

D
Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
— CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 37-2433 — Fax (011) 37-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

- **Do Regime Jurídico dos depósitos bancários e o “Plano Collor”** — Arnoldo Wald 5
- **Negócio Jurídico de “Hedging”** — Nelson Eizirik 13
- **Aplicação extraterritorial das resoluções do Banco Central do Brasil** — José Carlos de Magalhães 23
- **Sociedade cooperativa e disciplina da concorrência** — Calixto Salomão Filho 27
- **Direito de retirada do acionista no “Fechamento de Capital” de companhia** — Renato Ochman e Paula A. Forgioni 38
- **O seguro de responsabilidade do produtor** — José Júlio Borges da Fonseca 52
- **O seguro e o “Franchising” a verdade sobre a relação** — Luiz Felizardo Barroso 65

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

- **“Responsabilidade civil do Estado** — Comentários do Prof. Dr. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 75

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLD WALD

Advogado no Rio de Janeiro e Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ.

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Advogado.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Doutor em Direito Comercial da USP.

JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES

Professor Associado da Faculdade de Direito da USP.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Advogado.

LUIZ FELIZARDO BARROSO

Professor Adjunto de Direito Comercial da UFRJ.

NELSO EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro — Membro da Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização — Ex-Diretor da Comissão de Valores Mobiliários.

PAULA A. FORGIONI

Advogada em São Paulo — Doutorada em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

RENATO OCHMAN

Advogado em São Paulo — Professor da Fundação Getúlio Vargas.

DOCTRINA

SOCIEDADE COOPERATIVA E DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA

CALIXTO SALOMÃO FILHO

1. Cooperativismo e interesse público: uma relação em crise? — 2. A grande cooperativa: natureza econômico-jurídica — 3. A concorrência sob o aspecto externo — 4. A concorrência interna — 5. O papel do direito societário no equilíbrio cooperativa-cooperado — 6. A questão constitucional.

1. Cooperativismo e interesse público: uma relação em crise?

A história do cooperativismo liga-se intimamente a evolução dos corpos econômicos intermédios. Pode-se dizer, sem medo de errar, que a cooperativa é o elemento complementar à grande sociedade anônima do séc. XIX. Enquanto esta servia como meio agregador de capitais, aquela servia como catalisador de esforços no sentido do bem estar comum de seus membros.

Com uma diferença básica: enquanto na sociedade anônima o interesse era criar um novo ente, com interesse e objetivos distintos de seus membros, a sociedade cooperativa deveria atuar como mero intermediário entre os interesses individuais dos sócios e o mundo exterior.¹ Em ambos os casos porém a conjugação de esforços deveria ter como efeito o reforço do poder de atuação frente às exigências históricas e econômicas de crescente concorrência. Não é por acaso que os primeiros registros de atuação de cooperativas se encontrem na Inglaterra, país à época com o capitalismo mais desenvolvido e onde paralelamente, a grande sociedade anônima vinha tendo seus maiores sucessos.²

Nascidas com essa inspiração semelhante do ponto de vista econômico concorrencial, que justificava a presença do interesse público como elemento essencial a parametrar a atuação de ambas, os destinos dos dois institutos se separaram. Na sociedade anônima, o interesse público justificou a elaboração de regulamentações rígidas do ponto de vista organizacional, que permitissem a efetiva separação de interesse sócio-sociedade e a criação de órgãos e mecanismos de fiscalização da sociedade. Nas cooperativas ocorreu o contrário. 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 do interesse público. Como consequência, definiu-se a forma organizacional de maneira pouco rígida desacompanhado de uma proteção efetiva do cooperado em suas relações internas.

No Brasil, outro fator contribuiu para a conformação do sistema. Trata-se da fixação dos objetivos de política econômica a partir do início dos anos 60, com direta influência sobre a regulamentação concorrencial e societária. A política econômica financeira pós revolucionária

no Brasil foi de franco estímulo à agregação empresarial. Criaram-se primeiramente, estímulos fiscais à fusão e incorporação nos setores em que “a excessiva disseminação de empresas nacionais lhes retire o poder de competição e as coloque em condição frágil perante o concorrente estrangeiro” (II PND, item 1,3).³ O passo seguinte foi a introdução de princípios que favorecessem o agregacionismo econômico nas leis societárias. A lei das cooperativas e a lei das sociedades anônimas sofreram sem dúvida essa influência.⁴ Na lei das cooperativas, objeto precípua do presente estudo, deve-se destacar a presença de princípios novos como a possibilidade de existência de cooperados pessoas jurídicas e a possibilidade de participação de cooperativas em outras sociedades.

A questão que se coloca é saber até que ponto tais princípios são compatíveis com a realidade das cooperativas como se apresentam atualmente no Brasil. E aqui a referência é feita em especial à grande cooperativa de produção, que reúne e comercializa a produção de seus cooperados. As proporções assumidas por tais cooperativas são freqüentemente grandes a ponto de influenciar o mercado. Trata-se do aspecto da concorrência que se pode chamar de externo.

