

POLÍTICA CONSUMERISTA, POLÍTICA ANTITRUSTE E AS COOPERATIVAS NO BRASIL¹

Amanda Flávio de Oliveira²

I – INTRODUÇÃO



presente artigo pretende promover uma reflexão sobre a situação das cooperativas no Brasil, no que concerne à sua possível (ou não) sujeição às normas consumeristas e antitrustes nacionais.

Para tanto, inicia-se com uma breve explanação sobre a história e o momento atual das políticas públicas que guiam a temática do consumo e da concorrência em nosso país, para, ao final, inserir a regulação ou regulamentação das cooperativas nesses contextos.

II – REFLEXÕES SOBRE A POLÍTICA CONSUMERISTA NO BRASIL

Não é possível compreender o estágio atual da exitosa política brasileira de proteção ao consumidor sem se conhecer suas origens.

O amplamente referido “êxito” da política brasileira de proteção do consumidor decorre do inafastável reconhecimento

¹ Texto base de palestra proferida em 09 de outubro de 2013, no “Congresso Continental de Derecho Cooperativo” ocorrido em Guarujá, Brazil. A autora agradece, honrada, o convite para participar do importante evento ocorrido em Guarujá, que congregou estudiosos e interessados no relevante tema do cooperativismo e que contou com brilhantes participantes, tanto na condição de conferencistas, quanto de painelistas e assistentes.

² Diretora da Faculdade de Direito da UFMG. Doutora, Mestre e Especialista em Direito Econômico pela UFMG. Professora dos cursos de graduação e pós-graduação da mesma Faculdade. Advogada militante.

de se tratar de um cenário em que se verifica a existência de uma lei amplamente aceita, com considerável nível de eficácia, e que contribuiu para uma sensível mudança de mentalidade do povo, independentemente de nível de escolaridade, formação ou capacidade econômica. Por intermédio do CDC, Código de Defesa do Consumidor, ampliou-se e sedimentou-se, em curto espaço de tempo, a concepção de cidadania, tão valorizada no contexto da promulgação da Constituição de 1988.

Não foi sem razão a ampla e relativamente fácil aceitação geral dos termos, deveres e responsabilidades advindos do CDC. Em primeiro lugar, porque, mesmo aqueles que se submeteriam à lei, e, portanto, passariam a deter tais deveres e responsabilidades, em algum outro momento, também por ela seriam resguardados, dado o fato inarredável de que consumidores são todas as pessoas.

Em segundo lugar, porque a lei não surgiu por acaso, nem constituiu uma imposição legislativa oficial. Na realidade, seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro representou apenas um dos passos de um amplo movimento social iniciado duas décadas antes no Brasil, com a organização espontânea da sociedade em torno da temática do consumo. Foi na década de 1970 que surgiram os primeiros órgãos administrativos responsáveis pela proteção do consumidor no Brasil, os “Procons”, hoje em torno de 700 (setecentos), espalhados por todo o território nacional. Foi na mesma época que surgiram, no âmbito do Ministério Público, as Promotorias Especializadas, assim como também despontavam, no mesmo período, entidades civis voltadas para a mesma temática³.

A consagração da matéria no âmbito da Constituição de 1988, a primeira a conter, em seu texto, referência aos direitos dos consumidores e à necessidade de sua tutela (artigos 5º e

³ O assunto foi mais detalhadamente desenvolvido pela autora em: OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – Histórico. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 44, out-dez 2002, p. 97-105.

170 da CR/88), significou, tão-somente, a sensibilidade do Constituinte a essa demanda social. E a aprovação do CDC, em 1990, em cumprimento a um comando constitucional nesse sentido, confirmou o processo de inauguração de uma nova era de direitos no Brasil.

Desde então, o cenário brasileiro na matéria é de consolidação e amadurecimento. Vencidas algumas resistências naturais iniciais, principalmente por parte do Judiciário, até então acostumado a uma outra abordagem do contrato pelo Código Civil, o CDC se firmou e as entidades envolvidas deslancharam. De uma fase inicial de afirmação de direitos básicos, evoluiu-se até a abordagem de temas mais complexos de consumo.

É nesse contexto que, atualmente, mais de 20 anos após a entrada em vigor da lei, encontra-se em andamento o propósito de promover a sua modernização.

