

A LEGALIDADE CONCORRENCIAL DAS FARMÁCIAS
MANTIDAS POR COOPERATIVAS MÉDICAS:
ANOTAÇÕES À DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO BRASIL, DE 16 DE MAIO DE 2016

*THE COMPETITIVE LEGALITY OF PHARMACIES
KEPT BY MEDICAL COOPERATIVES: ANNOTATIONS
TO THE DECISION OF THE SUPERIOR COURT
OF JUSTICE OF BRAZIL, MAY 16, 2016*

RONALDO GAUDIO* - ENZO BAIOCCHI**

* Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogado. Mestrando em Direito, na linha de pesquisa Desenvolvimento, Regulação, Concorrência e Inovação pela Universidade Cândido Mendes. MBA em “*Business Law*” pela FGV. Presidente do IBECOOP – Instituto Brasileiro de Estudos em Cooperativismo. Email: gaudio@gn.adv.br. Correio postal: Av. Rio Branco, nº 151, gr. 603, Centro, Rio de Janeiro/RJ – Brasil. CEP: 20.070-022.

** Professor Doutor de Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado e consultor no Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München, Alemanha. Email: enzo.baiocchi@direito.ufrj.br. Correio postal: Faculdade Nacional de Direito (UFRJ), Rua Moncorvo Filho, nº 8, Centro, Rio de Janeiro/RJ – Brasil. CEP: 20.211-340.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, objeto desta breve anotação¹, revisita a divergência acerca da possibilidade de sociedades cooperativas constituídas por médicos poderem registrar e manter farmácias em seu nome, fornecendo medicamentos a preço de custo para seus membros e para utentes de seus serviços. Além de se tratar de decisão mais recente na matéria em questão, evidencia a consolidação de entendimento da corte com base nos precedentes que menciona.

Os precedentes, que foram citados na decisão ora comentada, igualmente priorizam a não aplicação da vedação constante do artigo 16, alínea “g” do Decreto nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932, que regula o exercício de algumas profissões ligadas à saúde, dentre elas a farmacêutica e medicina. A despeito do referido artigo estar mais relacionado à dimensão ética da profissão do médico, vedando que este faça parte de sociedade empresária que explore o mercado de produtos farmacêuticos ao mesmo tempo em que exerça a medicina, a decisão inclui fundamentos como a inexistência de concorrência desleal pelo fornecimento a preço de custo e até por um suposto não enquadramento das sociedades cooperativas no conceito jurídico de empresa.

Neste segundo contexto, o entendimento merece um refinamento, qual seja a possibilidade do exercício da empresa pelas sociedades cooperativas. Apesar de poderem ostentar o elemento de empresa, que as caracterizaria como sociedades empresárias (artigo 982, *caput*, Código Civil brasileiro - CCB), as cooperativas não o serão por expressa exclusão legal. Isso porque, de acordo com o CCB, a sociedade cooperativa é considerada sempre uma sociedade do tipo simples (i.e. de natureza civil, não empresarial), independentemente do seu objeto (parágrafo único do mesmo artigo 982). Surpreende o equívoco de somente se conceber o exercício capitalista da atividade econômica ainda presente na doutrina (e.g. TAVARES BORBA, J. E., *Direito Societário*. 14ª ed., São Paulo, Atlas, 2015, p. 9).

De longa data, a doutrina do Direito Comercial com tradição em matéria de cooperativismo aponta que o propósito econômico pode não ser o lucro (BULGARELLI, W., *Concentração de empresas e direito antitruste*. São Paulo, Atlas, 1997, p. 59). Há autores, como Ulhôa Coelho (ULHÔA COELHO, F., *Manual de Direito Comercial*. São Paulo, Saraiva, 2013, pp. 31-36 e 40), que já retificaram sua compreensão a esse respeito. Assim sendo, as cooperativas, por não existirem para distribuir excedentes ao capital, não atuam com interesse econômico pró-

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.587.788, Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento em: 16 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=61144216&num_registro=201600514515&data=20160520&formato=PDF>. Acesso em: 18 jun. 2017.

prio, mas atuam no interesse econômico e social de seus membros – sendo esta sua finalidade, ao invés do lucro. Sob uma perspectiva mais precisa, a questão importante para consideração do STJ não repousaria numa ausência de caráter empresarial ou comercial das cooperativas, mas na forma como essas sociedades exploram atividade empresarial.