Por outro lado o fato de só a cooperativa e não os cooperados ter acesso ao mercado torna importante a discussão do problema concorrencial também do ponto de vista interno, ou seja a concorrência entre cooperado e cooperativa. A seguir analisar-se-ão esses dois aspectos para depois verificar até que ponto as regras societárias, convenientemente interpretadas e aplicadas à realidade atual, podem auxiliar a manter o equilíbrio nas relações cooperado-cooperativa.

Pressuposto para tal análise é o correto posicionamento da grande cooperativa do ponto de vista econômico-societário. É necessário, portanto, partir de uma análise da lei, determinar com

base em elementos aplicativos e regras positivas de qual figura típica a cooperativa mais se aproxima. Tal definição será importante não só para definir as regras de natureza societária a serem aplicadas nos casos em que a lei é lacunosa mas também o tratamento concorrencial a ser dado à cooperativa como operador econômico.

2. A grande cooperativa: natureza econômico-jurídica

As principais características da cooperativa no direito brasileiro vêm definidas claramente no art. 3.º da Lei n. 5.764 de 16 de dezembro de 1971. Trata-se de contrato de sociedade, pelo qual as partes “se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”.

Da simples definição se depreende claramente a principal característica da sociedade cooperativa: a inexistência de um interesse social próprio, distinto do de seus membros. Não é por outra razão que a posição de sócio vem definida como uma posição dúplice, de sócio e cliente a um só tempo.⁵

Mas é a existência de um interesse social próprio o elemento essencial para a definição de sociedade tanto na doutrina contratualista como na institucionalista.⁶ E não é por outra razão que muito se discute ainda hoje se a cooperativa é uma sociedade, chegando algumas legislações a reconhecê-la como uma forma de associacionismo puro.⁷ Não parece, no entanto, que no estado atual de desenvolvimento da doutrina deva haver dúvida que trata-se de sociedade. O interesse social próprio não pode ser visto exclusivamente na produção de receitas, mas também em proporcionar economias aos sócios. Isto não impede, evidentemente, que se admita que em tal tipo de sociedade existe um menor grau de destaque do interesse privado dos sócios. A questão, como é comum no

direito societário e em todas as questões que envolvem conceitos genéricos como sociedade e personalidade jurídica, passa a ser de grau, quantitativa e não qualitativa.

Se essa diferença quantitativa não justifica a descaracterização como sociedade, justifica sem dúvida uma diferenciação com relação à separação jurídica das esferas sócio-sociedade. Trata-se nada mais nada menos que de tirar as conseqüências lógicas da maior dificuldade na distinção dos interesses do sócio e da sociedade. A tarefa fica mais simples em sistemas como o brasileiro que não vinculam a concessão de personalidade jurídica à limitação de responsabilidade. Não se trata de negar a personalidade jurídica, reconhecida por lei à cooperativa, mas sim de reconhecer que a pessoa jurídica, como centro de imputação de direitos e deveres, é conceito de natureza relativa. Ou seja, existem diferentes graus de personalidade jurídica e de separação da esfera dos sócios da sociedade. Com relação específica às cooperativas a própria lei trata de, em muitos momentos, imputar as relações aos cooperados e não às cooperativas. Cumpre determinar que outras relações, no campo concorrencial e societário devem ser imputadas diretamente aos cooperados para manter o equilíbrio econômico entre as partes e o equilíbrio de mercado.⁸

3. A concorrência sob o aspecto externo

Tradicionalmente dois eram os argumentos utilizados contra a aplicação da legislação sobre abuso do poder econômico às cooperativas.

O primeiro deles decorria diretamente da inexistência, por definição legal (art. 3.º, *fine* da Lei 5.764), de fins lucrativos na atividade cooperativa. A Lei 4.137, reguladora da repressão ao abuso do poder econômico, em seu artigo 6.º definia empresa como “toda organiza-

ção de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”. A referência aos fins lucrativos impedia à época a aplicação dos dispositivos legais às cooperativas.⁹

Para contestar tal tese era necessário fazer uso de artificios exegéticos, que ainda que sistematicamente lógicos e sustentáveis davam margem a discussão. O principal deles era afirmar que no conceito de atividade lucrativa pode ser incluída aquela que visa a proporcionar economias a seus associados.¹⁰

A partir da entrada em vigor da nova lei, (Lei n. 8.158 de 8 de janeiro de 1991) o problema parece ter sido superado, manifestando o legislador sua intenção expressa de não excluir do âmbito de aplicação da lei qualquer atividade, ainda que não lucrativa. Suprimiu-se qualquer definição de empresa. Os requisitos para configuração do abuso passaram a ser objetivos, no sentido de dependentes do ato realizado e não subjetivos, i.e. dependentes do tipo de sujeito que os realiza.¹¹ Em muitos dispositivos suprimiu-se inclusive a referência à empresa, substituindo-a pelo termo genérico agente.