Um primeiro passo evidente no sentido de uma revisão da política nacional de defesa do consumidor para sua modernização consistiu na recente criação da Senacon – Secretaria Nacional do Consumidor – no âmbito do Ministério da Justiça. Até maio de 2012, o órgão máximo da estrutura federal de proteção do consumidor consistia em um Departamento (DPDC – Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor), hoje integrante da estrutura da Senacon. A criação de uma Secretaria para esse fim, além de elevar o *status* da política federal, fortalece a instituição, dotando-a, inclusive, de maiores recursos financeiros.

A Senacon, cujas atribuições constam do próprio CDC, tem, entre outros, o relevante papel de orientar e coordenar todos os Procons e aperfeiçoar as políticas regulatórias⁴.

Outra medida claramente vocacionada para a modernização da lei consiste na propositura de Projetos de Leis voltados a temáticas pontuais e sensíveis, no intuito de aperfeiçoar e

⁴ Saiba mais sobre a SENACON no site institucional da Secretaria constante do seguinte endereço eletrônico: www.mj.gov.br

atualizar o texto do CDC.

Tramitam no Senado, atualmente, três Projetos de Lei para esse fim: PLS 281/2012, versando sobre *e-commerce*, PLS 282/2012, versando sobre ações coletivas e o PLS 283/2012, que versa sobre superendividamento. O propósito dos PLSs está voltado à garantia da contemporaneidade da lei, consideradas as novas formas de consumo surgidas desde a elaboração do CDC. Em essência, no entanto, as alterações não são de todo necessárias. É que o conteúdo da lei, sustentado em bases principiológicas, não corre o risco de se desatualizar. Nos termos do CDC, uma vez detectada a existência de uma relação de consumo, na forma da lei, e presente um consumidor, assim também considerado pelas normas aplicáveis, haverá, necessariamente, *vulnerabilidade*, e, por consequência, a garantia de sua aplicação ao caso.

Portanto, mesmo que se alterem as relações jurídicas de consumo e suas formas de realização, mesmo que se criem novos produtos ou serviços, a lei sempre estará atual, porque ela só requer a existência de um consumidor na relação jurídica posta para que todos os direitos ali garantidos se apliquem.

A pretensão dos PLSs, nesse contexto, é apenas o de abortar qualquer dificuldade ou interpretação tendenciosa a afastar a aplicação do CDC em situações alarmantes e graves, como as três temáticas escolhidas. Constitui, assim, mais uma manifestação de zelo e propósito de detalhamento que, propriamente, uma inovação ou ampliação de direitos.

III – REFLEXÕES SOBRE A POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA

Não se questiona o fato, inexorável, de que as políticas consumerista e antitruste de um país constituem políticas convergentes e que devem ser assim conduzidas. Ambas versam (ou deveriam voltar-se) para o melhor funcionamento possível

do mercado, de forma a proporcionar uma competição mais sadia, melhores produtos e serviços, assim como melhores preços. Da mesma forma, deveriam contribuir, conjuntamente, para um maior acesso ao consumo por parte das pessoas. Melhores produtos representam investimento em tecnologia e inovação. Competitividade representa melhores produtos e serviços e melhores preços.

As histórias independentes de cada uma dessas políticas no Brasil talvez expliquem seus desenvolvimentos em descompasso. Como dito, as normas e entidades brasileiras de defesa do consumidor surgiram no intervalo de 1970 a 1990, fortemente movidas por um anseio popular nesse sentido. A política brasileira de defesa da concorrência, ao seu turno, é mais antiga e remonta à Constituição de 1946. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, principal ente público responsável pela aplicação da lei em âmbito administrativo, data de 1962. A difusão da cultura da concorrência no país, no entanto, somente conheceu passos mais firmes bem mais recentemente e, ainda hoje, encontra-se afastada da população leiga em geral.

É evidente que a temática do consumidor possui, em si, um apelo popular que explica parte de sua maior notoriedade. Entretanto, esse desnível de grau de aceitação e consolidação existente entre ambas as políticas decorre de outros fatores, e que merecem menção.

Até o início da década de 1990, o cenário político-econômico brasileiro estava longe de autorizar uma política séria de proteção da concorrência. Foi apenas após a estabilização da moeda, a política de privatizações, a superação do instrumento do tabelamento oficial de preços e a abertura da economia brasileira, que as autoridades incumbidas da política antitruste se viram em condições de promover um trabalho mais consistente.

Nesse contexto, a consagração da defesa da concorrência como princípio informador da Ordem Econômica na Constitui-

ção de 1988 (art. 170) e a promulgação de uma nova Lei, de número 8.884/1994, que transformava o CADE em autarquia, contribuíram sensivelmente em termos de propiciar instrumentos e instituições necessárias para o desenvolvimento da política.

