

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO**

MÁRIO DE CONTO

**A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES COOPERATIVO-COMUNITÁRIAS**

SÃO LEOPOLDO

2013

MÁRIO DE CONTO

**A Hermenêutica dos Direitos Fundamentais nas
Relações Cooperativo-comunitárias**

Tese apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Doutor em Direito, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2013

C763h Conto, Mário de

A hermenêutica dos direitos fundamentais nas relações cooperativo-comunitárias. / Mário de Conto. - São Leopoldo: UNISINOS, 2013.

225 f.

Tese (doutorado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Crítica Hermenêutica do Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Cooperativas. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz. III. Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

CDU: 342.7

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: "A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS
RELAÇÕES COOPERATIVO-COMUNITÁRIAS", elaborada pelo doutorando
Mário de Conto, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da
Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 03 de dezembro de 2013.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Hagen Henry

Membro: Dr. Jose Odelso Schneider

Membro: Dra. Têmis Limberger

Membro: Dr. Wilson Engelmann



Dedico essa tese à memória de minha querida tia Fátima Silvana Deconto que, com seu exemplo de luta, nos legou o ensinamento de que a vida, ao passo de ser “cruel e linda”, é também uma oportunidade de levar às pessoas uma mensagem de esperança.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é o somatório de anos de pesquisas realizadas no âmbito do Cooperativismo e resultado do envolvimento de muitas pessoas a quem destino meu agradecimento:

Ao meu orientador, Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, cujos ensinamentos, a partir de sua Crítica Hermenêutica do Direito, despertaram os questionamentos que deram origem à presente pesquisa; aos professores do PPG em Direito da Unisinos, na pessoa do Prof. Dr. Wilson Engelmann e aos meus colegas, na pessoa do Prof. Dr. Mateus Fornasier com quem dividi os questionamentos surgidos no curso da presente pesquisa.

Agradeço ao Prof. Vergilio Perius, com quem tenho a alegria de conviver nos últimos anos e por toda a sua disposição em discutir pontos centrais desta tese; ao Prof. Dr. Odelso José Schneider, por seu apoio; ao Prof. Dr. Rui Namorado, da Universidade de Coimbra, por ter amavelmente me recebido como convidado naquela Universidade e ao Prof. Dr. Stefano Zamagni, da Universidade de Bolonha, pelos seus ensinamentos no período em que lá estive.

Agradeço aos meus amigos, que acompanharam toda a minha trajetória, nas pessoas de Náira Michel e Tiago Machado, com quem dividi muitos dos meus questionamentos e de quem colhi muitas sugestões.

Por fim, agradeço a minha mãe, Eva De Conto e a minha família pelo apoio incondicional que recebi nesse período.

RESUMO

O Cooperativismo, como produto da modernidade, exsurge em um momento histórico cujos primados negavam os valores da solidariedade, apostando na teorização de um indivíduo que, orientado somente a busca de seus interesses, deveria ter sua liberdade absoluta garantida pelo Estado para assim, alcançar seu bem estar. Tal liberdade pregada pela ideologia liberal acabou por acirrar a questão social, na medida em que a liberdade (notadamente negocial) em um contexto de flagrante desigualdade material consubstancia-se mais em uma liberdade para exploração do que em efetiva autonomia. O Direito Moderno também foi constituído sob tal perspectiva: a de permitir a ampla liberdade nas relações entre particulares, sem qualquer intervenção do Estado, a não ser a atribuição de dar suporte a tal concorrência, regulando as relações de conflito entre indivíduos em seus conflitos de interesse. Contemporaneamente, todavia, em um momento histórico em que, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a solidariedade passa a ter papel central como forma de superar as desigualdades legadas pelo Estado Liberal – tal característica do Estado sofre transformação, no sentido de uma maior intervenção estatal nessa liberdade – outrora irrestrita – dos particulares. As discussões doutrinárias a respeito de tal intervenção sempre partem do pressuposto de uma relação de conflito entre as partes, com posições diametralmente opostas e, geralmente, em situações em que uma das partes exerce evidente poder econômico sobre outra, as chamadas “Relações Indivíduo-poder”. Nesse sentido, busca-se apresentar o contributo da noção de Relações Cooperativo-comunitárias para o desvelamento do fenômeno na contemporaneidade, no sentido de estabelecer as bases para a Eficácia dos Direitos Fundamentais em tais relações, não em uma característica “semi-estatal” de tais sociedades, tampouco no reconhecimento de uma “Relação Indivíduo-Poder”, mas no reconhecimento das Sociedades Cooperativas como sociedades democráticas, em que a observância dos Direitos Fundamentais passa a ser seu pressuposto.

Palavras chave: Crítica hermenêutica do direito. Direitos fundamentais. Cooperativas.

ABSTRACT

The Cooperative Movement, as a product of modernity, arises in a historical moment whose denied the values of solidarity, focusing on the theory of an individual who, guided only the pursuit of their interests, should have their absolute freedom guaranteed by the state to thereby achieve its wellness. Such freedom preached by liberal ideology intensified the social question, in that freedom (especially as freedom of negotiation) in a context of gross material inequality became in a freedom to explore than an truly autonomy. The Modern Law was also constituted under this perspective: to allow ample freedom in relations between individuals, without any intervention of the State, unless the allocation of support such competition, regulating the relations of conflict between individuals in their conflicts interest. Contemporaneously, however, in a historical moment in which, under the paradigm of Democratic State of Law, solidarity is replaced central role as a way to overcome the inequalities bequeathed by the Liberal State - such feature state suffers transformation towards greater state intervention in this freedom - once unrestricted - individuals. The doctrinal discussions regarding such intervention whenever the assumption of a relationship of conflict between the parties, with diametrically opposed positions and usually in situations where one party has clear economic power over another, called "Power-Individuals". Accordingly, we seek to present the contribution of the notion of Cooperative-Community Relations for the unveiling of the phenomenon in the contemporary, to lay the foundation for the Efficiency of Fundamental Rights in such relationships, not a feature "semi-state" of such societies, nor in the recognition of an "Power-Individuals" Relations, but in recognition of Cooperative Societies as democratic societies, in which the observance of fundamental rights becomes his condition.

Keywords: Critical hermeneutics of law. Fundamental rights. Cooperatives.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DOS PRIMADOS DA MODERNIDADE E DE SUA INADEQUAÇÃO À COMPREENSÃO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO E DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS	18
2.1 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS METAFÍSICOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO	19
2.1.1 Das Pré-ocupações da Modernidade e da Filosofia no Direito como Superação dos Pressupostos Metafísicos do Direito Moderno.....	21
2.1.2 A Crítica Hermenêutica do Direito e o Papel Constitutivo da Linguagem: tradição, consciência histórico-efetual e denúncia dos pré-juízos inautênticos	26
2.2 A MODERNIDADE E SUAS CATEGORIAS: A POSTURA METAFÍSICA A SERVIÇO DO VELAMENTO DO SENTIDO	33
2.2.1 A Ascensão do Indivíduo e o Ideário do <i>Self-made Man</i>: condição de possibilidade ao desenvolvimento do modelo econômico hegemônico.....	34
2.2.2 O Direito Moderno: o surgimento de um aparato estatal de controle e de desenvolvimento da economia	38
2.3 O ESTADO LIBERAL E SUAS INSUFICIÊNCIAS: AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DO SURGIMENTO DO COOPERATIVISMO	41
2.3.1 As Sociedades Cooperativas como Produto da Modernidade.....	44
2.3.2 Os Legados da Modernidade e a Inadequação das Cooperativas ao Modelo Jurídico da Modernidade.....	49
3 DO ROMPIMENTO COM O PARADIGMA DA MODERNIDADE E DA ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	53
3.1 DOS DESAFIOS DA PÓS-MODERNIDADE: O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A INADIÁVEL SUPERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA MODERNIDADE.....	55
3.1.1 Os Desafios da Pós-modernidade	56
3.2 DA ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	63

3.2.1 Do anacronismo dos Pressupostos Liberais de Estado e da Construção de uma Nova Relação entre Estado e Sociedade	63
3.2.2 De como a Tarefa do Estado passa a ser a Superação dos Legados da Modernidade	66
3.2.3 Da Constituição Econômica e da Superação do “Déficit Social” e do “Déficit Democrático”	70
3.3 A ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO AO DIREITO NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	76
3.3.1 A Democratização do Direito Perpassa Inicialmente por seu Papel Transformador e pela Superação de sua Epistemologia: uma teoria da Constituição adequada.....	77
3.3.2 Democratizar o Direito é Superar a Dicotomia Público X Privado.....	81
3.3.3 A Democratização do Direito Perpassa pela Compreensão do mesmo como um Direito Plural que deve buscar o Diálogo com tais Fontes	85
3.4 DA ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS	88
3.4.1 Contextualização do Caso Brasileiro: entre a negação e a aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas.....	89
3.4.2 Entre a Negação e a Afirmação dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: das teorias clássicas a respeito do tema	94
3.4.3 A Análise das Teorias na Contemporaneidade.....	100
4 DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS E DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES COOPERATIVO-COMUNITÁRIAS.....	110
4.1 AS SOCIEDADES COOPERATIVAS.....	110
4.1.1 As Sociedades Cooperativas e o Direito Internacional Contemporâneo.....	111
4.1.1.1 O Cooperativismo e a Organização das Nações Unidas - ONU.....	111
4.1.1.2 O Cooperativismo e a Aliança Cooperativa Internacional - ACI.....	113
4.1.1.3 O Cooperativismo e a Organização Internacional do Trabalho - OIT	116
4.1.1.4 O Cooperativismo na União Europeia.....	118
4.1.1.5 O Cooperativismo no Mercosul.....	119
4.1.1.6 A Aliança Cooperativa Internacional das Américas e a Lei Marco para as Cooperativas da América Latina	120
4.1.2 As Sociedades Cooperativas no Direito Comparado.....	121
4.1.3 As Sociedades Cooperativas no Direito Brasileiro	130
4.1.3.1 Histórico	130

4.1.3.1.1 <i>Do Decreto 22.239/32 ao Decreto-Lei No 581/38: da liberdade de criação à intervenção estatal.....</i>	131
4.1.3.1.2 <i>O Estatuto da Terra e a Lei 5764/71: novos regramentos, mesma intervenção.....</i>	134
4.1.3.1.3 <i>A Constituição Federal de 1988 e o Fim da Intervenção Estatal em Cooperativas</i>	140
4.1.3.1.4 <i>Legislação Infraconstitucional Pós Constituição de 1988.....</i>	141
4.1.4 As Sociedades Cooperativas na Contemporaneidade: para uma adequada atribuição ;de sentido às sociedades cooperativas no paradigma do Estado democrático de direito	149
4.1.4.1 Uma “Terceira” Via de Desenvolvimento Social.....	149
4.1.4.2 Uma Sociedade que Visa a Consecução de Fins Econômicos, sem Escopo de Lucro: o controle operacional e o ato cooperativo.....	153
4.1.4.3 Uma Sociedade que Visa a Consecução de Fins Econômicos, mas Democrática: as regras estatutárias e o controle democrático.....	158
4.2 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES COOPERATIVO-COMUNITÁRIAS	162
4.2.1 Das Relações Cooperativo-comunitárias no Contexto do Estado Liberal	163
4.2.2 Da Atribuição de Sentido às Relações Cooperativo-comunitárias no Paradigma do Estado Democrático de Direito.....	168
4.2.2.1 As Relações Cooperativo-comunitárias e a Inserção dos Direitos Fundamentais.....	171
4.2.2.2 Da Inadequação da Categoria Indivíduo-poder das Relações Cooperativo-Comunitárias e de seu Caráter democrático	171
4.2.2.3 A Liberdade de Associação Cooperativa como Direito Fundamental e suas Implicações	173
4.2.2.4 A Liberdade de Associação Cooperativa e Relações Cooperativo-Comunitárias.....	176
4.3 O ESTADO DA ARTE E A INSERÇÃO DA NOÇÃO DE RELAÇÕES COOPERATIVO-COMUNITÁRIAS COMO FORMA DE ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO AO FENÔMENO...	181
4.3.1 O Estado da Arte nos Tribunais Constitucionais	181
4.3.1.1 Tribunal Supremo Espanhol	181
4.3.1.2 Tribunal Constitucional Português	182
4.3.2 Tribunais Brasileiros.....	184
4.3.2.1 Quanto ao Direito de Ingressar em Sociedades Cooperativas.....	184
4.3.2.2 Quanto ao Direito à Permanência no Quadro Social de Sociedades Cooperativas	187

4.3.2.3 O Discurso Decisório do Superior Tribunal de Justiça e Problemática das Cláusulas Estatutárias Restritivas	189
4.3.3 Da análise do Estado da Arte e do Contributo da Noção de Relações Cooperativo-comunitárias para o Desvelamento do Fenômeno	195
5 CONCLUSÃO.....	198
REFERÊNCIAS	217

1 INTRODUÇÃO

A Cooperação, como fenômeno, é uma manifestação inexorável da natureza humana. Não obstante ao apego, pelos filósofos liberais, à ideia da competição como a natureza de um “homem que é o lobo do homem” e que, em virtude de sua ambição particular vive em um estado de “guerra de todos contra todos”, a Cooperação entre os seres humanos é um dado que remonta à luta pela sobrevivência humana e se evidencia a cada vez que a sociedade passa por momentos de crise.

Na história da humanidade, a Cooperação passa por momentos de evidência e por momentos de ocultamento, em uma clara demonstração que, em face das crises do individualismo, a ética da solidariedade exsurge como alternativa para os grupos subalternizados.

Sem desconsiderar o fenômeno da Cooperação, em sua trajetória na história da humanidade, a presente pesquisa parte da análise da Cooperação da modernidade, momento histórico cujos primados negavam os valores da solidariedade, apostando na teorização de um indivíduo que, orientado somente a busca de seus interesses, deveria ter sua liberdade absoluta garantida pelo Estado para assim, alcançar seu bem estar. O “bem comum”, que também fazia parte do ideário desse Estado Moderno, adviria justamente dessa “soma” de bem-estares individuais, o que significa dizer que, havia uma aposta, por parte da modernidade, de que a liberdade absoluta aos particulares garantiria, além do bem estar individual, o bem comum da sociedade.

Paradoxalmente, a realidade social não demonstrou o triunfo desse “bem comum”, mas um acirramento das desigualdades. O que teria ocorrido de errado com as promessas da modernidade de autonomização do homem no sentido de que a liberdade irrestrita aos particulares para buscarem seu próprio bem estar se consubstanciaria em um bem estar comum?

Em verdade, a liberdade irrestrita pregada pela ideologia liberal acabou por acirrar a questão social, na medida em que a liberdade (notadamente negocial) em um contexto de flagrante desigualdade material consubstancia-se mais em uma liberdade para exploração do que em efetiva autonomia. Portanto, não obstante ao fato de que o ideário liberal pregasse a ascensão do individualismo e o conseqüente velamento da solidariedade, as crises do Estado Liberal levam, conseqüentemente, ao retorno da Solidariedade como alternativa àqueles subalternizados pela lógica capitalista.

O Direito Moderno também foi constituído sob tal perspectiva: a de permitir a ampla liberdade nas relações entre particulares, sem qualquer intervenção do Estado, a não ser a atribuição de dar suporte a tal concorrência, regulando as relações de conflito entre indivíduos em seus conflitos de interesse.

Contemporaneamente, todavia, em um momento histórico em que, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a solidariedade passa a ter papel central – como forma de superar as desigualdades legadas pelo Estado Liberal – tal característica do Estado sofre transformação, no sentido de uma maior intervenção estatal nessa liberdade – outrora irrestrita – dos particulares. É nessa trilha que o Direito Contemporâneo assiste a inclusão de princípios de interesse público no direito privado, em um embate entre visões individualistas e solidaristas que defendem a autonomia privada sob diferentes aspectos: se a postura individualista vislumbra na intervenção do Estado a morte da autonomia privada, sob uma perspectiva solidarista, a intervenção estatal é a própria condição de tal autonomia, na medida em que a liberdade irrestrita ligada à desigualdade material, resulta em exploração de uma parte por outra e não em autonomia.

O fato é que, as discussões doutrinárias a respeito do tema sempre partem do pressuposto de uma relação de conflito entre as partes, com posições diametralmente opostas e, geralmente, em situações em que uma das partes exerce evidente poder econômico sobre outra, as chamadas “Relações Indivíduo-poder”. Dito de outro modo, não há, na doutrina ou jurisprudência pátria, a análise da Eficácia de Direitos Fundamentais em relações que não são caracterizadas pelo conflito, mas como relações em que os interesses são convergentes, como ocorre nas Sociedades Cooperativas. Ademais, tratam-se de relações democráticas: as regras que vinculam aos associados são estabelecidas pelos mesmos, em Assembleias Gerais, em que todos possuem o mesmo direito de voto.

Com efeito, a doutrina e jurisprudência pátria, no que concerne ao tema, parte do pressuposto do conflito existente entre as partes. Tal ponto de vista é reflexo da inadequação do Direito Moderno (concebido originalmente para regular relações de conflito) para a regulação de relações ditas comunitárias – como as estabelecidas entre associados e cooperativa. Além disso, verifica-se que as decisões judiciais dos tribunais pátrios, envolvendo tais relações, embora recorrentes, deixam de analisar aspectos elementares, motivo pelo qual necessitam de aprofundamento.

Dessa forma, o tema do presente estudo, compreendido como a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Cooperativo-Comunitárias, parte da atribuição de sentido à Autonomia Privada adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito a partir dos

pressupostos da Crítica Hermenêutica do Direito, rompendo, portanto, com os primados liberais-individualistas presentes na concepção de autonomia privada tal qual concebida pelo Direito Moderno. A partir de tal ruptura, analisa-se a doutrina e jurisprudência referente à eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, apresentando, em atenção às particularidades das sociedades cooperativas e o caráter comunitário *sui generis* da relação estabelecida entre a Cooperativa e seus associados.

A inserção da pesquisa na **Linha de Pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos**, apresenta-se adequada, uma vez que, considerando-se que a pesquisa parte da análise da relação entre a Autonomia Privada e os Direitos Fundamentais, a partir do paradigma do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, buscando superar a inadequação dos postulados do Direito Moderno para a tratar questões na contemporaneidade, notadamente para analisar as Relações Cooperativo- Comunitárias.

É nessa esteira que a presente pesquisa **objetiva** analisar a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Cooperativas-Comunitárias a partir da atribuição de sentido (hermenêutico) adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito, apresentando construção teórica adequada a tais peculiaridades. Busca-se verificar a relação existente entre a Autonomia Privada e os Direitos Fundamentais, a partir do paradigma do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito; a evolução da vinculação aos Direitos Fundamentais aos particulares, analisando-se as teorias a respeito; as sociedades cooperativas enquanto entes comunitários e da característica *sui generis* das relações estabelecidas entre estas e seus associados; a (in)adequação dos postulados do Direito Moderno para a tratar questões na contemporaneidade, notadamente para analisar as Relações Cooperativo-Comunitárias; analisar a autonomia privada dos associados de Cooperativas, enquanto “legisladores” das regras a que se submetem, comparando-se com a autonomia privada nas Relações Contratuais-Conflitivas.

Nesse sentido, o **problema** que se pretende abordar, perpassa pela consideração das características peculiares das sociedades cooperativas, compreendidas como “entes comunitários”, ao indagar, em que condições, a partir dos pressupostos da Crítica Hermenêutica do Direito, pode-se verificar a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações Cooperativo-comunitárias, no contexto de Estado Democrático de Direito.

Como **hipótese original**, a partir dos pressupostos da Crítica Hermenêutica do Direito e da superação dos primados do Estado e Direito da Modernidade, nas relações cooperativo-comunitárias (compreendidas como relações em que as regras estabelecidas democraticamente pelos associados que a estas se vinculam) ao par da vinculação aos Direitos

Fundamentais, tem-se uma maior incidência da Autonomia Privada dos Sócios, em comparação a relações jurídicas de conflito.

Dessa forma, a pesquisa se desenvolve a partir de três capítulos.

No primeiro capítulo, estabelece-se a análise dos primados da modernidade e de sua inadequação à compreensão do direito contemporâneo e das sociedades cooperativas. Portanto, a partir dos pressupostos da Crítica Hermenêutica do Direito busca-se a desconstrução do pensamento jurídico tradicional, buscando desvelar as vicissitudes do Direito Moderno e das Sociedades Cooperativas. Com efeito, a partir da referida matriz teórica, busca-se demonstrar que as crises que perpassam o Direito na contemporaneidade estão ligados aos pressupostos liberais do Direito Moderno e da não superação da metafísica clássica e do esquema sujeito-objeto.

A partir da análise dos pressupostos liberais do Direito Moderno, apresenta-se a ideia de que o individualismo da modernidade - surgido como tentativa de autonomização do homem - se apresentou como condição de possibilidade ao desenvolvimento do modelo econômico hegemônico e que, segundo a postura metafísica da modernidade, presente nas dicotomias modernas, apresentou-se a ideia de um indivíduo cindido, entre o social e o econômico.

Busca-se demonstrar que essa concepção de indivíduo, autocentrado, contribuiu para uma visão pessimista do caráter dos seres humanos, que vê no outro um instrumento para o alcance de seus objetivos. A própria concepção de liberdade da modernidade – expressa pela autonomia privada e manifestada na liberdade de contratar – estabelecia como limitação apenas a liberdade dos demais indivíduos.

Nesse sentido, busca-se demonstrar que o Direito surge com essa preocupação, de tutelar os interesses de indivíduos que buscam apenas seus próprios interesses em uma sociedade de iguais, servindo, portanto, como instrumento de suporte à concorrência e que tal postura, além de acirrar as desigualdades sociais, surgidas sob o manto do Estado Liberal, colaboraram para que o Direito fosse, justamente, um instrumento de legitimação da opressão do homem pelo homem.

As desigualdades provocadas pelo paradigma do Estado Liberal criaram as condições de possibilidade para o surgimento do Cooperativismo na modernidade, que pautou-se por inserir, dentro da lógica da Ética da Solidariedade, um programa que buscava conciliar a liberdade e a igualdade. Nesse contexto, a autonomia privada em uma sociedade cooperativa se apresenta com características diferenciadas em relação à proposta liberal: uma autonomia

centrada na ideia de auto-ajuda e limitada, nesses termos, pela característica democrática de tais sociedades.

Nesses termos, não obstante ao ressurgimento da Cooperação na modernidade, verifica-se que seus pressupostos conflitam diretamente com a lógica da economia capitalista e com os pressupostos liberais do Estado Moderno. Ao pregarem a solidariedade entre indivíduos, as Sociedades Cooperativas rompem com a noção de indivíduo moderno, com a concepção liberal de autonomia privada e, por isso, incompreendidas por um paradigma jurídico que compreende as relações particulares apenas como relações de conflito. Nesses termos que se verifica que as sociedades cooperativas apresentam-se, a partir de tais pressupostos modernos, inadequadas ao modelo liberal de Estado e de Direito e o dar-se conta de suas peculiaridades é extremamente relevante para a atribuição de sentido a tais sociedades no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, a partir da concepção da Crítica Hermenêutica do Direito, busca-se demonstrar que o Cooperativismo, enquanto atividade relegada a subalternidade em uma economia de mercado, orientada ao lucro, era o “nada”. É a partir do “Nada” metafísico – que na concepção Heideggeriana se confunde com o ser – que a Hermenêutica Filosófica vislumbra justamente novas possibilidades de atribuição de sentido.

No segundo capítulo, analisa-se a necessidade de rompimento com o paradigma da modernidade e da atribuição de sentido ao estado democrático de direito e a hermenêutica dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Nesse sentido, analisam-se os desafios da Pós-modernidade, que se consubstanciam na superação do Déficit Social e do Déficit Democrático legados pela modernidade, como pré-ocupação do novo paradigma instaurado pelo Estado Democrático de Direito. Busca-se, a partir do que noção Gadameriana de Consciência Histórico-efeitual, denunciar os pré-juízos inautênticos, ligados ao ideário liberal, notadamente na superação da concepção de indivíduo moderno e das denominadas “dicotomias metafísicas”.

Dessa forma, apresenta-se o desafio do Direito, no paradigma do Estado Democrático de Direito, no que concerne a incorporação da solidariedade e da democracia, notadamente em um contexto em que o Direito deixa de ser um instrumento de manutenção do “status quo”, para ser um instrumento de transformação social.

Nesse íterim, busca-se demonstrar que a democratização do Direito perpassa pela atribuição de sentido ao Direito no contexto do Estado Democrático de Direito, a partir da superação da epistemologia e do positivismo jurídico; da superação de uma ideia de Direito como suporte unicamente da concorrência; da compreensão do Direito como plural e do

diálogo das fontes e da compreensão dos Direitos Fundamentais como aportes democráticos e de sua irradiação para toda a ordem jurídica.

Portanto, se estabelece a ruptura com os pressupostos da modernidade, no sentido de atribuir sentido ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pensado como instrumento de democratização. Dessa forma, analisa-se as possibilidades de democratização do Estado, da Economia e, notadamente do Direito no atual paradigma constitucional.

Analisa-se que a Democratização do Direito perpassa inicialmente por seu papel transformador e pela superação de sua epistemologia para uma Teoria da Constituição Adequada; pela superação da dicotomia Público X Privado e pela compreensão do Direito Contemporâneo como um direito plural que deve buscar o diálogo com tais fontes.

A partir de tal ruptura, analisa-se a questão da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, verificando-se o discurso decisório do Supremo Tribunal Federal e as teorias acerca do tema, para partir para a análise da teoria adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo, uma vez que admitida a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais, cabe analisar tais repercussões nas sociedades cooperativas.

Nessa ótica, sob o título as sociedades cooperativas e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações cooperativo-comunitárias, inicialmente apresentam-se as Sociedades Cooperativas no contexto do Direito Internacional Contemporâneo e no Direito Comparado, utilizando-se como parâmetros ordenamentos jurídicos em que o Cooperativismo, a exemplo do que ocorre com a Constituição Federal de 1988, é estimulado constitucionalmente.

Após, apresenta-se um histórico do Cooperativismo no Brasil, notadamente através dos meios de controle historicamente estabelecidos pelo Estado acerca de Sociedades Cooperativas, apresentando-se o período de constituição do ordenamento jurídico, o período de intervenção do Estado em Cooperativas, bem como o atual paradigma constitucional que veda a intervenção estatal nessas.

A partir disso, busca-se apresentar uma leitura do papel das Sociedades Cooperativas na contemporaneidade, a partir da adequada atribuição de sentido às Sociedades Cooperativas no paradigma do Estado Democrático de Direito, como uma “terceira” via de desenvolvimento social, entendida como sociedade que, não apresenta caráter democrático ao par da finalidade de desenvolvimento de atividades econômicas. A especificidade da questão, no que concerne às sociedades cooperativas, situa-se justamente no fato de que as regras que

regulam as relações cooperativo-comunitárias são estabelecidas democraticamente pelos próprios associados que a elas se vinculam.

Nesse sentido, para analisar-se a problemática no âmbito das sociedades cooperativas, necessário verificarem-se as peculiaridades do surgimento das sociedades cooperativas e pelo seu reconhecimento pelas diversas ordens constitucionais e a natureza jurídica de tais sociedades, compreendidas enquanto ‘entes comunitários’ que implicam relações diferenciadas que estabelece com seus associados.

Referidas as peculiaridades das Sociedades Cooperativas e das Relações Cooperativo-Comunitárias, parte-se para a análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações cooperativo-comunitárias, apresentando-se a inadequação do paradigma liberal para a compreensão do fenômeno.

A partir do Direito Fundamental da Liberdade de Associação Cooperativa, busca-se apresentar os desdobramentos da eficácia dos Direitos Fundamentais em tais relações, analisando-se, ainda, o estado da arte com a análise de julgados de tribunais estrangeiros e pátrios.

Por fim, busca-se apresentar o contributo da noção de Relações Cooperativo-comunitárias para o desvelamento do fenômeno na contemporaneidade, no sentido de estabelecer as bases para a Eficácia dos Direitos Fundamentais em tais relações, não em uma característica “semi-estatal” de tais sociedades, tampouco no reconhecimento de uma “Relação Indivíduo-Poder”, mas no reconhecimento das Sociedades Cooperativas como sociedades democráticas, em que a observância dos Direitos Fundamentais passa a ser seu pressuposto.

2 DOS PRIMADOS DA MODERNIDADE E DE SUA INADEQUAÇÃO À COMPREENSÃO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO E DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

Ao passo que as noções contemporâneas de Estado, Direito – inclusive de Sociedades Cooperativas – tratam-se de produtos da Modernidade, apresenta-se imperiosa a análise de seus pressupostos para, sob o ponto de vista da Crítica Hermenêutica do Direito, a atribuição de sentido aos fenômenos com vistas à busca da resposta constitucionalmente adequada ao paradigma contemporâneo.

Inicialmente, importa esclarecer que o sentido que aqui se atribui à expressão modernidade refere-se ao ideário liberal-individualista do Século XIX, caracterizado, na filosofia contemporânea, como o ápice do racionalismo. Não obstante ao fato de que o argumento apresentado refira a inadequação de tais pressupostos para a atribuição de sentido ao fenômeno jurídico na contemporaneidade, não há a intenção de reduzir a importância do legado do liberalismo do século XIX à construção da filosofia e, em especial, do Direito Contemporâneo.

Com efeito, é sob a égide do racionalismo de índole liberal-individualista que se inicia a ruptura com a ordem estamental que serviu de substrato ao período medieval, notadamente, com a busca da superação dos mitos medievais¹ e a sua substituição pelo conhecimento racional. A partir da modernidade, nesses termos, é que se evidencia a construção teórica da existência de direitos individuais, subjetivos e inalienáveis dos indivíduos. Igualmente, é produto da modernidade a teorização acerca da existência da liberdade de tais indivíduos em sua autodeterminação; a existência de um Estado soberano que, ao par de constituir-se a partir do Direito e a este dotar de coercitividade, a este também se subordina, devendo abster-se de ferir os direitos individuais dos cidadãos.

O pensar da modernidade, nesses termos, caracteriza-se pela busca da autonomização dos indivíduos, libertando-os dos mitos, considerando-os como seres racionais, capazes de realizar suas escolhas, em um contexto de absoluta liberdade (especialmente a liberdade de contratar). Nesse sentido, tal teorização pressupõe a diferenciação entre espaços públicos e privados (respectivamente caracterizados pelas dicotomias Estado X Sociedade; Estado X

¹ Gadamer, no que atine à superação dos mitos medievais pela racionalidade moderna, refere: “Isso ganha uma cunhagem muito clara no esquema básico da filosofia da história que o romantismo tem em comum com a Aufklärung e que se firma como premissa inabalável precisamente pela reação romântica contra a Aufklärung: o esquema da superação do mythos pelo logos. Esse esquema obtém sua validade através da premissa do progressivo “desencantamento” do mundo. Deve representar a lei progressiva da história do próprio espírito e, exatamente porque o romantismo valoriza negativamente esse desenvolvimento, recorre ao próprio esquema como evidente”. GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Petropolis: Vozes, 2008. p. 364.

Mercado), em que o primeiro se identifica com o espaço regulado pela atuação estatal e o segundo permite ampla liberdade a seus atores, liberdade esta, limitada apenas pela liberdade dos demais, pensamento este que sintetiza a chamada “liberdade dos modernos”.

Por outro lado, não obstante aos avanços referidos em relação ao reconhecimento de direitos individuais, a teorização jurídica da modernidade encontrava-se comprometida, efetivamente, com o desenvolvimento do ainda incipiente sistema capitalista. Tal comprometimento teórico é evidenciado, ao passo que são denunciadas dicotomias metafísicas da modernidade, notadamente no que tange aos pressupostos liberais do Direito Moderno.

Pode-se dizer que tais pressupostos liberais do Direito Moderno encontram-se presentes no Direito Contemporâneo, evidenciando uma crise no Direito que se apresenta, portanto, paradigmática. Com efeito, se o rompimento com a ordem medieval e a estruturação do Direito Moderno não se faz de forma ingênua e imparcial mas busca, efetivamente, garantir os interesses de uma determinada classe, também é verdade que a sustentação do paradigma liberal na contemporaneidade se apresenta comprometido com a manutenção do *status quo*.

2.1 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO COMO POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS METAFÍSICOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

A partir da constatação da inadequação dos pressupostos liberais do Direito Moderno é que Streck refere a dupla face² da crise de paradigmas no Direito, notadamente caracterizado pelo anacronismo, na contemporaneidade, dos pressupostos que levaram à constituição do Direito Moderno. Nas suas palavras, na contemporaneidade se observa:

[...] de um lado, uma **crise de modelo de direito, porque, preparado para a o enfrentamento de conflitos interindividuais**, não tem condições de enfrentar/atender as demandas de uma sociedade repleta de conflitos transindividuais; de outro, a **crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da**

² Streck, ao analisar a problemática, aduz a existência de uma “Crise de Dupla Face” no direito brasileiro, decorrente, nesses termos, da não superação do “velho modelo de Direito liberal-individualista-normativista” e da não superação do “imaginário metafísico-objetificante”. Nas suas palavras: “Por isso, mais do que a superação das crises do Estado, torna-se imprescindível superar a crise do Direito, calcada em uma crise de paradigmas de dupla face: de um lado, o velho modelo de Direito liberal-individualista-normativista teima em obstaculizar as possibilidades do novo modelo representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito; de outro, uma crise de cunho hermenêutico, a partir do qual os juristas continuam submersos num imaginário metafísico-objetificante, no interior do qual ainda ocorre a separação sujeito-objeto, refratário à viragem linguística ocorrida no século XX. Essa crise de dupla face obstaculiza o acontecer da Constituição, perdendo-se dia a dia a especificidade do Direito, tão cara aos propósitos da ideia de Estado Democrático de Direito”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 87.

filosofia da consciência, o que significa dizer, sem medo de errar, que ainda estamos reféns do esquema sujeito-objeto.³

Portanto, a partir da construção teórica da Crítica Hermenêutica do Direito de Streck apresenta-se possível, através de uma ótica privilegiada, a análise dos pressupostos metafísicos do Direito Moderno, com o intuito da suspensão dos pré-juízos ligados à concepção liberal-individualista do Direito.

Com efeito, a Crítica Hermenêutica do Direito inova, ao partir da fusão de horizontes entre a filosofia hermenêutica, a hermenêutica filosófica e a teoria integrativa dworkiniana⁴, possibilitando uma análise abrangente do fenômeno jurídico na contemporaneidade. Nesses termos, a partir da compreensão do caráter ontológico da interpretação e da denúncia da tradição inautêntica legada pela modernidade, a teoria insere a Filosofia *no* Direito, como condição de possibilidade para o desvelamento do fenômeno jurídico na contemporaneidade.

Como esclarece Tassinari⁵, a proposta inovadora de Streck consiste, inicialmente, na ruptura com o dogmatismo, ainda presente no “sentido comum teórico dos juristas” (na acepção de Luís Alberto Warat); na incorporação, por Streck, da Filosofia *no* Direito, a partir dos aportes da filosofia hermenêutica (de Martin Heidegger) e da hermenêutica filosófica (de Hans-Georg Gadamer), bem como com a imbricação da teoria integrativa (de Ronald Dworkin), construindo a tese do direito fundamental a respostas constitucionalmente adequadas, como pressuposto

³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 243.

⁴ Esclarece Streck: “Aqui, faz-se necessária uma advertência: como tenho deixado claro em outros textos (mormente em *Verdade e Consenso*), a Nova Crítica do Direito ou a Crítica Hermenêutica do Direito é uma nova teoria que exsurge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana. Dela exsurge a tese de há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como “adequada à Constituição”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 84.