O segundo problema referia-se a existência de órgãos reguladores (o Banco Central do Brasil para as cooperativas de crédito, o Banco Nacional da Habitação para as de habitação e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária para as demais). Argumentava-se que a existência de um órgão de fiscalização impediria a intervenção de outro órgão administrativo como CADE.¹² Trata-se de afirmação evidentemente absurda que levada as últimas conseqüências impediria a instauração de processo administrativo contra qualquer companhia aberta, pela simples existência da CVM como órgão fiscalizador. Parece evidente, como aliás a jurisprudência americana já teve oportunidade de salientar, que a limitação só é aplicável caso exista uma transferência

expressa em lei das competências do órgão repressivo do abuso do poder econômico para o órgão fiscalizador específico.¹³

Fixada essa premissa básica, cumpre verificar os problemas de natureza concorrencial que podem derivar da formação de cooperativas. O primeiro é o da cartelização. É bastante evidente que uma cooperativa de produção e comercialização inclui um acordo de preços. Existiria aí potencial violação ao artigo 3.º d, da nova Lei 8.158 de 8 de janeiro de 1991, que prevê constituir infração à ordem econômica qualquer acordo que vise “impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margens de lucro, bem assim estabelecer preços através de meios artificiosos”.

A pergunta que se coloca, problema clássico do direito concorrencial é saber como se posicionar com relação ao assunto: a ilegalidade se configura tão somente pela imposição de preços ou é necessário algum qualificativo que torne essa imposição abusiva. Trata-se da tradicional disputa, oriunda do direito americano, entre a chamada *per se doctrine* e a *rule of reason doctrine*.

No sistema legislativo brasileiro não é possível distinguir a adoção clara de qualquer das teorias. De um lado, existem certos elementos que não permitem a adoção pura e simples da *per se doctrine*. O primeiro é a própria Constituição, que fala em *abuso* do poder econômico. Não basta portanto, o poder econômico, caracterizado pela imposição de preços ou pela concentração econômica. É necessário que haja o abuso.¹⁴

Interpretar desta maneira o princípio constitucional não auxilia muito do ponto de vista prático. Duas são as hipóteses de interpretação. Numa primeira pode-se interpretá-lo o princípio em chave subjetiva, ou seja no sentido de exigir a demonstração da intenção deliberada de dominar o mercado. Essa primeira interpretação nada modificaria em rela-

ção à aplicação pura e simples da *per se doctrine*. Com efeito, na grande maioria das práticas, a intenção é decorrência da própria conduta (i.e. não é possível admitir formas culposas de dominação do mercado).

Por outro lado, interpretar o dispositivo no sentido clássico da regra da razão, ou seja entender que o abuso se caracterizaria quando a limitação não fosse razoável, não sendo compensada por outros efeitos benéficos ao mercado esbarrava em óbices *ius* positivos. Com efeito, na vigência da lei anterior (Lei n. 4.137) as práticas caracterizadoras do abuso do poder econômico eram previstas de forma impositiva, sem dar margem a avaliação da intenção de restringir a concorrência ou da razoabilidade desta restrição.¹⁵ A aplicação da regra da razão ficava portanto por conta da interpretação liberal do CADE, principalmente em matéria de concentração econômica.¹⁶ Com a nova lei a situação se modificou: o art. 13 da nova lei, dando nova redação ao art. 74 da lei anterior, possibilita em princípio a aprovação de qualquer acordo que restrinja a concorrência, desde se demonstre razoável, ou seja apresente uma contrapartida benéfica para o mercado. Os critérios para determinação dessa razoabilidade vem definidos no mesmo dispositivo, e consistem basicamente: a) no objetivo de aumentar a produção e produtividade; b) na distribuição equitativa dos lucros decorrentes entre seus participantes e consumidores; c) na proporcionalidade entre objetivos visados e meios utilizados; e d) na não eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado.

Segundo a lei esses requisitos são cumulativos e são necessários para a validade de acordos que potencialmente podem restringir a concorrência. No § 4.º do mesmo artigo fala-se em desconstituição do ato considerado (pelo SNDE) restritivo da concorrência. Isto esclarece o sentido da expressão validade utiliza-

da no *caput*. Trata-se de nulidade relativa e não absoluta. E, como tal, sanável. Dessa maneira, o simples fato de não haver registro não é suficiente para caracterizar a invalidade no plano civil e/ou administrativo. É necessário que o acordo produza efeitos práticos efetivamente restritivos. A decorrência lógica dessa afirmação é a extensão dos critérios excludentes de abuso às práticas definidas nos arts. 2.º e 3.º da lei, independente da existência ou não de registro, ou seja a adoção plena da regra da razão no sistema positivo brasileiro.

Com isso, ganham força critérios comparativos, como a forma de utilização do poder no mercado. É evidente, por exemplo, que se o acordo de preços servir apenas para garantir o equilíbrio em um mercado monopsonico ou oligopsonico, a prática será totalmente lícita.