Passados quase vinte anos da entrada em vigor da Lei n. 8.884/1994, ela, sim, encontrava-se em total descompasso com a realidade que se propunha a reger. Alguns anos antes de completar duas décadas, ela foi substituída por um diploma mais adequado para os tempos atuais: a Lei n. 12.529/2011.

É de se constatar, portanto, que, tal qual sua política irmã, a defesa do consumidor, as leis e instituições antitruste brasileiras encontram-se em revisão. O CADE, na nova lei, foi sensivelmente fortalecido em termos estruturais e de pessoal. Novos mecanismos de ação, como o controle prévio de atos de concentração, foram admitidos. Novas prioridades foram estabelecidas, entre elas, destaca-se o já por diversas vezes anunciado foco primordial nas condutas empresariais, em detrimento do protagonismo por vezes assumido pelo controle de atos de concentração, entre eles, fusões e incorporações⁵.

IV – POLÍTICAS CONSUMERISTA E CONCORRENCIAL: CONVERGÊNCIA OU ATRITOS?

Se, como se afirmou anteriormente, as políticas consumerista e concorrencial possuem (ou deviam possuir) diversos traços de convergência e confluência de esforços, a verdade é que, especialmente no Brasil, em que seus surgimentos e desenvolvimentos se deram de forma independente e desconectada, vislumbram-se inúmeros episódios de atritos na formulação e aplicação das leis e seus instrumentos.

⁵ Um excelente relato histórico sobre os primórdios da legislação e das entidades de proteção da concorrência no Brasil pode ser lido em: VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. 1ª Edição, Rio de Janeiro; Ed. Forense, 1993.

Essa não é, entretanto, uma realidade exclusivamente brasileira. Em outras jurisdições, o mesmo descompasso se faz sentir. Do mesmo modo, se os estudiosos são quase unânimes em afirmar ser o bem-estar do consumidor a finalidade última da política antitruste, muito se discute (ou se confunde) a respeito do que cada um deles considera “consumidor”.

Em recente trabalho, o atual Presidente do CADE, Vinicius Marques de Carvalho, com base em estudo da OCDE, afirmou que as diferenças de enfoque e abordagem existentes entre as políticas consumerista e concorrencial podem reforçar, reciprocamente, cada uma dessas políticas. E conclui: “*O desafio é assegurar a coordenação dessas políticas e garantir que os objetivos não se tornem conflitantes...*”⁶

No Brasil, a experiência nos apresenta conflitos sérios entre as políticas, causando insegurança e desnecessário custo para o mercado. Um desses exemplos encontra-se na regulamentação da “venda casada” pelas respectivas leis. Um mesmo fato jurídico, na atual legislação de proteção do consumidor brasileira, pode ser considerado um ilícito, por configurar venda casada (em outras palavras, é considerado *lesivo* aos interesses do consumidor/vulnerável, e, portanto, punível), e, ao mesmo tempo, ser considerado lícito, em conformidade com a lei antitruste, porque não é hábil a prejudicar a concorrência e pode se justificar por razões econômicas (isto é, na análise custo-benefício, *traz vantagens* para o consumidor e, por isso, não deve ser punido). O motivo para essa incongruência decorre da caracterização do ilícito *per se* no CDC, que não ocorre na lei antitruste (art. 39, I, CDC e art. 36, párc. 3º, XVIII, Lei n. 12.529/2011).

Outro exemplo de descompasso pode ser sentido nas políticas administrativas em questão. Assim, diversos fatos ou

⁶ In CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 30.

situações justificáveis e até mesmo desejáveis por razões de eficiência econômica na concepção dos estudiosos do direito antitruste são indefensáveis e condenáveis aos olhos dos estudiosos do direito do consumidor. Conflitos assim podem ser verificados, a título de exemplo, nos debates recentes acerca do chamado “crédito consignado”.

V – AINDA O CENÁRIO INSTITUCIONAL BRASILEIRO DA DISCIPLINA DO “MERCADO”: MITOS E PRECONCEITOS

Para além das dificuldades de manejo em sintonia das duas políticas anteriormente mencionadas, a disciplina do mercado no Brasil convive, ainda, com frequentes interpretações equivocadas das leis e das práticas econômicas por parte das pessoas em geral, assim como com incompreensões e preconceitos envolvendo o poder econômico e sua regulamentação.