⁵ “Não se pode deixar de mencionar que a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), de Lenio Streck, não consiste apenas em oferecer um contributo sobre os limites da atuação jurisdicional, tema das mais recentes obras do autor, bem como deste trabalho. Em que pese seus pressupostos teóricos tornem possível compreender o ativismo judicial como um problema, a proposta de Lenio Streck, antes de tudo, está centrada na realização de uma reflexão de caráter abrangente, considerada inovadora por diversos motivos, que podem ser assim sintetizados: a) primeiro, por, sob influência de Luís Alberto Warat, consistir numa ruptura com o dogmatismo, através da afirmação de uma hermenêutica crítica na interpretação/aplicação do direito (na superação do que ficou conhecido por “senso (ou sentido) comum teórico dos juristas”, o que repercutiu sobremaneira no modo de compreender o ensino jurídico no Brasil); b) segundo, por, em contato com a obra do filósofo Ernildo Stein, assentar sua teoria sob os aportes da filosofia hermenêutica (de Martin Heidegger) e da hermenêutica filosófica (de Hans-Georg Gadamer) e, a partir disso, evidenciar as inter-relações entre Direito e Filosofia, rompendo com a negação (resistência) filosófica que povoava o ambiente jurídico no Brasil, o que resultou na expressão filosofia no direito (terminologia por ele criada); e c) terceiro, por agregar a tudo isso a construção de uma teoria da decisão judicial, elaborada a partir de uma imbricação com a proposta do jurista norte-americano Ronald Dworkin, fazendo nascer a tese do direito fundamental a respostas constitucionalmente adequadas (a respostas corretas), estruturada a partir do dever de fundamentar as decisões, que, por sua vez, apresenta-se como uma exigência dos pressupostos democráticos do constitucionalismo”. TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 109.

democrático do constitucionalismo.

Dessa forma, a partir de tal imbricação, verifica-se que a cruzada da Crítica Hermenêutica do Direito possui como horizonte o combate ao subjetivismo da modernidade que, no campo jurídico se evidencia a partir da postura positivista do apego ao método e da utilização de procedimentos lógico-formais o que, conforme denuncia Streck, dá aso à discricionariedade (referida como um eufemismo para arbitrariedades) o que fere a autonomia do Direito e seu cariz democrático⁶. Como refere Streck,

Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho modus interpretativo subsuntivo-dedutivo-fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem dar lugar ao giro linguístico ontológico, fundado na intersubjetividade⁷.

Portanto, a referida matriz teórica possibilita a reflexão acerca dos pressupostos do Direito Moderno, buscando, nesses termos, o rompimento com o modelo de Direito liberal-individualista-normativista e a superação da metafísica moderna. Trata-se de uma teoria propositiva, na medida em que, ao suspender os pré-juízos ligados à noção liberal do Direito, vem apresentar uma nova forma de compreendê-lo no contexto democrático⁸.

2.1.1 Das Pré-ocupações da Modernidade e da Filosofia no Direito como Superação dos Pressupostos Metafísicos do Direito Moderno

Os pressupostos da Crítica Hermenêutica ao Direito que perpassam a presente pesquisa, objetivam justamente a superação, no Direito do modo de pensar metafísico que caracteriza a modernidade, rompendo com a concepção da Hermenêutica Jurídica Clássica, fundamentada em cânones interpretativos e a utilização de procedimentos lógico-formais. Nesse sentido, ao partir da premissa Heideggeriana da interpretação como existencial⁹ e

⁶ “Conforme venho insistindo em vários trabalhos, há um ponto que marca definitivamente o equívoco cometido por todo o positivismo ao apostar em certo arbítrio (eufemisticamente epitetado como “discricionariedade”) do julgador no momento de terminar sua decisão: sendo o ato jurisdicional um ato de vontade, ele apresenta uma manifestação da razão prática, ficando fora das possibilidades do conhecimento teórico. Isso ainda não foi devidamente entendido pela(s) teoria(s) do direito.” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 153.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 243.

⁸ “O Constitucionalismo contemporâneo que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o direito – ainda não aconteceu em terrae brasilis”. *Ibid.*, p. 245.

⁹ Com efeito, a assertiva “filosofia é filosofar”, referida por Heidegger na obra *Introdução à Filosofia*, sintetiza o entendimento, por parte da Hermenêutica Filosófica, do caráter ametodológico da interpretação e de que a

ultrapassar, portanto, o fundamento objetificador¹⁰ da metafísica, a Crítica Hermenêutica do Direito supera a clássica relação sujeito-objeto:

Com o giro – que denomino de ontológico-linguístico para diferenciá-lo das pretensões analíticas, principalmente do neopositivismo lógico – o sujeito não é fundamento do conhecimento. Trata-se, na verdade – e busco socorro em Stein – de uma compreensão de caráter ontológico, no sentido de que nós somos, enquanto seres humanos, entes que já sempre se compreendem a si mesmos e, assim, o compreender é um existencial da própria condição humana, portanto, faz também parte da dimensão ontológica: é a questão do círculo hermenêutico-ontológico¹¹.

Dessa forma, ao contrário da pretensão ingênua da metafísica – de libertar o intérprete de seus preconceitos, com intuito de torná-lo imparcial – a Crítica Hermenêutica do Direito, compreende que a interpretação pressupõe os preconceitos e pré-juízos do intérprete como condições de possibilidade da interpretação, estando presentes no modo-de-ser do intérprete que é estrutura ontológica do *Dasein*, do ser-aí. Aliás, como refere Stein, essa ingenuidade do pensamento racionalista moderno, é alvo das maiores críticas de Heidegger¹², já que a interpretação pressupõe que o intérprete possua suas concepções prévias¹³.

filosofia “precisa ser determinada a partir de si mesma”. HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 17.

¹⁰ No dizer de Streck: O fundamento é, assim, um caráter transcendental existencial, porque o manifestar-se constitutivo deste processa-se de acordo com o modelo do fundamento, não mais um modelo de fundamentação clássica Kantiana, mas que pode ser descrito a partir de um transcendental transformado fenomenologicamente. Isso quer dizer que funda seu ser sem fundamento. O ser, enquanto fundamento do ente, é fundamento sem fundo (grund-os), abismo (Ab- grund). STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos: Uma resposta a partir do ontological turn*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: mestrado e doutorado*, 2003. São Leopoldo: UNISINOS, Centro de Ciências Jurídicas, 2003. p. 223.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 15.

¹² “O constructo “estar-aí”, que é objeto da analítica existencial e nela é analisado em suas estruturas e modos de ser e que opera, pela compreensão, o arranjo do mundo, será a figura através da qual se articulam as “carências” do que foi excluído e forcluído do domínio de um conhecimento possível, na qual se concentra e a partir de onde se articula todo conhecimento possível. Descartes é um alvo privilegiado da crítica heideggeriana. É na obra cartesiana que assoma a afirmação da modernidade na filosofia: a subjetividade. Nela toma forma, ao nível do problema da consciência, a questão do dualismo da metafísica ocidental”. STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e Tempo”*. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 24-25.

¹³ Para tanto, ao considerar a interpretação como universal e existencial, a hermenêutica filosófica parte da existência de concepções prévias do intérprete como condições de possibilidade da interpretação. Como refere Gadamer: “É por isso que retomamos a descrição heideggeriana do círculo hermenêutico a fim de que o novo e fundamental significado que adquire aqui a estrutura circular possa se tornar fecundo para nosso propósito. Heidegger escreve: ‘Embora possa ser tolerado, o círculo não deve ser degradado a círculo vicioso. Ele esconde uma possibilidade positiva do conhecimento mais originário, que evidentemente, só será compreendida de modo adequado quando ficar claro que a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia (Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff) lhe sejam impostas por intuições ou noções populares. Sua tarefa é, antes, assegurar o tema científico, elaborando esses conceitos a partir da coisa, ela mesma”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 355.

Há o rompimento com a noção de um sujeito solipsista¹⁴, que através da utilização de procedimentos lógico-formais, chegaria ao conhecimento. Com efeito, trata-se da superação da relação metafísica sujeito-objeto, para a relação hermenêutica sujeito-sujeito, na intersubjetividade:

A superação da relação sujeito-objeto só será operada pela descoberta Hermenêutica (Gadamer-Heidegger) da dimensão antepredicativa que antecipa a compreensão de todo enunciado veritativo. Essa é a dimensão propriamente hermenêutica que retira do sujeito a ‘disponibilidade’ (Gestell) com relação ao objeto. Logo, esse sujeito não terá discricionariedade, pois terá que prestar contas, em todo momento, à tradição (integridade e coerência do direito). Essa dimensão antepredicativa sustenta-se em um a priori historicamente compartilhado e que impõe ao intérprete uma necessidade de diálogo com a tradição. Ocorre que esse elemento não aparece nas propostas analítico-positivistas de análise do direito. Na verdade, tais propostas terminam por esconder aquilo que lhes é mais essencial: o fato de representarem uma interpretação muito específica e peculiar do fenômeno jurídico. O positivismo jurídico não representa uma ‘garantia de objetividade’ no direito, mas, ao contrário, representa exatamente aquilo que atira para o âmbito do relativismo porque esconde o fator fragmentário e subjetivista que lhe dá origem¹⁵.

O rompimento com o esquema sujeito-objeto vinculado à metafísica se dá através da compreensão de que o fenômeno interpretativo se dá sempre, de maneira produtiva na intersubjetividade e pressupõe, evidentemente, a compreensão do ser acerca de si próprio, enquanto ser que, igualmente, está inserido na tradição. Nesses termos, trata-se da noção de círculo hermenêutico: a compreensão circular engloba o intérprete, o fenômeno, o seu pertencimento à tradição e o questionamento de seus pressupostos, como refere Streck:

Definitivamente, uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, não pode prescindir dos dois teoremas fundamentais (a expressão é de Stein) formulados por Heidegger: o círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que o método (ou procedimento que pretende controlar o processo interpretativo) sempre chega tarde, porque o Dasein já se pronunciou de há muito, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial, e não uma

¹⁴ “Destarte, correndo sempre o risco de simplificar essa complexa questão, pode-se afirmar que, no linguist turn, a invasão que a linguagem promove no campo da filosofia transfere o próprio conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina; é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante). O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade “assujeitadora”, e não o sujeito da relação de objetos [...]”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 14.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: ROSA, Alexandre et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 90.

propriedade ‘colada’ sobre o ente, colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de ‘reino intermediário’. A menos que se entenda que os sentidos e os entes (que, assim, estariam à espera do ‘acoplamento significativo’) existam independentemente um do outro; a menos que seja possível argumentar a partir de ‘categorias metafísicas’ (significantes primordiais-fundamentos, espécies de ‘universais’) ou que se acredite na existência de proposições que possam representar o mundo.¹⁶

Em síntese, reconhecer a diferença ontológica existente entre o ser e o ente¹⁷, apresenta-se como condição de possibilidade para a ultrapassagem da concepção metafísica e a atribuição de sentido ao ser:

[...] a diferença ontológica é exatamente – juntamente com o círculo hermenêutico – o sustentáculo da hermenêutica filosófica. Com ela, o ser é – e somente pode ser – o ser de um ente, e o ente só é – somente pode ser – no seu ser (aqui se encontra o sustentáculo da applicatio). E isso constitui a superação do paradigma da filosofia da consciência, isto é, compreender que não há dois mundos, não há espaço para os dualismos metafísicos, enfim, não há um sujeito separado de um objeto. Ser e ente não são idênticos (não estão colados, não há imanência); mas também não estão cindidos. É a diferença que faz a diferença entre a hermenêutica e as demais teorias discursivo-procedurais e que é condição de possibilidade para alcançar a resposta correta.¹⁸

Relevante ressaltar que a Crítica Hermenêutica do Direito ao referir que a interpretação é ametodológica, não advoga que a atribuição de sentido se dê de forma arbitrária¹⁹. Efetivamente, a teoria não apresenta viés relativista²⁰, na medida em que ao

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 75-76.

¹⁷ Ao comentar a diferença ontológica existente entre texto e norma, Streck esclarece que "não há "separação" entre texto e norma; há sim, uma diferença entre eles (que é ontológica), questão que pode ser retirada da assertiva heideggeriana de que "o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser. Não há ser sem ente!" STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.p. 311.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 220.

¹⁹ A Hermenêutica Filosófica apresenta uma importante reflexão acerca da insuficiência do método científico a respeito da consciência histórica e conduz a uma crítica geral a esse modelo. Em contraposição ao método (leitura possível da obra *Verdade e Método*, de Gadamer), a Hermenêutica Filosófica apresenta a noção de interpretação como fenômeno ametodológico, mas como existencial – o que não significa, absolutamente, que a teoria pregue o relativismo. Ao contrário, a Hermenêutica Filosófica se apresenta coerente ao considerar a existência dos prejuízos e preconceitos do intérprete que, na intersubjetividade, são colocados em jogo em face da tradição. Nesse sentido, é através desse diálogo que a Hermenêutica Filosófica compreende que exsurgirá o sentido. Em suma, como analisa com percuência Vattimo “Questi tre elementi sono anche tre momenti successivi nella costruzione dell’ontologia ermeneutica, almeno nella forma sistematica che essa ha in Verità e método; il primo indica che, como è visibile anzitutto in Sein und Zeit, l’ontologia ermeneutica parte dal problema della conoscenza storica; la riflessione sull’insufficienza del método scientifico-positivo rispetto alla conoscenza storica e alle scienze dello spirito conduce a una critica generale del modelo positivístico di método científico: l’ermeneutica avanza una rivendicazione di universalità; questa rivendicazione si concreta e insieme si fonda nella teorizzazione della linguisticità dell’essere”. VATTIMO, Gianni. *Le Avventure della differenza*. Milano: Garzanti, 2001. p. 27.

mesmo tempo em que o intérprete possui seus preconceitos e pré-juízos, é na intersubjetividade – em especial em seu contato com a tradição – que seus preconceitos e prejuízos devem ser analisados quanto a sua autenticidade. As posturas positivistas, justamente em face de seu apego ao método como meio de controle, restam, paradoxalmente, por confiar ao arbítrio a solução dos chamados “casos difíceis”, como denuncia Streck:

Conforme venho insistindo em vários trabalhos, há um ponto que marca definitivamente **o equívoco cometido por todo o positivismo ao apostar em certo arbítrio (eufemisticamente epitetado como ‘discricionariedade’) do julgador no momento de terminar sua decisão: sendo o ato jurisdicional um ato de vontade, ele apresenta uma manifestação da razão prática, ficando fora das possibilidades do conhecimento teórico.** Isso ainda não foi devidamente entendido pela(s) teoria(s) do direito.²¹

Dito de outro modo: a interpretação não se trata de um ato de mera subjetividade²², já que a tradição não está a sua disposição²³. Trata-se, portanto, de um exercício de intersubjetividade, em que o intérprete toma consciência da tradição (consciência histórico-efetual) e assim coloca em jogo seus preconceitos e prejuízos, quanto a sua autenticidade²⁴.

²⁰ Como adverte Gadamer, “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para “as coisas elas mesmas”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 355.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 153.

²² Nesse sentido, a interpretação não se trata de um ato de pura subjetividade, mas se dá na expressão do ser-com-os-outros, ou seja, na intersubjetividade, como refere Heidegger: “Ser junto a..., permanecer junto a... caracterizam inicialmente um modo, em conformidade com o qual nós, homens, somos. O ente que, como homem, cada um de nós somos é, denominamos o ser-aí humano, ou, de maneira sucinta, ser-aí. Denominamos existência um caráter fundamental do modo como o ser-aí é. O ser-aí e somente ele existe. Somente o homem tem existência”. HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 75.

²³ “A superação da relação sujeito-objeto só será operada pela descoberta Hermenêutica (Gadamer-Heidegger) da dimensão antepredicativa que antecipa a compreensão de todo enunciado veritativo. Essa é a dimensão propriamente hermenêutica que retira do sujeito a “disponibilidade”(Ge-stell) com relação ao objeto. Logo, esse sujeito não terá discricionariedade, pois terá que prestar contas, em todo momento, à tradição (integridade e coerência do direito). Essa dimensão antepredicativa sustenta-se em um a priori historicamente compartilhado e que impõe ao intérprete uma necessidade de diálogo com a tradição. Ocorre que esse elemento não aparece nas propostas analítico-positivistas de análise do direito. Na verdade, tais propostas terminam por esconder aquilo que lhes é mais essencial: o fato de representarem uma interpretação muito específica e peculiar do fenômeno jurídico. O positivismo jurídico não representa uma “garantia de objetividade” no direito, mas, ao contrário, representa exatamente aquilo que atira para o âmbito do relativismo porque esconde o fator fragmentário e subjetivista que lhe dá origem” STRECK, Lenio Luiz. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: ROSA, Alexandre et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 90.

²⁴ “O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de

Nessa trilha, partindo-se do caráter ontológico da interpretação e de seu caráter antirrelativista, a Crítica Hermenêutica do Direito incorpora a teoria integrativa de Dworkin, defendendo, portanto a possibilidade de obtenção da resposta correta – no caso, da resposta constitucionalmente adequada, como refere Streck:

O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada a Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Como já referido à saciedade, a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da temporalidade. Ou seja, a pretensão a respostas definitivas (ou verdades apodíticas) sequer teria condições de ser garantida.²⁵

Em suma, a partir dos postulados da Crítica Hermenêutica do Direito apresenta-se possível a desconstrução do pensamento tradicional acerca do fenômeno – no caso, ligado às Sociedades Cooperativas e seu papel no Estado Democrático de Direito – bem como a construção das bases para a atribuição do sentido adequado ao atual paradigma constitucional.

2.1.2 A Crítica Hermenêutica do Direito e o Papel Constitutivo da Linguagem: tradição, consciência histórico-efeitual e denúncia dos pré-juízos inautênticos

A linguagem²⁶, que para o pensar metafísico é vista como um mero veículo de transmissão de conceitos, na perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito é erigida à condição de possibilidade da compreensão²⁷. Cabe ressaltar que o intérprete é inserido no mundo. A linguagem é pré-existente. Através da linguagem ele toma contato com a tradição e

modo algum, um círculo metodológico; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 389.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 170.

²⁶ Com isto, o fenômeno hermenêutico se apresenta com um caso especial da relação geral entre pensar e falar, cuja enigmática intimidade faz com que a linguagem se oculte no pensamento. Assim como a conversação, a interpretação é um circuito fechado pela dialética da pergunta e resposta. É uma verdadeira relação vital histórica que se realia no medium da linguagem e que, mesmo no caso da interpretação de textos, podemos chamar de conversação. O caráter de linguagem da compreensão é a concreção da consciência da história efeitual”. GADAMER, op. cit., p. 504.

²⁷ A este propósito, Streck, na obra *Hermenêutica Jurídica em Crise*, traz um apanhado da evolução do pensamento filosófico, demonstrando a difícil superação do pensamento metafísico e, de como, a partir de Wittgenstein, a linguagem deixa de ser um mero instrumento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do pensamento. Nesse sentido é que se fala na “guinada lingüística” (Habermas), a partir da qual a linguagem é condição de possibilidade para o conhecimento, pois é na linguagem que o sujeito ocorre, é na linguagem que se dá o sentido. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.311.

passa a construir, através de sua faticidade, suas pré-compreensões²⁸.

Nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento. Nesse sentido, a viragem ontológico-linguística se coloca como o que precede qualquer relação positiva. Não há mais um ‘sujeito solitário’; agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito. Trata-se, fundamentalmente, de uma ‘virada hermenêutica’, que, no plano do conhecimento jurídico, venho denominando – desde *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* – de *Nova Crítica do Direito*, isto é, um novo estilo de abordagem na filosofia pela qual se vê como tarefa primeira o reconhecimento de que a universalidade da compreensão é condição de possibilidade da racionalização (ou da positividade)²⁹.

Dessa forma, as experiências são mediadas pela linguagem e todo o evento linguístico se traduz no diálogo de pergunta e resposta. Nesses termos, se o “ser que pode ser compreendido é linguagem”, chega-se à conclusão de que é, sob a mediação da linguagem, que o homem tem acesso ao mundo, às tradições, à história e aos efeitos que essa história tem sobre sua compreensão. E é nesse sentido que se pode falar em universalidade da hermenêutica, que está presente em toda a experiência.³⁰

Pode-se dizer que a relação estabelecida entre o homem e a linguagem é marcada pela dependência e pela falta. Para que as coisas, os fenômenos, venham a fazer parte do mundo, o homem necessita nominá-los. Dessa forma o homem (caracterizado como poder-ser) é, através da linguagem, construtor de mundo.

Falamos e falamos sobre a linguagem. Aquilo de que falamos, a linguagem, já sempre nos precede. Falamos sempre a partir da linguagem. Isso significa que somos sempre ultrapassados pelo que já nos deve ter envolvido e tomado

²⁸ “A linguagem não é apenas um medium, entre outros, dentro do mundo das formas simbólicas (Cassier), mas tem uma relação especial com o potencial caráter comunitário da razão [...]. A linguagem não é apenas fato, mas princípio. É nisso que repousa a universalidade da dimensão hermenêutica. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 135.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 17.

³⁰ Como refere Vattimo: “Il carattere ermeneutico di ogni esperienza non dipende solo dal fatto che si scopre una “analogia” (in linguaggio scolastico: una analogia di proporzionalità) tra l’esperienza linguistica e gli altri modi dell’esperienza (noi siamo “appellati” dalle varie “realtà” dell’esperienza come lo siamo dai messaggi trasmessi nel linguaggio); ma, più essenzialmente, dal fatto che ogni esperienza del mondo è mediata dal linguaggio, è prima di tutto evento linguistico, è discorso, dialogo di domanda e risposta. C’è, dunque, una analogia “di attribuzione” tra esperienza in generale ed esperienza linguistica. Il principio in cui si riassume l’ontologia ermeneutica di Gadamer, “l’essere che può essere compreso è linguaggio”, configura, con queste sue implicazioni, una visione della storia come trasmissione di messaggi, come dialogo di domande e risposte, in cui il linguaggio è il modo fondamentale di accadere dell’essere”. VATTIMO, Gianni. *Le Avventure della differenza*. Milano: Garzanti, 2001. p. 32.

para falarmos a seu respeito. Ou seja, falando sobre a linguagem, estamos sempre constrictos a falar da linguagem de forma insuficiente.³¹

Para Heidegger, o ser é compreendido na linguagem. Assim, a linguagem (que surge na falta e na expressão do ser-com) passa a ser condição de possibilidade para que as coisas estejam no mundo. Como a atribuição de sentido se dá na transcendência e na intersubjetividade, a relação metafísica sujeito-objeto é superada pela concepção hermenêutica de que o sentido é atribuído através de uma relação sujeito-sujeito, com a linguagem exercendo papel central.

Dessa forma, o homem, através da linguagem, cria o mundo. Heidegger assevera que *“as palavras e a linguagem não são cápsulas, em que as coisas se empacotam para o comércio de quem fala e escreve. É na palavra, é na linguagem, que as coisas chegam a ser e são”*³². Observa ainda que a apelação das necessidades do homem, a partir da percepção do que lhe faz falta, afirmando que:

lo que nos hace falta lo medimos por el rasero de las necesidades, por el rasero de los deseos entregados a si mismos y a su ímpetu, por el rasero de aquello sobre y con lo que contamos. [...] tras estos deseos e ímpetus está el ansia de esa inquietud para la que todo lo suficiente se torna inmediato en algo jamás suficiente. Esta inquietud, prolongada por nuevas cosas que hacen falta, por ‘intereses’ cada vez más elevados y amplios, no surge de algo así como una rapacidad creada artificialmente, sino que esa avidez ella misma consecuencia de esa inquietud en la que se muestra el abrirse paso de la mera vida, de lo sólo viviente.³³

Em suma, é a partir da superação, efetuada pela Crítica Hermenêutica do Direito, da relação sujeito-objeto pela relação sujeito-sujeito, que a linguagem passa a desempenhar papel fundamental no processo de compreensão, eis que, através dela, é que se toma contato com o mundo da vida, no qual o intérprete é inserido.

A relação do homem com a linguagem caracteriza-se pela noção de co-pertença: a linguagem pertence ao homem, assim como o homem à linguagem. É nesse sentido que surge a preocupação com a questão da linguagem como a construtora de mundo, valores e tradições. Portanto, é através da linguagem que o intérprete toma contato com as tradições, o que faz com que a linguagem – anteriormente considerada um mero veículo de conceitos – passa a ser condição de possibilidade para a compreensão.

³¹ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 138.

³² HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996. p. 52.

³³ HEIDEGGER, Martin. *Conceptos fundamentales*. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 29.

Toda a linguagem é um envio histórico, mesmo quando o homem não conhece a história, no sentido moderno europeu. Também a linguagem como informação não é a linguagem em si, mas envio histórico do sentido e dos limites da época de hoje, uma época que não inaugura o novo, que somente leva ao extremo o velho, o já prelineado na Modernidade³⁴.

Não se perdendo de conta o caráter da intersubjetividade e da temporalidade do conhecimento, Gadamer apresenta a ideia de que toda a compreensão é um processo de “Fusão de Horizontes”, na qual está inserido o intérprete. Para compreender é necessária a confrontação de horizontes³⁵, na concepção de Gadamer, uma verdadeira tensão, da qual ex-surgirá o sentido:

Também aqui se manifesta uma tensão. Ela se desenrola entre a estranheza e a familiaridade que a tradição ocupa junto a nós, entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. Esse entremeio é o verdadeiro lugar da hermenêutica.³⁶

Essa tensão à qual é submetido o intérprete leva ao caráter produtivo de toda interpretação, como refere Streck:

É nesse sentido que Hans-Georg Gadamer vai dizer que o caráter da interpretação é sempre produtivo. Esse aporte produtivo forma parte inexoravelmente do sentido da compreensão. É impossível ao intérprete se colocar em lugar do outro. O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes (Horizontverschmelzung) porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos.³⁷

³⁴ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 213.

³⁵ Rui Sampaio da Silva esclarece que “a conhecida doutrina gadameriana da fusão de horizontes enraíza-se, por conseguinte, na hermenêutica heideggeriana. Com efeito, se toda a compreensão assenta num determinado horizonte de inteligibilidade e se, por conseguinte, toda a compreensão é compreensão de si (pois põe em jogo a rede de preconceitos e expectativas que permitem a abertura do homem à experiência), compreender outrem não deve ser concebido como um simples acto de transposição psíquica ou como uma mera reconstituição de conteúdos intencionais alheios. Pelo contrário, a compreensão consiste numa fusão entre o horizonte do intérprete e do interpretandum. Contra o historicismo ingênuo do século XIX, a hermenêutica gadameriana declara a impossibilidade de uma reconstituição objetiva e neutral de um horizonte histórico e da mente de um autor ou agente histórico. A nossa inserção num determinado horizonte é incontornável, é constitutiva do nosso ser, razão pela qual jamais poderemos abstrair-nos do nosso contexto histórico, o qual está sempre em jogo em todo o acto cognitivo. Assim se refutam as pretensões do objetivismo epistemológico. Tal não significa, contudo, que o nosso horizonte constitua uma prisão rígida. Bem pelo contrário, ele transforma-se ao longo das nossas experiências hermenêuticas, ou seja, através das fusões com outros horizontes. O acontecimento da compreensão é balizado por três pólos: o intérprete, aquele que é interpretado e a “coisa” (Sache) que está em questão. É esta última, e não a subjectividade daquele que procuramos compreender, que constitui o centro da compreensão. Compreender (Verstehen) é chegar a um entendimento (Verständigung) com alguém sobre alguma coisa. O outro é aqui, sobretudo, um parceiro de conversação que nos ajuda a aceder à verdade da coisa ou do assunto em questão”. SILVA, Rui Sampaio da. Gadamer e a herança Heideggeriana. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 56, p. 527, 2000.

³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 391.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 197.

É esse diálogo com a tradição que permite ao intérprete analisar seus pré-juízos. A partir dessa noção, o intérprete, ao receber informações a respeito de determinado instituto, deve questionar-se sobre as condições em que se deu tal interpretação, refletindo criticamente sobre seu significado, referido por Gadamer como “consciência histórica”³⁸.

Vinculada à necessidade do diálogo com a tradição, Gadamer propõe a ideia do distanciamento temporal, necessário para que os pré-conceitos sejam colocados à prova. Com efeito, para a Hermenêutica Filosófica, ao contrário da concepção do Historicismo, o tempo não é algo a ser transposto, mas se apresenta como aspecto positivo na interpretação dos fenômenos³⁹.

O tempo, nesse sentido, seria condição de possibilidade para a suspensão dos pré-conceitos e não algo a ser superado. Com efeito, a postura metafísica – e, no caso privilegiado do Direito, as posturas positivistas – buscam justamente “sequestrar” a temporalidade, considerando-se sua pretensão de estabelecimento de verdades universais e atemporais.

O positivismo jurídico de matriz analítica – por uma questão até de pertinência com a filosofia que lhe dá origem – não consegue posicionar o fenômeno jurídico no contexto maior, da própria cultura, no modo como faz a hermenêutica. Isto porque qualquer epistemologia positivista tem a pretensão de servir à descrição das fontes jurídicas de maneira universal e, de certa forma, atemporal. Vale dizer, há uma blindagem com relação à história.⁴⁰

Em síntese, a Hermenêutica Filosófica, não nega os pré-juízos do intérprete, com o intuito de torná-lo imparcial. Pelo contrário, entende os pré-juízos como condições de possibilidade da compreensão e a distância temporal⁴¹ pode operar como aliada na atribuição

³⁸ “A consciência moderna assume – precisamente como “consciência histórica” – uma posição reflexiva com relação a tudo que lhe é transmitido pela tradição. A consciência histórica já não escuta beatificamente a voz que lhe chega do passado, mas, ao refletir sobre ela mesma, recoloca-a no contexto em que ela se originou, a fim de ver o significado e o valor relativos que lhe são próprios. Esse comportamento reflexivo diante da tradição chama-se interpretação”. GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 18-19, 29.

³⁹ “Assim, a distinção dos períodos não é algo que deva ser superado. Esta era, antes, a pressuposição ingênua do historicismo, ou seja, que era preciso deslocar-se ao espírito da época, pensar segundo seus conceitos e representações em vez de pensar segundo os próprios, e assim se poderia alcançar a objetividade histórica. Na verdade, trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 393.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: ROSA, Alexandre et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 90.

⁴¹ “Muitas vezes essa distância temporal nos dá condições de resolver a verdadeira questão crítica da hermenêutica, ou seja, distinguir os verdadeiros preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos. Nesse sentido, uma consciência formada hermeneuticamente terá de incluir também a consciência histórica”. GADAMER, op. cit., p. 395.

de sentido ao ser. Todavia, esses pré-juízos devem ser colocados à prova, quanto a sua autenticidade. Dessa forma, surge a idéia Gadameriana da consciência histórico-efeitual⁴², da fusão de horizontes e do distanciamento temporal.

Na verdade, pensar historicamente significa realizar a conversão que acontece aos conceitos do passado quando procuramos pensar neles. Pensar historicamente implica sempre uma mediação entre aqueles conceitos e o próprio pensar. Querer evitar os próprios conceitos na interpretação não só é impossível como também um absurdo evidente. Interpretar significa justamente colocar em jogo os próprios conceitos prévios, para com isso trazer realmente à fala a opinião do texto.⁴³

A partir de tais pressupostos, verifica-se que há radical rompimento, por parte da Crítica Hermenêutica do Direito, com a noção metafísica de verdade. Com efeito, Heidegger ao tratar do conceito de verdade na metafísica, refere que o mesmo se estabelece a partir da ideia de adequação ao enunciado, ou seja, que a verdade se encontra no enunciado linguístico. Portanto, “*la verdad enunciada siempre significa la coincidência de la cosa presente con el concepto ‘racional’ de su essência*”.⁴⁴ Refere, ainda, Heidegger, que para a metafísica a noção de verdade, por obviedade, leva a noção de uma não-verdade, que, nesses termos, se caracteriza pela não coincidência do enunciado com a coisa. Um ponto particularmente relevante em tal concepção da verdade é que, ao trabalhar com a ideia de essências e ao buscar construir conceitos universalizantes e atemporais, há a desconsideração da temporalidade na conceituação metafísica de verdade. A concepção de verdade, pela Hermenêutica Filosófica rompe com a concepção de verdade como adequação ao enunciado e, ao considerar a temporalidade como sua condição de possibilidade, não apresenta a pretensão universalizante da metafísica. Com efeito, Heidegger ao tratar do tema se utiliza da noção grega de *Aletheia* que se caracteriza, justamente, pela ambivalência, como algo que ex-surge, que se des-vela. Streck comenta, a noção de verdade:

Aletheia (des-velamento) é, assim, a própria eclosão do ente no seu ser, onde o ser, o aparecer, faz sair da ocultação. Enquanto o ente (enquanto tal) é,

⁴² A consciência histórica compreende a si mesma erroneamente, quando, para compreender, pretende descartar a única possibilidade de compreender. Na verdade, pensar historicamente significa realizar a conversão que acontece aos conceitos do passado quando procuramos pensar neles. Pensar historicamente implica sempre uma mediação entre aqueles conceitos e o próprio pensar. Querer evitar os próprios conceitos na interpretação não só é impossível como também um absurdo evidente. Interpretar significa justamente colocar em jogo os próprios conceitos prévios, para com isso trazer realmente a opinião do texto. Na análise do processo hermenêutico constatamos a obtenção do horizonte de interpretação e o reconhecemos como uma fusão de horizontes. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 514.

⁴³ *Ibid.*, p. 514.

⁴⁴ HEIDEGGER, Martin. *La esencia de la verdad*. In: HITOS, Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 154.

coloca-se e se mantém no seu desvelamento, dirá o filósofo. Assim, é de fundamental importância compreender que a clareira só pode ser porque existe a floresta que a circunscreve, que a abriga e oculta todas as coisas em seu seio. Entretanto, e paradoxalmente, a floresta também necessita da luz da clareira para que todas as coisas do seu interior possam ser iluminadas e ganhar presença.⁴⁵

Dessa forma, para a teoria, a essência da verdade é a liberdade⁴⁶, que se consubstancia no fato de que a interpretação, a busca do des-velamento é um processo ontológico e não se dá mediante a utilização de procedimentos lógico-formais⁴⁷, liberdade⁴⁸ que, conforme referido, não caracteriza a hermenêutica como relativista.

No dizer de Gadamer, essa concepção de verdade – como um jogo desocultar-ocultar - permitiu lançar novas perguntas e, conseqüentemente, atribuir novos sentidos aos fenômenos⁴⁹. Outro aspecto a salientar é que a compreensão e a circularidade hermenêutica têm presentes a mutabilidade, uma vez que a compreensão está ligada à temporalidade e à situação hermenêutica que a condiciona. No dizer de Vattimo, “o abrir-se ao ente não é algo que o homem possa escolher porque constitui o próprio Dasein como tal enquanto "ser-no-mundo". Esta liberdade não é, pois, uma faculdade de que o homem disponha, mas é ela que dispõe o homem”.⁵⁰

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 288.

⁴⁶ Gadamer aduz nesse sentido que “O sentido de applicatio, porem, que representa um elemento constitutivo de todo compreender, não é o de uma “aplicação” posterior e externa de algo que originalmente já seria para si. A aplicação de meios para objetivos predeterminados ou a aplicação de regras em nosso comportamento não significa, via de regra, a submissão de uma situação dada (Gegebenheit) autônoma, em si, como por exemplo uma coisa conhecida “de maneira puramente teórica”, a um objetivo prático”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 131.

⁴⁷ “A idéia do círculo da compreensão introduz elementos radicalmente novos – que se devem, em parte, a uma releitura da tradição da escola histórica particularmente – em lugar da consciência põe-se uma hermenêutica do ser-aí; em lugar da transparência põe-se a inelutabilidade do ser histórico do dado; em lugar da teoria pura da tradição, introduz-se a descoberta da idéia da compreensão do ser-no-mundo, já sempre jogado no mundo e historicamente determinado; em lugar do ideal do pensamento puro da teoria tradicional, a idéia de uma práxias que antecipa toa divisão entre teoria e praxis e faz do conhecimento um modo derivado de constituição ontológica do ser-aí; o nó górdio da teoria tradicional do conhecimento é cortado com a eliminação da idéia de uma justificação ontológica possível. STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre “Ser e Tempo”*. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 32.