Existem, porém, situações de mais difícil análise. Um critério razoável em qualquer caso para determinar a existência ou não de abuso parece ser a comparação entre os preços e os custos de produção. Parece bastante evidente que a venda e preços muito superiores aos custos é seguramente danosa ao consumidor e não pode ser justificada por objetivos positivos em relação ao mercado. O mesmo se pode dizer com relação ao *dumping*, venda abaixo do custo, onde pode presumir-se uma intenção de eliminar os competidores. Note-se que tal configuração pode ocorrer ainda que se trate de setor tabelado ou controlado pelo governo — prática em passado recente muito comum em setores dominados por grandes cooperativas (como o do açúcar e álcool, por exemplo). A imposição governamental de preços baseia-se nos custos fornecidos pelos produtores. Não havendo possibilidade de comparação dos custos, o agente que domina o mercado pode transmitir ao governo informações unilaterais, influenciando assim decisivamente na formação dos preços. Em todos os casos, só uma prova efetiva do

preenchimento dos requisitos do artigo 13 da nova lei parece ser suficiente para elidir a punição.

A cumulatividade das causas com relação às cooperativas deve ser interpretada com cautela. Sendo prevista em lei a possibilidade da existência da cooperativa de vendas, cujo objetivo é em si a formação de um acordo de preços, a indagação dos objetivos do acordo firmado não parece relevante com relação às cooperativas. Não parece portanto, que possa ser exigido o preenchimento do requisito “a” supra mencionado, sob pena de inviabilizar e desestimular tal forma societária — o que seria contrário ao art. 174 da Constituição Federal (sobre o problema constitucional v. *infra* item VI).

Outro problema importante decorre de um dos dispositivos da Lei 5.764. Trata-se do art. 88 que prevê a possibilidade de participação das cooperativas em sociedades não cooperativas.

O artigo prevê o caráter excepcional da aquisição, exigindo ainda mais a aprovação por parte do Conselho Nacional de Cooperativismo. A preocupação não é no entanto de natureza concorrencial. Tenta o dispositivo limitar ao máximo a amplitude das participações, de modo a não desnaturar a cooperativa. Por isso prevê que as participações só poderão ser assumidas em atividades complementares às cooperativas.

É evidente que a interpretação do termo complementares, à luz da *ratio* que lhe está subjacente, só poderia ser no sentido de admitir a participação em empresas cujas atividades pudessem servir à cooperativa, no sentido de facilitar a atividade dos cooperados. Só assim a cooperativa estaria agindo realmente como tal.

Constitui resultado pacífico do desenvolvimento da teoria sobre a concorrência de que as formas de integração vertical podem ser tão ou mais nocivas às formas horizontais de integração. As razões são óbvias: a integração vertical,

dando acesso direto ao produtor às fontes de matéria prima não como cliente mas como controlador (ou controlado), facilita tremendamente o *dumping*. Permite também, e isso concerne mais de perto o exemplo aqui citado, que o produtor da matéria prima possa influir sobre as decisões do maior cliente de seus concorrentes. As possibilidades de estrangulamento são portanto imensas.

A lei brasileira (Lei 8.158 de 8 de janeiro de 1991) estabeleceu um sistema que, desde que convenientemente aplicado, pode levar a bons resultados. Trata-se de fixar um patamar de influência sobre o mercado a que pode levar uma concentração — no caso 20% — exigindo que todos os contratos que permitam atingir esse patamar sejam registrados no órgão competente (Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico) — art. 13. Evidentemente o artigo refere-se mais diretamente aos acordos ou aquisições de controle que impliquem concentração horizontal. Não fazendo porém qualquer exceção à vertical, não há porquê não considerá-lo também aplicável a estas, principalmente quando qualquer das pontas, o produtor de matéria prima ou do produto final, já detiver parcela significativa do mercado. Essa dominação, que até então poderia ter se mostrado neutra do ponto de vista concorrencial, pode revelar-se abusiva com a concentração horizontal.

4. A concorrência interna

A concorrência interna, ou seja aquela estabelecida entre os cooperados ou entre cooperados e cooperativa apresenta aspectos de interesse para o direito concorrencial mais numerosos, decorrentes da própria natureza das sociedades cooperativas.

Característica peculiar da cooperativa de produção é substituir as funções mercadológicas dos cooperados. Os cooperados entregam seus produtos à cooperativa que se encarrega de nego-

ciar condições e preços com os clientes. A vantagem de um tal procedimento é óbvia e consiste no aumento do poder de barganha dos cooperados em conjunto. A concentração das vendas na cooperativa tem a desvantagem de romper ou dificultar o contato dos cooperados com o mercado.

Não é por acaso que os problemas surgem no momento em que o cooperado pretende sair da cooperativa. Nesse momento o pouco contato do cooperado com o mercado pode e é usado como instrumento de pressão para negociar condições de saída mais favoráveis à cooperativa.

Mas que interesses da cooperativa são esses? Tal afirmação parece incompatível com a feita acima a respeito da inexistência de um interesse próprio da cooperativa. É necessário aprofundar mais a questão. Pergunta-se: a igualdade absoluta de votos, independente da participação no capital da cooperativa, é suficiente para garantir absoluta neutralidade e uma posição de mero meio de transmissão da vontade dos cooperados? A resposta parece ser não.

Na verdade a peculiar estrutura da cooperativa se não permite um controle "ativo" de suas atividades, sem dúvida permite um controle do tipo "passivo". Com efeito, sendo os produtos via de regra rigorosamente iguais, ganhos de mercado só podem fazer-se por via de técnicas de marketing ou ganhos de produtividade. Quanto aos primeiros, estão completamente inibidos pela presença da cooperativa. Quanto aos ganhos de produtividade, quando não provenientes de tecnologia desenvolvida pela cooperativa, são normalmente por essa repassados aos demais cooperados.