A esse respeito, inclusive, é válido explicitar que os trabalhadores ou consumidores que se tornam sócios das sociedades cooperativas exercem o direito fundamental relacionado à livre iniciativa, mas o fazem sob o perfil desse modelo econômico distinto, caracterizando a livre iniciativa cooperativista (GRAU, E. R.. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 2000). Eros Roberto Grau, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal brasileiro, reconhece o diferencial estrutural próprio das atividades das cooperativas como caracterizante de uma forma típica de exercício de atividade econômica recepcionada na ordem constitucional brasileira. Mais que recepcionada, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CFRB) vincula o Estado no sentido de se abster de interferir no livre funcionamento das cooperativas (artigo 5º XVII e XVIII), além do dever de fomentar o cooperativismo (artigo 174, § 2º), que constitui um dos princípios gerais da atividade econômica previstos na CFRB.

Esses parâmetros são importantes para análises que procuram averiguar se o modelo de negócios de uma cooperativa estaria a projetar uma prática anticoncorrencial. É o caso da decisão em comento, que afirma ser a venda de medicamentos a preço de custo incapaz de induzir “concorrência desleal”. Sob uma perspectiva do Direito Cooperativo (e do Direito da Concorrência, certamente), não é em razão de uma suposta ausência de caráter empresarial que o ilícito concorrencial deixaria de se configurar. *In casu*, o exercício da atividade cooperativa envolve o fornecimento de bens sem propósito lucrativo, induzindo naturalmente que possam ser entregues a preço de custo, seja para o consumo de seus sócios, seja para o dos utentes dos planos de saúde.

O exercício da atividade cooperativa, ausente de lucros no fornecimento de medicamentos, faz naturalmente que os mesmos sejam entregues a preço de custo, seja para o consumo de seus sócios, seja para os utentes dos planos de saúde. Há aproveitamento econômico nesse modelo, ainda que não sob a forma de lucro, para os seus membros, mas não para a cooperativa. Numa cooperativa que procura realização de atos de consumo com seus sócios, o lucro suprimido redundaria em menores preços para o consumidor cooperado; naquela em que o cooperado trabalha, a supressão do lucro tem por objetivo produzir remuneração ou condições gerais de trabalho ao sócio.

Esses vetores estruturais envolvem a geração de um regime jurídico próprio, pois reordenam sobre sua própria metodologia os elementos econômicos (fatores de produção), estabelecendo relações próprias e diferenciadas entre as pessoas envolvidas, especialmente entre as cooperativas e os seus sócios. No Brasil, a

chamada “Lei Geral de Cooperativas – LGC” (Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que definiu a Política Nacional de Cooperativismo e instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas) recepcionou, de forma pioneira, as relações jurídicas típicas das cooperativas como uma modalidade de negócio jurídico próprio, ou seja, o ato cooperativo (regulado pelo artigo 79, LGC). A especificidade do regime dos negócios nas cooperativas foi também recepcionada pela CFRB, quando reconheceu a necessidade de um “adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas” (artigo 146, III, “c”, CFRB).

O tratamento jurídico adequado, ademais, está intimamente ligado com o estímulo ao segmento, ambos vinculantes para o Estado pela CFRB. O tratamento incompatível (incongruente) com essa estrutura diferenciada é desestimulador. Sendo o apoio e estímulo impostos pelo texto constitucional, passam esses elementos a integrar o próprio sentido de adequação do regime jurídico das cooperativas no Brasil. Lei que desestime o cooperativismo é inadequada ao regime jurídico das cooperativas brasileiras e é explicitamente inconstitucional. Esta evidente interdependência entre estímulo e regime jurídico compatível é explicitamente o padrão reconhecido inclusive em outras constituições, tais como na Espanha (FAJARDO GARCIA, I.G., Chapter 33 – Spain, *International Handbook of Cooperative Law*. Berlin: Springer, 2013, pp. 703-704) e Itália (FICCI, A., Chapter 22 – Italy, *Idem*, p.481). Portugal possui a Constituição que mais dedicou dispositivos ao reconhecimento do regime das cooperativas, chegando a incorporar a principiologia do cooperativismo (NAMORADO, R. Chapter 29 – Portugal, *Idem*, pp. 636-638). Conquanto não tenha recepcionado explicitamente no texto legal o ato cooperativo como espécie própria de negócio jurídico, a doutrina o considera o “núcleo específico das práticas cooperativas” (NAMORADO, R. *Cooperatividade e direito cooperativo - estudos e pareceres*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 96).

Vaticina a doutrina que a finalidade das cooperativas, ausente de objetivo de lucro, é elemento estruturante desse regime jurídico e integrante da própria identidade das cooperativas (APARÍCIO MEIRA, D. A. *O regime económico das cooperativas no direito português: o capital social*. Porto: Vida Económica, 2009, pp. 39-57). Portanto, negar a regularidade dessa estruturação própria cooperativista para a formação de preços é negar a própria vigência desse regime jurídico farramente recepcionado em distintos ordenamentos jurídicos. E mais, seria negar a livre iniciativa aos consumidores e trabalhadores organizados em cooperativas.