⁴⁸ “Entendida de este modo, en cuanto dejar ser a lo ente, la libertad consume y lleva a cabo la esencia de la verdad en el sentido del desocultamiento de lo ente. La “verdad” no es una característica de una proposición conforme enunciada por un “sujeto” humano acerca de un “objeto” y que luego “valga” no se sabe en que ámbito, sino que la verdad es ese desencubrimiento de lo ente mediante el cual se presenta una apertura. En ese ámbito abierto se expone todo comportarse humano y su actitud. Por eso, el hombre es al modo de la ex-sistencia”. HEIDEGGER, Martin. *La esencia de la verdad*. In: HITOS, Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 161.

⁴⁹ O “acontecimento” da verdade que forma o espaço de jogo do desocultar e ocultar conferiu um novo caráter ontológico a todo desocultar, mesmo àquele das ciências da compreensão. Isso possibilitou a formulação de uma série de perguntas à hermenêutica tradicional”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 126.

⁵⁰ VATTIMO, Gianni. *Introdução à Heidegger*. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 74.

A Crítica Hermenêutica do Direito, nesse sentido, perpassa pela presente pesquisa como instrumento de análise dos velamentos provocados pelo pensar metafísico que caracterizou a modernidade iluminista, em especial como forma de suspender os pre-juízos inautênticos, na contemporaneidade, ainda arraigados nos conceitos de Direito, Estado e Sociedades Cooperativas na modernidade. Além disso, a partir de seus pressupostos teóricos, buscar-se-á atribuir sentido às relações cooperativo-comunitárias, notadamente a partir da denúncia da tradição inautêntica e da concepção hermenêutica da linguagem como ‘criadora de mundo’ e não como mero instrumento de transmissão de conceitos. Em síntese, trata-se da desconstrução da concepção tradicional do fenômeno e a construção das bases para atribuição de sentido adequada ao paradigma contemporâneo.

2.2 A MODERNIDADE E SUAS CATEGORIAS: A POSTURA METAFÍSICA A SERVIÇO DO VELAMENTO DO SENTIDO

O pensar da modernidade direcionava-se no sentido de que cabia à razão e à ciência o papel de autonomizar o homem⁵¹, através da técnica, rompendo com uma concepção orgânica de sociedade⁵², com seus laços comunitários e com as regras costumeiras.

O pensamento moderno consagra o indivíduo, livre dos fortes laços comunitários próprios dos pensamentos antigos e das práticas típicas das comunidades medievais, mas lhe subtrai potência na razão direta da irrealidade dessa abstração. Como resultado, concebe um sujeito tão potente quanto debilitado, capaz de criar um outro mundo pela técnica, mas aparentemente inabilitado para lidar com a contingência dessa criação [...]. Afastado do mundo, o sujeito é a este devolvido como um mito, como algo que não é propriamente realidade, mas que se faz forte pelo encantamento

⁵¹ Nesse sentido, se a superação do paradigma medieval era condição de possibilidade para o desenvolvimento do capitalismo e a ascensão da burguesia, o “ethos” do chamado “self-made man”, o sujeito solipsista dotado de liberdade para se autodeterminar é que serve de substrato para o imaginário jurídico da época, como refere François Ost, ao comentar a obra *Robinson Crusoe*, de Daniel Defoe: “Deus e meu direito”: a velha divisa dos reis da Inglaterra recebe aqui um sentido novo e universalizado. Daí em diante é cada indivíduo que, confiando nos desígnios da Providência (“in God we trust”), será rei em seu domínio – domínio ao qual nenhum limite é fixado a priori. Sendo assim, não é mais a lei que funda o direito subjetivo, mas o universo: o direito subjetivo vem primeiro, como indivíduo; e a lei, limitada e condicional, tem por função apenas garantir seu livre exercício”. OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 242.

⁵² Essa postura reflete uma clara intenção de autonomização do indivíduo. É nesse sentido que Matteucci observa que: “con el Estado constitucional los liberales heredaron también la concepción individualista y antropocéntrica que a través de distintas experiencias culturales se había afirmado desde el Humanismo hasta la ilustración, y que rompía con la concepción orgánica de la sociedad, anclada en la rígida jerarquía de la gran cadena del ser, que encerraba al individuo en su status y lo habituaba a acciones repetitivas”. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 260.

em um mundo, no entanto, já desencantado, desprovido de vida, dominado pela força da técnica, pelo reino do contingente.⁵³

Evidentemente, a noção de indivíduo moderno, um “sujeito assujeitador” através da técnica, se apresenta diretamente vinculada à criação de condições que possibilitassem o desenvolvimento da economia, do ainda incipiente modelo capitalista e o progresso econômico da burguesia nascente.

Segundo a teorização da modernidade, a liberdade – melhor explicitando – a “liberdade dos modernos”, contrapunha-se justamente à “liberdade dos antigos” pelo fato de que esta relacionava-se à liberdade para a vida pública, enquanto aquela, a dos modernos, primava pela ampla liberdade nas relações particulares, que seriam limitadas unicamente pela liberdade do outro⁵⁴, num contexto de indivíduos racionais, livres e iguais.

A partir de tal postura da modernidade é que se construiu o mito do indivíduo (representado pelo ideário do *self-made man*) e o Direito Moderno, como um aparato estatal de controle a permitir o desenvolvimento da economia.

2.2.1 A Ascensão do Indivíduo e o Ideário do *Self-made Man*: condição de possibilidade ao desenvolvimento do modelo econômico hegemônico

A noção de indivíduo apresenta-se como um dos aspectos mais importantes na teorização da modernidade, considerando-se sua pré-ocupação com o rompimento definitivo com a ordem estamental medieval. De acordo com o pensamento da época, o homem medieval estava preso à hierarquização e aos mitos, cabendo à ciência, através da racionalidade, libertá-lo de tal situação.

⁵³ COSTA, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. *Autonomia e norma jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 103.

⁵⁴ “Refletindo essa verdadeira ruptura epistemológica, lembre-se que Benjamin Constant, em famoso discurso proferido em 1819, no Ateneu de Paris, comparou a liberdade dos antigos à liberdade dos modernos, dizendo que, naquela (seu pensamento voltava-se mais para a polis grega), o cidadão era livre porque podia participar do processo de decisão política, tomando parte das assembleias populares que decidiam os assuntos mais importantes para a coletividade, substancialmente elaborando normas gerais e decidindo casos concretos (em termos modernos, atividade legislativa e jurisdicional). Já a liberdade dos modernos, para ele, consistia na possibilidade de o indivíduo decidir livremente, sem qualquer intervenção estatal, todos os assuntos que lhe dizem respeito, ou seja, de tomar soberanamente todas as decisões concernentes a sua vida privada. Em outras palavras, enquanto a liberdade dos antigos permitia que o cidadão interviesse no espaço público, a liberdade dos modernos significa a livre movimentação no espaço (econômico) privado. Daí o endeusamento da autonomia privada e do seu consectário, no campo negocial, a liberdade contratual”. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 43.

Como bem observa Comparato, a idéia de autonomia e de liberdade, preconizada pelo pensamento liberal, encontra em Kant o seu melhor porta voz, notadamente na noção de um indivíduo dotado de dignidade e que, por sua vontade, se vincula racionalmente às leis.

O primeiro postulado ético de Kant é o de que só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática. A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigatório para uma vontade, chama-se ordem ou comando (Gebot) e se formula por meio de um imperativo. [...] Ora, o princípio primeiro de toda a ética é o de que ‘o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante’. Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.⁵⁵

A teorização liberal, nesse sentido, preconiza a igualdade entre os indivíduos nas relações com o Estado e sua ampla liberdade nas relações entre os particulares, consectário da autonomia privada.

Analisando-se, por exemplo, alguns artigos da Declaração de Direitos do Homem e Cidadão⁵⁶, verifica-se a importância atribuída à liberdade e igualdade em direitos (art. 1º), bem como a preocupação com a conservação de direitos naturais, elencados como a “liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

O papel central da **autonomia privada**, segundo o ideário da modernidade, ex-surge, especialmente, da análise dos arts. 4º e 5º, no sentido de uma liberdade absoluta, que tenha por limite somente a liberdade dos outros membros da sociedade e somente podem ser

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20-21.

⁵⁶ “Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. [...] Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei. Art. 5.º A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constringido a fazer o que ela não ordene. Art. 6.º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”. DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. [S.l.], 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 14 set. 2013.

determinados por lei. Trata-se do ideário do *self-made man*⁵⁷, livre para se autodeterminar em uma sociedade de iguais.

Essa autonomia privada, que somente poderia ser limitada, de um lado, pela lei e de outro pela autonomia dos demais membros da sociedade, exigia uma segregação lógica desse indivíduo moderno. De um lado, o cidadão (sociedade política), que opunha seus direitos em face do Estado; de outro lado o indivíduo (sociedade econômica), que exerce sua liberdade em meio a seus iguais, também detentores de igual liberdade:

Por volta do século XVIII, passa-se a realçar a diferenciação entre a esfera das relações econômicas e a esfera das relações políticas, entre sociedade civil e Estado. Nesse contexto, a dicotomia público v. Privado volta a se apresentar sob a forma de distinção entre a sociedade política (o reino da desigualdade) e sociedade econômica (o império da igualdade). Cada uma dessas sociedades é caracterizada pela presença de sujeitos diversos: o cidadão da sociedade política, que titulariza interesses públicos e o bourgeois da sociedade econômica, que cuida dos seus próprios interesses privados.⁵⁸

Pode-se afirmar que essa dicotomia cidadão X indivíduo é forjada, no ideário da modernidade, a partir de teorização que busca, em efetivo, criar searas de total liberdade dos particulares, imunes à intervenção estatal.

Nessa mesma trilha, Bruni e Zamagni⁵⁹ referem, com percuciência, aspecto extremamente relevante da teorização liberal, que consiste na segregação, na modernidade, entre o “*homo oeconomicus*” e o “*homo sociologicus*”, que traz conseqüências diretas à noção de indivíduo em face da dicotomia “Estado X Mercado”. Com efeito, o território do “*homo sociologicus*”, identificado com a esfera pública, marca uma relação em que o indivíduo se encontra em situação de igualdade com os demais e possibilita, portanto, o exercício de seus Direitos Fundamentais e da própria democracia.

Por outro lado, a seara do denominado “*homo oeconomicus*” é identificada com o Mercado, um espaço privado onde, segundo a ideologia liberal-individualista, não deve haver

⁵⁷ Como observa com propriedade François Ost, “Daí em diante, a ordem burguesa ia se laicizar aos poucos, a referência religiosa tornando-se cada vez mais formal, à maneira do homem de negócios respeitoso das normas que, na hora da cerimônia, vai à igreja e bate no peito, e depois se apressa a sair para não perder tempo em seu trabalho. Confiante agora em sua boa consciência reencontrada, o empreendedor liberal pode se dedicar inteiramente à prosperidade de seus negócios, seguro de contar com trabalhadores conscienciosos e com a graça de Deus; se acaso se inquietasse com a desigualdade crescente das condições, ele se tranqüilizaria vendo nisso o sinal de um decreto especial da Providência. Não é esse homem que escreverá em cada uma de suas cédulas “In God we trust”? “Deus e meu Dólar”, versão moderna de “Deus e meu direito” OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 293.

⁵⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 41.

⁵⁹ BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano. *Economia civil: eficiência, equidade, felicidade pública*. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2010. p. 88.

qualquer intervenção do Estado. Trata-se, portanto, de um espaço não democrático, onde cada um busca seus próprios interesses. Dessa maneira, cabe aos indivíduos fazerem uso da ampla liberdade à qual o Direito confere. Ao passo de operar tal cisão, a forjar a divisão de saberes entre a Sociologia e a Economia⁶⁰, verifica-se que na modernidade o capitalismo inicia sua projeção como modelo econômico hegemônico, ao realizar, gradativamente, a migração de uma economia civil para uma economia comercial.

Segundo os autores, o desaparecimento gradual da visão civil de mercado, na modernidade, pode ser atribuída a duas razões externas à teoria econômica: o utilitarismo de Bentham e a afirmação de uma civilização industrial. No que concerne ao utilitarismo, refere que a proeminência que tal filosofia conquistou junto à economia, determinados conceitos – entre eles o bem comum, por exemplo – foram subjugados ao critério “*bem-estar-utilidade*” dos indivíduos⁶¹. No que concerne à sociedade industrial, refere a “coisificação”⁶² do indivíduo, enquanto “homem-trabalhador”, considerado força produtiva e o “homem-consumidor”, enquanto portador de necessidades⁶³.

Portanto, é a partir de tal teorização, notadamente a partir da noção de indivíduo e das dicotomias modernas que se verifica o estabelecimento de searas independentes da regulação estatal, notadamente estabelecidas como pressuposto para o exercício amplo da autonomia privada nas relações particulares. Nesse sentido, a modernidade apresenta-se como o período histórico de ascensão do Indivíduo e do ideário do *self-made man* que serviu de substrato ao desenvolvimento do modelo econômico capitalista.

⁶⁰ “Do ponto de vista da divisão disciplinar de saberes, foi-se cristalizando a separação entre economia – como ciência que se ocupa tão somente da esfera econômica e que se vale do modelo do homo oeconomicus como instrumento heurístico de explicação da Ação humana – e sociologia – como ciência que se ocupa apenas da esfera social, valendo-se da noção de homo sociologicus como seu paradigma de explicação”. BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano. *Economia civil: eficiência, equidade, felicidade pública*. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2010. p. 117.

⁶¹ “Ora, se somos obrigados a reconhecer que ocorreu algum progresso moral no sistema ético do utilitarismo, é preciso igualmente perceber que a mensagem central dele oriunda – o bem da sociedade identifica-se inteiramente com o bem-estar-utilidade dos indivíduos que a compõem – acabou por obter, no pensamento econômico, uma posição culturalmente hegemônica. Noções como virtude civil, reciprocidade e bem comum não só foram suprimidas do vocabulário econômico, mas até vistas com suspeita, pelo perigo que poderiam representar. Não é difícil dar-se conta disso”. *Ibid.*, p. 112.

⁶² “A energia e a máquina transformam a natureza do trabalho; as habilidades são decompostas em seus constituintes elementares, e o artesão da sociedade pré-industrial é substituído pelas figuras novas do técnico e do trabalhador semiespecializado. É um mundo de coordenação e de organização em que os homens são tratados como “coisas”, por ser mais fácil coordenar coisas do que homens. Isso decorre necessariamente uma distinção entre papel e pessoa. As organizações estão interessadas nos requisitos dos papéis, não nas pessoas. O critério da *techné* é a eficiência, e o modo de vida é modelado em torno do econômico, cujas palavras-chave são “maximização” e “otimização”. *Ibid.*, p. 114.

⁶³ “Com o advento do sistema fabril, difunde-se nas sociedades ocidentais um estilo de vida baseado na separação, não apenas conceitual mas também prática, de produção e consumo; ou seja, na separação entre o homem-trabalhador, portador da força produtiva, e o homem-consumidor, portador de necessidades”. *Ibid.*, p. 113.

2.2.2 O Direito Moderno: o surgimento de um aparato estatal de controle e de desenvolvimento da economia

A partir da modernidade provoca-se uma grande ruptura no que até então se considerava como Direito. Se até então, o que se conhecia, do ponto de vista jurídico, era o chamado “pluralismo medieval”, na modernidade surge a ideia de um Direito Estatal, com a pré-ocupação de romper com a lógica medieval e atribuir segurança às relações:

A novidade que ocorre no direito privado, nesse período histórico, é que o direito se torna estatal e burguês. Estatal, porque pela primeira vez na história do direito o legislador se ocupa de forma sistemática e abrangente do direito privado, já que nos períodos históricos precedentes os governantes sempre se preocuparam em disciplinar apenas relações jurídicas que hoje seriam enquadradas no direito público (como a tributação, o direito penal, a organização administrativa), e quando estabeleciam regras sobre direito privado, o faziam de forma pontual, e não sistemática. O direito privado sempre fora o reino da não intervenção estatal, um setor deixado aos costumes (direito consuetudinário), ao direito canônico (casamento, família, filiação, sucessões), ou desenvolvido a partir dos pareceres e escritos doutrinários [...].⁶⁴

Com o surgimento do Estado Moderno e de um “monismo jurídico”, em contraposição à ordem medieval, há uma disciplina jurídica do indivíduo, a ponto de considerar que este indivíduo autônomo possa, através de sua autonomia, se autodeterminar, de maneira livre. Todavia, essa penetração do Direito no terreno das relações privadas, entre tais indivíduos autônomos, não se faz de forma imparcial: o Direito Moderno é um Direito que nasce comprometido com os anseios da burguesia, que perpassam pela atribuição de segurança às relações estabelecidas, como condição de desenvolvimento do sistema capitalista⁶⁵.

É nesse sentido que, segundo o princípio epocal da modernidade, os Códigos e o método científico ingressam no Direito como forma de atribuir segurança às relações:

⁶⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 42.

⁶⁵ “E a partir da ruptura simbolizada pela Revolução francesa, que marca o ingresso na era contemporânea, o direito privado torna-se também burguês, no sentido de que o direito privado passa a espelhar a ideologia, os anseios e as necessidades da classe socioeconômica que havia conquistado o poder em praticamente todos os estados ocidentais. Com os códigos nascem as pretensões de regular todo o espaço jurídico de uma nação, abandonando-se o pluralismo jurídico que vigorava nos períodos anteriores [...]. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 42.

A ideia da construção racional de um sistema jurídico – perfeitamente formulado em termos lógicos objetivos – foi uma manifestação teórico-cultural, inaugurada com o humanismo renascentista, no interior da qual se buscava afirmar, num espaço discursivo situado dentro de um universo humano-racional, um modelo de pensamento que conseguisse captar as formas jurídicas naturais que a Razão poderia demonstrar a partir da lógica⁶⁶.

Dessa forma, o cientificismo é introjetado no Direito a partir da utilização da de Procedimentos Lógico-formais o que, igualmente, não se faz de forma imparcial: efetivamente, o “Direito dos Códigos” e o rigor metodológico acarretam, enfim, a entificação das relações jurídicas, de acordo com a visão econômica hegemônica.

A partir da concepção de um indivíduo dotado de liberdade para contratar, cuja liberdade era limitada somente pela lei e pela liberdade dos demais, logicamente, o Direito Moderno, ex-surge como instrumento do Estado para tratar com os potenciais conflitos gerados pela busca, individual, de seu próprio bem.

Efetivamente, segundo a lógica utilitarista, restaria ao Estado, intervir apenas de maneira a dar suporte a concorrência, notadamente no sentido de tutelar a liberdade privada, considerando-se que o dogma da “soma de utilidades” pregava, justamente, que o bem comum surgiria da livre busca individual pelo bem. Na análise de Facchini Netto:

A ética que predomina nesse Período é a da liberdade formal. No âmbito político, temos o Estado liberal e pouco intervencionista. A economia vive o Período do liberalismo econômico, com pouca regulamentação estatal. No mundo jurídico, tudo isso desemboca na ética do individualismo, com o aprimoramento, pela pandectística, das figuras do sujeito de direito (enquanto sujeito abstrato) e do direito subjetivo. Os códigos civis deste período caracterizam-se por estarem centrados na propriedade, com ênfase na propriedade imobiliária, com caráter absoluto e individualista, no voluntarismo jurídico, na liberdade e autonomia contratual, na igualdade meramente formal⁶⁷.

Nesses termos, o Direito Moderno não só não possuía preocupações com a questão social como, inclusive, se consubstanciava em um fator de legitimação da exploração dos mais vulneráveis. Se, pensada, na situação das relações de trabalho sob a égide do surgimento do Estado Moderno – notadamente no que concerne ao paradigma da Revolução Industrial, verifica-se que o Direito Moderno serviu de suporte para que tais relações – marcada pela

⁶⁶ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41.

⁶⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 41.

efetiva desigualdade de condições entre as partes – se convertessem na irrestrita exploração de trabalhadores em detrimento dos lucros dos empresários da época.

Em síntese, apresenta-se o Direito Moderno como um “Direito Monista”, declarado por um Estado Soberano e que é aplicado, cientificamente, sob os auspícios da utilização de procedimentos lógico-formais que objetivam apresentar segurança ao desenvolvimento das relações sociais. Trata-se, efetivamente, de um Direito que nasce comprometido com os ideias da sociedade burguesa e que visa, através da atribuição de liberdade absoluta aos particulares, servir suporte à concorrência.

Nesse sentido, no que tange especificamente ao surgimento dos Direitos Fundamentais, se a teorização moderna acerca do indivíduo se polarizou, como referido, entre o cidadão (nas relações estabelecidas com o Estado) e o indivíduo (nas relações estabelecidas entre particulares), no que concerne a tal dicotomia, estabeleceram-se regramentos específicos para cada uma das situações:

Nas relações entre Estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com as regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na idéia de autonomia privada.⁶⁸

Dessa forma, pode-se dizer que, no que concerne à relação estabelecida entre Estado e cidadão, o pensamento racional-iluminista teve proeminente importância, mormente na limitação do poder e na teorização dos Direitos Fundamentais⁶⁹.

Os Direitos Fundamentais surgidos nessa fase tratam-se, dessa forma, de direitos exercidos em face do Estado, denominadas liberdades individuais ou negativas. É nesse sentido que, na teorização do Estado Liberal, em que os direitos do indivíduo são exercidos em face do Estado, resta evidente a relação dicotômica – e oposicionista - entre Estado e Sociedade. O Estado passa a ser visto com um ente abstrato, artificial, fruto da racionalidade, que deveria garantir segurança à sociedade. No dizer de Sarlet:

⁶⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 12.

⁶⁹ A história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 39.

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do Século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mas especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.⁷⁰

A partir dessa constatação, verifica-se que, em se tratando de situações de oposição entre o Estado e Sociedade, apresenta-se uma clara cisão entre o Público e o Privado, sendo este último regulado pelo Código Civil, que, dentro da postura cientificista que atua como Princípio Epocal, tinha a pretensão de regular completamente a vida do cidadão, do nascimento à morte.

2.3 O ESTADO LIBERAL E SUAS INSUFICIÊNCIAS: AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DO SURGIMENTO DO COOPERATIVISMO

É sabido que as desigualdades geradas no contexto do Estado Liberal forçaram à revisão do modelo estatal através da incorporação do compromisso estatal na materialização de direitos fundamentais, notadamente no compromisso com a materialização da igualdade como pressuposto do exercício da liberdade. Efetivamente, a incorporação de tais características pelo Estado representou uma conquista⁷¹, no sentido da pre-ocupação estatal em resgatar o déficit social legado pelo Estado Liberal.

Todavia, anteriormente à incorporação, pelo Estado, de tais preocupações sociais, pode-se dizer que as Sociedades Cooperativas, como instituições de vanguarda, antecederam ao paradigma do Estado Social, buscando resgatar, justamente, o déficit democrático e o déficit social presentes no paradigma do Estado Liberal.

Com efeito, a postura absentéista do Estado Liberal – que pode ser percebida nas funestas consequências sociais da Revolução Industrial – criou condições de possibilidade para o surgimento de alternativas ao modo de produção do capitalista, que se passa a impor sua hegemonia⁷², como refere Schneider:

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 51.

⁷¹ “El Estado social de Derecho tuvo, por tanto, un origen híbrido fruto del compromiso entre tendencias ideológicas dispares, que ha gravitado sobre su evolución ulterior. De un lado, representó una conquista política del socialismo democrático [...]; de otro, es fruto también del pensamiento liberal más progresista que lo concibe como un instrumento de adaptación del aparato político a las nuevas exigencias del capitalismo maduro”. LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 224.

⁷² Nas palavras de Comparato: “o resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e por provocar a indispensável organização da classe trabalhadora”. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53.

Esse fenômeno levou à polarização da sociedade em duas classes antagônicas: a dos capitalistas-proprietários dos meios de produção e a dos proletários-vendedores de sua força de trabalho, gerando uma relação de aguda oposição e de exploração do capital sobre o trabalho. Essa exploração provocou, por sua vez, uma inusitada concentração de riquezas nas mãos da minoria capitalista, em prejuízo da pobreza da maioria da população. Se em épocas anteriores havia desnível, nunca o mesmo chegou a ser tão contrastante e dramático como nos inícios do capitalismo industrial. O capital exerce a hegemonia absoluta sobre os demais fatores de produção, como detentor exclusivo das decisões e também dos excedentes gerados na atividade econômica, o que armará o cenário para tantas tensões e lutas, especialmente a luta de classes, uma das consequências fundamentais do capitalismo, processo tão analisado e denunciado por Karl Marx.⁷³

Os direitos fundamentais reconhecidos no paradigma do Estado Liberal, ao contrário do que poderia parecer, não trouxeram as garantias de liberdade, igualdade e autodeterminação para a maior parte da população⁷⁴. Evidentemente, idéia do *self-made man* não estava disponível para todos, notadamente em uma sociedade desigual e de uma classe urbana em crescimento, tão bem apresentada na literatura, por Charles Dickens, na obra *Oliver Twist*. O Historiador Gromoslav Mladenatz denuncia as promessas da modernidade, notadamente, a promessa ligada à doutrina utilitarista de que a livre concorrência regularia o mercado, harmonizando por si só as relações. Nas suas palavras:

A liberdade de ação devia trazer, de acordo com os propagadores da doutrina e seus realizadores, a harmonia de interesses. Cada um é artesão de sua própria felicidade, porque conhece melhor seus negócios. Não devia existir uma oposição entre o interesse particular e o interesse geral. Cada um, pelo próprio jogo das circunstâncias, teria o lugar que lhe é devido por suas qualidades físicas e morais. E, por outro lado, a livre concorrência devia trazer uma harmonia entre as necessidades de

⁷³ SCHNEIDER, José Odelso. *Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 35.

⁷⁴ “As declarações de direito norte-americanas, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. É preciso reconhecer que o terreno, nesse campo, fora preparado mais de dois séculos antes, de um lado pela reforma protestante, que enfatizou a importância decisiva da consciência individual em matéria de moral e religião; de outro lado pela cultura da personalidade de exceção, do herói que forja sozinho o seu próprio destino e os destinos do seu povo, como se viu sobretudo na Itália renascentista. Mas, em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente a sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança”. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 52.

consumo e a produção de bens econômicos. Mas a evolução das coisas não confirmou as profecias otimistas dos partidários do individualismo e do liberalismo econômico.⁷⁵

Do ponto de vista jurídico, a noção, então, de um direito opressor, ou seja, de um ordenamento jurídico que dava guarida a um sistema político-social responsável por desigualdades atrozes, passa a gerar questionamentos. Nesse sentido, surgiram novas ideias, como as doutrinas fisiocratas, o socialismo utópico, a doutrina social da Igreja, a Comuna de Paris e o socialismo científico de Marx, inserindo noções de “mais-valia” e “luta de classes”.

É nesse período histórico, em face das trágicas consequências da Revolução Industrial, que surgem diversas doutrinas pregando uma distribuição mais justa das riquezas⁷⁶, como refere Schneider:

A reação se fez sentir tanto de modo frontal, por parte das classes exploradas, através dos diversos movimentos socialistas do século XIX, como de modo estratégico, através do movimento cooperativista, que optará por superar o capitalismo não através da luta e do enfrentamento direto, mas mediante a mobilização do proletariado em torno das cooperativas de consumo e produção, aspirando a substituir o modelo explorador pela futura ‘Commonwealth Cooperativa’, onde a classe operária passaria a ser dona dos seus meios de produção e dos excedentes gerados no processo produtivo.⁷⁷

É nesse sentido que as insuficiências do Estado Liberal, notadamente no acirramento das desigualdades sociais, criaram as condições de possibilidade do surgimento do Cooperativismo na modernidade, como um movimento de resistência, como uma alternativa econômica aos grupos que o capitalismo tornou subalternos.

⁷⁵ MLADENATZ, Gromoslav. *História das doutrinas cooperativistas*. Confedbrás: Brasília, 2003. p. 24.

⁷⁶ “Tanto os movimentos como as pessoas que anteciparam experiências ou idéias assumidas depois pelos pioneiros de Rochdale responderam aos muitos problemas gerados pela Revolução Industrial para a classe operária e para o campesinato. A sociedade anterior ao processo de transformação industrial fora uma sociedade relativamente estável na desigualdade econômica e social, cujas estruturas cristalizadas começaram a sofrer profundas transformações de toda ordem. Antes, cada pessoa tinha seu lugar preestabelecido, em cada camada social, segundo a ordem natural ou a vontade divina. Ninguém ousava mudar o status quo, muito embora se constatasse a existência de situações de injustiça, de opressão e de abuso da autoridade. As relações entre os senhores e servos rurais, entre mestres e aprendizes artesanais, orientava-se segundo certos códigos de honra, de lealdade e de compromisso recíproco”. SCHNEIDER, José Odelso. *Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 34.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 35.

2.3.1 As Sociedades Cooperativas como Produto da Modernidade

Consideradas, então, as Sociedades Cooperativas como produto da modernidade⁷⁸, pode-se dizer que os princípios preconizados pelas mesmas contrastavam com os princípios que regiam o liberalismo econômico vigente:

Dizíamos que a cooperativa é em geral considerada uma instituição dos tempos modernos da época capitalista. [...] Foi o regime econômico e jurídico moderno, o regime do liberalismo econômico da liberdade do trabalho e da associação que criou as condições necessárias à criação das associações cooperativas de diferentes espécies. O individualismo e o liberalismo dos filósofos do século XVIII significavam, na prática e na doutrina econômica, o princípio da livre concorrência, do *laissez-faire*, da franquia temporária. Isso levou a uma nova organização da vida econômica, ao capitalismo moderno.⁷⁹

Nesses termos, se o momento histórico previa as críticas ao perfil de Estado ausenteísta, que, reconhecendo apenas formalmente os direitos fundamentais, foi responsável por um contexto de profunda desigualdade e exploração do homem pelo homem, qual o diferencial da sociedade cooperativa em relação às demais doutrinas sociais surgidas na época?

A resposta inicial pode ser dada através do diferencial da primeira sociedade Cooperativa. Surgida em Rochdale, Inglaterra, em 1844 trata-se de uma espécie societária diferenciada, que busca efetivar a igualdade entre os seus sócios, privilegiando a liberdade de associação. Surge como uma alternativa de autonomização dos trabalhadores, baseada na ajuda mútua, inspirado em fortes valores éticos, denominada “Rochdale Society of Equitable Pioneers”. Com efeito, como refere Rui Namorado:

Animava-os um projecto em que se conjugava a determinação de enfrentarem problemas imediatos, com o sonho futurante de uma sociedade justa, livre e fraterna. Esse projecto, que tão profundamente vivam, não foi objeto de qualquer proclamação solene, mas impregnou os estatutos da nova organização. Os seus trinta e quatro artigos, que apontam para uma diversidade de objetivos, reflectiram uma minuciosa atenção, quanto ao

⁷⁸ “Todas as iniciativas de cooperação existentes antes do século XIX caracterizavam-se por uma cooperação informal e assistemática, como as formas de ajuda mútua existentes entre a população rural de vários países [...] A Cooperação mais sistemática, que se daria dentro de certos parâmetros axiológicos e metodológicos, com a pretensão de instaurar um novo sistema econômico e social fundado na cooperação, teria lugar apenas a partir da segunda metade do século XVIII.” SCHNEIDER, José Odelso. *Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999. p. 33.

⁷⁹ MLADENATZ, Gromoslav. *História das doutrinas cooperativistas*. Confedbrás: Brasília, 2003. p. 22-23.

funcionamento da cooperativa e à articulação dos seus órgãos, tornando nítida a democraticidade interna e a proeminência da assembleia geral.⁸⁰

O relato de George Jacob Holyake⁸¹, que viveu na Inglaterra e foi contemporâneo e companheiro dos primeiros cooperativistas⁸², é extremamente pertinente. Refere o autor que em 1843 a Inglaterra vivia *um “feliz período”* em que as fábricas de flanela estavam em pleno desenvolvimento, todavia os patrões não aceitavam conceder aumentos aos tecelões, que se encontravam explorados tanto pelos seus patrões, a quem vendiam o trabalho, quanto pelos comerciantes, de quem os mesmos compravam seus mantimentos⁸³. Interessante a referência que o autor faz às ideias de Robert Owen (socialista utópico) e de seu papel na reflexão dos tecelões que formaram a primeira cooperativa:

Alguns lembraram-se, então, das idéias de Roberto Owen. Os socialistas tinham prestado o grande serviço de ensinar os operários a raciocinar sobre a sua situação. Tiveram o mérito de fazer compreender que tanto os patrões como os operários são escravos da organização commercial e industrial

⁸⁰ NAMORADO, Rui. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 13.

⁸¹ “No fim do anno de 1843 a indústria da flanela estava em plena prosperidade e proporcionava muito trabalho as mais importantes fábricas de Rochdale, districto de Lancashire, na Inglaterra. Durante ese feliz período, os tecelões, que eram e ainda são uma classe de operários mal remunerados, pretenderam obter um augmento de salário. Era evidente que nenhuma occasião mais oportuna para os patrões concederem um augmento [...] Geralmente os industriaes não encaram com muita sympathia essa espécie de delegações, pois que, assim como uma fallencia pode deixar na miséria muitos operários, também um augmento de salarios em certas occasiões, pode produzir a ruína de um industrial [...]. Nessa situação, nossos telecões não foram ponderados e deixaram-se arrastar pelo primeiro impulso. De facto, não é mais simples alimentar o ódio do que raciocinar? Aquelles homens procederam, pois, como lhes pareceu mais conveniente e resolveram optar pelas represálias. Os que quizeram trabalhar nas condições anteriores foram vencidos pela maioria, que preferiu a greve. Um outro espírito reflectido e sensato tinha defendido a prudência, mas na classe trabalhadora se encontra sempre uma maioria decidida a considerar trahidor aquelle que vota pela moderação [...]. Alguns lembraram-se, então, das idéias de Roberto Owen. Os socialistas tinham prestado o grande serviço de ensinar os operários a raciocinar sobre a sua situação. Tiveram o mérito de fazer compreender que tanto os patrões como os operários são escravos da organização commercial e industrial existente, de tal maneira que, si os operários de hoje chegassem a ser patrões amanhã, procederiam da mesma maneira que os industriaes, de quem hoje se queixam. Portanto, o que se deve reformar é o conjuncto do ambiente social”. HOLYOAKE, George Jacob. *Os 28 tecelões de Rochdale*. Porto Alegre: WS Editor, 2008. p. 21.

⁸² No surgimento do Cooperativismo Francês, Gide apresenta a mesma questão: “O antigo programa cooperativista do Partido Operário. Faz dez anos, a fé na cooperação se mantinha intacta ainda: os operários franceses encontravam nela a salvação. O Primeiro Congresso Operário de Paris, realizado em 1876, não tinha indicado outra solução da questão social e o Congresso de Liao, de 1878, do qual já vos falei, reproduzia, acentuando-as, essas mesmas declarações. ‘Considerando, declarava em sua sessão de 8 de fevereiro de 1878, que o assalariado não é mais que um estado transitório entre a servidão e um estado inominado, as organizações sindicais devem fazer todo o possível para criar sociedades gerais de consumidores, de crédito, de produção, apoiados num controle sério, cuja ausência foi a causa dos fracassos anteriores’. Ao fazerem essa declaração solene, os operários reunidos em Liao, entre os quais figuravam, sem dúvida, muitos dos que me escutam, não sofriam nenhuma influência dos burgueses, como se pretendeu com insolência, e não atraçoavam seu partido. Muito pelo contrario, não fazem mais do que expressar o sentimento que tinha estado no coração de todos os operários. GIDE, Charles. *O cooperativismo*. Brasília: Confedbrás, 2008. p. 15.