Aqui mais uma vez um princípio em sua concepção muito positivo, que é a cooperação entre concorrentes para melhoria da produção e competitividade no mercado, pode ser usado para que o cooperado mais forte "controle" seus concorrentes, garantindo a manutenção

da situação de forças existentes e impedindo que estes ganhem novas fatias do mercado.

Tudo isso pode ser impedido através de uma conveniente aplicação da legislação concorrencial e societária.

Aplicar convenientemente a legislação concorrencial implica não admitir cláusulas, muito comuns em estatutos de cooperativas, que exijam notificação prévia de um ano para poder retirar-se da cooperativa. Uma exigência desse tipo importaria em limitação direta ao acesso de novas empresas ao mercado bem como criação de dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento de empresas, ferindo portanto cumulativamente os incs. II e XVI do art. 3.º da Lei 8.158, além de indiretamente ser contrária ao princípio constitucional que prevê que ninguém pode ser obrigado a associar-se ou manter-se associado (art. 5.º, inc. XX).

O motivo é simples: parece a essa altura evidente não poder-se atribuir ao princípio constitucional amplitude que permita considerar qualquer dispositivo que de qualquer forma limite a saída de associados como inconstitucional. Tal interpretação levaria por exemplo ao absurdo de ter de considerar a lista de hipóteses justificadoras do direito de retirada contida no art. 137 da Lei da S.A., como meramente exemplificativa e como absolutamente livre a retirada da sociedade. Nesse caso o direito de retirada se transformaria em eficaz substituto da venda das próprias ações e consequentemente em um excelente instrumento de especulação. Bastaria escolher o momento em que o valor patrimonial de uma ação está acima de seu valor de mercado, comprar ações em Bolsa e em seguida exercer o direito de retirada.

Parece evidente, portanto, que pressuposto fundamental para a discussão de eventual inconstitucionalidade decorrente de limitação ao direito de recesso é que esta seja acompanhada de restrição ao direito de negociar as quotas ou

ações. É o que ocorre na cooperativa: a inaccessibilidade da quotas decorre de previsão legal expressa (art. 4.º, IV da Lei n. 5.764).

5. O papel do direito societário no equilíbrio cooperativa-cooperado

Evidentemente, tais situações são patológicas e nelas nada mais se pode esperar que a atuação sancionatória do direito concorrencial.

A mera sanção não é porém suficiente. Faz-se necessário também a aplicação e interpretação de regras no sentido de manter o equilíbrio entre cooperativa e cooperados. Só assim será possível evitar os abusos daquela em relação a estes e ao próprio mercado.

Tal função preventiva compete ao direito societário. É o que a doutrina vem atualmente denominando de não neutralidade do direito societário do ponto de vista concorrencial.¹⁷ Se é verdade que este deve dar liberdade de tipos e formas, não se deixando condicionar por pressupostos político-econômicos do sistema concorrencial, também é correto afirmar que não devem ser incentivadas formas ou interpretadas regras no sentido de favorecer o desequilíbrio entre a cooperativa e seus cooperados. Um direito societário bem estruturado e interpretado, exatamente porquê concebido como um campo não estanque com relação ao direito concorrencial (ou não neutro), tem maior capacidade de ser neutro que o próprio direito concorrencial. Este último ou sanciona ou verifica previamente determinadas formas (a chamada atuação preventiva) através de órgãos de fiscalização e registro, selecionando as formas aceitáveis. Não é capaz, no entanto de influenciar a constituição de formas concorrencialmente desejáveis. Como formas concorrencialmente desejáveis definem-se aquelas que favoreçam o equilíbrio interno (entre cooperados e entre cooperativa e cooperado) e externo

(com clientes, fornecedores e concorrentes da cooperativa) da sociedade. Isto só pode ser feito pelo direito societário.

Na lei das cooperativas, podem ser encontrados pontos merecedores de crítica. O primeiro deles, já mencionado, é a possibilidade de assunção de participações de sociedades. Desempenhar funções de *holding* mista é evidentemente incompatível com a natureza da cooperativa. Se, como visto, sua principal característica é a ausência de interesse próprio não é possível atribuir-lhe atividade que exija atuação destacada dos interesses destes. Como *holding*, titular de participações é obrigada a evitar o conflito de interesse, votando no interesse da sociedade. Como cooperativa, deveria servir-se da atividade complementar da sociedade participada para servir os cooperados. O problema se torna mais grave ainda quando se observa o tratamento dado às inversões (v.g. dividendos) decorrentes dessa participação. Esses serão levados aos fundos de assistência técnica, educacional e social (art. 88, § único), ou seja, não distribuídos entre os cooperados. Por outro lado os cooperados foram chamados diretamente ou indiretamente a participar da compra, ou através da técnica mais comum do desconto direto ou através da utilização dos fundos para os quais contribuíram. Os cooperados são chamados a participar de uma aquisição que não resultará em lucro quer monetário quer econômico *latu sensu*, pois a empresa participada, se gerida sem conflito de interesses, deverá tratar a cooperativa como qualquer outro cliente ou fornecedor — o que, rigorosamente, torna desnecessária a sua compra por parte da cooperativa. A referida compra não pode, portanto, ser caracterizada como ato cooperativo,¹⁸ pois não serve aos objetivos sociais da cooperativa, i.e., prestar serviços e/ou proporcionar economias aos cooperados.