Refere-se, aqui, a algumas convicções presentes no imaginário do leigo ou mesmo em recorrentes interpretações equivocadas realizadas por alguns doutrinadores. A superação dessas dificuldades é condição relevante para uma disciplina adequada do fenômeno econômico.

Constitui exemplo disso a resistência em reconhecer ou o desconhecimento do fato de que a Constituição brasileira, em nenhum dispositivo, proíbe, veda ou pune a existência de poder econômico, seja ele público, seja privado. Igualmente, não se proíbe a existência de *monopólios* públicos ou privados, ao contrário, alguns monopólios públicos são mesmo consagrados no Texto. O que se pune, no ordenamento jurídico brasileiro, é o *abuso* do poder econômico, não a sua mera existência.

Portanto, não há razão, a priori, para punição de um agente econômico exclusivamente em decorrência de seu tamanho, seu poder de influência no seu mercado ou seu poder de compra. Os fatos sempre demandarão análise in concreto,

no dado momento econômico, face aos efeitos reais que geram. O abuso de sua condição de monopolista, o abuso de sua condição de detentor de poder de compra entre outras possíveis condutas empresariais, é que são puníveis e precisam, antes de tudo, serem assim comprovados para fins de sua condenação.

VI- AS COOPERATIVAS NO CENÁRIO POLÍTICO-ECONÔMICO BRASILEIRO ATUAL

As cooperativas são reconhecidas e prestigiadas pelos ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição de 1988 reconhece-as e autoriza sua existência, a título de direito fundamental, em seu artigo 5º, inc. XIII. A mesma Carta reconhece a “desigualdade” do ato cooperativo, a ensejar tratamento tributário igualmente “desigual”(art. 146, III).

Não é sem razão que as cooperativas possuem *status* constitucional e tratamento específico. É indubitável a contribuição positiva que elas proporcionam em uma economia de mercado, ao contrabalançar poderes econômicos e autorizar direito efetivo de escolha aos consumidores. Cooperativas sadias e reguladas adequadamente representam, indiscutivelmente, um elemento propiciador de maior eficiência de um mercado.

As cooperativas constituem, portanto, claro exemplo de agente econômico. Em sua atuação no próprio mercado, ou nos mercados para os quais fornecem ou dos quais adquirem, elas representam mais uma forma de manifestação do poder econômico. Essa constatação, que nada tem de desfavorável a elas: ao contrário, indica que a disciplina de sua atuação deve se dar nos termos estritamente legais, de forma transparente e com vistas a propiciar eficiência.

Nesse sentido é que se analisa a possível sujeição das cooperativas à lei antitruste brasileira, Lei n. 12.529/2011. O artigo 31 la Lei n. 12.529/2011 é suficientemente amplo ao indicar

os sujeitos a ela submetidos:

Art. 31 – “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal”.

Uma reflexão sobre as relações jurídicas travadas pelas cooperativas à luz do ordenamento jurídico brasileiro e tendo em conta o dispositivo acima transcrito permite concluir que, em sua atuação de mercado, a título de compradora, fornecedora ou concorrente, é inarredável sua sujeição à lei antitruste. O mesmo já não se pode dizer da relação entre a cooperativa e seus associados, que não contém elementos hábeis a ensejar essa sujeição.

O fato de estarem submetidas à lei antitruste não representa, para as cooperativas, algo de indesejável ou a ser combatido. Ao contrário, uma política antitruste adequada pode favorecer amplamente sua atuação, ensejando a garantia, para as cooperativas, de uma competição justa. O que deve ser combatido é a incompreensão ou o desconhecimento das reais circunstâncias a envolverem as cooperativas e seus mercados, e que podem ocasionar interpretações equivocadas da lei antitruste ou em aplicações dela de forma a gerar, ao contrário do que se deve desejar, ineficiências.

Como consequência de sua submissão à lei antitruste, todos os atos por ela praticados no mercado, para representarem ilícito, devem ser comprovados como representando abuso em sua atuação, assim como devem ser ponderados, sempre, os possíveis benefícios para o consumidor e o mercado em geral advindos desses, mesmo em um cenário em que haja custos decorrentes deles⁷.

⁷ A lei e a prática internacional e nacional antitruste apontam diversos “remédios”, postos à disposição da autoridade antitruste, para a contenção de efeitos gravosos de atos anticoncorrenciais, de forma a tornar as punições eficientes e adequadas, com ganhos para todos. O tema foi melhor desenvolvido em: OLIVEIRA, Amanda Flá-

Igualmente, nenhuma prática desempenhada por uma cooperativa em seu mercado pode, de *per se*, ser considerado ilícita. Ao contrário, deve-se perquirir a respeito do possível atendimento a outros princípios informadores da Ordem Econômica instituídos pela Constituição em seu artigo 170.