⁸³ “Os industriaes tem o capital e os commerciantes tem as provisões. Que podiam fazer os operários, privados destes dois recursos e faltos, quasi por completo, de tudo? Deviam pedir a porteção da lei dos indigentes? Isso significaria a perda da sua independência. Deviam emigrar? A imigração lhes parecia uma condenação por delicto de pobreza. Que fazer, pois?”. Ibid., p. 22.

existente, de tal maneira que, si os operários de hoje chegassem a ser patrões amanhã, procederiam da mesma maneira que os industriaes, de quem hoje se queixam. Portanto, o que se deve reformar é o conjuncto do ambiente social.⁸⁴

A singela reflexão de Holyake demonstra a percepção, já a época, de que o problema da desigualdade e da exploração vivenciada pelos trabalhadores estava ligada diretamente ao sistema e demonstra as dificuldades de conciliar a “autonomia privada” a modelo estatal que não prima pela igualdade.

A busca da igualdade, nesses termos, apresenta-se, na Sociedade Cooperativa, como pressuposto de que a autonomia privada seja exercida e essa foi, justamente a constatação dos primeiros cooperativistas. Nas palavras de Mladenatz:

Os interesses da massa dos trabalhadores e dos consumidores foram negligenciados. Constatou-se que a harmonia de interesses – esperança dos partidários da doutrina liberal – só podia ser conseguida se se realizasse a igualdade entre aqueles que estavam em estado de concorrência, a saber, igualdade de qualidades espirituais, de forças morais, de forças de caráter, de instrução e de fortuna. Ora, essa condição não pode ser preenchida. Por isso, daí resultam diferenças sociais maiores entre as classes e os grupos, e distancias maiores nas condições ditadas pela sorte. Sempre existiram ricos e pobres. Mas nunca o enriquecimento ou o empobrecimento foi tão rápido quanto no presente, na época moderna do capitalismo.⁸⁵

Considerando-se a necessidade de superação dos modelos societários então existentes, a sociedade cooperativa nascente deveria reger-se por os princípios e valores que permitissem a consecução da liberdade e igualdade (materialmente falando), entre os associados. Tal superação, conforme refere Schneider, vincula-se à conjugação do desenvolvimento de uma atividade econômica através do respeito às pessoas:

[...] um dos principais legados de Rochdale, talvez, foi o de criar uma entidade que, visando solucionar problemas econômicos, tentou superar o tipo de entidades então existentes na área econômico-produtiva: criam uma empresa ao mesmo tempo respeitadora de pessoas (sociedade de pessoas, democrática, com primazia do trabalho sobre o capital) e que se orienta à crescente melhora na prestação dos serviços para os seus reais donos e usuários, inspirada na auto-ajuda comunitária.⁸⁶

⁸⁴ GIDE, Charles. *O cooperativismo*. Brasília: Confedbrás, 2008. p. 21.

⁸⁵ MLADENATZ, Gromoslav. *História das doutrinas cooperativistas*. Confedbrás: Brasília, 2003. p. 25.

⁸⁶ SCHNEIDER, José Odelso. *Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999. p. 12.

Para tanto, contrariando-se a regra vigente à época para associações de trabalhadores⁸⁷, o Estatuto Social da primeira Cooperativa estipulou a liberdade de associação, consubstanciada no livre ingresso e de saída da sociedade, o que ficou conhecido como o Princípio das “Portas Abertas”.

Aliás, conforme observa Althaus, até 1846, na Inglaterra, as cooperativas, em face de seu não reconhecimento pelo ordenamento jurídico recebiam ‘carta de privilegio real’ ou funcionavam sob a responsabilidade de algum dos sócios. Posteriormente, passaram a integrar o regime da *Friendly Societies*⁸⁸ e, a partir de 1852 passaram a ser previstas no *Industrial and Provident Societies Act*, ainda vigente⁸⁹.

Sem dúvida, tratou-se de uma novidade para a época, já que a liberdade de associação (não admitida inicialmente) viria a ser internacionalmente positivada somente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁹⁰. Conforme refere Sarlet,

No plano do direito constitucional positivo, ressalvada a experiência inglesa e norte-americana, o reconhecimento da liberdade de associação, na condição de direito fundamental, é mais recente, sendo, em geral (ressalvadas algumas exceções), um fenômeno do século XX, notadamente a partir da Segunda Guerra. Atualmente, como se sabe, a liberdade de associação é amplamente reconhecida, tanto na esfera internacional quanto na esfera constitucional.⁹¹

No que tange a igualdade, a Cooperativa é realmente inovadora. A Cooperativa, por seu caráter democrático, tem na Assembleia Geral seu maior órgão decisório, sendo que as

⁸⁷ Como bem observa Sarmiento, “Não espanta, por outro lado, que tenha havido uma visível seletividade em relação às liberdades juridicamente garantidas, pois o mesmo legislador que protegia com unhas e dentes a liberdade de contratar, negava-se a admitir a liberdade de associação dos trabalhadores, cujos sindicatos eram postos à margem da lei e sofriam implacável repressão”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 8-9.

⁸⁸ “Aunque las Friendly Societies tuvieran alguna afinidad con las co-operative societies, no eran en manera laguna una misma e idéntica cosa. Se trataba, en rigor, de la aparición de un fenómeno social nuevo, no contemplado hasta entonces por el derecho positivo [...]. No pasó mucho tiempo antes de que se cobrara consciência de esta situación. Fruto de ello, y de la fuerza incontestable de la afirmación y crecimiento de un movimiento social cuya realidade no podía ignorarse, fu ella sanción de la primera ley de cooperativas del mundo, conocida como Industrial and Provident Societies Act, sancionada por el Parlamento Británico en 1852”. CRACOGNA, Dante. *Estudios de derecho cooperativo*. Buenos Aires: Intercoop, 1980. p. 17.

⁸⁹ “En sus Orígenes, las cooperativas apelaron a “cartas de privilegio real” o funcionaron bajo la responsabilidade de uno de sus sócios, procedimiento lento y costoso el primero, y sumamente riesgoso el segundo. A partir de 1846 se acogieron al regimen e las “friendly societies”, de índole mutualista, y luego de 1852 quedaron comprendidas en las previsiones de la “Industrial and Provident Societies Act” sometida a sucessivas reformas, la última de las cuales data de 1954”. ALTHAUS, Alfredo A. *Tratado de derecho cooperativo*. Córdoba: Zeus, 1977. p. 47.

⁹⁰ “Article 20 1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association. 2. No one may be compelled to belong to an association. Universal Declaration of Human Rights. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>> Acesso em: 14 ago. 2013.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de associação cooperativa, direitos e garantias fundamentais e relações privadas na perspectiva do Supremo Tribunal Brasileiro. In: MEIRA, Deolinda Aparício *Jurisprudência cooperativa comentada*. Lisboa: INCM, 2012. p. 44.

decisões, são tomadas pela maioria do voto dos sócios, que é exercido igualmente. Dito de outro modo: ao contrário das sociedades mercantis, onde o voto é proporcional ao capital de cada associado, no caso das sociedades cooperativas, o voto dos associados possui o mesmo peso, independentemente das diferenças de capital entre eles.

Além disso, a distribuição dos resultados, que em uma sociedade mercantil, é realizado na proporção do capital do associado, no caso das sociedades cooperativas é distribuído na proporção das operações do associado para com a Cooperativa. Nesse sentido, a Cooperativa rompe com o critério capitalista, no que se refere tanto a igualdade na tomada de decisões, como na distribuição dos resultados⁹².

Dessa forma, se pode afirmar, categoricamente, que as desigualdades provocadas pelo paradigma do Estado Liberal criaram as condições de possibilidade para o surgimento do Cooperativismo e que as vicissitudes de tal modelo estatal impingiram os primeiros cooperativistas a elaborar um programa a partir do qual a liberdade e igualdade pudessem ser materializados entre os associados.

Analisando-se que as Sociedades Cooperativas surgiram como instrumento de materialização de direitos (notadamente da Liberdade de Associação, de Igualdade na distribuição de resultados e na forma democrática de gestão), pode-se dizer que a história do surgimento das Cooperativas coincide com a luta pela concretização dos Direitos Fundamentais.

Dessa forma, em um momento histórico em que a Economia, identificada com o mercado, como uma seara iminentemente privada – as Cooperativas rompem com tal dicotomia, introduzindo no mercado mecanismos democráticos e de gestão que subvertem a lógica do capital. Como refere Zamagni, a cooperativa une dimensões distintas, mas não rivais: a economia do sujeito, que opera no mercado e a dimensão social, que persegue finalidades metaeconômicas e que, portanto, gera benefícios ao sujeito e a toda a coletividade⁹³.

⁹² “O capital do “store” recebia juros de 2 ½, que se elevaram a 4 e, em seguida 5%. Pagos os juros e as despesas de administração, distribuía-se o restante dos lucros entre os consumidores em proporção ao montante das respectivas compras. Chamamos vivamente a atenção do leitor para este sistema de distribuição de lucros. Rochdale teve o mérito de demonstrar o valor do princípio de distribuir os lucros em proporção as compras e não em proporção ao capital” . HOLYOAKE, George Jacob. *Os 28 tecelões de Rochdale*. Porto Alegre: WS Editor, 2008. p. 32.

⁹³ “La cooperativa è un autentico Giano bifronte. Unisce in sé due dimensioni distinte sia pure non rivali: quella economia di soggetto che opera entro il mercato, accettandone la lógica, e la dimensione sociale di ente che persegue fini metaeconomici e che genera esternalità positive a vantaggio di altri soggetti e virtualmente dell’intera collettività. È questa sua dúplice natura che rende la cooperativa una realtà difficile da spiegare e complessa da governare. Se la scienza econômica ufficiale si trova a disagio quando deve spiegare il comportamento di un soggetto che non intende a comprendere come possa essere che un attore come la cooperativa riesca a creare legami forti di solidarietà, forme avanzate di democrazia partecipativa per mezzo dell’agire di mercato”. ZAMAGNI, Stefano; ZAMAGNI, Vera. *La cooperazione*. Bologna: Il Mulino, 2008. p. 10.

2.3.2 Os Legados da Modernidade e a Inadequação das Cooperativas ao Modelo

Jurídico da Modernidade

Os legados da modernidade presentes, ainda na contemporaneidade, estão vinculados a dois fatores principais: de um lado, a concepção de indivíduo moderno; de outro, as dicotomias modernas que possuem o objetivo de imunizar determinadas searas (notadamente identificadas com interesses privados), da regulação pública.

Nessa trilha, a modernidade deixou como legado a concepção de um indivíduo não altruísta, orientado à busca de seus próprios interesses e que o bem comum da sociedade seria resultado dessa busca individual. O fundamento utilitarista não abre espaço para a busca de soluções a questões sociais, uma vez que é justamente através das atitudes individuais que adviria o bem comum.

Essa concepção de indivíduo, autocentrado, contribuiu para uma visão pessimista do caráter dos seres humanos, que vê no outro um instrumento para o alcance de seus objetivos⁹⁴. A própria concepção de liberdade da modernidade – expressa pela autonomia privada e manifestada na liberdade de contratar – estabelecia como limitação apenas a liberdade dos demais indivíduos.

Já, no que tange às chamadas dicotomias modernas, expressas sob a forma Estado X Sociedade; Estado X Mercado; Público X Privado, verifica-se que as mesmas objetivam criar searas de autonomia, em que o Estado não deveria realizar qualquer intervenção⁹⁵. Além disso, a segregação entre o Estado e o Mercado buscou, efetivamente, afastar a democracia das relações de mercado possibilitando, a exposição à exploração nas relações particulares, abrindo caminho para o déficit social e o déficit democrático legados pela modernidade.

⁹⁴ “A aplicação da lógica do “homo oeconomicus” ao comportamento humano tende, portanto, a produzir um bom numero de incongruências. O fato é que esse tipo de homem é o retrato falado perfeito do idiota social: um sujeito tão completamente absorto na busca racional daquilo que lhe é útil, que não se dá conta de que, para alcançar esse fim, precisa manipular, sistemática e explicitamente, os comportamentos e as escolhas dos outros sujeitos e, no final, contrariar a própria possibilidade de satisfazer seus interesses – como as mil variantes do “dilema do prisioneiro” dizem hoje, com os problemas relativos ao meio ambiente, ao trânsito e às novas formas de dependência. O ponto é precisamente este: na perspectiva utilitarista – como Sen tem fortemente evidenciado nos últimos vinte anos – o outro é mero instrumento para a obtenção de nossos objetivos utilitaristas. No entanto, é um fato dificilmente contestável que a felicidade [...] reclama a existência do outro como um fim em si mesmo: para que sejamos felizes, precisamos ser ao menos dois, ao passo que podemos maximizar sozinhos a utilidade que tiramos das coisas, como ensina a história de Robinson Crusoe na ilha do naufrágio, antes de encontrar Sexta-Feira”. BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano. *Economia civil: eficiência, equidade, felicidade pública*. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2010. p. 139.

⁹⁵ “Na lógica do Estado Liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo a sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver e forma harmoniosa. Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, ao quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 13.

Nesse sentido, trata-se de um modelo que, de um lado permitiu a consideração do indivíduo, dotado de uma autonomia privada quase absoluta, por outro não resolveu - ou asseverou - a questão social, como denunciou Hannah Arendt⁹⁶. Cabe salientar, que não houve, por parte da Revolução Francesa, a preocupação de materializar os direitos conquistados, que permaneceram, no paradigma do Estado Liberal, como um ideário, como direitos apenas formalmente admitidos.

Assim, a majestosa expansão das relações de mercado ao longo do último século e meio acabou reforçando uma interpretação pessimista do caráter dos seres humanos, que [...] foi teorizada por Maquiavel, Hobbes e Mandeville; somente as duras leis do mercado conseguiram domar seus impulsos perversos e suas pulsões anárquicas. A visão caricatural da natureza humana que se impôs (de um homem monodimensional, privado de sua complexidade psicológica e social) contribuiu para validar um erro duplo: que a esfera do mercado coincide com a do não truísmo – com o lugar onde cada um busca satisfazer, da melhor maneira possível, seus interesses individuais – e, simetricamente, que a esfera do Estado coincide com a da solidariedade – em que se perseguem os interesses coletivos. Foi sobre esse fundamento que se erigiu o modelo dicotômico – bastante conhecido, mas demasiadamente frágil – de uma ordem social dividida entre o Estado e o mercado, em que o Estado é identificado com o público e o mercado (reduzido a espaço povoado apenas pelas empresas que trabalham pelo lucro), com o privado.⁹⁷

Não obstante ao fato de que o ideário da Revolução Francesa consignava “liberdade, igualdade e fraternidade”, a fraternidade – ou a solidariedade, como se prefere utilizar – restou relegada no ideário político da modernidade. Efetivamente, tal velamento da solidariedade, se coaduna com a predominância do individualismo que, mesmo em termos da defesa da liberdade e da igualdade, se consubstanciou, na modernidade, mais como um simulacro permitindo a exposição à exploração, do que exatamente a materialização de tais direitos.

Tal velamento da solidariedade resta evidente ao dar-se conta de que a teorização da modernidade, ao estabelecer o mito do indivíduo racional, autocentrado e livre para buscar seus próprios interesses em uma sociedade de iguais, parte, obviamente, do pressuposto de que os mesmos encontram-se em situações de potencial conflito, cabendo ao Estado e – no

⁹⁶ Resta claro que a questão social não foi objeto da revolução, como observa, com propriedade Hannah Arendt, ao referir que “nenhuma revolução jamais resolveu a “questão social”, libertando os homens do estado de necessidade, mas todas as revoluções, à exceção da Revolução Húngara de 1956, seguiram o exemplo da Revolução Francesa, e usaram e malbarataram as poderosas forças da miséria e da penúria, em sua luta contra a tirania e a opressão. ARENDT, Hannah. *Da revolução*. São Paulo: Ática, 1988. p. 88-89.

⁹⁷ BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano. *Economia civil: eficiência, equidade, felicidade pública*. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2010. p. 118.

caso – ao Direito Moderno – o papel de servir de suporte à referida concorrência, permitindo o desenvolvimento econômico.

Dessa forma, verifica-se que o Direito Moderno é concebido como um instrumento de resolução de conflitos, como um instrumento de suporte da concorrência e não da solidariedade.

As Sociedades Cooperativas, surgem, então, em contraposição ao individualismo da modernidade⁹⁸, todavia, sem deixar de considerar o papel do indivíduo e da autonomia privada que é, efetivamente, o pressuposto para o desenvolvimento de qualquer atividade. Todavia, tal autonomia, nas sociedades cooperativas, não possui um caráter solipsista, mas surge em um contexto de auto-ajuda:

A característica voluntária da adesão constitui também a base para a atitude da auto-ajuda (self-help), tão identificada com a genuína cooperação cooperativa. Porém não numa auto-ajuda individualista e, sim, firmada na ajuda-mútua, que torna a primeira mais forte e mais segura de êxito. Ambas, a auto-ajuda na base da ajuda mútua, dão consistência para o caráter da autonomia, tão ciosamente defendida pelos pioneiros e ao mesmo tempo tão compreensível no contexto liberal em que surgiu a cooperativa-matriz e em que o Estado por princípio não intervinha nas atividades econômicas e sociais⁹⁹.

Nesse sentido, o Cooperativismo ex-surge na modernidade sob a forma das Sociedades Cooperativas que, ao mesmo tempo em que operam em uma plataforma capitalista, possuem princípios próprios¹⁰⁰ que em certo sentido negam a própria lógica do sistema capitalista. Essa inadequação, nesses termos, explica a subalternização ocorrida com o Cooperativismo no contexto da modernidade, com refere Rui Namorado:

⁹⁸ Portanto, o cooperativismo surge num contexto de afirmação extremada do interesse privado sobre o coletivo e o comunitário, com todas as consequências em termos de concentração de poder e de renda, como é próprio do capitalismo industrial nascente. Tentando superar a absolutização do interesse privado e suas consequências, a cooperação institucional e sistemática então emergente se empenhará por resgatar e reforçar o interesse coletivo e comunitário”. SCHNEIDER, José Odelso. *Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 35.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 104.

¹⁰⁰ “The viability of cooperatives in the global economy is best demonstrated by new and successful forms having developed under the conditions of a global economy. Some still rely more on solidarity, but move from single purpose to multipurpose approaches and from homogeneous memberships to multi-stakeholder set-ups serving either their members or/and non-members. This can be the case for social cooperatives (schools, care cooperatives, health cooperatives) and community cooperatives (including utilities, for example energy cooperatives and general interest housing cooperatives). Some already rely more on connectivity: agricultural cooperatives in urban agglomerations, liberal professions, think tanks, research institutions, open source programme sharing schemes etc.” HENRÝ, Hagen. *Guidelines for cooperative legislation*. Geneva: ILO, 2012. p. 18.

A cooperação moderna traduziu-se assim nas cooperativas, ou seja, em organizações marcadas por características próprias que afirmaram a sua especificidade, dentro do modelo capitalista predominante, mas ao arripio de sua lógica. De facto, a cooperação surgiu como contraponto ao tipo de organizações económicas que têm como eixo o lucro, o qual, por sua vez, era natural reflexo da supremacia política de quem o fruía. Uma supremacia que implica necessariamente a subalternidade dos que, não sendo detentores de capital, não estejam em posição de auferir lucros. Supremacia da lógica do capital, subalternidade da força de trabalho; supremacia da lógica lucrativista, subalternidade do cooperativismo¹⁰¹.

Dessa forma, as Sociedades Cooperativas, ao contraporem-se diametralmente ao modelo capitalista, sofrem os efeitos do velamento da solidariedade no contexto do Direito Moderno: com efeito, a partir da análise da hermenêutica filosófica, pode-se dizer que as Sociedades Cooperativas se configuram como o “Nada” no paradigma da modernidade, já que superam as formas societárias que são o sustentáculo da economia capitalista.

Efetivamente, se a partir da concepção da modernidade, a solidariedade é subalternizada em detrimento de uma noção de indivíduo que somente busca seus interesses, verifica-se que, segundo a postura metafísica que marca o período, a existência de um modelo societário que rompe com tais pressupostos é desconsiderada.

A partir da concepção da Hermenêutica Filosófica, pode-se dizer que o Cooperativismo, enquanto atividade relegada a subalternidade em uma economia de mercado, orientada ao lucro, era o “nada”. É a partir do “Nada” metafísico – que na concepção Heideggeriana se confunde com o ser – que a Hermenêutica Filosófica vislumbra justamente novas possibilidades de atribuição de sentido.

¹⁰¹ NAMORADO, Rui. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 12.

3 DO ROMPIMENTO COM O PARADIGMA DA MODERNIDADE E DA ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

No primeiro capítulo foram apresentados argumentos no sentido da inadequação dos primados da modernidade para a atribuição de sentido ao Direito Contemporâneo, notadamente no que concerne à hermenêutica dos Direitos Fundamentais e a atribuição de sentido às Sociedades Cooperativas.

Com efeito, foi referido que a Modernidade, calcada em sua postura metafísica e erigindo a racionalidade a seu fundamento último, no intuito de garantir o triunfo do modelo econômico hegemônico, produziu a noção de um indivíduo solipsista, orientado à busca exclusiva de seus próprios interesses.

Corolário, como pressuposto da atribuição, a tal indivíduo, de liberdade irrestrita (para contratar), a modernidade foi pródiga ao estabelecer, através de “dicotomias metafísicas”, searas independentes da regulação estatal, notadamente nas relações denominadas como “Público X Privado”; “Estado X Sociedade”; “Estado X Mercado”.

No que tange à seara “Privada” e, notadamente, ao Mercado – demonstrou-se que além da liberdade irrestrita ao indivíduo e da ausência de intervenção estatal, ocorreu, ainda, o afastamento da democracia como condição para alcançar-se a eficiência econômica. Dessa forma, restou configurado um paradigma que traz como legado a ausência de preocupação social e o afastamento da democracia.

Nesse sentido, o Direito Moderno, estruturado como suporte ao modelo apresentado, caracteriza-se como um direito individualista, que desconsidera a solidariedade e nasce para regular os conflitos entre tais indivíduos, desconsiderando a necessidade de estabelecimentos de critérios de igualdade material ou de democracia, na seara privada. Nesses termos, papel do Direito, nesse paradigma, é o de ser o suporte à concorrência e garantia da ampla liberdade de contratar.

A teorização dos Direitos Fundamentais, nesse paradigma, afigura-se por direitos exercidos em face do Estado. No que se refere a relações entre particulares, o único Direito Fundamental que poderia receber algum tipo de intervenção do Estado, era justamente o direito de “autodeterminar-se”, ou seja, o direito de estar livre da intervenção do Estado, que se configura, tradicionalmente, nos chamados “direitos de defesa”.

A conjugação desses fatores confere ao Estado – em sentido diametralmente oposto à proteção que deveria ser conferida ao indivíduo – o caráter de garantidor da exploração de um indivíduo por outro, notadamente no que concerne às relações indivíduo-poder.

A apresentação das Sociedades Cooperativas, como produto da modernidade e das insuficiências do Estado Liberal, remonta justamente um modelo de vanguarda, que busca à materialização da igualdade e da liberdade. Referiu-se que as Sociedades Cooperativas, antecipando-se ao paradigma do Estado Social, preconizam a existência de igualdade material entre seus associados, que se configura tanto do ponto de vista decisório (segundo o critério de um sócio, um voto) quanto da repartição dos resultados (proporcionalmente às operações realizadas), independentemente do capital que o sócio tiver investido.

Nesses termos que se verifica que as sociedades cooperativas apresentam-se, a partir de tais pressupostos modernos, inadequadas ao modelo liberal de Estado e de Direito e o dar-se conta de suas peculiaridades é extremamente relevante para a atribuição de sentido a tais sociedades no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No presente capítulo se objetiva apresentar que os Desafios da Pós-modernidade se consubstanciam na superação dos legados modernos, notadamente no que concerne à superação “*Déficit Social*” e ao “*Deficit Democrático*”, e que passam a ser pré-ocupação do novo paradigma instaurado pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a partir do que noção Gadameriana de Consciência Histórico-efetual, busca-se denunciar os pré-juízos inautênticos, ligados ao ideário liberal, notadamente na superação da concepção de indivíduo moderno e das denominadas “dicotomias metafísicas”. Dessa forma, apresenta-se o desafio do Direito, no paradigma do Estado Democrático de Direito, no que concerne a incorporação da solidariedade e da democracia, notadamente em um contexto em que o Direito deixa de ser um instrumento de manutenção do “status quo”, para ser um instrumento de transformação social.

Nesse íterim, busca-se demonstrar que a democratização do Direito perpassa pela atribuição de sentido ao Direito no contexto do Estado Democrático de Direito, a partir da superação da epistemologia e do positivismo jurídico; da superação de uma ideia de Direito como suporte unicamente da concorrência; da compreensão do Direito como plural e do diálogo das fontes e da compreensão dos Direitos Fundamentais como aportes democráticos e de sua irradiação para toda a ordem jurídica.

3.1 DOS DESAFIOS DA PÓS-MODERNIDADE: O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A INADIÁVEL SUPERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA MODERNIDADE

Ao considerar que cada período histórico cria seus mitos específicos¹⁰², verifica-se que as pretensões da modernidade, de encerrar as indeterminações que caracterizaram o medievo através da objetificação e da racionalidade, não são adequadas a solução das questões da contemporaneidade.

Com efeito, os legados da modernidade já denunciam a inaptidão do pensamento liberal para a solução das desigualdades criadas sob seu manto, já que a questão social não estava entre as suas pré-ocupações como refere Pérez Luño:

El aparente apoliticismo que ante las transformaciones sócio-económicas adoptó el Estado liberal de Derecho se tradujo en una serie de conflictos de clase que, a partir de la segunda mitad del pasado siglo y desde los inicios del actual, desvelaron la insuficiencia del marco de libertades burguesas cuando se inhibe del reconocimiento de la justicia social.¹⁰³

Ao analisar-se o ideário da Revolução Francesa, notadamente do trinômio ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’, verifica-se que a fraternidade – ou solidariedade – fora historicamente subalternizada¹⁰⁴, obviamente em razão de sua inadequação com os demais primados da modernidade. Utilizando-se terminologia da Hermenêutica Filosófica, o individualismo burguês e a postura metafísica da modernidade tiveram o condão de velar o sentido da solidariedade e da democracia.

¹⁰² “Ogni epoca storica ha conosciuto suoi miti specifici. Anche la nostra non si sottrae a questa sorta di legge dell’evoluzione sociale. Si pensi al mito dell’ homo oeconomicus, al mito tecnologico, al mito dell’individualismo”. ZAMAGNI, Stefano. Economia del dono. In: AGAMBEN, Giorgio et al. *Del cooperare: manifesto per una nuova economia*. Milano: Feltrinelli, 2012. p. 58.

¹⁰³ LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitucion*. Madrid: Tecnos, 1995. p. 212.

¹⁰⁴ “Revaloriza-se, neste quadro, a idéia de solidariedade ou fraternidade, componente historicamente menos prestigiado do célebre trinômio em que se asentou o ideário da Revolução Francesa (liberte, egalité, fraternité). De fato, se na experiência capitalista prevaleceu a proteção da liberdade, sobretudo na sua dimensão econômica, alimentando a desigualdade social, e no modelo socialista prestigiou-se mais a igualdade material, com a asfixia das liberdades individuais e políticas, até agora, no universo jurídico-político, não se deu a devida importância à solidariedade [...]. A solidariedade não conflita com a liberdade ou com a igualdade, mas rearticula estes valores fundamentais sobre bases mais humanas e menos abstratas, colorindo-os com novos e mais cintilantes matizes.”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. XXV.

3.1.1 Os Desafios da Pós-modernidade

Nesses termos, a partir do contexto de exclusão social propiciado pela postura absenteísta do Estado Liberal, pode-se afirmar que os desafios da pós-modernidade estão ligados à superação, interdependente, do *'deficit social'* e do *'deficit democrático'* legados pela modernidade.

O conceito *'sistema democrático'* não é utilizado aqui no sentido da teoria sistêmica, mas no do Direito Público e da Teoria do Estado: diz respeito a todas as normas, estruturas e objetivos essenciais de um Estado que se possa denominar *'democrático'*. E o conceito *'exclusão social'* não diz apenas respeito à pobreza ou marginalização, mas à conhecida e fatal *'reação em cadeia da exclusão'* que se estende da exclusão econômica/financeira até a exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos etc.), passando pela exclusão social, sócio-cultural e política.¹⁰⁵

No que concerne ao Déficit Social, efetivamente verifica-se que no contexto da pós-modernidade se apresentam as consequências do triunfo do modelo econômico hegemônico, marcado pela aglomeração do capital e pela internacionalização de seus aspectos benéficos e maléficos, todavia, em uma configuração em que há a concentração dos ganhos, de um lado e o compartilhamento dos riscos, de outro.

Com efeito, observa Friedrich Müller que, não obstante à existência de fatores positivos no processo de globalização, esses frutos não são distribuídos de forma adequada, fazendo com que os perdedores superem os ganhadores. Dessa forma, estabelece a relação entre globalização, exclusão social e crise democrática. Nas suas palavras:

As conseqüências positivas dessa política de liberalização sem precedentes são sobretudo macro-econômicas, conforme evidenciam o crescimento do comércio mundial, da produtividade e dos investimentos, também o trabalho adicional e o aumento do padrão de vida. Mas tudo indica que os perdedores da globalização superam em muito o número dos ganhadores, conforme evidenciam a agudização da miséria individual e o surgimento de regiões inteiras, de países inteiros (como e.g. na África) por assim dizer esquecidos pelo mercado mundial. Então os frutos da globalização nem chegam a ser distribuídos, muito menos distribuídos adequadamente. A concorrência global já conduz ao *dumping* global, a uma corrida para vencer por meio de ofertas *inferiores* as disposições legais sobre a proteção do trabalho, do meio ambiente e dos limites do salário mínimo. Os ataques ao potencial *democrático* de monitoramento em meio a crises vêm de todos os lados: a soberania dos parlamentos e

¹⁰⁵ MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, p. 38, 2000. Edição especial.

governos nacionais se reduz, e em escala mundial faltam meios político-democráticos para estabilizar o frágil sistema de uma economia de livre mercado. O sistema do capitalismo *assim* avançado revela ser absolutamente destrutivo: a fome e a miséria aumentam, a extensão do consumo de recursos e da destruição do meio ambiente produz, em continuação quantitativamente ampliada, o colapso planetário.¹⁰⁶

Contemporaneamente, em oposição à concepção moderna de indivíduo, surge o que Zygmunt Bauman denomina de “*cosmopolitismo dos bem-sucedidos*”, definindo-os como “aqueles que conseguem reformular a individualidade *de jure*, uma condição que compartilham com o resto dos homens e mulheres modernos, como individualidade *de facto*, uma capacidade que os separa de grande número de seus contemporâneos”¹⁰⁷. Como refere o autor, o enquadramento na categoria de “bem-sucedido” não é acessível a todos, configurando-se à maioria, a impossibilidade de, individualmente considerados, alcançarem os padrões de bem-estar daqueles.

Dito de outro modo, a proposta moderna de um individualismo redentor a todos, que teria o condão de propiciar o bem comum através da autônoma busca individual pelo bem e pela “soma das utilidades” é paulatinamente abandonada, ao considerarem-se os efeitos maléficos da ausência de intervenção estatal, preconizada pelo liberalismo.

É dessa maneira que a pós-modernidade vê ressurgir, em relação aos mal-sucedidos (utilizando, ao reverso, a expressão de Bauman), uma espécie de “cosmopolitismo dos desafortunados”, considerando-se que a globalização do modelo econômico atual também gera a internacionalização da exclusão social, em todos os continentes. O que há em comum, nessa forma contra-hegemônica de globalização, é a busca de alternativas ao modelo econômico tradicional, notadamente através do estabelecimento de vínculos comunitários entre tais indivíduos, que perpassam, nesses termos, pela retomada da solidariedade e da democracia.

Pode-se dizer, nesse sentido, que a pós-modernidade gera dois tipos de globalização, uma globalização dos “bem-sucedidos”, mas também uma globalização dos “desafortunados”, a qual Boaventura de Sousa Santos denomina de Globalização Alternativa. Nas suas palavras:

Refiro-me ao que usualmente é chamado de globalização. De fato, o que chamamos de globalização é apenas uma das formas da globalização, a

¹⁰⁶ MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, p. 32, 2000. Edição especial.

¹⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 56.

globalização neoliberal, sem dúvida a forma dominante e hegemônica da globalização [...]. A consequência principal desta dupla transformação é a distribuição extremamente desigual dos custos e das oportunidades produzidos pela globalização neoliberal do sistema mundial [...]. A ideia deste projeto é que esta forma de globalização, apesar de hegemônica, não é a única, e de fato tem sido crescentemente confrontada por uma outra forma de globalização, uma globalização alternativa, contra-hegemônica, constituída pelo conjunto de iniciativas, movimentos e organizações que, através de vínculos, redes e alianças locais/globais, lutam contra a globalização neoliberal mobilizados pela aspiração de um mundo melhor, mais justo e pacífico que julgam possível e ao qual sentem ter direito.¹⁰⁸

Ao passo que a Globalização Hegemônica permanece calcada no individualismo, a ideia de uma Globalização Alternativa liga-se à ideia de Solidariedade, no que Zygmunt Bauman denomina de “filosofia dos fracos“, na qual os “fracos” são aqueles que, em virtude de sua incapacidade de desfrutarem a individualidade (moderna) por seus próprios meios, percebem na possibilidade da comunidade uma alternativa de melhora de seu bem estar.

E os ‘fracos’, diga-se, são aqueles indivíduos de jure que não são capazes de praticar a individualidade de facto, e assim são postos de lado se e quando a ideia de que as pessoas merecem o que conseguem obter por seus próprios meios e músculos (e não merecem nada mais que isso) toma o lugar da obrigação de compartilhar.¹⁰⁹

O Cooperativismo se insere, nesses termos, no âmbito de uma globalização alternativa, considerando-se que os reflexos continentais da globalização hegemônica capitalista forçam a essa lógica da alternatividade. Nesse sentido, a universalização do capitalismo como modelo hegemônico e a exclusão social que o mesmo gera leva, inevitavelmente, a universalização do Cooperativismo que, se no seu surgimento, esteve ligado ao movimento operário da Revolução Industrial, hoje se reproduz em outras searas onde o capitalismo gerou excluídos, como refere Rui Namorado:

A identidade cooperativa é também uma referência irrenunciável nos países que integram espaços propulsores da globalização capitalista. O moderno reforço da lógica globalizadora do capitalismo veio, aliás, suscitar novos problemas ao movimento cooperativo [...]. Desde logo, o facto de hoje a globalização capitalista ser predominantemente predatória não pode levar a que se retraiam os aspectos globalizantes do movimento

¹⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 31.

¹⁰⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 56.

cooperativo, pondo em causa uma das suas características principais – o universalismo. Pelo contrário, o movimento cooperativo tem de intersificar o seu desenvolvimento internacional, reforçando o seu cariz globalizante, sem deixar de se preocupar com a sua vertente emancipatória. Isto, naturalmente, implicará uma atitude solidária para com todas as iniciativas que contrariem a opressão predatória, actualmente hegemónica na globalização capitalista.¹¹⁰

Essa distinção, entre fracos e fortes separa aqueles que podem, individualmente, fruir das promessas da modernidade e aqueles a quem tal realidade é inacessível, restando relegados, portanto, a coadjuvantes do processo civilizatório. A liberdade, para estes, configura-se mais como “*exposição à exploração do que como autodeterminação*”¹¹¹. Afastados da cultura hegemônica, resta-lhes o estabelecimento de vínculos comunitários.

Portanto, há que ser superada a noção de indivíduo tradicionalmente preconizada pela economia hegemônica (que, em termos hermenêuticos, busca velar as demais possibilidades do ser, contribuindo para a perpetuação do modelo). A configuração de uma “outra economia”, também gera a concepção de um “outro indivíduo” de uma “outra racionalidade”, fenómeno que não tem passado despercebido e que é alvo de estudo das ciências sociais.