Uma correta interpretação da lei, no sentido não neutro *supra* definido que

nada mais traduz que uma exigência de justiça, impõe que se tirem as consequências lógicas, ainda que extremas, da prática de um ato não cooperativo. Existem algumas opções a serem analisadas. Uma primeira opção seria descaracterizar a atividade como atividade cooperativa. Isso só seria viável, evidentemente, caso a atividade principal assumisse caráter mercantil e não cooperativo.

No caso mais freqüente de prática de atos não cooperativos isolados surge o problema de como qualificá-los. Sendo a classificação dos atos comerciais e cooperativos subjacente e instrumental à definição tipológica da sociedade, a situação parece ser de impasse. É impossível descaracterizar o tipo societário por um ato isolado, não determinante da atividade como um todo. Por outro lado, aplicar a um ato isolado a disciplina das sociedades comerciais, mantendo para outros efeitos a caracterização tipológica da sociedade como cooperativa poderia levar a incoerências e incertezas. Poder-se-ia com efeito por em dúvida a própria utilidade do conceito de sociedade. Dar a desvios funcionais respostas em termos tipológicos, descaracterizando a sociedade como tal, importaria em por em cheque a própria utilidade do conceito de sociedade, que tem como base fundamental a agregação dos atos praticados.¹⁹

A teoria societária moderna desenvolveu uma resposta específica para esse tipo de situação, que permite a separação dos atos sem influir na caracterização tipológica. Trata-se da já mencionada teoria da desconsideração da personalidade jurídica (em seu sentido mais amplo mencionado acima). Por ela é possível imputar diretamente ao sócio e não à sociedade os atos não cooperativos, para os quais não deve subsistir aquele favor legal, decorrente do interesse cooperativo específico e consistente na personificação jurídica. Seria possível dessa maneira repartir diretamente entre os sócios participações em sociedades que desempenham atividades não complementares

ou qualquer negócio realizado com objetivos não cooperativos.

Os problemas com a caracterização do ato cooperativo não surgem apenas nas relações externas mas também nas internas. Dessa maneira é necessário dar resposta a outra prática irregular comum das cooperativas, lançar a débito dos demais cooperados dívidas assumidas para beneficiar um dos cooperados. Não sendo objetivo da cooperativa repartir prejuízos operacionais dos cooperados, ou seja não funcionando a cooperativa como caixa de compensação de receitas e despesas, o ato pelo qual a cooperativa reparte entre os cooperados o valor da dívida paga é não cooperativo. A dívida deveria ser diretamente imputada ao cooperado beneficiado em suas relações com a cooperativa e só dele poderia ser exigida. Trata-se, é verdade, de uma resposta societária que poderia também ser dada com base em princípios gerais do direito civil, que vedam por exemplo o enriquecimento sem causa. A resposta em termos societários, com imputação direta dos valores aos cooperados, tem porém a vantagem de dispensar a longa discussão sobre os critérios de correção das dívidas de dinheiro.

6. A questão constitucional

Rigorosamente a análise constitucional deveria preceder todas as anteriores. Nesse caso específico, pareceu interessante deixá-la para o final já que as disposições constitucionais representam a melhor contraprova de tudo que foi dito.

Tanto a repressão ao abuso do poder econômico quanto o apoio ao cooperativismo vêm previstos no cap. I do tit. VII (da ordem econômica e financeira) da Constituição. Em dispositivos sucessivos, respectivamente os artigos 173 § 4.º e 174 § 2.º. Todos subordinados aos princípios especificados no art. 170, entre eles a defesa da livre concorrência e o tratamento favorecido para as empresas de capital nacional de pequeno porte.

É decorrência direta da análise sistemática que, se o apoio ao cooperativismo representasse objetivo absoluto do sistema, deveria figurar entre os princípios gerais da ordem econômica do art. 170 e não como um parágrafo do dispositivo que regula a intervenção do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174). Na hierarquia de normas constitucionais, os mandamentos de execução se subordinam aos princípios.

E não poderia ser de outra forma. Se, como visto, o movimento cooperativista surgiu como forma de potencializar a atuação e eficiência do sistema econômico, não haveria como admitir sua utilização abusiva.

NOTAS

1. É por isso que P. Verrucoli vê na cooperativa uma representação do superamento da filosofia literal do capitalismo. Trata-se da correspondência a nível econômico da tendência a constituição de corpos intermédios a nível político: "La "scoperta" della società cooperativa in questi ultimi anni, come il rilancio delle forme di cogestione e autogestione, non é altro che uno dei frutti più appariscenti di una siffatta tendenza: como si vedrà meglio in seguito si può individuare in tale strumento, come in altri, un modo di rivitalizzazione della partecipazione attiva dei produttori all'economia e, per questavia, un momento di potenziamento del sistema economico generale" — "Associazionismo economico e cooperativismo: Considerazioni Generali", in *Revista de Direito Mercantil* n. 34 (abril/junho de 1979), p. 11 (12).