Não é factível analisar esse regime sob uma perspectiva imprópria, como uma forma ordinária de incursão capitalista no mercado, e sim sob sua perspectiva peculiar (FORGIONI, P. As sociedades cooperativas no Brasil: muito além dos preconceitos e das questões tributárias. In: CRACOGNA, Dante (coord.), *Congreso Continental de Derecho Cooperativo*. Buenos Aires: Intercoop, 2014, pp. 57-60). Analisados sob premissas inadequadas, os preços nas cooperativas tenderão a ser identificados, por exemplo, como preços predatórios, ainda que eles não decorram

de artificialidades, mas de sua natural forma de organização dos elementos econômicos, do seu método de exploração da atividade econômica.

Essas sociedades, assim sendo, não desafiam a configuração de ilícitos concorrenciais *per se*. A rigor, uma das virtudes na doutrina do cooperativismo é o estabelecimento do preço justo para remuneração do trabalho ou para o bem ou serviço consumido – livre do impacto econômico da intermediação especulativa (GIDE, C. *O cooperativismo*. Brasília: Confedbrás, 2008, pp. 93-94) –, favorecendo a concorrência.

Outro elemento essencial das cooperativas costuma produzir polêmica em matéria de concorrência: a cooperação – o elemento comportamental que justamente o designa o nome do modelo cooperativismo.

A cooperação em geral é fato inerente à vida social e é empregada tanto para fins reprimidos quanto fomentados ou simplesmente aceitos pelo Direito. No caso da cooperação estruturada sob a metodologia do cartel, tem-se uma conduta contrária e reprimida pelo Direito Concorrencial (SALOMÃO FILHO, C., *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 295), pois gera poder no mercado e, portanto, efeitos negativos para a concorrência e para o próprio desenvolvimento. No caso do cooperativismo, ao contrário, a ordem constitucional estimula e apoia essa forma de cooperação. Assim, a cooperação neste modelo tem a finalidade própria das cooperativas, benéficos ao desenvolvimento e, sendo, portanto, apoiada e estimulada pela ordem econômica constitucional. Fomentada pelo Direito, essa cooperação também possui características próprias. Não é uma cooperação qualquer, senão aquela cooperação entre sócios de uma sociedade específica em que consumirão ou trabalharão. Trata-se de fato econômico que produz consequências jurídicas correspondentes, na medida em que impõe um comportamento adaptado dos seus membros (BENEVIDES PINHO, *Economia e cooperativismo*. São Paulo: Saraiva: 1977, 2ª pg da Introdução).

Essa cooperação contempla estudos em diferentes campos do conhecimento (Sociologia, Economia, Direito, Psicologia), sendo, provavelmente o elemento mais rico e mais axiológico do cooperativismo (GAUDIO, R C. Desenvolvimento econômico e cooperativismo: fundamentos e desafios para implementação do art. 174, §2º, da Constituição Federal, a partir das características essenciais das sociedades cooperativas. In: MIRANDA, J. E. *et al* (coord.). *Ordem econômica constitucional: compreensão e comparativo da ordem econômica na Constituição de 1988 com outros sistemas jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 533-535).

No campo da Economia, esse padrão de cooperação é econômico, estabelecido entre consumidores ou trabalhadores com objetivos comuns, que se fazem “donos” do negócio, sócios da sociedade cooperativa que agirá no interesse deles, realizando suas aspirações de consumo ou de trabalho, sem caráter especulativo próprio. A cooperação com tal identidade pode ser tipificada como “cooperação

cooperativa” (BENECKE, D. W., *Cooperação e desenvolvimento. O papel das cooperativas no processo de desenvolvimento econômico nos países de terceiro mundo*. Porto Alegre: Coorjornal, 1980, p. 82). Não se trata de uma cooperação com a finalidade ilícita, reprovada pelo Direito, típica de práticas colusivas.

No cooperativismo, também a cooperação cooperativa pode redundar em concentrações horizontais ou verticais (BULGARELLI, W., *Op. cit.*, p. 59), pois se estabelecem não só entre pessoas físicas inseridas em uma mesma estrutura empresarial (arts. 3º, 4º e 79, LGC). Também se manifesta de forma típica por cooperativas entre si, com a mesma atividade econômica e finalidade (concentração horizontal) ou hierarquizando a operação para torná-la viável, para obter ganho de escala, mais eficiência, para beneficiamento de produtos, para eliminar intermediários, entre outros interesses, tudo de acordo com o modelo de negócios (concentração vertical). Estas hipóteses acontecem, respectivamente, entre cooperativas que se cooperam entre si para operarem cada uma em distintos mercados relevantes geográficos, ou através da associação de cooperativas de primeiro grau às centrais ou confederações de cooperativas. Ambas são realizações de ato cooperativo, previsto no art. 79, LGC.