Nessa quadra da história, notadamente ao analisarem-se os estudos de cientistas sociais como Amartya Sen, resta evidente que a atribuição de sentido ao paradigma da pós-modernidade perpassa pela denúncia de tal tradição inautêntica, no sentido de verificar-se que o indivíduo pode sim, no exercício de sua liberdade¹¹², ser guiado por outros interesses que não apenas a busca individual por seu próprio bem-estar¹¹³.

¹¹⁰ NAMORADO, Rui. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 45.

¹¹¹ “Nell’immaginario della liberta contemporânea, libero à colui che sa esprimere se stesso, sciolto dai condizionamenti esterni e dalle limitazioni imposte da una quasi-voglia autorità. In questo modo, negli ultimi due decenni il capitalismo tecno-nichlista ha sviluppato un immaginario della liberta che si radica nell’idea di apertura com esposizione ed esplorazione. [...] In un mondo che cambia rapidamente, la liberta di scopo non si da nella modalità típica del passato, ossia quella del soggetto che predetermina i propri scopi e li persegue in modo convinto, mettendoci tutto se stesso, ma consiste piuttosto nell’essere sempre disponibile a un eventuale nuovo scopo che nemmeno si conosce, ma che comunque ci disponiamo ad abbracciare”. ZAMAGNI, Stefano. Economia del dono. In: AGAMBEN, Giorgio et al. *Del cooperare: manifesto per una nuova economia*. Milano: Feltrinelli, 2012. p. 76.

¹¹² “A liberdade de escolha nos dá a oportunidade de decidir o que devemos fazer, mas com essa oportunidade vem a responsabilidade pelo que fazemos – na medida em que são ações escolhidas. Uma vez que uma capacidade é o poder de fazer algo, a responsabilidade que emana dessa capacidade – desse poder – é uma parte da perspectiva das capacidades, e isso pode abrir espaço para demandas do dever – o que pode ser genericamente chamado de exigências deontológicas”. SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 49.

¹¹³ “Uma pessoa como agente não necessita ser guiada somente por seu próprio bem-estar, e a realização da condição de agente refere-se ao seu êxito na busca da totalidade de seus objetivos e finalidades ponderados. Se uma pessoa almeja, digamos, a independência de seu país, ou a prosperidade da sua comunidade, ou algum outro objetivo geral, sua realização da condição de agente envolveria a avaliação de estados de coisas à luz desses objetivos, e não meramente à luz da extensão na qual essas realizações

Com efeito, Sen distingue duas espécies de liberdade, interdependentes, que se identificam tanto com a busca dos próprios interesses (liberdade de bem-estar) quanto com a consecução de outras realizações, inclusive de cunho altruísta (liberdade da condição do agente)¹¹⁴. Nesses termos, deixa de fazer sentido o dogma utilitarista da soma de utilidades:

A conexão entre desigualdade e bem-estar social tem sido lembrada, contudo, mais frequentemente do que qualquer outra [...]. Por exemplo, o bem-estar social pode ser concebido como uma função das utilidades individuais, como na estrutura welfarista, da qual o utilitarismo é um caso célebre, envolvendo ‘ranking por soma’ (sumranking) (quer dizer, simplesmente somando utilidades). Ou alternativamente, o bem-estar social pode ser concebido diretamente como uma função do vetor de rendas (sem ser intermediado pelas utilidades relacionadas com essas rendas), ou da combinação de características multiatributivas do status econômico ou opulência individual.¹¹⁵

A partir dessa superação, ao considerar que os indivíduos podem ter interesses convergentes, mesmo quando operam no Mercado, resta anacrônica a noção do indivíduo moderno, autocentrado, dicotomicamente segregado entre o “*Homo Oeconomicus*” e o “*Homo Sociologicus*”.

A passagem ao paradigma da Pós-modernidade, notadamente no que tange à retomada da solidariedade, exige a superação desse modelo de indivíduo, para a consideração da Pessoa Humana, que não pode ser considerada isoladamente. Nesses termos, é a Pessoa Humana, configurada em sua totalidade, incluindo-se aí seus vínculos comunitários, que passa a receber o enfoque contemporâneo.

Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de ‘não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito’. Esta regra não tem conteúdo material, enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que ‘cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de

contribuiriam para seu próprio bem-estar”. SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 103.

¹¹⁴ “[...] há uma diferenciação também entre a ‘liberdade da condição do agente’ (agency freedom) e a ‘liberdade de bem-estar’ (well-being freedom). A primeira é uma liberdade para fazer acontecer as realizações que se valoriza e se tenta produzir, enquanto a última é a liberdade de alguém para realizar aquelas coisas que são constitutivas do seu bem-estar [...]. Deve ser enfatizado que não existe nenhuma pretensão de que os dois aspectos – condição de agente e bem-estar – sejam independentes um do outro. Eles são distinguíveis e separados, mas completamente interdependentes”. SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 104.

¹¹⁵ SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2012. p. 152-153.

algum modo no lugar de qualquer outro'. É o conceito dialético de 'reconhecimento' do outro.¹¹⁶

No que concerne ao Déficit Democrático legado pela modernidade, verifica-se que se, no paradigma moderno, a busca individual pelo bem levaria ao bem comum, no paradigma da pós-modernidade tal tarefa é atribuída a um movimento de democratização da sociedade. Todavia, é comum, notadamente em países periféricos, em que as consequências do Deficit Social são mais visíveis, que o Deficit Democrático seja relegado a segundo plano.

Confinado à esfera pública, o ideal democrático ficou neutralizado ou profundamente limitado no seu potencial emancipador. Convergentemente, a conversão da esfera pública na sede exclusiva do direito e da política desempenhou uma função legitimadora fundamental ao encobrir o facto de o direito e de a política do Estado democrático só poderem funcionar como parte duma configuração política e jurídica mais ampla, onde estão incluídas outras formas antidemocráticas de direito e de política.¹¹⁷

Tal visão é analisada por Amartya Sen, ao tratar do tema “a importância da democracia”. Ao referir as dificuldades económicas pelas quais passam os trabalhadores dos países do chamado Terceiro Mundo, questiona: “*Por que se preocupar com a sutileza das liberdades políticas diante da esmagadora brutalidade das necessidades económicas intensas?*”¹¹⁸

O questionamento que apresenta Sen é, evidentemente, paradigmático: revela o sentido, difundido no meio liberal, de que a Democracia seria secundária, motivo pelo qual o papel do Estado seria deter-se apenas na superação do “Deficit Social”, renegando a questão do “Deficit Democrático” ao segundo plano.

Ao passo da apresentação de argumentos contrários a essa interpretação, Sen refere, notadamente, o carácter instrumental e construtivo da democracia. Nas suas palavras:

Três diferentes considerações conduzem-nos na direção de uma preeminência geral dos direitos políticos e civis básicos: 1) sua importância direta para a vida humana associada a capacidades básicas (como a capacidade de participação política e social); 2) seu papel instrumental de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137.

¹¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2008. p. 123.

¹¹⁸ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 194.

defendem suas reivindicações de atenção política (como as reivindicações de necessidades econômicas); 3) seu papel construtivo na conceituação de ‘necessidades’ (como a compreensão de necessidades econômicas em um contexto social).¹¹⁹

Em verdade, conclui Sen que há interdependência¹²⁰ entre as duas questões, na medida em que a democracia possui papel construtivo de cidadania, ao passo que a própria democracia requer condições mínimas para sua realização.

Tal interdependência é reforçada por Friedrich Müller, ao questionar: “*Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um Sistema democrático?*”

A democracia é uma das formas de Estado que, no plano da ética política, não são compatíveis com a exclusão; e isso a honra. Perguntemos, contudo, mais especificamente, se ela não deveria sobretudo ser aquela forma de Estado que a partir de determinados índices limiares não é efetivamente eliminada pela exclusão, no sentido técnico, organizacional das suas formas e dos seus procedimentos. Isso a honraria mais ainda. E isso implica uma análise não apenas do cálculo estático de uma concepção, mas dos processos sociais e políticos na dimensão temporal, que essa concepção possibilita. Democracia somente pode subsistir, isto é, continuar viva, como *democratização* em ampliação permanente.¹²¹

Em suma, os desafios da pós-modernidade, em um contexto de crescentes incertezas agravadas pelo fenômeno da globalização exige, cada vez mais, do Estado, a superação do déficit social e do déficit democráticos legados pela modernidade, em um momento histórico que inclusive o Estado se vê sob críticas. Tais críticas, igualmente, estão ligadas aos pressupostos liberais do Estado Moderno, inadequados para a solução de questões da contemporaneidade.

¹¹⁹ Ibid., p. 195.

¹²⁰ “Assim como é importante salientar a necessidade da democracia, também é crucial salvaguardar as condições e circunstâncias que garantem a amplitude e o alcance do processo democrático. Por mais valiosa que a democracia seja como uma fonte fundamental de oportunidade social (reconhecimento que pode requerer uma defesa vigorosa), existe ainda a necessidade de examinar os caminhos e os meios para fazê-la funcionar bem, para realizar seus potenciais. A realização da justiça social depende não só de formas institucionais (incluindo regras e regulamentações democráticas), mas também da prática efetiva”. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 196 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 209.

¹²¹ MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, p. 22, 2000. Edição especial.

3.2 DA ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO AO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A partir da compreensão de que a superação do déficit social e do déficit democrático legados pela modernidade passa a ser a preocupação do Estado, no atual paradigma constitucional, verifica-se que ocorre radical transformação no papel do Estado. Rompendo-se com o cariz absenteísta do Estado Liberal, no paradigma do Estado Democrático de Direito há um efetivo compromisso com a correção das desigualdades sociais.

É nesses termos que, ao atribuir sentido ao paradigma do Estado Democrático de Direito se verificará, um aprofundamento da solidariedade (em oposição à ética do individualismo), somado à preocupação com a democratização, que perpassa as relações estabelecidas com o Estado, bem como entre particulares.

3.2.1 Do Anacronismo dos Pressupostos Liberais de Estado e da Construção de uma Nova Relação entre Estado e Sociedade

Os desafios da pós-modernidade colocam em xeque as tradicionais concepções liberais de Estado e de Direito. Com efeito, em face da radical modificação dos pressupostos da sociedade liberal, tais concepções apresentam-se anacrônicas e insuficientes.

O fato é que, em seu surgimento o Estado – fundamentado na racionalidade e no individualismo burguês – exsurge como um ente abstrato, separado da sociedade civil, devendo-se pautar pelo estabelecimento de *standards* normativos abstratos, que consubstanciavam-se na “vontade geral” e, portanto, como a personificação do que seria o “interesse público”. Um Estado impessoal, dotado de autoridade exclusiva e único titular do interesse público que, através de seu mecanismo de coerção (o Direito), impunha à sociedade civil as regras a serem observadas.

Trata-se do que Weber concebe como o “Estado Burocrático”, no sentido do estabelecimento de regras que visam a despersonalização e a clara oposição ao tratamento de casos individuais:

A burocracia acompanha inevitavelmente a moderna democracia de massa em contraste com o governo autônomo democrático das pequenas unidades homogêneas. Isso resulta do princípio característico da

burocracia, a regularidade abstrata da execução da autoridade, que por sua vez resulta da procura de ‘igualdade perante a lei’ no sentido pessoal e funcional — e daí, do horror ao privilégio, e a rejeição ao tratamento dos casos ‘individualmente’¹²².

Nesse sentido, se a superação do paradigma medieval era condição de possibilidade para o desenvolvimento do capitalismo e a ascensão da burguesia, a partir da racionalidade, o Estado, ao menos teoricamente, surge como um sistema perfeitamente ajustado¹²³ de dominação. Na percuciente análise de Chevallier, tal concepção de Estado Moderno é resultado de cinco elementos essenciais:

(1) A existência de um grupo humano, a nação, implantado sobre um território e caracterizado, para além da diversidade e oposição dos interesses dos membros, por um vínculo mais profundo de solidariedade: apoiando-se sobre a nação, o Estado é a expressão de seu poderio coletivo; é a forma superior que assume a nação, a projeção institucional que lhe confere durabilidade, organização, poderio. (2) A construção de uma figura abstrata, o Estado, erigida concomitantemente em depositária da identidade social e fonte de toda a autoridade [...] (3) A percepção do Estado como princípio de ordem e de coesão social: enquanto a sociedade civil recobre a esfera das atividades privadas e dos interesses particulares, o Estado é concebido com a expressão do interesse geral [...] (4) O estabelecimento de um monopólio de coerção [...] (5) A existência de um aparelho estruturado e coerente de dominação, encarregado de colocar em funcionamento esse poderio.¹²⁴

Nesses termos, ligada à noção clássica de Estado a centralização de toda a autoridade e como a expressão da vontade geral. Tal noção de uma autoridade única, centralizada, e sistematicamente organizada apresenta-se como substrato da noção clássica de soberania, delineada por Bolzan de Moraes:

Assim, a soberania caracteriza-se, historicamente, como um poder que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e da aplicação das normas, impondo-as coercitivamente entorno de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas. Ela é, assim, tradicionalmente tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível.¹²⁵

¹²² WEBER, M. *Ensaio de sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982. p. 55.

¹²³ “A constituição do Estado moderno repousa sobre um princípio fundamental de unidade orgânica: o Estado se apresenta como um conjunto coerente, um “aparelho”, cujos elementos constitutivos, tal como as engrenagens de uma máquina, estão estritamente ligados, os solidários, interdependentes; essa unidade é garantida por mecanismos, formais e informais, de integração, passando notadamente pelo canal do direito” CHEVALIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 98.

¹²⁴ CHEVALIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 24-25.

¹²⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos*

Todavia, não obstante ao desenvolvimento da noção de Estado a partir da modernidade, refere Chevallier que o movimento aparentemente irreversível do Estado liberal passou por abalos no final do Século XX, evidenciando suas crises. Nesses termos, duas dinâmicas¹²⁶ vão levar a uma reavaliação da relação estado sociedade: uma dinâmica interna (decorrente da relação Estado e Sociedade Civil) e outra Externa (decorrente dos influxos da Globalização).

A ação combinada de todos esses fatores tende a afetar o modelo estatal sob quatro pontos, ao menos: (1) interdependência estrutural, que torna obsoleta a concepção tradicional de soberania; (2) a perda pelo Estado do comando de uma série de variáveis essenciais; (3) atenuam-se as distinções entre público e privado; (4) movimento de fragmentação e de degeneração de aparelhos cada vez mais heterogêneos.¹²⁷

A partir da análise da conjuntura da contemporaneidade, marcada pelo surgimento de novos movimentos sociais na Sociedade Civil por um lado e os influxos da Globalização, por outro, verifica-se que um dos elementos que mais sofreu abalos em sua concepção tradicional, considerando-se a noção clássica de Estado, foi a idéia de *Soberania*.

Com efeito, na contemporaneidade não parece mais fazer sentido a noção de Soberania de um Estado, entendido como o centro único de produção normativa e como um poder inconstitucional. O Estado, de fato, deixa de ser o centro único do poder para ser mais um dos atores envolvidos na normatização da sociedade.

Neste viés, pode-se apontar, além dos vínculos criados pelo Estado Constitucional, a crise do Estado Moderno em apresentar-se tradicionalmente como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional e ator supremo no âmbito do espaço territorial de um determinado ente estatal nacional.¹²⁸

Nessa trilha, considerando-se a dinâmica interna de questionamento do papel do Estado, verifica-se que a sociedade civil emerge como ator a ser integrado pelo Estado,

direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002. p. 25.

¹²⁶ “O movimento aparentemente irresistível e irreversível de expansão estatal foi superado no último quarto do século XX, pela influencia de duas dinâmicas, uma interna, outra externa, que se conjugaram: de um lado, influências diversas vão pesar no sentido de uma reavaliação da relação Estado/sociedade; de outro, a internacionalização vai tomar novas formas ao longo dos anos 1990, contribuindo para minar certas posições conquistadas pelo Estado”. CHEVALIER, op. cit., p. 29.

¹²⁷ Ibid., p. 37.

¹²⁸ CHEVALIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.26.

dentro de uma lógica de maior participação e de superação da dicotomia clássica entre Estado e Sociedade Civil:

Assim, os sindicatos e organizações empresariais, além de outros movimentos sociais, passaram a patrocinar determinadas atividades e produzir certas decisões que caracteristicamente se incluíam no rol do poder soberano do Estado [...] Enquanto o modelo liberal incorporava uma idéia de soberania como poder inconstrastável, próprio a uma sociedade de ‘indivíduos livres e iguais’, para os quais importava apenas o papel de garantidor da paz social atribuído ao Estado, o modelo de *welfare state* adjudica a ideia de uma comunidade solidária onde ao poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea. Nesta função de patrocínio da igualdade transfere-se ao Estado um novo atributo que contrasta com este poder ordenador, qual seja a solidariedade.¹²⁹

Ademais, como bem observa García-Pelayo, a possibilidade de influir, como um ator no processo democrático – e, notadamente, na discussão de políticas públicas e de elaboração normativa – está ligada à existência de organizações da sociedade civil, já que tal atribuição não pode ser exercida individualmente:

El poder social y La posibilidad de influir los centros de decisión política ya no se subjetiva en personas privadas, sino que se condensa en las grandes organizaciones y en los ‘ejecutivos’ que las representan, ES decir, los individuos solo pueden influir en las decisiones públicas por La mediación de asociaciones, y las pequeñas asociaciones por su integración en grandes organizaciones.¹³⁰

Em suma, os pressupostos liberais ligados à concepção do Estado Moderno apresentam-se anacrônicos e inadequados à solução das questões da contemporaneidade. As concepções modernas de soberania e de monismo jurídico não resistem ao contexto da modernidade, exigindo do Estado, cada vez mais, uma postura de abertura, de tolerância ao Direito não estatal e ao necessário diálogo das Fontes de Direito.

3.2.2 De como a Tarefa do Estado passa a ser a Superação dos Legados da Modernidade

O dar-se conta do déficit social e democrático legados pela modernidade é condição de possibilidade para a atribuição de sentido ao Estado Democrático de Direito.

¹²⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 30.

¹³⁰ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1982. p. 94.

O papel do Estado é modificado. Se no Estado Liberal, sua postura absenteísta visa permitir a busca individual dos interesses que ao final resultará na soma de utilidades, no paradigma do Estado Democrático de Direito, visa corrigir as desigualdades.

Considerando-se o paradigma do Estado Democrático de Direito como ‘sucessor’ do paradigma do Estado Social – ressaltando-se, obviamente, as peculiaridades brasileiras da não configuração de um Estado de bem estar social nos moldes dos países desenvolvidos – pode-se referir que, além do aprofundamento da solidariedade, a incorporação do caráter ‘Democrático’, apresenta-se como seu distintivo em relação aos modelos anteriores.

No que concerne à democratização, pode-se dizer, que no paradigma do Estado Democrático de Direito perde-se postura ingênua de um Estado isento de interesses e movido pela busca do “bem comum”, ao perceber-se que suas políticas são, via de regra, orientadas pelo interesse de grupos dominantes em detrimento das escolhas democráticas por parte dos cidadãos. Essa é a análise de Streck:

[...] é necessário ter em conta que o paradigma do Estado Social-intervencionista trabalha com a perspectiva de um Estado que intervém através de políticas que não são – ou raramente o são – escolhas motivadas por um querer genético da sociedade, refletindo, antes de tudo, os interesses dos grupos eventualmente no poder.¹³¹

Com efeito, para Bobbio¹³², está-se a assistir a ampliação da democratização, notadamente no que denomina de um fluxo ascendente, ou seja, de baixo para cima, no

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 166.

¹³² Como refere Bobbio: “Todavia, não há dúvida de que estamos assistindo à ampliação do processo de democratização. [...] Peço desculpas por ser um pouco esquemático, mas o fluxo do poder só pode ter duas direções: ou é descendente, quer dizer, desce do alto para baixo, ou é ascendente, quer dizer, vai de baixo para cima. Exemplo típico do primeiro é, nos estados modernos, o poder burocrático; do segundo é o poder político, onde quer que se entenda por poder político aquele exercido em todos os níveis (local, regional, estatal) em nome e por conta do cidadão, ou melhor, do indivíduo enquanto cidadão. O que acontece agora é que o processo de democratização, ou seja, o processo de expansão do poder ascendente, está se estendendo da esfera das relações políticas, das relações nas quais o indivíduo é considerado em seu papel de cidadão, para a esfera das relações sociais, onde o indivíduo é considerado na variedade de seus status e de seus papéis específicos, por exemplo de pai e de filho, de cônjuge, de empresário e de trabalhador, de professor e de estudante e até mesmo de pai de estudante, de médico e de doente, de oficial e de soldado, de administrador e de administrado, de produtor e de consumidor, de gestor de serviços públicos e de usuário, etc. Com uma expressão sintética pode-se dizer que, se hoje se pode falar de processo de democratização, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na passagem da democracia representativa para a democracia direta quanto na passagem da democracia política em sentido estrito para a democracia social, ou melhor, consiste na extensão do poder ascendente, que até agora havia ocupado quase exclusivamente o campo da grande sociedade política (e das pequenas, minúsculas, em geral politicamente irrelevantes associações voluntárias), para o campo da sociedade civil nas suas várias articulações, da escola à fábrica: falo de escola e de fábrica para indicar emblematicamente os lugares em que se desenvolve a maior parte da vida da maior parte dos membros de uma sociedade moderna, deixando intencionalmente de lado a igreja ou as igrejas, pois este é um problema que diz

sentido da participação do cidadão (e dos movimentos sociais) na formulação de políticas públicas.

A democracia avançada não é, portanto, apenas *status activus* democrático; não é mais um mero dispositivo de técnica jurídica para definir como textos de normas são postos em vigor (como ‘leis são promulgadas’). Ela é, agora, sobretudo um nível de exigências aquém do qual não se pode ficar, se ainda quisermos falar de uma forma de democracia: é um nível de exigências com vistas ao modo, pelo qual as pessoas nesse território são tratadas concretamente – não como súditos nem como seres subumanos [Untermenschen], mas individualmente como membros do povo soberano, do povodestinatário que pode legitimar a totalidade do poder organizado de Estado – juntamente com o povo ativo e o povo como instância de atribuição. Democracia é direito positivo de toda e qualquer pessoa no âmbito da sua ‘-cracia’.¹³³

O Estado, nesse sentido, se transformou, para além de uma noção anacrônica de soberania e dos mecanismos representativos tradicionais. Revisto e atualizado, o Estado contemporâneo, como instituição histórica e mutável, incorpora as indeterminações da contemporaneidade, importando em uma noção mais flexível de soberania e na abertura de canais inovadores de participação da sociedade civil no Estado.

[...] ao que parece, o Estado não morreu. Transmutou-se, mudou de rumos, enfraqueceu, subjugou-se, muitas vezes, mas o debate permanece, posto que não há como pretender dar uma resposta uniforme à complexidade dos fenômenos contemporâneos, em particular daqueles que afetam a tradição política moderna¹³⁴.

Nesses termos, o Estado contemporâneo, não significa um Estado mínimo ou um Estado privado de seus atributos historicamente incorporados, mas um Estado que se percebe co-partícipe, juntamente com conglomerados econômicos internacionais e movimentos sociais. Nas palavras de Sorensen:

respeito à sociedade religiosa, que não é nem a sociedade política nem a sociedade civil mas que, de qualquer forma, está igualmente abalada pelo impacto dos mesmos problemas. Em outras palavras, podemos dizer que o que acontece hoje quanto ao desenvolvimento da democracia não pode ser interpretado como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas deve ser entendido como a ocupação, pelas formas ainda tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é, de espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático”. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 54-55.

¹³³ MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, p. 26, 2000. Edição especial.

¹³⁴ MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. Afinal: quem é o estado? Por uma teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 156.

El mundo está cambiando y se ha abierto un nuevo debate acerca del destino del Estado. El Estado sigue siendo La forma dominante de La organización política universal, pero se lo desafía desde âmbitos muy distintos, incluídos las fuerzas mercantiles globales, las instituciones internacionales y los movimientos populares. Hay un ‘repliegue del Estado’ o es el enfoque ‘estado-céntrico’ el más convincente? Los estudiosos no estan de acuerdo pero, en lugar de dejarse atrapar en el debate de si ‘el Estado pierde’ o ‘El Estado gana’, hay una actitud más convincente, esto ES, La Idea de la ‘transformación del Estado’ que está abierta a cambios en ambas direcciones¹³⁵.

Em verdade, trata-se de conceber o Estado não como o único centro de poder, mas efetivamente, como um dos principais atores responsáveis pelo fomento ao desenvolvimento econômico e social e como um dos importantes agentes de proteção social. Portanto, há que se referir que, além de não ter havido a morte do Estado (não obstante à modificação de suas características clássicas), as próprias indeterminações caracterizadas pela contemporaneidade surgem como mecanismos de suas (re)afirmação, ou seja, como refere Chevallier, “*longe de ser o vetor de seu desaparecimento, as novas ameaças conferem ao Estado, então responsabilidades acrescidas*”.¹³⁶

O Estado apresenta-se, nesse sentido, como o (re)construtor de identidades¹³⁷, e como o destinatário das expectativas de uma sociedade que demanda, cada vez mais. Ademais, outra questão relevante pertine à relação do Estado como fomentador do desenvolvimento econômico, notadamente como regulador da atividade econômica e financeira. Qualquer tentativa de referir a dispensabilidade do Estado nessa seara é rechaçada pela importância, cada vez maior, atribuída aos chefes de Estado no momento em que se presencia uma Crise Econômica do sistema capitalista.

Não obstante às alegações de crises do Estado e de suas insuficiências, é certo que o protagonismo mundial, no momento da busca de alternativas de desenvolvimento econômico e de medidas de combate à crise financeira mundial perpassam pelas atitudes dos Estados e de seus governantes.

Nessa trilha, verifica-se que boa parte da ineficiência que é atribuída ao Estado, no momento de uma crise econômica, relaciona-se com a dificuldade de pensar a figura Estatal e as decisões protecionistas que devem ser tomadas em defesa de seus cidadãos, quando estas decisões implicam em complexas relações internacionais de comercio, às

¹³⁵ SORENSEN, Georg. *La transformación del Estado*. Mas allá del mito del repliegue. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 41.

¹³⁶ CHEVALIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 67.

¹³⁷ “O Estado é obrigado a reconstituir um tecido social que a dinâmica da evolução das sociedades contemporâneas tende permanentemente a dilacerar”. CHEVALIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 63

quais os Estados, igualmente, não podem se furtar. Essa complexa oposição entre o local e o global trata-se de um dos desafios mais prementes a serem enfrentados pelos Estados na contemporaneidade:

O refluxo da concepção que erigia o Estado como motor do desenvolvimento e lhe confiava a gestão de setores chave da economia, senão da economia em seu todo, não é sinônimo de desengajamento; a complexidade crescente dos circuitos econômicos, as mutações tecnológicas, a sofisticação dos produtos financeiros, a globalização das trocas, mas também a pressão crescente dos poderes econômicos cujo poderio se reforça em virtude da globalização, impõem a intervenção do Estado a fim de fixar determinadas regras do jogo, fazer prevalecer determinadas disciplinas, proteger certos interesses; o Estado permanece presente na economia, mas de maneira mais distanciada, como supervisor, cuja presença é indispensável para assegurar a manutenção dos grandes equilíbrios e criar as condições propícias a seu desenvolvimento.¹³⁸

Dessa forma, cabe ao Estado, não mais como um ente isolado, mas compreendido como parte de uma complexa rede de relações internacionais, estabelecer relações com os demais Estados de forma coerente, bem como, em diversas ocasiões, tomar medidas protetivas internamente. Por obviedade, como bem analisa Chevallier, atualmente o papel do Estado, de ator no meio econômico perpassa por uma noção de supervisão, buscando refrear grandes desequilíbrios¹³⁹, na busca da promoção de desenvolvimento econômico e social.¹⁴⁰

3.2.3 Da Constituição Econômica e da Superação do “Déficit Social” e do “Déficit Democrático”

Analisar a pré-ocupação do Estado Democrático de Direito com a democratização da Economia, pressupõe dar-se conta de que a Economia Moderna, ao autonomizar-se dos

¹³⁸ Ibid., p. 69.

¹³⁹ “Esse dualismo é indissociável de uma ruptura com a concepção tradicional de igualdade: indo além do princípio da igualdade de direitos, vê-se perfilhar um novo princípio de “equidade”, tomando em conta as disparidades existentes entre os indivíduos e os grupos e se esforçando em corrigi-las – caso preciso, por meio de discriminações positivas, pelas quais se outorga mais àqueles que têm menos; a tomada de consciência dos limites de políticas “universalistas”, dirigidas a todos, conduz à adoção de medidas sempre mais particularistas”. CHEVALIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 81.

¹⁴⁰ “A regulação se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia: ela consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos, assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto; pela regulação, o Estado não se põe mais como ator mas como árbitro do processo econômico; uma capacidade de arbitragem entre os interesses em jogo; uma ação contínua a fim de proceder os ajustes necessários”. Ibid., p. 73.

demais saberes e identificar-se com a ideia moderna de Mercado, consubstanciou-se no *locus* de proteção da intervenção do Estado e, portanto, onde se poderia desfrutar da mais absoluta liberdade, erigida a dogma sob a denominação de “autonomia privada”.

Nesse sentido, apresenta-se a ruptura com o ideário moderno de um indivíduo movido somente a partir de seus próprios interesses¹⁴¹. Com efeito, em virtude desse dar-se conta, a Economia, na pós-modernidade, vive um momento de questionamento de tais primados, no sentido de que há mais a ser considerado como motivação de um indivíduo do que a mera busca egoísta dos próprios interesses.

Se a Economia Moderna foi marcada pela supremacia de uma Economia Comercial e o chamado “eclipse” da Economia Civil, verifica-se que as próprias crises do modelo econômico hegemônico, contribuem para um movimento de volta a superfície da economia civil¹⁴², alargando o conceito de economia de mercado.

Conforme refere Henry, essa re-imersão da Economia Civil – por ele tratada como Economia Social¹⁴³ – é resultado de “uma exclusão social, social e política sem

¹⁴¹ “Na verdade, não temos obrigação de procurar apenas nosso próprio bem-estar, e cabe a nós decidir quais são as coisas que temos boas razões para buscar. Não temos de ser um Gandhi, um Martin Luther King Jr., um Nelson Mandela ou um Desmond Tutu para reconhecer que podemos ter objetivos ou prioridades que diferem da busca inflexível do nosso próprio bem-estar apenas. As liberdades e as capacidades das quais desfrutamos também podem ser valiosas para nós, e, em última análise, cabe a nós decidir como usar a liberdade que temos”. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 49.

¹⁴² “Que razões levaram recentemente a perspectiva de estudos da economia civil a voltar à superfície, como um rio que desaparecera por um tempo? Podemos indicar dois conjuntos de razões. O primeiro deles sintetiza-se na tomada de consciência, por parte de um número cada vez maior de economistas, de que a compreensão adequada do atual processo econômico exige a superação do caráter reducionista de grande parte da teoria econômica contemporânea, que parece incapaz de lidar com os problemas novos que atormentam nossas sociedades: a preservação ambiental, as crescentes desigualdades sociais, o sentimento de insegurança que toma conta dos cidadãos, apesar do aumento das riquezas, a perda de sentido das relações interpessoais e assim por diante. O segundo conjunto de razões para retomada da perspectiva da economia civil está ligado à consciência de que, diante de questões cruciais, como a crise do modelo tradicional do Estado de bem-estar social e as dificuldades cada vez maiores de garantir a todas as pessoas um trabalho decente, faz-se necessário refletir sobre as características de fundo do atual modelo de crescimento [...]. Da convergência dessas razões surge a necessidade, a princípio intelectual, de alargar a concepção de economia de mercado que nos foi transmitida por uma espécie de vulgata da tradição do pensamento liberal, a partir do início do século XIX. Na base dessa necessidade cada vez mais generalizada, encontramos uma questão central, que resume, se podemos dizer assim, todas as outras: neste momento de transição para a sociedade pós-fordista, de que modo é possível levar os cidadãos e suas organizações a serem aqueles que decidem, com liberdade, o modelo de oferta das diferentes categorias de bens que demandam? BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano. *Economia civil: eficiência, equidade, felicidade pública*. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2010. p. 115.

¹⁴³ “It is important to understand the reasons why the debate on the social economy has re-emerged. We are experiencing an unprecedented social, societal and political exclusion of large numbers of people across the globe. The means of production and ownership of other assets are concentrated at a global scale in the hands of ever fewer people and anonymous entities as a result of communication technologies and deregulation of markets. These entities are the main global actors which are able to take advantage of globalized knowledge production. Concentration and exclusion may best be demonstrated by the patenting of the results of knowledge production. These patent rights exclude all but the few holders from their use and from the use of the natural resources from which these patented products are often derived. Gradually, the public debate is re-centring on cooperation, human dignity and solidarity to counter this

precedentes de um grande número de pessoas em todo o mundo”, marcado pela concentração dos meios de produção e de propriedade em escala global. Dessa forma, entende que, mundialmente o debate público deve se “re-centrar na cooperação, dignidade humana e da solidariedade para combater essa exclusão”.

Analisando-se a problemática à luz da Hermenêutica Filosófica, verifica-se que o dar-se conta do fenômeno revela outras possibilidades do ser, como a ideia de uma economia que não se ampara somente na concorrência e na busca de cada indivíduo de seus próprios interesses, mas na cooperação e na busca, pelos indivíduos que formam determinada comunidade, de interesses convergentes.

A liberdade – preconizada pela Economia Moderna – não pressupunha qualquer tipo de preocupação com a igualdade material entre os indivíduos que realizavam suas escolhas e se vinculavam contratualmente. Dito de outro modo, a liberdade caracterizava-se evidentemente como um simulacro, como argumento legitimador para que houvesse a exploração do mais fraco da relação. E é assim, como bem observa Boaventura de Sousa Santos que a separação entre o político e o econômico não se faz de maneira ingênua: mas para permitir a exploração econômica e neutralizar o potencial revolucionário:

A meu ver, a separação entre o político e o econômico permitiu, por um lado, a naturalização da exploração econômica capitalista, e, por outro, a neutralização do potencial revolucionário da política liberal, dois processos que convergiram para a consolidação do modelo capitalista das relações sociais.¹⁴⁴

O que vale ressaltar é que a Economia, a partir da modernidade, passa a ser escrava de tal epistemologia – como a lógica da técnica e da eficiência, que seria medida, ao final, através da lucratividade aferida pelos agentes econômicos. Boaventura de Sousa Santos denuncia os legados de tal concepção, no sentido de que as promessas da modernidade não se cumpriram levando, notadamente os países periféricos, a subordinação ao imperialismo ocidental.

exclusion. In this context the social economy stands for another way of “doing business”. What unites people who categorize themselves as working in or for the social economy is their rejection of a “money only” way of catering for human needs. It translates into their unwillingness to accept that ever more needs remain unmet, especially in the health and social service sectors where growing dehumanization and bureaucratic procedures are increasingly being resented. In general, producers and users want a greater say in the decision-making processes concerning their lives. HENRÝ, Hagen. *Guidelines for cooperative legislation*. Geneva: ILO, 2012. p. 32.

¹⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2008. p. 122.

As promessas que legitimaram o privilégio epistemológico do conhecimento científico a partir do século XIX – as promessas da paz e da racionalidade, da liberdade e da igualdade, do progresso e da partilha do progresso – não só não se realizaram sequer no centro do sistema mundial, como se transformaram, nos países da periferia e da semiperiferia – o que se convencionou chamar Terceiro Mundo – na ideologia legitimadora da subordinação ao imperialismo ocidental.¹⁴⁵

A Economia sob a concepção da modernidade configura-se, nesse sentido, como o lugar da livre busca pela lucratividade, na busca constante da eficiência, território em que as decisões devem ser tomadas de maneira ágil e por aqueles que detém o poder econômico.