2. Foi com efeito na Inglaterra que se constitui a primeira sociedade organizada sob a forma cooperativa, a dos chamados *Equitable Pioners* de Rochdale, em 1844. É também inglesa a primeira regulamentação positiva das cooperativas: o Ato de 30 de junho de 1852 a respeito das *Industrial and Product Societies*. Na verdade o dispositivo se baseou na regulamentação ainda mais antiga, sobre as assim chamadas *Friendly Societies*, do ano de 1793. Segue-se a legislação alemã de 1867, fortemente influenciada pelo movimento cooperativo já a essa época forte na Alemanha e liderado por Schulze-Delitzsch. A idéia cooperativa influenciará mais tarde diretamente

Otto V. Gierke na formulação de sua *Genossenschaftstheorie*, e em conseqüência, por via indireta, todo o direito societário alemão — v. a respeito H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Band II — 19. Jahrhundert, München, Beck, 1989, pp. 130 ss.

3. Cf. T. Sampaio Ferraz Jr., “Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional”, in *Revista dos mestrandos em direito econômico da UFBA* n. 2, p. 65 (70).

4. A respeito da lei das sociedades anônimas, que não constitui objeto do presente estudo v. M. Carvalho, *A nova lei das sociedades anônimas, seu modelo econômico*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1977, p. 146.

5. Cf. W. Bulgarelli, “Cooperativa”, in *RT* 629 (março de 1988), p. 10 (12).

6. A diferença básica entre as duas teorias está em que para os institucionalistas o interesse social é algo superior ao interesse do conjunto de sócios. Não se trata mais de, como à época de Rathenau, atribuir à sociedade uma função pública, mas sim de reconhecer a existência de um interesse à manutenção da empresa, compartilhado por sócios e trabalhadores — para uma exposição completa da teoria v. P. J. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 20 ss. Para a corrente contratualista mais seguida hoje em dia o interesse social também vai definido em forma abstrata, como o interesse à maximização dos lucros — cfr. A. Gambino, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 216 e 232, v. no entanto contra, afirmando que o interesse social nada mais é que a somatória dos interesses dos sócios, podendo portanto ser desaplicado em caso de decisão unânime Jaeger, cit., p. 47.

7. Cf. T. Ascarelli, “Cooperativa e società, concettualismo giuridico e magia delle parole”, in *Rivista delle società*, 1957, pp. 398 ss.

8. Assim argumentando, toma-se posição na clássica polêmica Serick — Müller-Freienfels a respeito do fundamento da desconsideração da personalidade jurídica. O primeiro autor, partindo de um concepção unitária da personalidade jurídica, tenta explicar a desconsideração a partir de um raciocínio regra-exceção. Ou seja, a desconsideração só seria possível em caso de desaparecimento (decorrente de fraude) dos pressupostos que justificam a existência da personalidade jurídica — v. R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischen Personen*, Tübingen-Berlin, Mohr-de Gruyter,

1955, p. 24. Já Müller-Freienfels vê na pessoa jurídica um conceito relativo, instrumento de atribuição de normas, e conseqüentemente em sua desconsideração uma mera técnica de aplicação de normas (*Regelungstechnik*), que permite dar valor diferenciado a conjuntos normativos diversos “Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatrecht” in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1957, p. 522 ss. A conseqüência, é que a técnica da desconsideração passa a ser usada não apenas para imputar responsabilidade, mas também para atribuir comportamentos e aplicar determinados conjuntos normativos ao sócio e não à sociedade. Trata-se da chamada *Zurechnungsdurchgriff* — v. a respeito desses efeitos aplicativos V. Emmerich in *Scholz Kommentar zum GmbH Gesetz*, 7.ª ed., Köln, Schmidt, 1986, § 13, Rdn. 80. No Brasil ainda predomina, principalmente na jurisprudência a teoria de Serick, motivo pelo qual os casos de admissão da *Zurechnungsdurchgriff* são ainda raros — um exemplo é o citado por F. K. Comparato, *O poder de controle na sociedade anônima*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 285. Na decisão citada o interesse em proteger o proprietário levou à equiparação da sociedade ao sócio que detém o controle, para fins de aplicação do art. 8.º, e da Lei de Luvas.

9. Cf. a jurisprudência do CADE, majoritária no sentido de extinguir os processos administrativos sem julgamento de mérito com base no referido art. 6.º, in J. I. Gonzaga Franceschini, J. L. V. de Azevedo Franceschini, *Poder econômico: exercício e abuso — direito antitruste brasileiro*, S. Paulo, RT, 1985, p. 45 e ss.