Por fim, mesmo que se trate de uma afirmação supostamente óbvia, é de se sublinhar que as cooperativas não representam, em si, um ilícito antitruste, e, muito menos, cartel! Portanto, qualquer ação estatal sobre sua atuação deve superar o “mito velado” de sua capacidade para, em si mesmas, representarem restrição indesejável ou preocupante de mercado.

Já no que concerne à possível sujeição das cooperativas ao CDC, o tema merece observação sob diferentes enfoques.

O CDC, Lei n. 8.078/1990, assim define fornecedor, em seu art. 3º:

“art. 3º - “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

A leitura do dispositivo permite concluir que, agentes econômicos que são, ao fornecerem produtos ou serviços a destinatários finais, as cooperativas se enquadram no conceito de fornecedor do CDC e detêm os deveres e responsabilidades que a lei estabelece. Note-se que, para sua caracterização como fornecedor, é inafastável estar-se diante, no caso concreto, de um consumidor *stricto sensu*, ou seja, de um agente que adquire o produto ou o serviço a título de destinatário final. O fornecimento, pela cooperativa, a outro agente econômico, que utilizará o produto a título de insumo, por exemplo, descaracteriza a existência de uma relação de consumo e a aplicação do CDC ao caso.

Completamente diferente é a relação com seus associados, em que, evidentemente, faltam elementos essenciais configuradores de uma relação de consumo (arts. 2º e 3º do CDC) e afastam sua aplicação à espécie. Os associados não são, portanto, consumidores da cooperativa para fins de aplicação do CDC.

Outra forma de abordagem do tema perquire sobre a possibilidade de as cooperativas estarem protegidas pelo CDC a título de consumidoras.

A principal definição de consumidor na lei (Lei n. 8.078/90) encontra-se no artigo 2º:

“Art. 2º – Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Conforme já se afirmou, na relação entre cooperativa e associados, não se aplica o CDC para considerar estes, consumidores, e, aquela, fornecedora. Entretanto, em casos pontuais e específicos, é defensável a caracterização da própria cooperativa como consumidora, em relação a fornecedores seus, ensejando a aplicação do CDC a seu favor.

A hipótese, ainda em construção doutrinária e jurisprudencial, demanda esforço de demonstração de vulnerabilidade da cooperativa no caso, de maneira a autorizar seu enquadramento a título daquilo que o STJ tem compreendido como “consumidor intermediário”.

A construção do instituto do “consumidor intermediário” tem apontado algumas circunstâncias em que a tese se aplicaria. É indispensável a existência, *in casu*, da circunstância da vulnerabilidade. O conceito tem sido utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para pequenos empresários, ou em casos em que a pessoa jurídica está comprovada como “parte mais fraca da relação”. Trata-se, portanto, de situação excepcional.⁸

⁸ A Revista de Direito do Consumidor, publicada pela Editora RT, apresenta diversos excelentes artigos jurídicos versando sobre a temática do “consumidor intermediário”. Dentre eles, destaca-se e recomenda-se a leitura de: PASQUALOTTO,

VII – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES E REFLEXÕES FINAIS

Os estudiosos de direito concorrencial são quase unânimes no entendimento de ser o consumidor o destinatário final das normas antitruste, embora diverjam entre si sobre o conceito de “consumidor”.

Em conformidade com o texto constitucional, a Ordem Econômica tem por fim assegurar a todos *existência digna*, devendo esse ser o ideal a pautar todas as atividades econômicas desempenhadas no Brasil.

Se é assim, todas as normas e políticas pertinentes devem buscar a maior convergência possível, em todos os casos, de forma a que a solução dada *não obstaculize o pleno desenvolvimento do princípio da livre iniciativa*. Isso requer um deliberado esforço conjunto das autoridades federais consumeristas e antitruste *desprovido de pré-concepções de ilicitude*.



VIII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O Sistema Nacional de Defesa

do Consumidor – Histórico. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 44, out-dez 2002, p. 97-105.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de e RUIZ, Ricardo Machado (coord.). Remédios antitruste. São Paulo: Singular, 2011.

PASQUALOTTO, Adalberto. *O destinatário final e o 'consumidor intermediário'*. N. 74, abril-junho 2010, p. 7 – 42.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. 1ª Edição, Rio de Janeiro; Ed. Forense, 1993.