Esse aspecto é central para compreensão da rejeição da Democracia pela Economia Moderna. Zamagni, de forma percuciente, ao analisar a questão, refere que, do ponto de vista do Mercado, a perda da Democracia seria o preço a pagar pela eficiência econômica e que, considerando-se que o mercado possui suas próprias “leis de funcionamento” e seus próprios “códigos de moralidade”, que descendem da mesma análise econômica, não são consentidas interferências provenientes da política democrática, sob pena da perda da eficiência. Nas suas palavras:

Sono noti i prezzi che sono stati pagati sull'altare dell'efficienza (paretianamente definita) come metro 'oggettivo' per misurare e dunque valutare la performance di stati sociali alternativi. Il primo è la separazione tra mercato e democrazia. Il mercato possiede sue proprie 'leggi' di funzionamento e un suo proprio codice di moralità (la self-creating morality che discende dalla stessa analisi economica); dunque, non sono consentite interferenze di sorta provenienti dalla politica democratica, pena la perdita dell'efficienza. Il secondo prezzo pagato concerne la nefasta separazione tra questioni di efficienza e questioni di giustizia [...] Cosa troviamo al fondo di questa separazione? La tesi secondo cui la società individualista non persegue né cerca di imporre una specifica concezione del bene, ma si limita a fornire una struttura neutrale di diritti e libertà fondamentali che permette agli individui di perseguire liberamente i propri fini e di rispettare la libertà di scelta di tutti gli altri. Ne consegue che né i diritti individuali possono essere sacrificati a vantaggio del bene comune né i principi di giustizia che specificano quei diritti possono essere basati su una qualche nozione di solidarietà.¹⁴⁶

Essa epistemologia econômica, que afasta a solidariedade e a democracia do mercado, fundamenta-se na concepção de um indivíduo que age na busca não truísta de seu próprio interesse, em potencial litígio com os demais, sendo que considerada essa seara de

¹⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 14.

¹⁴⁶ ZAMAGNI, Stefano. Economia del dono. In: AGAMBEN, Giorgio et al. *Del cooperare: manifesto per una nuova economia*. Milano: Feltrinelli, 2012. p. 57.

liberdade, o próprio mercado, com suas leis e códigos de conduta, solucionariam os referidos conflitos.

[...] a consagração de uma linha de pensamento que identifica o mercado como o espaço de tipo ideal em que os indivíduos são motivados para a ação apenas por seu próprio interesse (*self interest*), não importa se egoísta ou altruísta, mas em todo caso não truísta. Com isso, foi-se reforçando a convicção de que o único juízo de mérito que o mercado é capaz de suportar e ao qual pode submeter-se é o da eficiência, entendida como adequação dos meios ao fim, representado pela maior realização possível dos interesses de quem participa do mercado¹⁴⁷.

Com efeito, verifica-se que os pressupostos da Economia Moderna conflitam, diretamente, com o que preconiza o Estado Democrático de Direito, no sentido de que o mercado denomina de “Leis de Mercado” ou mesmo de seus “Códigos de Conduta”, por tudo o que foi exposto, reproduzem o ideário liberal-individualista e, conseqüentemente, configuram-se como pré-juízos inautênticos, considerando-se o paradigma da contemporaneidade.

Ao analisar-se o texto constitucional, no que concerne a Ordem Econômica e Financeira, verifica-se que a mesma se funda na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observando, como princípios, a soberania nacional, a propriedade privada; a função social da propriedade, a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte¹⁴⁸.

Ora, considerando-se que a finalidade da Ordem Econômica de “assegurar a todos existência digna”, pode-se dizer que a lógica da eficiência econômica da modernidade, baseada unicamente na busca da lucratividade, apresenta-se anacrônica no paradigma do Estado Democrático de Direito.

¹⁴⁷ BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano. *Economia civil: eficiência, equidade, felicidade pública*. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2010. p. 117.

¹⁴⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

Com efeito, contemporaneamente, as críticas que se fazem ao modelo econômico gestado na modernidade, concernem justamente ao enclausuramento da economia a índices que medem simplesmente o enriquecimento (de alguns) como aferidores do progresso de economias nacionais, em detrimento do desenvolvimento econômico que se reflete efetivamente na melhoria das condições de vida das pessoas.

Aspecto extremamente relevante é o que a Constituição Federal estabelece ao referir a função do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, notadamente ao referir, em seu art. 174 § 2º que a “lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo”¹⁴⁹.

Trata-se de dispositivo que insere expressamente o Cooperativismo na consecução dessa ordem econômica orientada a “assegurar a todos existência digna” e – mais do que isso – com uma ordem econômica preocupada em superar a concepção metafísica que somente concebe um agente econômico cuja eficiência é medida pelo lucro e que, por isso, obriga-se a rejeitar a democracia.

As Cooperativas, com efeito, não possuem finalidade lucrativa, sua eficiência é medida pelos serviços que prestam a seus associados e as decisões, são democraticamente tomadas pelos mesmos, por critérios que atribuem o mesmo poder de decisão a todos os associados, independentemente do valor do capital que cada um possui investido na Cooperativa e que repartem os resultados proporcionalmente às operações dos associados.

Nesse sentido, as Cooperativas apresentam-se completamente compatíveis com essa noção de ordem econômica democrática, já que conseguem conciliar critérios de igualdade que efetivamente contribuem para a participação democrática do sócio nas decisões e na divisão dos resultados.

Democratizar a Economia é percebê-la, mais que simplesmente um locus da concorrência, como um locus da solidariedade. Se a postura metafísica da modernidade orientou-se no sentido da entificação da economia como o espaço da liberdade para a exploração, na contemporaneidade, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito,

¹⁴⁹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei. Ibid.

esse perfil muda, para uma economia voltada à transformação social, na qual a democracia apresenta seu relevante papel.

3.3 A ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO AO DIREITO NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A partir da mudança paradigmática operada pelo Estado Democrático de Direito, verifica-se que ocorre radical modificação no papel do Direito, notadamente caracterizado por seu papel transformador, atribuindo-lhe um sentido democrático e solidário.

Todavia, não obstante à mudança de perfil do Estado, impingir ao Direito um papel transformador da realidade se apresenta controverso, notadamente em virtude da grande influência, ainda presente no Direito contemporâneo, do paradigma liberal-individualista no Direito. Streck, ao analisar a problemática, aduz a existência de uma “*Crise de Dupla Face*” no direito brasileiro, decorrente, nesses termos, da não superação do “*velho modelo de Direito liberal-individualista-normativista*” e da não superação do “*imaginário metafísico-objetificante*”. Nas suas palavras:

Por isso, mais do que a superação das crises do Estado, torna-se imprescindível superar a crise do Direito, calcada em uma crise de paradigmas de dupla face: de um lado, o velho modelo de Direito liberal-individualista-normativista teima em obstaculizar as possibilidades do novo modelo representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito; de outro, uma crise de cunho hermenêutico, a partir do qual os juristas continuam submersos num imaginário metafísico-objetificante, no interior do qual ainda ocorre a separação sujeito-objeto, refratário à viragem linguística ocorrida no século XX. Essa crise de dupla face obstaculiza o acontecer da Constituição, perdendo-se dia a dia a especificidade do Direito, tão cara aos propósitos da ideia de Estado Democrático de Direito.¹⁵⁰

Nesses termos, apresenta-se o desafio do Direito, no paradigma do Estado Democrático de Direito, no que concerne à incorporação da solidariedade e da democracia, notadamente em um contexto em que o Direito deixa de ser um instrumento de manutenção do “status quo”, para ser um instrumento de transformação social.

[...] a forma/modelo de Estado Democrático de Direito está assentado nos dispositivos que estabelecem os mecanismos de realização da democracia – nas suas diversas formas – e dos direitos fundamentais. Não

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 87.

esqueçamos que o Estado Democrático de Direito constitui uma terceira forma de Estado de Direito exatamente porque agrega um plus às formas anteriores (Liberal e Social), representados por esses dois pilares: democracia e direitos fundamentais.¹⁵¹

Nesse sentido, busca-se demonstrar que a democratização do Direito perpassa pela atribuição de sentido ao Direito no contexto do Estado Democrático de Direito, a partir da superação da epistemologia e do positivismo jurídico; da superação de uma ideia de Direito como suporte unicamente da concorrência; da compreensão do Direito como plural e do diálogo das fontes e da compreensão dos Direitos Fundamentais como aportes democráticos e de sua irradiação para toda a ordem jurídica.

3.3.1 A Democratização do Direito Perpassa Inicialmente por seu Papel Transformador e pela Superação de sua Epistemologia: uma teoria da Constituição adequada

A questão primeira – e crucial – de superação dos pressupostos modernos no Direito contemporâneo, reside na superação da sua epistemologia - leia-se, na superação de sua postura metafísica. Com efeito, a superação da discricionariedade positivista, ainda presente (por vezes, sob nova roupagem) no direito contemporâneo, mais do que representar uma mera superação metodológica, trata-se de um imperativo para a consecução do caráter transformador¹⁵² e democrático do Direito.

Efetivamente, o Direito da Modernidade nasceu atrelado à postura positivista, referida pela doutrina na contemporaneidade como o “Positivismo Exegético”, produto do movimento de Codificação do Direito que objetivava, em síntese, atribuir segurança às relações jurídicas, controlando o exercício da interpretação. Streck, ao propor um “criptograma do positivismo”¹⁵³, refere-se, inicialmente, ao tal momento do Positivismo Jurídico como o “positivismo primevo”, aduzindo o movimento de sua superação, na

¹⁵¹ Ibid., p. 86.

¹⁵² Com efeito, Keith Rosenn afirma, em relação à cultura jurídica brasileira, que “[...] existem casos onde o formalismo é adotado como estratégia consciente visando a evitar mudanças sociais. no Brasil [...] é frequentemente mais fácil e socialmente menos polêmico para os opositores de uma lei destinada a efetuar mudanças fundamentais na sociedade, evitar sua implementação do que sua promulgação. Os proponentes das reformas básicas alcançam um vitória simbólica, mas na prática nada muda porque os partidários do status quo tem poderes políticos e econômicos suficientes para abafar a reforma no nível administrativo”. ROSENN, Keith. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 64.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31.

contemporaneidade, pelas diversas correntes pós-positivistas que se inserem no contexto do “neoconstitucionalismo”.

Em verdade, Streck refere que o Neoconstitucionalismo se apresenta como sinônimo de “novo paradigma”, no sentido de que “o direito de deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição transformadora das relações sociais [...]”¹⁵⁴. Por outro lado, verifica que mesmo as teorias críticas¹⁵⁵, que objetivam a superação do positivismo jurídico (exegético) pecam – a mais das vezes – pela não superação do esquema sujeito-objeto e da subjetividade da interpretação, reforçando o decisionismo judicial, sob novos argumentos. Dessa forma, constata que a herança kelseniana do decisionismo não foi superada até hoje, e a discricionariedade hartiana tem sido, de algum modo, reapropriada pelas teorias argumentativas, só que sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica”.¹⁵⁶

Portanto, entre as diversas correntes que se filiam a esse “novo paradigma”, verifica-se que há consideráveis divergências, motivo pelo qual objetivam-se analisar a problemática a partir de duas observações: Inicialmente, a partir da análise do “neoconstitucionalismo “como continuidade ou ruptura, para, posteriormente analisa-lo enquanto “justificador” da epistemologia jurídica na contemporaneidade ou como instrumento de superação da relação sujeito-objeto.

A resposta à primeira questão pressupõe – o que em termos hermenêuticos Gadamer nomina de “Consciência histórico-efetual” – o dar-se conta da ruptura do Direito, no atual paradigma constitucional, com o Direito Liberal que, notadamente, se materializa através de um novo constitucionalismo que para tanto necessita reformular seus primados clássicos.¹⁵⁷

¹⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. Pós-fácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010. p. 205.

¹⁵⁵ “As diversas teorias críticas (teoria do discurso habermasiana, as diversas teorias da argumentação, a hermenêutica, etc) todas inseridas no paradigma do Estado Democrático de Direito, têm tido um objetivo comum: a superação do positivismo jurídico e das posturas doutrinárias que o sustentam. Entretanto, se existem pontos convergentes – como a necessidade de suplantar as velhas teorias das fontes e da norma – o mesmo não se pode dizer acerca do que representa o processo de compreensão (interpretação) dessas rupturas paradigmáticas. Trata-se, portanto, de um choque de paradigmas, o que acarreta uma impossibilidade de misturar, por exemplo, posturas ainda assentadas no esquema sujeito-objeto (em menor ou maior grau) e posturas antiepistemológicas. Definitivamente, hermenêutica não é teoria da argumentação, do mesmo modo que verdade não é consenso”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 379.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 380.

¹⁵⁷ “Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da

Nesse sentido é que há uma aposta na Constituição¹⁵⁸, enquanto Direito democraticamente produzido e, notadamente, enquanto instrumento dirigente¹⁵⁹ que aponta para a transformação social. A relação do Direito com a Moral (como abertura ao Déficit Social¹⁶⁰), também precisa ser repensada. É justamente nesse contexto que se insere a problemática em relação à interpretação da Constituição: ao par de um relativo consenso acerca da importância atribuída às Constituições no contexto da contemporaneidade, há visões distintas a seu respeito. Essa constatação está diretamente ligada ao denominado “Neoconstitucionalismo enquanto “justificador” da epistemologia jurídica na contemporaneidade ou como instrumento de superação da relação sujeito-objeto, como refere Streck:

A partir disso, há duas leituras possíveis da Constituição: uma que encara os princípios como capas de sentido ou como reserva hermenêutica para resolver casos difíceis, ou ainda, como canal de ingresso da moral em determinadas situações, como sustentam, por exemplo, os adeptos do positivismo inclusivo (tese da continuidade); e a outra leitura, que

Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

¹⁵⁸ “No paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, parece não restar dúvidas de que houve uma alteração substancial no papel a ser desempenhado pelas Constituições. Seus textos possuem determinações de agir, suas normas possuem eficácia, já não sendo mais lícito desclassificar os sentidos exurgentes desse plus normativo representado pela ideia de que a Constituição constitui-a-ção do Estado. [...] Mas ainda, é preciso ter claro que o paradigma do Estado Democrático de Direito liga-se inexoravelmente à função transformadora que o Direito assume. Da ideia de direito como ordenação e até mesmo de promoção, exurge um papel para o Direito que vai muito além da Constituição enquanto mero instrumento para a aferição da parametricidade formal”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 103.

¹⁵⁹ “Daí que, analisando a problemática a partir do estado da arte da (in)efetividade dos direitos fundamentais-sociais no Brasil, com os olhos voltados ao conteúdo dirigente e compromissário da Constituição de 1988, 23 anos depois de sua promulgação, continuo, do mesmo modo que Canotilho, defensor das teorias acionistas da política e da possibilidade de direção do Estado, mormente porque, como ele mesmo reconhece, no caso concreto do Brasil, a dimensão política da “Constituição dirigente” tem uma força sugestiva relevante quando associada à ideia de estabilidade, que, em princípio, se supõe lhe estar imanente. Esta estabilidade, aduz, está articulada com o projeto da modernidade política, que, sucessivamente implementado, respondeu às três violências (triângulo dialético), pela categoria político-estatal: a) respondeu à falta de segurança e liberdade, impondo a ordem e o direito (o Estado de direito contra a violência física e o arbítrio); b) deu resposta à desigualdade política, alicerçando liberdade e democracia (Estado democrático); c) combateu a terceira violência – a pobreza – mediante esquemas de socialidade. Tenho presente, assim, que a “Constituição dirigente” continua a ser o suporte normativo deste projeto de modernidade”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 170.

¹⁶⁰ “A moral não é (mais) uma instância paramétrico-corretiva, pela simples razão que a fundamentação moral já está nesse “ponto de estofo” referida “ao direito gerado democraticamente” e juridicamente institucionalizado. Expulsa pelo positivismo, ela retorna – agora como uma necessidade – não mais como corretiva/autônoma, e, sim, traduzindo as insuficiências do direito que o positivismo pretendia que fossem dar “conta do mundo” a partir do “mundo de regras”. Efetivamente, é por ela que o direito se abre ao déficit social representado pelo superado modelo liberal-individualista de direito”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 229.

considera um conteúdo deontológico para os princípios. É também esta, como já referido, a principal diferença entre positivismo e pós-positivismo.¹⁶¹

Dessa maneira, embora se refira à superação do velho positivismo exegético¹⁶², pode-se dizer que a interpretação jurídica na contemporaneidade pende entre a discricionariedade positivista e a ponderação argumentativa – o que denuncia a não superação do paradigma epistemológico da filosofia da consciência e apresenta um caráter velador da democracia e uma ameaça ao papel transformador que o direito incorpora no paradigma do Estado Democrático de Direito.

É dessa forma que se apresenta a relevância da Hermenêutica Filosófica como possibilidade de superação da relação sujeito-objeto¹⁶³. Efetivamente, a partir de seus pressupostos, é possível atribuir sentido compromissário e transformador à Constituição, no Estado Democrático de Direito, rompendo com o discricionarismo que, afinal, é antidemocrático¹⁶⁴. O rompimento com a discricionariedade positivista, nesses termos, se trata de um imperativo de democratização do Direito e de uma tarefa da Heremenêutica Filosófica enquanto instrumento de desvelamento e cuidado. É justamente nesses termos que Streck propõe a tarefa dessa “Nova Crítica do Direito”:

Nesse sentido, a tarefa da Nova Crítica do Direito (NCD) é guardar/proteger essa diferença, para salvaguardar o direito constitucional da objetificação metafísica, onde ocorre a entificação do ser. Daí que é preciso alertar, desde logo, que a Constituição não pode ser entendida

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

¹⁶² “Com efeito, de há muito minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais). Isso porque considero, no âmbito destas reflexões, superado o velho positivismo exegético”. *Ibid.*, p. 32.

¹⁶³ “Destarte, este déficit de realidade produzido pelas posturas epistemo-metodológicas – ainda presas ao esquema sujeito-objeto – vem a ser preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente as hermenêutico-ontológicas, que deixam de hipostasiar o método e o procedimento, colocando no modo-de-ser e na faticidade o locus da compreensão. Assim, salta-se do fundamental (fundamentum inconcussum) para o compreender, onde o compreender não é mais um agir do sujeito, e sim um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade”. *Ibid.*, p. 67.

¹⁶⁴ “Daí a inegável importância da hermenêutica nesse novo direito exurgido no Estado Democrático de Direito. Há, visivelmente, uma aposta na Constituição (direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do direito para delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-as do constante perigo da exceção. Disso tudo é possível dizer que tanto o velho discricionarismo positivista quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito têm algo em comum: o déficit democrático, isso porque, se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, a esta altura da história é um retrocesso reforçar/atenuar formas de exercício de poder fundadas na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, circunstância que conduz, inexoravelmente, às arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição. É nesse sentido que se afigura imprescindível uma principiologia, ao mesmo tempo apta a “proteger” o direito e a concretizá-lo”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

como um ente disperso ‘no mundo’. Tampouco é um ‘topos’ conformador/substantivo da atividade interpretativa, o que igualmente seria resvalar em direção à metafísica, ocultando a diferença ontológica.¹⁶⁵

Dessa maneira, inserido no contexto do Estado Democrático de Direito, o Direito é concebido como mecanismo de transformação do status quo e não como mecanismo de sua manutenção e o rompimento com a epistemologia jurídica – mais do que mera questão metodológica – apresenta-se como um imperativo de superação do déficit democrático e social legados pelo paradigma do Direito Liberal.

3.3.2 Democratizar o Direito é Superar a Dicotomia Público X Privado

Como referido, a visão dicotômica entre Estado e Sociedade, Público e Privado, estabeleceu, sob a égide do Direito Moderno, uma seara de total liberdade aos particulares, no sentido do estabelecimento livre de regras decorrentes do exercício de seu direito e autodeterminação. Com a mudança do paradigma de Estado – notadamente no que concerne à evolução ao paradigma do Estado Democrático de Direito – superam-se as dicotomias (metafísicas) entre Estado e Sociedade, como searas impermeáveis entre os interesses Público e Privado¹⁶⁶.

Ademais, a partir do momento em que se concebe que o Estado (Público) deixa de ser apenas um ente ao qual a Sociedade opõe seus direitos e a Sociedade (Privado), a seu turno, deixa de ser o espaço de liberdade absoluta do particular, mas o ente através do qual a sociedade busca a realização de suas necessidades, verifica-se que o cerne da superação de tal visão dicotômica se relaciona, notadamente, ao abandono da “visão unilateral da liberdade como direito individual”.¹⁶⁷ Nesse sentido é que, na Pós-modernidade, a clássica distinção entre Público e Privado apresenta-se inadequada e a fronteira outrora estabelecida

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 172.

¹⁶⁶ “Assim, se no Estado Social o público avançara sobre o privado, agora ocorre fenômeno inverso, com a privatização do público. Público e privado cada vez mais se confundem e se interpenetram, tornando-se categorias de difícil apreensão neste cenário de enorme complexidade”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 89.

¹⁶⁷ “É assim que, segundo o modelo individualista pressuposto, a Sociedade deveria “auto-governar-se”, cabendo à Constituição garantir (juridicamente) a realização da autonomia societária e das suas iniciativas individuais. O facto de essa distinção entre o Estado e a “Sociedade”, pressuposta pelo modelo constitucional moderno, ter sido posta em causa depois do aparecimento do Estado social, teve por consequência a “perda de efectividade” da constituição “liberal”. Por tudo isto, quando se fala na “função social” dos direitos fundamentais, pretende-se acentuar o abandono de uma “visão unilateral” da liberdade como direito individual”. QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer; Portugal: Coimbra Editora, 2010. p. 179.

apresenta-se confusa, exigindo uma nova lógica – não mais de segregação, mas de complementariedade, como refere Lorenzetti:

Na atualidade existem evidências suficientes de certa desordem na fronteira entre ambos, que se tornou móvel, em alguns casos confusa e, em numerosos temas, permeada por problemas e princípios que estabelecem um novo sistema de comunicação entre público e privado. A razão fundamental para que isso tenha ocorrido reside no fato de que houve mudanças nos pressupostos que deram origem à separação entre direito público e privado, o que se pode constatar pelo exame de seus conceitos centrais.¹⁶⁸

Essa nova lógica acarreta transformações profundas na hermenêutica das relações obrigacionais no âmbito particular, notadamente na crescente intervenção do Estado na limitação da liberdade de contratar dos particulares, em modelo diametralmente oposto ao preconizado pelo pensamento liberal:

Se o chamado mundo da segurança que caracterizou a era das codificações e das constituições liberais representou, de certa forma, o primado do direito privado sobre o direito público, esta relação se inverte com o advento do constitucionalismo social e do conseqüente maior intervencionismo estatal, fruto do Welfare State. De certo modo, o primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, emancipação essa que fora o resultado da ascensão da classe burguesa.¹⁶⁹

Notadamente o Direito Civil evolui de sua visão liberal e patrimonialista, para um paradigma onde a pessoa humana (e não mais o tradicional sujeito de direitos) deve ser respeitada em sua dignidade¹⁷⁰. No caso do direito contratual, por exemplo, a constatação de que os contraentes não se encontram em igualdade de condições para o estabelecimento das cláusulas contratuais leva à constatação de que a liberdade de contratar não se apresenta mais como realidade estanque, mas como uma prerrogativa que está ligada à

¹⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo Luís. A era da desordem: o fenômeno da descodificação. In: LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: RT, 2009. p. 39.

¹⁶⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

¹⁷⁰ “Portanto, as relações jurídicas de direito privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana”. TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 69-80, jul./set. 2007.

parte mais forte da relação contratual, diminuindo a autonomia do outro contraente, como analisa Roppo:

Por outras palavras, a liberdade contratual de uma das partes expande-se e potencializa-se, por assim dizer, à custa da liberdade contratual da outra: e a substancial compressão da liberdade contratual desta última tem a sua causa directa no mais completo e não contrariado exercício da liberdade contratual que a contraparte, graças à sua posição economicamente dominante, tem o poder de desenvolver.¹⁷¹

Dessa forma, a doutrina civilista num contexto de desigualdade denominado de “prevaricação contratual”¹⁷², refere a necessária intervenção do poder público, no sentido de restringir a liberdade contratual em favor da parte débil da relação:

Em casos do género, o remédio, consiste, então, em regra, numa intervenção autoritária externa do poder público – geralmente do legislador – que reage às restrições ou à expropriação de facto da liberdade contratual das partes ‘débeis’, restringindo, por sua vez, mas com prescrições prescritivas formais, a liberdade contratual das “partes fortes” do contrato, pois já sabemos que é o exercício da liberdade contratual dos contraentes em posição de superioridade económica e social a causar directamente a supressão da liberdade dos contraentes em posição económica e socialmente deteriorada.¹⁷³

Assim que Roppo propõe a restrição da liberdade das partes, considerando-se que, nesse contexto, não se pode falar em uma real liberdade de escolha, mas em uma “escolha obrigada”:

Nestas hipóteses, de um certo ponto de vista, é possível falar, sem mais, de uma restrição da liberdade contratual de uma das partes da relação: no sentido em que ao aderente está, de facto, vedado o exercício de uma real autodeterminação, em ordem aos aspectos fundamentais em que se articula o poder de autonomia privada. Ele não é livre – como vimos – de discutir e contribuir para determinar o conteúdo do regulamento

¹⁷¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 318.

¹⁷² “Numa análise que respeite ao quadro complexo dos fenómenos de prevaricação contratual, determinados pelo desequilíbrio das posições de força económico-social das partes contratantes, as vicissitudes da contratação colectiva das relações de trabalho não podem ser absolutizadas ou generalizadas indevidamente. O modelo de solução afirmado nesse âmbito – uma recuperação de contratualidade sobre bases diversas, mas sempre sobre o terreno da autonomia privada – não quer dizer que possa funcionar com o mesmo sucesso também noutros setores. Aliás, a experiência pareceria provar o contrário. Nas relações entre empresários e trabalhadores subordinados, na verdade, aquele tipo de solução tornou-se possível por força de um reequilíbrio substancial das posições de poder contratual das partes, por sua vez determinado pela formação e pelo desenvolvimento de um movimento sindical organizado, a cujas reivindicações e iniciativas oferecia sustentáculo decisivo a arma da revê. Onde faltem essas condições, faltam os próprios pressupostos para que se possa realizar aquela recuperação da contratualidade, num pé de igualdade substancial entre as partes contrapostas do contrato”. *Ibid.*, p. 318.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 318.

contratual; mas não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque quando a adesão ao contrato standard constitui o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis a vida de todos os dias, trata-se, na realidade, de uma escolha obrigada; e, muitas vezes, por fim, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem contratar: isto acontece todas as vezes que tais bens ou serviços são oferecidos ao público por uma empresa em posição de monopólio.¹⁷⁴

Tal constitucionalização do Direito Civil apresenta-se extremamente relevante em um momento histórico em que o exercício da autonomia dos contraentes é reforçada. Tal fenômeno tem provocado, inclusive, um novo debate acerca das fontes do direito, na medida em que a substituição das tradicionais regras heterônomas pela auto-regulamentação importa na análise dos limites de tal autonomia como requisito à produção de regras eficazes, como refere com percuciência Perlingieri:

Em época de crise da soberania, e portanto da lei, a autonomia privada (ou melhor, negocial) é chamada para desenvolver um papel organizador se subsistemas sociais. O fenômeno da chamada autodisciplina contribui para refletir sobre uma nova teoria das fontes, que considere a auto-regulamentação de categoria como instrumento estrutural de produção de regras eficazes, inclusive para além do âmbito determinado de sujeitos que as estabelece. Assim, quando falta uma disciplina heterônoma, passa-se a regular algumas categorias de interesses com atos de autonomia, objetivando, também, tornar menos urgente a exigência de uma regulamentação heterônoma [...].¹⁷⁵

É nessa esteira que, como limites à liberdade de contratar, impõe-se a observância dos princípios constitucionais que visam à consecução da dignidade da pessoa humana.

Portanto, as relações jurídicas de direito privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana.¹⁷⁶

¹⁷⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 311.

¹⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. A autonomia na pluralidade e hierarquia das fontes e dos valores. In: PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 334.

¹⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 69-80, jul./set. 2007.

As restrições à liberdade contratual que, inclusive, decorrem da própria liberdade¹⁷⁷, não significam o fim da autonomia dos contraentes¹⁷⁸, mas que a liberdade irrestrita não encontra respaldo no atual paradigma constitucional.

Em suma, a evolução do instituto contratual perpassa pelo necessário dar-se conta das vicissitudes do paradigma do Estado Democrático de Direito e das modificações decorrentes do estabelecimento de uma sociedade de consumo de massa. As situações de prevaricação contratual, nesse contexto, necessitam da intervenção estatal, não no sentido de eliminar o papel da autonomia dos contraentes, mas como limitadores que objetivam a proteção da pessoa humana, em sua dignidade.

3.3.3 A Democratização do Direito Perpassa pela Compreensão do mesmo como um Direito Plural que deve buscar o Diálogo com tais Fontes

Acompanhando as alterações dos pressupostos do Estado Liberal, o Direito também evolui. Passa-se da ideia de um Direito imposto por um Estado autocentrado, para a ideia de um Direito negociado, reflexivo, flexível, a partir do diálogo com a sociedade civil, como refere Chevallier:

Rompendo com a dogmática jurídica inerente à modernidade, o direito pós-moderno – direito plural, direito negociado, direito flexível, direito reflexivo – apresenta ainda novas características relativamente ao direito moderno: incorporando a complexidade do real, ele se transforma em instrumento flexível de pilotagem e de governança; de meio de ‘governo’ das sociedades, ele se torna instrumento de uma ‘governança’ que segue as vias mais sinuosas.¹⁷⁹

¹⁷⁷ “Aqui, a origem das restrições à liberdade contratual radica, ao fim e ao cabo, no próprio princípio da liberdade contratual (que legitima os operadores a enfrentarem-se no mercado – cada um com as suas posições de força, que não são, obviamente, iguais para todos – para negociar e retirar dos seus contratos o máximo de proveito individual, ainda que isso se traduza numa substancial e injusta prevaricação, em prejuízo da contraparte). O paradoxo é somente aparente: descrevendo a “natural” evolução dos mercados capitalistas do sistema de livre e “perfeita” concorrência, para o sistema das concentrações e dos monopólios – negador do princípio concorrencial mas em definitivo por este gerado – já no século passado os observadores mais atentos faziam notar que “a concorrência destrói-se a si própria”; analogamente pode dizer-se que “a liberdade contratual destrói-se a si própria”, determinando a sua própria negação”. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 318.

¹⁷⁸ “Vale dizer, a alteração da forma de intervenção estatal não subleva a imprescindibilidade da submissão da autonomia privada aos princípios normativos que, inseridos no vértice da hierarquia mandamental, plasmam, funcionalizam e asseguram o valor social da livre iniciativa”. TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 69-80, jul./set. 2007. p. 69-80.

¹⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 69-80, jul./set. 2007. p. 182.

As mudanças ocorridas na concepção clássica de Estado, notadamente no que concerne a uma nova relação entre o público e o privado¹⁸⁰, para além das relações dicotômicas entre Estado e Sociedade, levaram a atenuação desta distinção clássica.

O Estado é chamado cada vez mais a compor os conflitos de interesse que a Sociedade se mostra incapaz de regular na sua esfera privada. Essa intervenção provoca, um primeiro momento, e a longo prazo, uma transferência de competências: funções outrora pertencentes à esfera das autoridades públicas passam a ser actuadas por instituições privadas ao mesmo tempo que o poder social dos grupos se vai gradualmente substituindo ao Estado em determinadas esferas de influência. O Estado vê-se obrigado a justapor ao exercício da sua autoridade um ‘compromisso’ com a ‘esfera pública’, agora ‘repolitizada’. Daqui resulta uma colaboração parcial e oficiosa entre as associações e as autoridades públicas, acompanhada do estabelecimento regular de canais de transferência de funções da administração pública para áreas de competência dos grupos organizados constituídos em associações. Largos domínios que outrora competiam à administração pública vêm-se subtraídos ao Estado para formar aquilo que se designa por ‘complexo para-estadual’, representado pela administração dos grupos sociais.¹⁸¹

O enfraquecimento do Estado, como único motor de desenvolvimento e único centro de poder e de elaboração de normas, combinado ao surgimento de novos atores sociais obrigou o Estado à possibilitar novas formas de participação com vistas à construção da ideia de um novo direito, adequado às características da contemporaneidade.

Se no seu surgimento, o Direito Moderno¹⁸², amparado no princípio epocal da racionalidade e sustentado pela noção clássica de soberania não admitia qualquer outra fonte de poder, na contemporaneidade o Direito passa por transformações, notadamente da passagem de um Direito Único para um Direito Plural (extraestatal, supraestatal,

¹⁸⁰ “Essa distinção se traduz na submissão de cada uma das duas esferas a sistemas de valores e a dispositivos normativos diferentes; essa diferenciação foi, sem dúvida, mais ou menos nítida segundo o país: fortemente marcada na Europa continental, e notadamente na França, ela sempre foi menos reconhecida nos países anglo-saxões, e notadamente nos Estados Unidos. Público ou privado reenviam fundamentalmente a axiologias opostas. O público é dominado pelo interesse geral: é o princípio de ordem e de totalização, que permite à sociedade alcançar a a integração, reavaliando a sua unidade. O privado é, ao contrário, dominado pelo interesse particular: ele dá a cada um a possibilidade de perseguir a realização de seus próprios fins, garantindo a sua autonomia, protegendo a sua intimidade. CHEVALIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 82.

¹⁸¹ QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer; Portugal: Coimbra Editora, 2010. p. 206.

¹⁸² “o aparecimento do Estado moderno envolveu um processo de unificação: de um lado, o direito adquire a sua autonomia, libertando-se da tutela da igreja; de outro, as ordenanças reais substituem progressivamente, ao menos nos países da Europa continental, ao direito costumeiro, colocado sob o signo da diversidade. Concentrando em suas mãos o poder de coerção, o Estado pretende tornar-se a fonte exclusiva do direito, assim como o único detentor da força material; e a ordem jurídica estatal vai impor progressivamente a sua supremacia”. CHEVALIER, op. cit., p. 117.

infraestatal), entendido como um direito flexível¹⁸³. A essa negociação do Estado com os demais atores sociais, chama Chevallier de “governabilidade cooperativa”:

A contratualização da ação pública implica o reconhecimento do espaço de autonomia de que dispõem os diversos atores sociais com os quais o Estado é obrigado a negociar, na ausência de poder impor a sua vontade. Em toda uma série de domínios, os instrumentos convencionais vão sendo assim progressivamente substituídos às técnicas unilaterais clássicas, manifestando a passagem para uma ‘governabilidade cooperativa’.¹⁸⁴

Dessa maneira, trata-se de um Direito aberto, suscetível as contribuições - e as pressões - dos movimentos sociais, que demandam do Estado cada vez mais a produção normativa, no sentido da proteção progressiva de direitos conquistados no curso civilizatório, bem como com a proteção em face de novas indeterminações e novos riscos¹⁸⁵.

O Estado, inserido no contexto do que se denomina contemporaneamente de “Pluralismo Jurídico”, perde a exclusividade na produção de normas jurídicas, o que leva ao inevitável “Diálogo das Fontes”¹⁸⁶, como um imperativo de coerência¹⁸⁷ do ordenamento jurídico:

Em outras palavras, diálogo das fontes é uma expressão simbólica, simbólica de um novo paradigma de coordenação e coerência restaurada de um sistema legal, sistema hoje de fontes plúrimas, com diversos campos de aplicação, a criar, na era pós-descodificação, uma grande complexidade no antes simples fato – ou ato – de o aplicador da lei

¹⁸³ “A crise da razão jurídica comprometeu essa eficácia normativa: a força da regra de direito não provém mais de ser ela formulada como uma ordem obrigatória, à qual todos são obrigados a se submeter; a regra de direito depende doravante do consenso de que é cercada. Esse consenso supõe que os destinatários sejam partes integrantes de sua elaboração [...]”. CHEVALIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 164.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 161.