10. Cf. CADE, processo administrativo n. 7 de 25 de maio de 1971 in Franceschini, cit., p. 56.

11. Não parece admissível sustentar que o art. 6.º da lei anterior continua em vigor. Em primeiro porquê é o próprio art. 23 da Lei n. 8.158 que prevê que serão mantidas em vigor as “normas definidoras de ilícitos e sanções da Lei n. 4.137”. A *contrario sensu* deve-se entender que todas as regras que não se referam a esses dois pontos, ainda que sobre a matéria não haja regulamentação diversa estão revogadas. A reforçar essa opinião existe o fato que a referida regra do art. 6.º constituía dispositivo absolutamente excepcional em relação ao sistema brasileiro. É hoje pacífico para a doutrina comercial que o lucro não faz parte do conceito de empresa, calcado isso na noção de atividade econômica (o perfil funci-

onal de Asquini) — cf. W. Bulgarelli, *A teoria jurídica da empresa*, S. Paulo, RT, 1985, p. 175, v. também p. 445 e ss., onde o autor, analisando a classificação das cooperativas no projeto de Código Civil, destaca seu caráter empresarial, destacando porém a necessidade de análise caso a caso da atividade realizada. Aliás mesmo nas definições tradicionais, como os famosos perfis de Asquini o lucro não aparece em nenhum momento — A. Asquini, "Pofili dell'impresa", in *Rivista del diritto commerciale*, 1943, I, p. 1.

Hoje em dia a noção de lucro tende a ser abandonada até mesmo para fins de definição de comerciante, servindo no máximo como critério negativo, ou seja, como meio de afastar a caracterização de comerciante (ou seja, o lucro para a noção de comerciante é elemento necessário mas não suficiente).

Por outro lado, a inserção da noção de lucro no conceito de empresa não estaria em consonância com a moderna tendência legislativa brasileira. O estatuto da microempresa (Lei n. 7.256 de 27.11.84) considera, em seu art. 2.º, empresa todas as pessoas jurídicas e firmas individuais. Aí incluem-se, portanto, todas as sociedades civis, inclusive as cooperativas.

12. Cf. CADE, processo administrativo n. 21 de 5 e 29 de março de 1982, v. também o voto vencido do conselheiro Wanor Pereira de Oliveira in Franceschini, cit., p. 44.

13. V. P. Arceba e D. Turner, *Antitrust Law, Problems, Text, Cases*, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 1988, p. 123. Admite-se também a exclusão da fiscalização por parte do órgão de controle, quanto a regulamentação pela agência especial "is so pervasive that the courts infer that the Congress must have intended the industry to be supervised by the regulators rather than by the antitrust laws" Este não é o caso nos EUA das cooperativas, como não é também, evidentemente, no Brasil.

14. Cf. Sampaio Ferraz Jr, cit., p. 72.

15. Cf. B. M. Shieber, *Abusos do poder econômico — Direito e experiência anti-truste no Brasil e nos EUA*, S. Paulo, RT, 1966, que após descrever diversa manifestação da regra da razão nos anteprojetos à Lei 4.137 conclui: "malgrado esta história legislativa de lei anti-

truste, cabe-nos frisar que o substitutivo da Comissão de Finanças, que passou a ser lei vigente, não contém qualquer preceito que possa servir como uma regra da razão".

16. Cf. CADE, processo n. 20.620/68, de 5 de dezembro de 1968 in p. 73; v. também Shieber, op. loc. ult. cit., para o qual, tendo em vista a história legislativa brasileira, a regra da razão deveria ser introduzida pela "interpretação administrativa", acatada pelo Poder Judiciário.

17. Cf. B. Grossfeld, *Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär*, Tübingen, Mohr, 1968, p. 190, que afirma: "die Eingriffsintensität eines besondern Antitrust Gesetzes braucht nicht so stark zu sein, es entstehen weniger Anlässe zum Einschreiten, wenn die Konzentrationshemmenden Kräfte in der Aktiengesellschaft voll zum Zuge kommen". A preocupação é, na realidade, não atribuir excessivos poderes, passíveis de utilização discricionária aos funcionários administrativos, motivo pelo qual o mesmo autor afirma que o direito concorrencial deve estar no fim e não no começo da linha de intervenções estatais (p. 189).

18. A referência a ato cooperativo é feita para diferenciá-lo do ato de comércio. Admite-se como ato cooperativo em sentido lato, todo ato interno ou externo que tenha por objeto o cumprimento dos objetivos sociais. Com isso fica claro que tal ato não constitui ato cooperativo *stricto sensu*, tal qual definido na lei e na doutrina. Segundo o art. 79 da Lei 5.764 o ato cooperativo típico é o ato praticado entre a cooperativa e seus associados ou entre cooperativas. Trata-se daquilo que na doutrina vem qualificado como negócio fim, consistente no "fornecimento de bens ou utilidades ao associado" — cfr. W. Franke, *Direito das Sociedades Cooperativas*, S. Paulo, 1972, p. 24.

19. Uma tal opção seria problemática também do ponto de vista prático. Com efeito, em função dos incentivos fiscais existentes para a atividade cooperativa, seria necessário examinar item por item da atividade realizada e repartir o balanço entre atos cooperativos e não cooperativos para fins de apuração da base de cálculo e fixação de alíquotas.