A pulverização de cooperativas como agentes econômicos distribuídos em distintas localidades (ao invés da constituição de uma única pessoa jurídica de grande porte e com atuação nacional) é característica típica desse modelo. Por um lado, sendo um modelo de sociedade constituída pelos próprios consumidores e trabalhadores cooperados, a cooperativa costuma ter limitações de capital inicial, dedicando-se mais a empreendimentos locais ou inicialmente menos expansivos. Além, como modelo de empreendimento democrático, a lei costuma restringir a área de admissão de sócios à capacidade de reunião dos mesmos junto ao centro decisório (no Brasil, artigo 4º, VI e XI, LGC). Assim, cooperação entre cooperativas (“intercooperação”) é o método pelo qual as cooperativas costumam conseguir formar grandes redes ou sistemas de cooperativas, com perfeita recepção legislativa (especialmente nos artigos 6º, incisos II e III e 79, LGC).

Não analisar, compreender ou tutelar essas manifestações da cooperação pela perspectiva própria do modelo cooperativista significa também desconsiderar o seu regime jurídico. Como demonstra vivamente a doutrina, é “diluir a especificidade cooperativa” produzindo uma “inútil renição a lógicas alheias” (NAMORADO, R. *Horizonte Cooperativo – política e projecto*. Coimbra: 2001, p. 34). O impacto concreto dessa perspectiva inapropriada é a perda de oportunidades de desenvolvimento.

Veja-se que, ao contrário daquelas colusões vocacionadas para a produção de efeitos anticoncorrencias – ilícitos –, a cooperação cooperativa tem finalidade própria e que, além de lícita, é apoiada pelo Direito, na medida em que está inclinada a produzir importantes diferenciais de superioridade para o desenvolvimento socioeconômico sustentável, manifestando-se em dimensões macroeconômicas,

meta econômicas e de interesse individual dos consumidores e trabalhadores cooperados (BENECKE, D. W., *Op. cit.*, pp. 109-134). Não é por outra razão que as constituições prescrevem o estímulo ao modelo, pois ele se alinha com vantagem aos objetivos da ordem econômica. Não é também por mero acaso que, no Brasil, a defesa da livre concorrência, a repressão ao abuso do poder econômico e o estímulo ao cooperativismo figuram no mesmo capítulo na Constituição Federal, como instrumentos para atingir a finalidade da ordem econômica (artigos 170, inciso IV; 173, § 4º; e 174, § 2º, CRFB).

Considerando que a ilicitude das práticas restritivas à concorrência se caracteriza pelos efeitos negativos à ordem econômica e, em contrapartida, diante dos efeitos esperados do cooperativismo, não deve militar em seu desfavor qualquer presunção de que seu exercício seja um ilícito *per se*. Pelo contrário, ele tende a ser favorável ao desenvolvimento, objetivo último da ordem econômica e da disciplina antitruste. No Brasil, assim como na abordagem preponderante na Europa, a legislação antitruste possui caráter instrumental, não sendo a concorrência um fim em si, senão um instrumento para o desenvolvimento (FORGINI, P. A., *Fundamentos do antitruste*. 8ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 186-188).

A rigor, as cooperativas são conhecidas pela correção dos efeitos deletérios do capitalismo concorrencial (FORGINI, *Op. cit.*, 2014, p. 59-60). Trata-se, inclusive, de um importante instrumento de política pública utilizado na atualidade, por meio da abertura das cooperativas de crédito ao mercado financeiro [(MEINEN, E. e GAUDIO, R. C., “Sobre o diferencial estrutural e desafios das instituições financeiras cooperativas no ambiente regulatório brasileiro”. BAID 49 (2015), p. 137-179 (142)].

De tal maneira, o diálogo das fontes pode se estabelecer em nível constitucional a partir do desenvolvimento. O Sistema de Defesa da Concorrência, como regime geral, comporta sua harmonização necessária com microssistemas e regimes especiais (FORGINI, P. A. *Op. cit.*, 2015, p. 201-211), como é o das cooperativas.

Mesmo em caso de eventual constatação de práticas restritivas à concorrência, o Direito Antitruste brasileiro, por seu caráter instrumental, contempla a possibilidade até mesmo da não aplicação da Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste), quando relevante para aplicação de uma política econômica (Idem, p. 190) vantajosa como o fomento às cooperativas².

² A esse respeito, cabe lembrar que a Organização das Nações Unidas tem preconizado que os governos favoreçam as cooperativas por sua aptidão para o desenvolvimento sustentável. Vide: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=54390#.WUXeumjyuUm>> Acesso em 17 jun 2017.