¹⁸⁵ “essa necessidade de regulação é percebida de maneira ainda mais intensa nas sociedades contemporâneas que se tornam “sociedades de risco”. Novas ameaças surgem sem cessar (sangue contaminado, vaca louca, poluição) e a evolução científica e técnica é plena de incertezas [...]”. *Ibid.*, p. 130.

¹⁸⁶ Como refere Cláudia Lima Marques, “[...] a teoria do diálogo das fontes dá conta que se deve pregar uma aplicação coerente das normas jurídicas, voltada à eficiência, que é buscada não apenas na hierarquia, mas, igualmente, na funcionalidade de um sistema plural e complexo que marca o direito contemporâneo como um todo, cujo foco é o afastamento das antinomias, incompatibilidades ou de uma não coerência. Não há dúvida que a teoria do diálogo das fontes se revela como uma das maiores construções do direito contemporâneo”. DUQUE, DUQUE, Marcelo Schenk. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da Constituição. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 27.

¹⁸⁷ “Reconstruir a coerência do sistema de direito ou de uma ordem jurídica nacional, em tempos pós-modernos, de fragmentação, internacionalização e flexibilização de valores e hierarquias, em tempos de necessária convivência de paradigmas e métodos, de extrema complexidade e pluralismo de fontes, não é tarefa fácil e exige muita ciência e sensibilidade dos juristas. *Ibid.*, p. 19.

‘escolher’ entre as fontes (em aparente conflito) a leis ou leis a serem aplicadas ao caso concreto.¹⁸⁸

Nesse contexto, pode-se dizer que, ao considerar-se a democratização do Direito, no atual paradigma constitucional, o Direito Privado, dentro de sua própria racionalidade¹⁸⁹, converge com o Direito Público, num necessário diálogo entre as fontes de direito (não mais exclusivamente estatais), como refere Duque:

Daí se conclui que o diálogo entre as fontes normativas pressupõe a noção de níveis do ordenamento jurídico e de seu respeito recíproco. Significa que a teoria do diálogo das fontes, para que possa ingressar na teoria do direito constitucional, tem de levar em conta a natureza dos níveis em que atua. É nesse sentido que se poderá criar um ambiente profícuo de convergência do direito privado para a constituição, motor de um desenvolvimento e eficácia contínuos.¹⁹⁰

Em suma, compreender o Direito como um instrumento de democratização é reconhecer a existência de um Direito Plural (extra-estatal e infra-estatal), decorrente, justamente, do processo de democratização da sociedade, bem como pela consequente compreensão do necessário diálogo com tais fontes.

3.4 DA ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas trata-se de tema controverso na doutrina estrangeira e que remonta, justamente, à compreensão do Direito como um mecanismo de manutenção do *status quo*, nos termos do paradigma do Estado Liberal ou como um mecanismo de transformação social, nos termos do preconizado no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nesses termos, parte-se da ideia do tratamento da matéria pela jurisprudência pátria para, a partir da desconstrução dos seus pressupostos, a apresentação das teorias a respeito do tema e a proposição de uma teoria adequada ao atual paradigma constitucional.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 129.

¹⁸⁹ “Assim, o direito privado, dentro de sua própria racionalidade e à sua maneira, toma parte na realização das normas constitucionais, garantindo a sua aplicação prática. Note-se que essa racionalidade formal, típica do direito civil, expressa, por exemplo, pelo princípio da *pacta sunt servanda*, é algo que nenhuma constituição pode danificar, no sentido de remover do ordenamento jurídico”. DUQUE, Marcelo Schenk. *O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da Constituição*. In: MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 137.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 139.

3.4.1 Contextualização do Caso Brasileiro: entre a negação e a aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas

A discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas vem recebendo maior atenção por parte da doutrina e jurisprudência pátria, notadamente após o julgamento, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 11/10/2005, do Recurso Extraordinário n. 201.819-8.

Na oportunidade, o STF analisava o Recurso Extraordinário da União Brasileira de Compositores (UBC), condenada em 2ª Instância, por excluir um associado do quadro, sem a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, não obstante à estrita observância às normas estatutárias da entidade. As alegações recursais foram no sentido de que o princípio da ampla defesa não poderia ser invocado em face da recorrente que, por não se tratar de órgão da administração pública, mas de entidade de direito privado, seria disciplinada unicamente por seus estatutos e atos regimentais próprios.

Para a devida contextualização da questão, apresenta-se a Ementa da decisão que, por maioria¹⁹¹, negou provimento ao Recurso Extraordinário da União Brasileira de Compositores, afirmando a eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos

¹⁹¹ “Decisão: A turma, por votação majoritária, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos a Senhora Ministra Relatora e o Senhor Ministro Carlos Velloso, que lhe davam provimento”.

fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

O caso, emblemático no Direito Brasileiro, apresenta uma série de nuances, no que concerne à aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, notadamente em virtude de que a decisão fora tomada de forma majoritária e os posicionamentos dissonantes no julgamento demonstram, claramente, o choque entre os paradigmas do Estado Liberal e do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, os questionamentos podem ser analisados, inicialmente, sob uma ótica de negação/afirmação da eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e, posteriormente, em sendo compreendida a hipótese de eficácia, se esta se dá de maneira direta ou indireta.

O entendimento pela inaplicabilidade dos Direitos Fundamentais às relações privadas foi exposto pela Relatora, Ministra Ellen Gracie (acompanhada pelo Ministro Carlos Velloso), no sentido da prevalência da autonomia privada no caso em análise, considerando-se que as

organizações privadas, como a recorrente, possuem liberdade para se auto-organizar, desde que haja respeito à legislação em vigor.

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles. A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5o., LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC. Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada, o que justifica o provimento do recurso.

Verifica-se que a fundamentação do entendimento se restringe à análise do interesse (Público X Privado) para então, criar uma seara de não intervenção do Estado, considerando-se que as regras Estatutárias estão na “esfera de disponibilidade que o Estado ainda reserva ao indivíduo e aqueles que se associam livremente numa entidade particular”.

Apresentando entendimento divergente, no sentido da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais às relações privadas, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (acompanhado pelos Ministros Joaquim Barbosa¹⁹² e Celso de Mello¹⁹³), aduziu, inicialmente, a necessidade de

¹⁹² “[...] noto que a eminente relatora, em seu voto, adotou sem nuances a doutrina do state action do direito Americano, segundo a qual as limitações impostas pelo Bill of rights se aplicam prioritariamente ao Estado a quem lhe faz as vezes, jamais aos particulares [...] De minha parte, a exemplo do Ministro Gilmar Mendes, penso, ao contrario, que os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas. Tomo a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva verificar-se em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 201.819-8*. Reorrente: União Brasileira de Compositores – UB. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 15 set. 2013.

¹⁹³ “Impende destacar, ainda, considerados os fundamentos ora expostos, que essa visao da controvérsia pertine à questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem se refletivo na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, como resulta claro de decisões que esta Suprema Corte proferiu a propósito da incidência da garantia do devido processo legal nas hipóteses de exclusão de integrantes de associações e cooperativas, ou, ainda, em casos nos quais empresas estrangeiras, com sede domiciliar no Brasil, incidiram em práticas discriminatórias contra trabalhadores brasileiros, em frontal oposição ao postulado da igualdade”. “É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.” “Não é por outro motivo que o novo Código

proteção à autonomia privada, refutando a tese de que a liberdade dos particulares fosse absolutamente cerceada em virtude da aplicação do princípio da igualdade.¹⁹⁴ Por outro lado, refere que, mesmo em relações privadas, em contextos em que a igualdade resta comprometida, impõe-se a aplicação dos Direitos Fundamentais:

Poder-se-ia aduzir, ainda, que a existência de forças sociais específicas, como os conglomerados econômicos, sindicatos e associações patronais, enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinada medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas.

Nesses termos, a decisão majoritária pressupõe, para a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, a existência de desigualdades entre as partes, notadamente verificada em relações indivíduo-poder. Tal entendimento é coerente com o argumento apresentado, no caso em exame, no sentido de que embora a recorrente possua natureza jurídica de direito privado, enquadra-se no que se denomina de “espaço público não estatal”, considerando-se que a entidade integra ECAD¹⁹⁵, característica considerada “decisiva” para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais.

Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais, concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5, LIV e LV da CF) ao processo de exclusão de sócio da entidade. Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público – ainda que não estatal – desempenhado pela entidade [...].

Civil brasileiro, em alguns de seus preceitos (arts. 57 e 1085, parágrafo único, p. ex.), expressamente proclama a necessária submissão das entidades civis às normas que compõem o estatuto constitucional das liberdades e garantias fundamentais (o direito à plenitude de defesa, dentre eles), considerada a vinculação imediata dos indivíduos, em suas relações de ordem privada, aos direitos básicos assegurados pela Carta Política”. Ibid.

¹⁹⁴ “[...] o postulado de igualdade provoca problemas na esfera negocial. O Estado, que, com os direitos fundamentais, assegura a igualdade do cidadão, não pode retirar essa liberdade com a simples aplicação do princípio da igualdade. O engajamento político e religioso integra o livre exercício do direito de propriedade o livre exercício de desenvolvimento da personalidade. A liberdade de testar é integrada pela liberdade de diferenciar por motivos políticos ou religiosos [...]. É certo, por outro lado, que na relação entre cidadãos não se pode tentar resolver o conflito com a afirmação – duvidosa já na relação com o Poder Público – de que “in dubio pro libertate”, porque não se cuida do estabelecimento de uma restrição ou limitação em sentido estrito”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 201.819-8*. Reorrente: União Brasileira de compositores – UB. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 15 set. 2013.

¹⁹⁵ “A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados”. Ibid.

Esse aspecto “público”, utilizado, na referida decisão, como critério para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações “privadas”, é analisado por Ingo Sarlet, no sentido de que a intensidade de tal eficácia cresce na medida em que a associação se presta ao exercício de finalidades sociais:

Além disso, a decisão do STF coloca em relevo a noção de que quanto menos ‘privada’ for a associação, ou seja, quanto mais a sua finalidade for a de atender também o interesse público e social, mais sujeita à intervenção legislativa e judicial será a liberdade de associação e maior será a eficácia dos direitos fundamentais de terceiros em relação aos direitos da associação e dos associados. O que se constata, portanto, é que quando se trata de associações com finalidade social, que buscam representar interesses de seus associados, cresce a intensidade de controle sobre o afastamento de associados e eventuais exigências estabelecidas para o seu ingresso na associação, ou seja, aumenta em intensidade a eficácia de determinados direitos fundamentais nas relações privadas.¹⁹⁶

A análise do discurso decisório do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, revela, a par da tensão entre a negação/afirmação da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, inicialmente a não superação da dicotomia público X privado na análise de controvérsias tratando do tema.

Com efeito, tanto o voto vencido - capitaneado pela Ministra Ellen Gracie, quanto o voto vencedor – capitaneado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, partem da análise da característica privada a afastar a aplicação de Direitos Fundamentais e a prevalência da autonomia privada. Mesmo o entendimento pela aplicabilidade direta dos Direitos Fundamentais às relações privadas, resta por fundamentar-se em uma característica “pública não-estatal” da entidade, parecendo fazer crer que a configuração privada da entidade acarretaria numa total liberdade de organização.

Trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como **espaço público ainda que não-estatal**. Essa realidade deve ser enfatizada porque, para o caso em que o único meio de subsistência do associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivem de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional.

Essa análise coloca em questão, justamente o sentido da decisão que, para atribuir eficácia aos direitos fundamentais nas relações privadas, foi por assim dizer, fundamentada na característica “*pública não estatal*” de uma das partes, evidenciando o que Heidegger

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de associação cooperativa, direitos e garantias fundamentais e relações privadas na perspectiva do Supremo Tribunal Brasileiro. In: MEIRA, Deolinda Aparício *Jurisprudência cooperativa comentada*. Lisboa: INCM, 2012. p. 44.

denomina de “pergunta pela técnica”. Nesses termos, o argumento, ao revés de analisar efetivamente a problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ampara-se em uma característica “semi-pública da entidade”, o que significaria dizer que o julgado não se refere, efetivamente, à aplicação de Direitos Fundamentais na esfera privada, mas de sua aplicação no âmbito de relações “indivíduo-poder” em que uma das partes se revista de característica “semi-pública”. É, justamente nesse sentido que se faz relevante a análise da problemática segundo os pressupostos da Hermenêutica Filosófica.

3.4.2 Entre a Negação e a Afirmação dos Direitos Fundamentais nas Relações

Privadas: das teorias clássicas a respeito do tema

A contextualização da questão, evidencia que a compreensão de que os Direitos Fundamentais (até então observados nas relações entre Estado e particulares) vinculariam as relações privadas, encontra restrição de parte da doutrina, que vislumbra na intervenção do Estado na seara privada a morte da Autonomia Privada, justamente em face do sentido atribuído a ela atribuído por parte do ideário liberal-individualista, de certa forma, ainda arraigado à dogmática jurídica tradicional¹⁹⁷. De acordo com tal concepção, a eficácia dos Direitos Fundamentais das relações privadas passaria a ter postura oposta à autonomia privada, evidenciando-se em um “*joker argumentativo*”, como refere Canotilho:

A perplexidade que insinuamos está aqui: a de angústias dos cidadãos se deslocarem para o próprio campo das relações jurídico-privadas, pois também aí parece registrarem-se momentos de crise quanto à garantia e defesa de direitos, liberdades e garantias. O próprio fato de a questão ser levantada já é um indício da chamada “constitucionalização da ordem jurídica privada”. Se no paradigma tradicional, o governo, em sentido amplo, é erigido a vilão exclusivo do drama dos direitos, liberdades e garantias, **agora procura-se saber se nos interstícios de liberdade intersubjectiva, se nos espaços disponíveis de autonomia contratual, se nas linhas horizontais das relações igualitárias jurídico-civis, alguém afivela a máscara do poder para impor ao seu parceiro contratual amputações, mais ou menos subtis, da esfera de proteção dos seus direitos fundamentais.** Em termos mais claros, mas possivelmente menos carregados de ruídos comunicativos: **se, em que medida, os direitos, liberdades e garantias possuem eficácia na ordem jurídica privada? O problema, para alguns, não deve sequer colocar-**

¹⁹⁷ “Conhecido na doutrina sob várias designações – “eficácia externa de direitos fundamentais”, “efeito irradiante dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada”, “efeito horizontal dos direitos fundamentais”, “Drittwirkung”, “state action”- continua a suscitar acesas controvérsias teóricas e dogmáticas”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 86-87.

se, sob pena de os direitos fundamentais se transformarem em *'joker argumentativo'* contra os princípios básicos da autonomia privada.¹⁹⁸

Com efeito, o tema reveste-se de importância, tendo sido largamente discutida no direito norte-americano e europeu (especialmente pelo Direito Português, Espanhol e Alemão), sendo que suas implicações são consideradas por Canotilho um dos “temas mais nobres” da dogmática jurídica¹⁹⁹ na atualidade.

Com efeito, na atualidade, as tensões que envolvem a matéria remontam às discussões doutrinárias, entre os paradigmas do Direito Norte-americano, denominado “*State Action*” (Ação do Estado), que nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e o paradigma do Direito Alemão das décadas de 50 e 60 do Século XX, onde recebeu a denominação de “*Dritwirkung*” (Efeitos em terceiros), que a afirma, não obstante às discussões doutrinárias a respeito da intensidade de tal eficácia.

Inicialmente, no discurso de negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é bastante difundido no sistema jurídico da Common Law e se caracteriza pela compreensão de que, relações envolvendo particulares devem ser reguladas pelo direito privado, ao ponto de referir, a doutrina que defende o posicionamento, que a aplicação de direitos fundamentais na esfera privada (ou direitos humanos constitucionais, em um tradução literal) resultaria na própria violação dos direitos fundamentais (considerando-se a lesão a autonomia privada). Nesse sentido, assevera Barak:

The non-application model is predicated on the theory that a formal constitution is intended to protect private individuals against the State. **The relationship between private parties must be regulated, as it has been from time immemorial, by private law. Indeed, under this model, the end result of the application of constitutional human rights in the private sphere is the infringement of human rights.** After all, what would become of the individual’s autonomy of will, particularly with regard to freedom of contract, if the constitutional provisions regarding human rights were to apply to relations between private parties? Would a testator be allowed to discriminate among heirs or a seller among buyers?²⁰⁰

¹⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 86.

¹⁹⁹ “Haja em vista o problema da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada (*Dritwirkung*), o problema da “privatização” de funções e procedimentos públicos, o problema da renúncia a direitos fundamentais, o problema da responsabilidade patrimonial dos entes públicos. Poderemos afirmar, com relativa segurança, que, hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Dritwirkung*) e do dever de proteção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*) na ordem jurídico-privada dos contratos”. *Ibid.*, p. 192.

²⁰⁰ BARAK, Aharon. Constitutional human rights and private law. In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne. *Human rights and private law*. London: Hart Publishing, 2002. p. 18.

Com efeito, especificamente no contexto do ordenamento jurídico norte-americano, teoria recebe a denominação de State Action²⁰¹

É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no Bill of Rights da Carta estadunidense, impõem limitações apenas aos Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a Escravidão²⁰².

Já a teoria da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas tem origem na Alemanha e remonta ao célebre “Caso Lüth”²⁰³ que remonta em virtude de sua relevância, merece ser aqui historiado. Com efeito, a relevância do caso Lüth está ligada à influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como na fundação de um novo paradigma, no direito constitucional do pós-guerra²⁰⁴.

²⁰¹ “[...] a teoria da eficácia apenas “vertical” dos direitos e liberdades fundamentais continuou a dominar a jurisprudência da Supreme Court [...]. Esta, afirma-se, só vincula o Estado e os seus agentes (dá a designação de “state action”), não impondo, correlativamente, nenhuma obrigação jurídica ao Estado ou limitações à atividade dos sujeitos privados”. QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer; Portugal: Coimbra Editora, 2010. p. 375.

²⁰² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 189.

²⁰³ “Para se compreender com exatidão o plano de fundo da decisão Lüth, há que se regressar no tempo. Decididamente, não se tratou de uma produção comum. Jud Süss foi uma produção requerida pelo terrível regime totalitário nacional-socialista, vigente à época na Alemanha, a ser concebido na forma de um filme de propaganda antissemita. O seu nítido descomprometimento com a verdade histórica também não foi por acaso. A apresentação dos fatos por Veit Harlan seguiu a risca o desejo da ditadura nacional-socialista, que encomendou e prestigiou o filme com as suas contínuas exhibições na Alemanha, com o objetivo de desacreditar o judaísmo de maneira geral, a fim e preparar e motivar os espectadores em favor da campanha de repressão e de perseguição dos judeus [...] os aliados proibiram a exibição do filme nas chamadas zonas e ocupação na Alemanha, erguidas após 1945, proibição que perdurou até o ano de 1990. [...] Foi nesse contexto que surgiu a sentença Lüth, uma das mais marcantes decisões da história do direito constitucional. Erich Lüth, diretor do escritório de imprensa estatal da cidade de Hamburgo, por ocasião da abertura de um festival cinematográfico realizada no dia 20 de setembro de 1950, na mesma cidade, sustentou um boicote público contra o filme *Unsterbliche Geliebte* (Amada Imortal), dirigido pelo cineasta Veit Harlan. Referido boicote deu-se em face da remessa, por parte de Erich Lüth, de uma carta aberta à imprensa, na qual exortava as empresas alemãs atuantes no ramo cinematográfico a não comercializarem o filme em questão; da mesma forma, incitava o público, em geral, a não assisti-lo [...]. A controvérsia acabou submetida à apreciação dos tribunais. Em primeira instância, a produtora de Veit Harlan obteve uma medida cautelar com o escopo de proibir a incitação ao boicote. Erich Lüth apelou ao Tribunal Estadual, sem, entretanto, obter êxito em sua medida processual. Assim, Veit Harlan obteve decisão do respectivo tribunal, no sentido de que Erich Lüth se abstinisse de boicotar o filme com base no § 826 do BGB (que determina que quem dolosamente causa dano a outro, de maneira contrária aos bons costumes, está obrigado a repará-lo). Inconformado, Lüth interpôs recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde) perante o BVerfG, alegando, em suma, violação ao direito fundamental de liberdade de expressão que, segundo Lüth, protege também a possibilidade e influir sobre os outros mediante o uso da palavras. O BVerfG acolheu o recurso por meio de uma das mais famosas decisões de sua história, que justamente recebeu o nome do recorrente (Lüth-Urteil)”. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 68.

²⁰⁴ “The judgment, first of all, stands at the origin of the phenomenal spread in the acceptance of doctrines on the ‘horizontal effect’ of constitutional norms. With its principled and affirmative answer to “the fundamental question of whether Constitutional norms affect private law”, the FCC set in motion an expansion of the sphere of influence of rights that has rippled through countries as diverse as South Africa

Pode-se dizer que essa decisão dividiu a doutrina alemã em duas vertentes clássicas: a denominada eficácia direta (ou imediata) dos direitos fundamentais nas relações privadas, defendida por Hans Carl Nipperdey e a doutrina da eficácia indireta (ou mediata) de tais direitos, cujo principal expoente é Günter Dürig.

Em favor da eficácia direta (ou imediata) dos direitos fundamentais nas relações privadas Nipperdey²⁰⁵ refere a mudança de paradigma entre o constitucionalismo contemporâneo e o forjado no século XIX, já que, ao se considerar que ocorre sensível mudança nas relações sociais a exigir que a proteção dos direitos fundamentais – originalmente concebida em face do Estado – possa ser conferida também nas relações entre os particulares, considerando-se o potencial de lesão a direitos fundamentais nas relações privadas, em decorrência da afirmação de uma civilização industrial. Nas suas palavras:

Se no século XIX o significado dos direitos fundamentais foi visto exclusivamente em seu estar relacionado ao estado, então isso é um sinal para isto, **que a proteção do particular diante de intervenções arbitrárias do estado naquele tempo foi o objetivo principal da incorporação de direitos fundamentais nos documentos constitucionais.** Uma proteção jurídico-constitucional diante de “poderes sociais” e diante do poder de fato de particulares tinha de, pelo contrário, parecer como secundária e não foi certamente, primeiro também em sua necessidade, claramente reconhecida. **Primeiro quando, da burguesia da posse independente do Século XIX, desenvolveu-se a “sociedade de massa industrial”, ficou claro que o particular, em medida ascendente, ficou dependente de grupos, grêmios, grandes empresas e poderosos particulares e agora carecia de uma proteção diante desses poderes, em parte, anônimos [...].** Essa ampliação da proteção jurídico-fundamental não foi uma exceção isolada, que era contrária à essência dos direitos fundamentais em si. **Ela foi, ao contrário, sintomática para a mudança de significado, que se inicia, dos direitos fundamentais, que se esclarece disto, que o perigo da esfera jurídica do cidadão particular por outros poderes que estatais, simultaneamente, condiciona uma adaptação das funções dos direitos fundamentais a uma situação histórica mudada.**²⁰⁶

and Canada, and that has arguably culminated in last year’s decision of the Court of Justice of the European Communities on the ‘horizontal effect’ of Community rules on freedom of movement. Secondly, and, if possible, even more importantly, the Lüth decision can be regarded as the foundation of what has come to be called the ‘Postwar Paradigm’ of constitutional rights adjudication”. BOMHOFF, Jacoo. Lüth’s 50th anniversary: some comparative observations on the German Foundations of Judicial Balancing. *German Law Journal*, Lexington, v. 9. n. 2, p. 121-124. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=900>>. Acesso em: 15 out. 2013.

²⁰⁵ “Ela ganhou repercussão a partir de uma obra de Hans Carl Nipperdey, intitulada “A Dignidade Humana, publicada no ano de 1954, na qual restou defendida uma concepção em torno do reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas”. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 103.

²⁰⁶ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: DIREITOS fundamentais e direito

Nipperdey, que ocupava o cargo de magistrado no Tribunal do Trabalho Federal, via a eficácia direta dos direitos fundamentais na seara privada como decorrente da própria dignidade da pessoa humana e, portanto, como eficácia garantidora da própria autonomia privada:

No ordenamento jurídico a dignidade humana é então realizada quando ela assegura à pessoa uma esfera, na qual ela pode atuar como ser independente e moralmente autorresponsável, na qual ela nem é submetida a pretensão de poder de uma outra pessoa, nem é transformada em mero meio de uma finalidade comunitária, mas é pessoa, autorresponsável livre.²⁰⁷

A noção de autonomia, concebida por Nipperdey, apresenta características diversas da autonomia pensada sob o paradigma liberal. Aqui se trata de uma autonomia que considera não apenas o indivíduo como “mônada” mas, necessariamente concebido em uma comunidade. Portanto, se trata de uma autonomia exercida em face da autonomia dos demais:

Está a livre personalidade no centro do ordenamento jurídico total, então, realmente, a imagem humana da lei fundamental não é a de um indivíduo soberano isolado. A lei fundamental, ao contrário, decidiu a tensão: indivíduo – comunidade, no sentido do estar relacionado à comunidade e do estar vinculado à comunidade da pessoa, sem nisso, tanger seu valor próprio.²⁰⁸

É dessa forma que, ao contrário do que alegarão os críticos da teoria, Nipperdey não vislumbra qualquer lesão à autonomia privada, como refere:

Pela tese aqui sustentada, é, por isso, a autonomia privada sadia, de modo nenhum, tocada na ‘raiz’, como se achou, ou também só prejudicada, como foi afirmado. Os adversários do efeito absoluto ignoram que a intensidade do efeito dos direitos fundamentais na relação do particular para com o estado é uma outra coisa que na relação dos sujeitos de direito privado um com o outro. Na direção do estado os direitos fundamentais valem ilimitadamente, porque aqui está defronte do titular de direitos fundamentais exclusivamente o estado vinculado aos direitos fundamentais. Ao contrário, deve, na relação dos sujeitos privados um com o outro, ser observado que cada um deles é titular de direitos fundamentais e pode apoiar-se nos direitos de liberdade.²⁰⁹

privado, textos clássicos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012. p. 60.

²⁰⁷ NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: DIREITOS fundamentais e direito privado, textos clássicos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012. p. 52.

²⁰⁸ Ibid., p. 54.

²⁰⁹ Ibid., p. 52.

As críticas endereçadas a Nipperdey e a sua teoria, se iniciam por sua vinculação ao Direito do Trabalho, no sentido de que, ao estar familiarizado com relações privadas marcadas pelo poder econômico de uma das partes²¹⁰, sua teorização teria sido assim, influenciada. Nesse sentido, os defensores da Eficácia Indireta compreendem que uma aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas comprometeriam a autonomia privada, basilar do direito civil, como refere Dürig:

O aqui essencial é, agora, que desse sistema de pretensão, precisamente para satisfazer os princípios de constituição supremos de nosso direito total, justamente faz parte também o direito de poder dispor juridicamente autonomamente sobre relações de vida individuais. Isso, porém, significa lógico-juridicamente que na direção de terceiros o ‘efeito absoluto’ dos direitos fundamentais é relativizado por um direito fundamental em favor da autonomia individual e da responsabilidade própria [...] O caminho pela sua aplicação, salvaguarda, por um lado, a autonomia do direito privado, tornada necessária lógica-jurídica e sistemático-juridicamente depois de reconhecimento jurídico-fundamental da liberdade de disposição privada no tráfego jurídico de terceiros e salvaguarda, por outro, a unidade do direito total, naturalmente necessária, na moral jurídica.²¹¹

Nesses termos, em face da necessidade de proteção da autonomia privada, os defensores da teoria da eficácia indireta do direitos fundamentais sustentam que apenas o Estado seria o destinatário²¹² dos direitos fundamentais.

A clássica formulação de Dürig dá conta de que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorre de forma indireta, por meio da interpretação das cláusulas gerais do direito civil, passíveis e carentes de preenchimento valorativo. A partir da análise de Dürig, revela-se, sobretudo, que as posições jurídico-subjetivas reconhecidas e asseguradas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se de modo direto para as relações entre particulares, tendo em

²¹⁰ “Levando-se em conta a estreita ligação de Nipperdey com o direito do trabalho, constata-se que grande parte do desenvolvimento da teoria da eficácia direta encontra-se na fundamentação de decisões dessa natureza. De fato, Nipperdey aplicou a sua teoria ao longo de uma série de decisões proferidas no âmbito das competências do BAG, podendo-se dizer, inclusive, que os primeiros anos de atuação do BAG foram marcados pelo reconhecimento de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho”. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 103.

²¹¹ DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: DIREITOS fundamentais e direito privado, textos clássicos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012. p. 35.

²¹² Ingo Sarlet refere que, por parte da doutrina, há confusão entre quem seria o destinatário e o titular dos direitos fundamentais, esclarecendo que “Titular do direito, notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva, ao passo que destinatário é a pessoa (física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado) em face da qual o titular pode exigir o respeito, proteção ou promoção do seu direito”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 209.

vista que a força conformadora dos direitos fundamentais ocorre por meio da legislação infraconstitucional.²¹³

Em síntese, as teorias clássicas a respeito da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas divergem no que concerne ao alcance da autonomia privada, bem como da forma que tal autonomia deve ser objeto de proteção estatal. Se, para os defensores da eficácia direta de tais direitos, a intervenção estatal está direcionada, justamente, a garantir uma efetiva autonomia privada (no sentido de proteger a parte mais frágil da relação indivíduo-poder), para os defensores da eficácia indireta tal intervenção afetaria o núcleo da autonomia privada. Nesse sentido, a discussão – centrada, nesse caso, no sentido de autonomia privada – perpassará a contemporaneidade, motivo pelo qual, marcados os pressupostos das teorias, mister se faz a análise de sua (in)adequação no paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito.

3.4.3 A Análise das Teorias na Contemporaneidade

Ao analisar as teorias a respeito do tema, Duque, ao defender a eficácia indireta dos direitos fundamentais às relações privadas, nos termos da doutrina majoritária alemã na atualidade, refere a adoção, na Alemanha do pós-guerra, da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais tratou-se de consequência natural do repúdio ao regime nacional-socialista e que, *“caberia indagar se as particularidades do ordenamento jurídico brasileiro justificariam a adoção de um modelo que há muito foi abandonado pelo próprio país que o criou”*²¹⁴.

Com efeito, a doutrina que defende a eficácia apenas indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas entende que haveria a perda de identidade do próprio direito privado²¹⁵ com o atingimento da autonomia privada, pressuposto das relações entre particulares:

No direito privado vige o princípio da liberdade contratual. A partir do instante em que um parceiro contratual está obrigado, diretamente, a observar os direitos fundamentais da outra parte, **a autonomia privada**

²¹³ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 196.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 118.

²¹⁵ “Essa inversão acaba por causar um efeito contrário a própria eficácia dos direitos fundamentais: uma diminuição dos espaços de liberdade e um enfraquecimento, eliminação ou limitação indevida, quicá sepultamento ou destruição do núcleo da autonomia privada, representando, dessa forma, um ameaça à perda da identidade do próprio direito privado. Some-se a isso o fato de que a impossibilidade de conceber o direito constitucional como um código civil comprimido, fala contra a possibilidade do reconhecimento geral de uma eficácia direta dos direitos fundamentais no âmbito privado”. *Ibid.*, p. 187.

acaba, de uma forma ou de outra, sendo atingida. Resta saber se uma intervenção na autonomia privada, decorrente do reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, **ocorre dentro dos limites preconizados pela constituição. Para os defensores de um modelo de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, a autonomia privada não é atingida em ‘sua raiz’, pelo fato de se reconhecer que particulares estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais.**²¹⁶

Além disso, os defensores de tal teoria entendem que atribuir eficácia direta aos direitos fundamentais nas relações privadas colocaria em risco os pressupostos do direito privado, considerando-se o grau de indeterminação dos direitos fundamentais, atribuindo ao Poder Judiciário demasiado poder, como salienta Sarmento:

A teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, **esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional.** Afirmam os seus defensores que a adoção da teoria rival, da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, **tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras destes direitos**²¹⁷.

De fato, contemporaneamente, na Alemanha, é a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais que tem recebido maior adesão da doutrina. Claus-Wilhelm Canaris, ao defender tal posição, entende que a discussão entre as duas teorias estaria superada, na medida em que, se adotada a teoria da eficácia direta, haveria lesão à autonomia privada e o próprio direito civil seria suplantado pelo direito constitucional. Nas suas palavras:

Se, porém, generalizarmos este entendimento, ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, **seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas da sua autonomia.** Além disso, incorre-se em grandes dificuldades de ordem prática, já que a maioria dos efeitos jurídicos a que, se consequentemente prosseguida, tal concepção forçosamente chegaria – tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais – teria de ser afastada logo por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade. **Foi, pois, com razão que a teoria da eficácia imediata acabou por se não impor – o que, hoje em dia, dispensa maiores considerações [...] Como primeiro resultado parcial, pode portanto reter-se: destinatários das**

²¹⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 186.

²¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 198.

normas dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado. ²¹⁸

Inicialmente, seguindo os postulados lançados por Dürig, Canaris refere que os Direitos Fundamentais vigoram, efetivamente, sobre as normas de direito privado²¹⁹, todavia, o destinatário dos direitos fundamentais é, em princípio, o Estado²²⁰, bem como o objeto de controle dos Direitos Fundamentais são, sobretudo, as regulações estatais (leis e decisões judiciais)²²¹, motivo pelo qual a vinculação dos particulares se daria somente de maneira indireta:

Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger. **Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos também são atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma vida indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro.** ²²²

O contributo efetivo de Canaris, para a análise contemporânea da questão, está em seu argumento de que a ponte para o raciocínio a respeito do objeto de controle dos direitos fundamentais se encontra na função que os direitos fundamentais exercem: como “*proibições de intervenção*” ou como “*imperativos de tutela*”,²²³ que, segundo o autor, embora sejam categorias típicas do direito alemão, traduzem conceitualmente “problemas constitucionais básicos, que se manifestam em todas as ordens jurídicas de modo igual ou parecido”.²²⁴ É precisamente a partir dessa teorização de Canaris, em combinação com a

²¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 54.

²¹⁹ “[...] os direitos fundamentais vigoram imediatamente em face das normas de direito privado. Esta é hoje a opinião claramente dominante. Aqui os direitos fundamentais desempenham as suas funções “normais”, como proibições de intervenção e imperativos de tutela”. Ibid., p. 36.

²²⁰ “A posição em torno de uma eficácia indireta dos direitos fundamentais no tráfego jurídico-privado passa pelo enquadramento dos sujeitos privados frente aos direitos fundamentais. A posição que ora se sustenta, ao menos do ponto de vista técnico do termo, é de que o particular é apenas titular de direitos fundamentais e não destinatário. Em outras palavras, o destinatário dos direitos fundamentais é somente o Estado, posição que segue o entendimento pregado pela doutrina alemã em geral, quando informa que minoritárias são as posições que visualizam o particular também como destinatário de direitos fundamentais, nas hipóteses de *Drittwirkung*”. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 46.

²²¹ “Da conclusão ora apontada resulta, sem mais, o segundo resultado parcial: objeto do controlo segundo os direitos fundamentais são, em princípio, apenas regulações e actos estatais, isto é, sobretudo leis e decisões judiciais, mas não também actos de sujeitos de direito privado, ou seja, e sobretudo, negócios jurídicos e actos ilícitos”. CANARIS, op. cit., p. 55.

²²² Ibid., p. 58.

²²³ Ibid., p. 56.

²²⁴ Ibid., p. 16.

proibição da insuficiência, que se vislumbram novas possibilidades para o tratamento da referida problemática.

Especialmente no que concerne à concepção dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, refere expressamente Canaris que, ligadas à proibição de insuficiência, tal acepção apresenta-se mais frágil do que a ligada ao princípio da proibição do excesso ou de não intervenção²²⁵. Tal fragilidade denota, em certo sentido, a concepção de que a forma precípua de interpretação dos direitos fundamentais, não obstante ao dever do Estado de proteção, ainda está ligada à ideia de não intervenção ou de proibição do excesso.

