Jan/Mar 2012 – Imprensa em Abril de 2012.

³²SINGER, Paul. *De dependência em dependência: consentida, tolerada e desejada*. Estudos Avançados, 1998.

³³FORGIONI, Paula A. Cooperativas, empresas e a disciplina jurídica do mercado - *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José alexandre Tavares Gerreiro*. Editora Quartir Latin do Brasil. São Paulo - 2013

É importante ressaltar que raras são as cooperativas que conseguem efetivamente estabelecer-se como tal. Também, parece notório o fato de que é grande o número de agentes que individualmente não conseguem nem entrar no mercado. O MST (Movimento dos Trabalhadores Sem terra) atualmente congrega uma média de 92 mil famílias. Esse dado parece demonstrar que a concentração no mercado agrícola impede a entrada de novos agentes, de modo que não existe apenas uma reserva de mercado, mas também uma reserva no espaço físico necessário para a produção.

Pode-se dizer que o predomínio de grandes propriedades, com o agravante de serem tão grandes quanto pouco produtivas, afigura-se em fator indicador de concentração digno de análise. Ademais, no contexto brasileiro, não poderia negar que os latifúndios representam – ao menos potencialmente – um entrave para a entrada de novos agentes e que dificultam, senão impedem, a atuação dos polos de agricultura familiar. E, ainda assim, é possível observar um crescimento da atividade cooperativa em polos regionais, apesar da concorrência de grandes produtores, como, por exemplo, a cooperativa familiar produtora de iogurte Coopag³⁴, que mostra crescimento mensal da produção de iogurte.

No caso da agricultura familiar, a organização de agentes em cooperativas tem sido forma eficiente de atuação no mercado, pois, estas agem como uma forma de prover bem estar econômico por meio da criação de polos de crescimento microrregionais e locais, onde atuam. Assim, utiliza-se o exemplo das cooperativas agrícolas para ilustrar a importância destas no cenário concorrencial, para que se perceba os dois lados da matéria concorrencial no caso das cooperativas.

7. Considerações finais

A conclusão preliminar deste trabalho é que, apesar da natureza não lucrativa que está presente no cerne da atividade das cooperativas, estas, possuem fundamental importância em matéria de concorrência. O Cade, em sua função de órgão responsável pela regulação econômica, possui ferramentas de implemento do bem estar social quando as cooperativas acabam abusando de sua função de fortalecimento dos agentes econômicos. Objetivo este que norteia as decisões atuais da autarquia, todas tendentes a indicar que se trata de instância consciente do poder-dever que se lhe atribui o Ordenamento. Os desafios batem à porta.

³⁴Disponível em: <http://www.cooperativismo.org.br/cooperativismo/noticias/noticia.asp?id=25518>

Quando apresentada a problemática das cooperativas e sua inserção na lógica capitalista, vemos que o papel do Cade passa a ser fundamental para que a atuação dessas entidades seja de fato relevante, dentro do contexto mercadológico, e, quiçá não abusiva.

A importância da análise dupla da atuação das cooperativas no cenário concorrencial é de essencial. Esta pode se apresentar como mecanismo de inclusão de agentes no mercado e também, e em oposição, no extremo, em abuso de sua posição dominante, como causa da própria exclusão.

Ao cabo desta pesquisa, creio que, ao menos foram oferecidos indicativos de que o Cade poderia – e/ou deveria - atuar no exame concorrencial das atividades cooperativas, sem perder de vista o papel que tais entidades poderiam exercer, enquanto sociedades sem fins lucrativos, se efetivamente inseridas no atual cenário capitalista. Ao final, em que pese a natureza dúbia das cooperativas, não se poderia isentá-las da análise do direito antitruste, porque na esteira desse exame o Cade poderia - a nosso ver - corrigir distorções concorrenciais que dificultam maior inserção dessas entidades no mercado.

8. Referências bibliográficas

- NETO, Sigismundo Bialoskorski. *Aspectos econômicos das cooperativas*. Editora Madamentos: Belo Horizonte – 2006
- LAMBERT, P. *La doutrina cooperativa*. Buenos Aires: Intercoop, 1975. 357 p.
- SINGER, Paul. *Introdução a economia solidária*. Fundação Percecu Abramo: São Paulo – 2002
- TÔRRES, Heleno Taveira. “Regime constitucional das cooperativas de trabalho”. RDT 112/123
- BULGARELLI, Waldirio. “Sociedades comerciais”. Editora Atlas; 9ª edição. São Paulo – 2000
- BULGARELLI, Waldirio. “As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica”. Editora Renovar; 2ª edição. Rio de Janeiro /São Paulo – 2000.
- FORGIONI, Paula A. *Cooperativas, empresas e a disciplina jurídica do mercado - Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao professor José alexandre Tavares Gerreiro*. Editora Quartir Latin do Brasil. São Paulo – 2013
- RIZZARDO, Arnaldo. “Tributos e contribuições das cooperativas”. RT 851/2006 – set/2006
- BECHO, Renato Lopes. “Tributação das cooperativas”. ob. Cit. 3.ed
- FORGIONI, Paula A.. “Os fundamentos do antitruste”. Revista dos Tribunais. 6. edição. São Paulo – 2013
- COMPARATO, Fábio Konder. “Estado, empresa e função social”. RT 732/1996 – out/1996.
- FILHO, Calixto Salomão. “Direito concorrencial – As estruturas”. Malheiros Editores. 2. edição. São Paulo – 2002
- LIMA, Jacob Carlos. “O trabalho auto gestor em cooperativas de produção: o paradigma revisado”. RBCS. Vol. 19. n. 56 – Outubro/2006
- LIMA, Helder Gonçalves. “Ato cooperativo e sua Tributação pelo ISS à luz da Teoria Geral do Direito”. In “Problemas atuais do direito cooperativo”. Dialética, São Paulo -2012.
- FILHO, Calixto Salomão.”Sociedade cooperativa e disciplina da concorrência”. *Revista dos Tribunais* 693/1993-jul/1993.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Sociedades cooperativas de prestação de serviços médicos”. *Revista dos Tribunais* 53/2003 – mar-jun/2003.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. “Defesa da Ordem Econômica e Cooperativas Médicas.” In: MORATO, Antônio Carlos; NERI, Paulo de Tarso. 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo: Atlas, 2010, p. 646-657.
- FILHO, José Luiz Alcantara; FONTES, Rosa Maria Olivera. A formação da propriedade e a concentração de terras no Brasil. *Revista de História Econômica & Economia Regional Aplicada* – Vol. 4 Nº 7 Jul-Dez 2009
- CREMONESE, Camila; SCHALLENBERGER, Erneldo. Cooperativismo e agricultura familiar na formação do espaço agrícola do Oeste do Paraná. *Revista Tempo da Ciência* (12) 23 : 49-63, 1º semestre 2005
- MOREIRA, Vilmar Rodrigues; SILVA, Christian Luiz da; MORAES, Edmilson Alves de; PROTIL, Roberto Max. O Cooperativismo e a Gestão dos Riscos de Mercado: análise da fronteira de eficiência do agronegócio paranaense. *RESR*, Piracicaba-SP, Vol. 50, Nº 1, p. 051-068, Jan/Mar 2012 – Impressa em Abril de 2012.
- SINGER, Paul. *De dependência em dependência: consentida, tolerada e desejada*. Estudos Avançados, 1998.