Um ponto relevante a salientar, ainda, é que mesmo os defensores da eficácia indireta dos direitos fundamentais verificam um papel ativo dos tribunais de aplicação de tais direitos na ordem privada, ainda que somente de forma supletiva. Trata-se, em síntese, de uma visão pela aplicação dos direitos fundamentais unicamente em caso de omissões da legislação privada atinente à matéria, como refere Duque:

Ha que cuidar, todavia, para não incorrer no equívoco de acreditar que essa mediação supletiva, a ser levada a cabo pelo poder judiciário, equivale a uma aplicação direta dos direitos fundamentais, nos moldes preconizados pela teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas. **Se a legislação infraconstitucional não tem em vista (hipótese de omissão total) ou o tem apenas incompletamente (hipótese de omissão parcial), que os direitos fundamentais tem a função, como elementos da ordem objetiva da coletividade, de proteger a medida mínima de liberdade dos particulares, então as regulações correspondentes devem ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais, abrindo-se, assim, a possibilidade de que os tribunais, no exercício do seu dever de proteção estatal, garantam os efeitos dos direitos fundamentais no tráfego jurídico privado.**²²⁶

Em sentido oposto à doutrina alemã contemporânea, grande parcela da doutrina luso-brasileira²²⁷ filia-se à corrente da **eficácia direta** dos direitos fundamentais nas

²²⁵ “Nesta diversidade de argumentação revela-se uma particularidade, da qual resulta um ponto essencial da concepção aqui defendida. Reside ela na circunstância de que a eficácia da função de imperativo de tutela, em combinação com a proibição de insuficiência, ser substancialmente mais fraca do que a da função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção, conjugada com a proibição de excesso”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 65.

²²⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergencia à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 206.

²²⁷ “A tese de que os direitos fundamentais geram efeitos diretos na esfera das relações entre particulares também encontra, como é do conhecimento geral, aceitação significativa em outras ordens jurídicas, ainda que importantes as variações em termos doutrinários e jurisprudenciais. Neste sentido, constituem exemplos emblemáticos Espanha e Portugal (muito embora neste caso a expressiva cisão na doutrina e o

relações privadas, não imune, evidentemente, às críticas já parcialmente referidas.²²⁸ Com efeito, notadamente na análise do constitucionalismo de países periféricos, a doutrina tem refutado as demais teorias²²⁹ compreendendo a teoria da eficácia direta como adequada ao contexto constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, como refere Sarlet:

[...] seguimos sustentando que a resposta constitucionalmente adequada no caso do Brasil é no sentido de reconhecer uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais também nas relações privadas [...]. A concepção adotada, no sentido de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares, significa, em termos gerais, que, em princípio, podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não restando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal.²³⁰

Tal adequação é, geralmente abordada, a partir de uma concepção de Estado Democrático de Direito que rompe com os pressupostos liberais clássicos²³¹, no sentido da

sabidamente pequeno número de decisões do Tribunal Constitucional sobre o tema), mas também na Argentina e na Colômbia, para citarmos outros casos de países periféricos, isto sem falar na doutrina e na jurisprudência internacionais, com destaque para o plano europeu”. SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 26.

²²⁸ “Para tanto, empregam uma linha argumentativa constituída basicamente em cinco pilares: 1. O fundamento da ordem jurídica geral e, portanto, também do direito privado, é a dignidade humana; 2. Os direitos fundamentais, como expressão de valores supremos, devem ser efetivamente assegurados na vida social. Trata-se de exigência advinda de seu próprio conteúdo material, que exige um asseguramento e proteção amplos no interesse do particular; 3. Os direitos fundamentais experimentaram uma modificação em seu significado. Essa mudança informa que esses direitos não mais devem ser compreendidos apenas como direitos de defesa oponíveis em face do poder estatal, haja vista que se encontram em conexão com as relações sociais, protegendo o seu titular contra os poderes sociais privados; 4. Deriva-se da interpretação histórica dos direitos fundamentais que esses direitos são concebidos como direitos multidirecionais ou universais, de modo que a sua vigência não se limita às relações com o Estado [...]; 5. Os direitos fundamentais, ao serem considerados direitos imediatamente vigentes perante os poderes públicos, devme também ser considerados direitos imediatamente vigentes no âmbito privado [...]”. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergencia à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 109.

²²⁹ “Portanto, a Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos parece inconciliável com a posição mais compromissária, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 250.

²³⁰ SARLET, op. cit., p. 28.

²³¹ “uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo de igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa”. SARLET, Ingo. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 147.

supremacia do caráter público em detrimento do privado²³² e passa a ser calcado na proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com efeito, tal concepção teórica, ao dar-se conta do “déficit social” e do “déficit democrático” legados pelo paradigma liberal e, sob um viés compromissário, tornados pré-ocupação do paradigma do Estado Democrático de Direito, aproxima-se mais da consecução de uma Ética da solidariedade – que considera a proteção a pessoa humana²³³ compreendida em seus vínculos comunitários - e do conseqüente abandono da perspectiva individualista - que compreende o ‘sujeito’ abstratamente, isolado, ‘igual’ e, como já se referiu, exposto à exploração.²³⁴ Dito de outro modo, a pessoa humana deixa de ser compreendida apenas como o ‘sujeito de direitos’ apto a livremente ‘adquirir direitos e contrair obrigações’ na concepção de detentor de sua absoluta autonomia privada, mas como pessoa cuja dignidade deve ser objeto de proteção do Estado, nesse espaço concomitantemente público e privado, como refere Martins-Costa:

O Direito é construção de significados. Dos novos fatos sociais, das novas concepções, resulta a relevância que tem adquirido, para a ciência jurídica privatista, um significado de ‘pessoa humana’ que se define não apenas por sua abstrata liberdade de firmar vínculos jurídicos, mas por sua concreta e multidimensional vivência num espaço que é, concomitantemente, privado ou particular e público ou comum – as

²³² “Se o chamado mundo da segurança que caracterizou a era das codificações e das constituições liberais representou, de certa forma, o primado do direito privado sobre o direito público, esta relação se inverte como advento do constitucionalismo social e do conseqüente maior intervencionismo estatal, fruto das concepções do Welfare State”. FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

²³³ “Quem é, porém, essa “pessoa humana”? Aqui está o nó a ser desatado. Por certo, já não se trata do descarnado “sujeito de direito”, o sempre igual titular de capacidade (para fazer funcionar a ordem) jurídica. Buscam-se as pessoas concretas, os seres humanos de carne e osso, tão fundamentalmente desiguais em suas possibilidades, aptidões e necessidades quanto são singulares em sua personalidade, em seu “modo de ser” peculiar.” MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 83.

²³⁴ “A Sociedade civil era formada justamente por indivíduos, e a categoria individual se faz, formalmente, universal: os seres humanos eram “todos iguais”, não mais se definiam juridicamente por estamentos, corporações profissionais ou famílias. A noção de pessoa como “sujeito de direitos” passara a substituir a ideia de estados. Essa substituição não se faz neutralmente: a palavra “Estado” torna-se singular e maiúscula, e o termo “pessoa” passa a ser identificado com a expressão “sujeito de direito”, um sujeito que é um simulacro, o sempre-igual termo da relação jurídica, abstraído, descarnado das concretas pessoas”. *Ibid.*, p. 80.

relações jurídicas sendo desenvolvidas no ‘mundo comum’ do qual falou Hannah Arendt, o mundo no qual podemos reunir-nos uns aos outros e, em relação ao qual, temos todos a atribuição de certas responsabilidades sociais.²³⁵

Dessa forma, a superação das dicotomias preconizadas pelo pensamento liberal, referidas como searas impermeáveis entre os interesses Público e Privado de um lado e a proteção da dignidade da pessoa humana como imperativo de justiça social²³⁶, de outro, são pressupostos para a análise da questão crucial, na teorização da questão: **a concepção de autonomia privada e o alcance de sua proteção no paradigma do Estado Democrático de Direito.**

Ainda, reforçando a problemática que se insere no contexto de “déficit social” já referido, a doutrina é recorrente, ao analisar a questão, na referencia aos poderes privados que se impõe, aduzindo as desigualdades que, mesmo nas relações privadas, caracterizam-se como relações poder-indivíduo. Em verdade, desde Nipperdey, tais desigualdades são consideradas enquanto ponto de partida da discussão da problemática²³⁷ a ponto de ser referidas por parcela da doutrina como critério decisivo a fundamentar a eficácia dos direitos fundamentais em tais relações²³⁸. Todavia, não obstante à importância da consideração de tais relações ‘indivíduo-poder’ para a referida teorização, considerar uma

²³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.

²³⁶ “Este desenvolvimento ocorre, num primeiro momento, de forma clara, no direito do trabalho, e depois, na formação de “novos” sectores jurídicos. Isto teve por consequência a desintegração da unidade do velho sistema de direito privado e dos seus conceitos jusfundamentais básicos. O direito privado não atende já tão somente à auto-determinação do indivíduo, mas ainda à justiça social. Desenvolve, por assim dizer, uma nova dimensão que se encontra em tensão com a anterior. Tudo isto postula a necessidade de ordenação de ambas essas esferas, o que conduz amplamente a uma “transformação da qualidade do direito privado”. QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer; Portugal: Coimbra Editora, 2010. p. 360.

²³⁷ “O ponto de partida para a discussão em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados, independentemente de previsão expressa na constituição nesse sentido, sempre foi configurações práticas levadas a efeito no bojo das relações de direito do trabalho, contratual, da concorrência, assim como no âmbito do direito de família e sucessões. Mas foi no âmbito das relações de trabalho que o tema adquiriu o seu impulso inicial. Efetivamente, o campo das relações de trabalho revelou-se como terreno fértil para o desenvolvimento de um debate em torno da *Drittwirkung*, já que se afirma como típico caso de relações entre sujeitos privados, nas quais os direitos fundamentais podem assumir um significado preponderante, independentemente da presença do Estado em um dos polos da relação. Além disso, a desigualdade de poder, típica das relações de trabalho, revelou com considerável nitidez a possibilidade de uma parte – considerada mais forte, notadamente o empregador – restringir direitos fundamentais da mais fraca – o empregado”. DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 41.

²³⁸ “Observe-se, ainda, que o critério decisivo para fundamentar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é a desigualdade de posições no interior da relação jurídica, a ser determinada em cada caso e em face da natureza da relação em si”. *Ibid.*, p. 48.

eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas também requer a análise de relações ‘igualitárias’, o que guarda certa complexidade, conforme refere Sarlet:

No âmbito da literatura jurídica destacam-se duas constelações distintas, no que tange aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, quais sejam, as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores do poder social, bem como as relações entre os particulares em geral, caracterizadas por virtual igualdade, já que situadas fora das relações de poder. Precisamente no que diz com a primeira alternativa, constata-se a existência de relativo consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada, já que se cuida indubitavelmente de relações desiguais de poder, similares às que se estabelecem entre os particulares e os Poderes públicos. **Relativamente à intensidade, sustenta a doutrina majoritária que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – em se tratando de detentores de poder social – será também equivalente à que se verifica no caso dos órgãos estatais. Pelo contrário, quando se trata de relações igualitárias, o problema não se revela de fácil solução, registrando-se acentuada controvérsia nesta seara.**²³⁹

Em verdade, o ponto de conflito entre as teorias da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas no ordenamento jurídico brasileiro, ao par das respostas diametralmente opostas que apresentam às questões lançadas por Canaris²⁴⁰, reside, basicamente, na concepção da “autonomia privada” a ser tutelada pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, ao passo que os adeptos da Eficácia Indireta de tais direitos compreendem que a adoção da teoria da Eficácia Direta eliminaria a autonomia privada, a doutrina que compreende a Eficácia Direta como resposta constitucionalmente adequada ao ordenamento jurídico brasileiro a refere, justamente, como garantidora de uma real autonomia privada. Em verdade, tais críticas contemporâneas à referida doutrina reproduzem as críticas já lançadas à Nipperdey, desde o início da teorização.

A questão que se coloca, nesses termos, é que a concepção de autonomia privada, de fato, encontra limitadores. Isso não significa sua “morte”, mas a compreensão de que

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 389.

²⁴⁰ “A sua compreensão é muito facilitada se distinguirmos, claramente, três perguntas e respondermos a cada uma explicitamente. Primeira: quem é destinatário dos direitos fundamentais – apenas o Estado e os seus órgãos, ou também os sujeitos de direito privado? Segunda: o objeto do controlo segundo os direitos fundamentais é o comportamento e quem – o comportamento de um órgão do Estado, ou de um sujeito de direito privado? Terceira: em que função são aplicados os direitos fundamentais – como proibições de intervenção ou como imperativos de tutela?” CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 52.

houve radical mudança em seus pressupostos, a ponto de não ser considerada como um poder do indivíduo absoluto e incontestável.

Dito de outro modo, não se trata da ruína da autonomia privada, mas da consideração de que foram superados seus pressupostos clássicos, como refere Facchini Neto:

No âmbito do direito privado, esse período é caracterizado pelo fato de que também o poder da vontade dos particulares encontra-se limitado. Essa limitação, ao contrário do período anterior, não se dá apenas em virtude da aplicação de normas imperativas editadas em proveito de outros particulares, como é o caso das regras do direito de vizinhança. **Essa nova limitação se dá principalmente a partir da concretização dos princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Ou seja, abandona-se a ética do individualismo pela ética da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana.**²⁴¹

Considerada tal perspectiva, de que a concepção de autonomia privada não mais se restringe à não intervenção²⁴², mas também deve ser objeto de proteção do Estado, que se relaciona à consideração dos Direitos Fundamentais em sua dimensão objetiva²⁴³. Como refere Sarlet:

[...] a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais traduz o seu reconhecimento como princípios imediatamente conformadores da ordem jurídica, dotados de um efeito irradiante para as relações sociais em que não participam entidades públicas, ou entidades a que tenham sido atribuídas prerrogativas de direito público [...]. Uma desconsideração desta eficácia irradiante, por outro lado, significa ofensa aos direitos fundamentais, passível de dedução em Juízo, inclusive por intermédio do controle das decisões judiciais atentatórias à Constituição e, de modo especial, aos direitos fundamentais, por parte da jurisdição constitucional [...].²⁴⁴

²⁴¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46.

²⁴² “[...] esse significado tradicional do princípio da “autonomia privada”, como direito essencialmente caracterizado pela sua natureza “negativa” ou “defensiva” face ao Estado e outras entidades públicas, mostra-se hoje insuficiente se se pretende ofertar uma garantia jurídica acrescida da “liberdade civil” como parte da “liberdade pública”, isto é, numa palavra, do conceito de “soberania”. QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer; Portugal: Coimbra Editora, 2010. p. 364.

²⁴³ “[...] a defesa perante ações ou intromissões ilegítimas por parte do Estado não constituiu um “fim em si mesmo”, antes um “meio” de garantir a “autonomia” e a “liberdade” dos cidadãos na sua esfera de actuação. Por isso o “dever de proteção” que assiste ao Estado e a outros poderes públicos não se apresenta como contrapartida da “função negativa” dos direitos fundamentais. Diferentemente, o “dever de proteção” deriva do exercício dos direitos fundamentais na sua capacidade como “princípios jurídicos objetivos”. *Ibid.*, p. 379.

²⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 391.

A vinculação direta e imediata dos particulares aos Direitos Fundamentais é justamente a construção que permite que a Autonomia Privada, no paradigma do Estado Democrático de Direito, possa ser um instrumento de transformação da sociedade e não um mero simulacro. A dignidade da pessoa humana, nesses termos, passa a transformar os fundamentos individualistas do Direito Civil inspirado no ideário liberal²⁴⁵, para a adequada atribuição de sentido à Autonomia Privada no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Partindo-se de tal pressuposto, o desafio é justamente admitir tal vinculação, todavia sem negar a autonomia privada, considerando-se que esta, considerada como autodeterminação trata-se, evidentemente, de Direito Fundamental, apresenta-se, ainda, como pressuposto do exercício dos demais Direitos Fundamentais. Nesse sentido, propõe Sarmento:

O ponto nodal da questão consiste na busca de uma formula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, neste cenário em que as agressões e ameaças a eles vêm de todos os lados e, do outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana.²⁴⁶

A vinculação direta e imediata dos particulares aos Direitos Fundamentais é justamente a construção que permite que a Autonomia Privada, no paradigma do Estado Democrático de Direito, possa ser um instrumento de transformação da sociedade e não um mero simulacro. A dignidade da pessoa humana, nesses termos, passa a transformar os fundamentos individualistas do Direito Civil inspirado no ideário liberal²⁴⁷, para a adequada atribuição de sentido à Autonomia Privada no paradigma do Estado Democrático de Direito.

²⁴⁵ “O princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contém valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do direito civil, de um direito que não mais encontra nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico”. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 119.

²⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 186.

²⁴⁷ “O princípio constitucional visa a garantir o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco conduz ao mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contém valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do direito civil, de um direito que não mais encontra nos valores individualistas de outrora o seu fundamento axiológico”. MORAES, op. cit., p. 119.

4 DAS SOCIEDADES COOPERATIVAS E DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES COOPERATIVO-COMUNITÁRIAS

Com a constatação das peculiaridades das Sociedades Cooperativas e das relações estabelecidas entre estas e seus associados, apresenta-se o tema da Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Cooperativo-Comunitárias, inseridas em uma visão de Direito Democrático, a partir dos pressupostos da Crítica Hermenêutica do Direito.

Dessa forma, parte-se da atribuição de sentido à Autonomia Privada adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito para analisar a doutrina e jurisprudência referente à eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, apresentando, em atenção às particularidades das sociedades cooperativas e o caráter comunitário *sui generis* da relação estabelecida entre a Cooperativa e seus associados.

Apresentam-se, inicialmente, as Sociedades Cooperativas no contexto do Direito Internacional Contemporâneo e no Direito Comparado, utilizando-se como parâmetros ordenamentos jurídicos em que o Cooperativismo, a exemplo do que ocorre com a Constituição Federal de 1988, é estimulado constitucionalmente. Posteriormente, apresenta-se um histórico do Cooperativismo no Brasil, notadamente através dos meios de controle historicamente estabelecidos pelo Estado acerca de Sociedades Cooperativas, apresentando-se o período de constituição do ordenamento jurídico, o período de intervenção do Estado em Cooperativas, bem como o atual paradigma constitucional que veda a intervenção estatal nessas.

A partir disso, busca-se apresentar uma leitura do papel das Sociedades Cooperativas na contemporaneidade, a partir da adequada atribuição de sentido às Sociedades Cooperativas no paradigma do Estado Democrático de Direito, como uma “terceira” via de desenvolvimento social, entendida como sociedade que, não apresenta caráter democrático ao par da finalidade de desenvolvimento de atividades econômicas. A especificidade da questão, no que concerne às sociedades cooperativas, situa-se justamente no fato de que as regras que regulam as relações cooperativo-comunitárias são estabelecidas democraticamente pelos próprios associados que a elas se vinculam.

4.1 AS SOCIEDADES COOPERATIVAS

As Sociedades Cooperativas, como ocorre com as grandes corporações transnacionais, apresentam-se ‘globalizadas’ na contemporaneidade. A participação das Cooperativas nesse

movimento de Globalização, todavia, se dá em sentido diametralmente oposto da globalização capitalista. Em verdade, falar-se em uma “Globalização Cooperativa” é referir-se a um modelo de globalização que busca corrigir as desigualdades da Globalização Capitalista hegemônica. Dito de outro modo: se a Globalização Capitalista gera, em todos os continentes, exclusão econômica e social, resta por criar possibilidades, aos grupos subalternizados pela economia hegemônica, de buscar alternativas através de vínculos comunitários de solidariedade.

Efetivamente, as Cooperativas estão presentes em diversos países e seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico de cada Estado demonstra o papel que o Cooperativismo é chamado a desempenhar em cada ordem econômica e social. Pretende-se, dessa forma, apresentar a visão dos Organismos Internacionais acerca do Cooperativismo, bem como o tratamento dispensado às Sociedades Cooperativas pelos ordenamentos jurídicos que lhe estimulam constitucionalmente, bem como pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4.1.1 As Sociedades Cooperativas e o Direito Internacional Contemporâneo

No plano do Direito Internacional, verifica-se que, na atualidade, as Cooperativas se apresentam como um modelo econômico adequado a combater os efeitos da crise do capitalismo, notadamente decorrentes da migração de uma Economia Civil para uma Economia Comercial de larga escala, voltada à eficiência econômica em detrimento da democracia.

O reconhecimento do Cooperativismo pelos Organismos Internacionais – notadamente pela Organização das Nações Unidas e pela Organização Internacional do Trabalho – é vinculado, nesses termos, ao papel que as Sociedades Cooperativas podem exercer, junto aos Estados, em correção aos efeitos nocivos do processo de globalização hegemônica. Nesse sentido, verifica-se que os Organismos Internacionais, em suas Resoluções e Recomendações, dirigem aos Estados Membros orientações no sentido de fortalecer o Cooperativismo, como alternativa de desenvolvimento econômico e social.

4.1.1.1 O Cooperativismo e a Organização das Nações Unidas - ONU

Embora já houvesse documentos oficiais da Organização das Nações Unidas referindo a importância do Cooperativismo no desenvolvimento econômico e social, a mais recente

crise do capitalismo desvelou as insuficiências de um modelo econômico que se desenvolve às custas da exclusão social.

Nesses termos, através da Resolução 64/136, intitulada “As Cooperativas no Desenvolvimento Social”, de 18 de Dezembro de 2010, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, proclamou o Ano de 2012, como o Ano Internacional de Cooperativas. Nesse documento, em seu preâmbulo, a ONU reconhece o papel das Cooperativas no desenvolvimento econômico e social, bem como instrumento de inclusão social e erradicação da pobreza:

Reconhecendo que as cooperativas, em suas diversas formas, promovem a melhor participação possível no **desenvolvimento social e econômico** de todas as pessoas, inclusive as mulheres, jovens, idosos, pessoas incapacitadas e indígenas, estão se tornando um fator maior **de desenvolvimento econômico e social e contribuem para a erradicação da pobreza** [...].

Dessa forma a ONU apresenta recomendações aos Governos²⁴⁸, no sentido de aumentar a conscientização das pessoas acerca da contribuição das Cooperativas para o

²⁴⁸ “[...] 3. Encoraja todos os Estados Membros, assim como as Nações Unidas e todos os demais envolvidos, a aproveitarem o ANO como uma forma de promover as cooperativas e aumentar a conscientização da sua contribuição para o desenvolvimento social e econômico; 4. Chama a atenção dos Estados Membros para as recomendações contidas no relatório do Secretário Geral, no sentido de promover o crescimento das cooperativas como empresas sociais e de negócios que podem contribuir para o desenvolvimento sustentável, erradicação da pobreza e melhoria de vida em vários setores econômicos nas áreas urbanas e rurais e propiciar apoio à criação de cooperativas em áreas novas e emergentes; 5. Encoraja os governos a manter, sob revisão, de forma apropriada, as medidas legais e administrativas que regulam as atividades das cooperativas, a fim de estimular o crescimento e a sustentabilidade das cooperativas num ambiente sócio-econômico que muda rapidamente para, entre outros, proporcionar um nível de atuação frente à outras empresas sociais e comerciais, incluindo incentivos fiscais e acesso aos serviços financeiros e ao mercado; 6. Convoca os governos, as organizações internacionais relevantes e as agências especializadas, em colaboração com as organizações nacionais e internacionais de cooperativas, tomar em consideração o papel e a contribuição das cooperativas na implementação e no acompanhamento dos resultados da Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social, à 4ª Conferência Mundial das Mulheres e à Segunda Conferência das Nações Unidas sobre os Assentamentos Humanos (Habitat II), inclusive suas revisões quinquenais, a Cúpula Mundial de Alimentos, a Segunda Assembléia Mundial sobre Idosos, a Conferência Internacional sobre Financiamento ao Desenvolvimento, a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável e a Cúpula Mundial 2005 para, entre outros: a) Utilizando e desenvolvendo, plenamente, o potencial e a contribuição das cooperativas, atingir as metas de desenvolvimento social, em particular a erradicação da pobreza, a geração de emprego pleno e produtivo e a promoção da integração social; b) Encorajando e facilitando a criação e o desenvolvimento de cooperativas, inclusive tomando medidas que possibilitem as pessoas que vivem na pobreza ou pertencentes a grupos vulneráveis, incluindo as mulheres, jovens, pessoas incapacitadas, idosos e indígenas, a fim de que possam participar, integralmente, como voluntários, nas cooperativas e externar suas necessidades de serviços sociais; c) Tomando medidas apropriadas objetivando criar um ambiente favorável e permissivo do desenvolvimento das cooperativas para, entre outros, desenvolver uma parceria efetiva entre os governos e o movimento cooperativo através de conselhos consultivos conjuntos e/ou órgãos consultivos e promovendo e implementando uma legislação melhor, pesquisa, compartilhar as boas práticas, treinamento, assistência técnica e capacitação das cooperativas, especialmente, nos campos do gerenciamento, auditoria e conhecimentos de marketing; d) Aumentando a consciência do público sobre a contribuição das cooperativas à geração de empregos e ao desenvolvimento social e econômico, promovendo uma ampla pesquisa e elaborar uma estatística sobre dados de suas atividades, geração de empregos e o impacto sócio-econômico das cooperativas nos níveis nacionais e internacionais e promovendo a formulação de boas políticas nacionais

desenvolvimento social e econômico; **promover o crescimento das Cooperativas como empresas sociais**; rever suas medidas legais para **estimular o crescimento e a sustentabilidade das Cooperativas**; desenvolver programas objetivando aumentar a capacitação das Cooperativas; promover seu crescimento através do fácil acesso a financiamentos; promover o crescimento das Cooperativas de crédito para alcançar as metas de inclusão financeira.

Trata-se, efetivamente, da única forma societária a receber, internacionalmente, reconhecimento como modelo que alia o desenvolvimento econômico e desenvolvimento social e que, baseado na ética da solidariedade, objetiva o desenvolvimento de uma atividade econômica através do estabelecimento de regras democráticas, entre os associados, sem interferência do capital, tampouco do Estado.

4.1.1.2 O Cooperativismo e a Aliança Cooperativa Internacional - ACI

A Aliança Cooperativa Internacional (ACI)²⁴⁹ é uma Organização Não Governamental, que possui *status* consultivo perante a Organização das Nações Unidas (ONU)²⁵⁰, desde 1946, oportunidade em que foi uma das três primeiras organizações a receber tal status. A ACI foi

através da metodologias estatísticas harmônicas; 7. Convida os governos, em colaboração com o movimento cooperativo, a desenvolver programas objetivando aumentar a capacitação das cooperativas, inclusive fortalecendo os conhecimentos organizacional, administrativo e financeiro de seus membros e introduzir e apoiar programas para melhorar o acesso das cooperativas às novas tecnologias; 8. Convida os governos e as organizações internacionais, em colaboração com as cooperativas e as organizações internacionais, a promover, de forma apropriada, o crescimento das cooperativas agrícolas através do fácil acesso a financiamentos compatíveis com a sua capacidade de pagamento, adoção de técnicas de produção sustentável, investimentos em infra-estrutura rural e irrigação, fortalecer os mecanismos de marketing e apoio a participação das mulheres em atividades econômicas; 9. Convida, também, os governos e as organizações internacionais, em colaboração com as cooperativas e as organizações cooperativas, a promover, de forma apropriada, o crescimento das cooperativas financeiras para alcançar as metas de inclusão financeira, provendo fácil acesso aos serviços financeiros, de custos compatíveis, para todos [...]”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Resolução 64/136*. As Cooperativas no Desenvolvimento Social. Disponível em: <<http://www.un.org>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

²⁴⁹ “The ICA was founded in London, England on 19 August 1895 during the 1st ICA Co-operative Congress. In attendance were delegates from co-operatives from Argentina, Australia, Belgium, England, Denmark, France, Germany, Holland, India, Italy, Switzerland, Serbia, and the USA. Representatives established ICA's aims to provide information, define and defend the Co-operative Principles and develop international trade. The ICA was one of the only international organisations to survive both World War I and World War II. Overcoming all the political differences between its members was extremely difficult, but the ICA survived by staying committed to peace, democracy, and by remaining politically neutral”. ALIANÇA COOPERATIVA INTERNACIONAL (ACI). Brussels, 2013. Disponível em: <<http://ica.coop/en/history-ica>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

²⁵⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Applications for consultative status and requests for reclassification received from non-governmental organizations*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2011/dec%202011.228.pdf>> Acesso em: 22 ago. 2013.

fundada em Londres, em 1895, e tem como um de seus principais objetivos definir e defender os Princípios Cooperativistas em âmbito mundial.

Com efeito, os referidos Princípios Cooperativistas são alvo de contínua discussão e aprimoramento no âmbito da entidade, sendo que sua última revisão – realizada no Congresso de Manchester, em 1995, resultou na inclusão do sétimo princípio, denominado de “Compromisso com a Comunidade”.

Segundo a ACI, uma Cooperativa²⁵¹ é uma associação autônoma de pessoas que se reúnem voluntariamente para realizar suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais em um empreendimento comum e democraticamente controlado. As Cooperativas estão baseadas nos valores da autoajuda, autorresponsabilidade, democracia, igualdade, equidade e solidariedade.

A Aliança Cooperativa Internacional define, em âmbito mundial, os chamados Princípios Cooperativistas, que se tratam dos princípios que identificam uma Cooperativa e que servem de linha às legislações nacionais no que concerne a tais sociedades. Nesse sentido, define a Aliança Cooperativa Internacional sete princípios, assim denominados “Princípios Cooperativistas”²⁵²:

²⁵¹ “A co-operative is an autonomous association of persons united voluntarily to meet their common economic, social, and cultural needs and aspirations through a jointly-owned and democratically-controlled enterprise [...] Co-operatives are based on the values of self-help, self-responsibility, democracy, equality, equity and solidarity. In the tradition of their founders, co-operative members believe in the ethical values of honesty, openness, social responsibility and caring for others. ALIANÇA COOPERATIVA INTERNACIONAL (ACI). Brussels, 2013. Disponível em: <<http://ica.coop/en/history-ica>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

²⁵² 1. Voluntary and Open Membership: Co-operatives are voluntary organisations, open to all persons able to use their services and willing to accept the responsibilities of membership, without gender, social, racial, political or religious discrimination. 2. Democratic Member Control: Co-operatives are democratic organisations controlled by their members, who actively participate in setting their policies and making decisions. Men and women serving as elected representatives are accountable to the membership. In primary co-operatives members have equal voting rights (one member, one vote) and co-operatives at other levels are also organised in a democratic manner. 3. Member Economic Participation: Members contribute equitably to, and democratically control, the capital of their co-operative. At least part of that capital is usually the common property of the co-operative. Members usually receive limited compensation, if any, on capital subscribed as a condition of membership. Members allocate surpluses for any or all of the following purposes: developing their co-operative, possibly by setting up reserves, part of which at least would be indivisible; benefiting members in proportion to their transactions with the co-operative; and supporting other activities approved by the membership. 4. Autonomy and Independence: Co-operatives are autonomous, self-help organisations controlled by their members. If they enter into agreements with other organisations, including governments, or raise capital from external sources, they do so on terms that ensure democratic control by their members and maintain their co-operative autonomy. 5. Education, Training and Information: Co-operatives provide education and training for their members, elected representatives, managers, and employees so they can contribute effectively to the development of their co-operatives. They inform the general public - particularly young people and opinion leaders - about the nature and benefits of co-operation. 6. Co-operation among Co-operatives: Co-operatives serve their members most effectively and strengthen the co-operative movement by working together through local, national, regional and international structures. 7. Concern for Community: Co-operatives work for the sustainable development of their communities through policies approved by their members. Ibid.

Adesão livre e voluntária: Cooperativas são organizações voluntárias, abertas às pessoas aptas a usar seus serviços e que desejam aceitar as responsabilidades da sociedade, sem discriminação de gênero, social, racial, política ou religiosa.

Controle democrático pelos sócios: As Cooperativas são organizações democráticas controladas por seus sócios, que ativamente participam de suas políticas e decisões. Homens e mulheres servem como representantes eleitos são responsáveis perante a sociedade. Nas cooperativas singulares têm igual direito de voto (um membro, um voto) e as cooperativas de outros níveis também são organizadas de maneira democrática.

Participação Econômica dos Sócios: Os membros contribuem equitativamente e controlam democraticamente o capital das suas cooperativas. Pelo menos parte desse capital é, normalmente, propriedade comum da cooperativa. Os membros geralmente recebem uma compensação limitada, se houver, sobre o capital subscrito como condição de sua adesão. Os membros destinam os excedentes a um ou todos os seguintes propósitos: desenvolvimento das suas cooperativas, eventualmente através da criação de reservas, parte das quais, pelo menos, será indivisível; beneficiando membros na proporção das suas transações com a cooperativa e apoio a outras atividades aprovado pelos membros.

Autonomia e Independência: As cooperativas são, organizações de auto-ajuda autônomas, controladas pelos seus membros. Se firmarem acordos com outras organizações, incluindo instituições públicas, ou levantar capital de fontes externas, o fazem em condições que assegurem o controle democrático pelos seus membros e mantenham a autonomia da cooperativa.

Educação, Formação e Informação: As cooperativas promovem a educação e a formação dos seus membros, representantes eleitos, administradores e empregados para que eles possam contribuir efetivamente para o desenvolvimento de suas cooperativas. Eles deverão informar o público em geral - particularmente os jovens e os líderes de opinião - sobre a natureza e os benefícios da cooperação.

Cooperação entre cooperativas: As cooperativas atendem seus sócios mais efetivamente e fortalecem o movimento cooperativo trabalhando juntas através de estruturas locais, nacionais, regionais e internacionais.

Preocupação com a Comunidade: As cooperativas trabalham para o desenvolvimento sustentado das suas comunidades através de políticas aprovadas por seus membros.

Com efeito, os Princípios Cooperativistas, definidos pela ACI, apresentam a evolução do pensamento Cooperativista, expresso em seus Congressos Mundiais, desde o surgimento da primeira Cooperativa, até a atualidade. Seu sentido é referir as linhas que devem ser observadas por tais espécies de empreendimento, especialmente no que concerne à necessária interação com outros modelos economia capitalista, todavia com a manutenção de sua característica democrática, como refere Rui Namorado:

Em síntese, o sentido dos princípios cooperativos é o de instituírem o quadro de uma resistência ao capitalismo, a alguns dos seus aspectos ou a algumas das suas consequências, a qual, se há de materializar numa atividade de tipo empresarial, exercida em consonância com a tradição democrática do movimento operário, de modo a suscitar uma lógica não-lucrativa,

subalternizando assim o papel do capital e procurando uma relação aberta com a sociedade, que exclua a indiferença perante os seus problemas gerais.²⁵³

Em suma, incorporação de tais ‘Princípios Cooperativistas’ nas legislações nacionais é geralmente objeto de adequação ao paradigma constitucional ao qual o Estado está vinculado, referindo-se que, em algumas legislações, como é o caso do ordenamento jurídico português, os Princípios Cooperativistas são expressamente recepcionados pela Constituição.

4.1.1.3 O Cooperativismo e a Organização Internacional do Trabalho - OIT

Além da ONU, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, em sua Conferência Geral realizada 03 de Junho de 2002, aprovou a Recomendação n. 193, intitulada “Sobre a Promoção de Cooperativas”, **que reconhece o papel das Cooperativas no desenvolvimento econômico e social de todos os povos:**

Ciente da importância das cooperativas na criação de emprego, mobilização de recursos, geração de investimentos, e de sua contribuição para a economia; **Reconhecendo que as cooperativas, em suas várias formas, promovem a mais plena participação no desenvolvimento econômico e social de todos os povos;** Reconhecendo que a globalização criou novas e diferentes exigências, problemas, desafios e oportunidades para as cooperativas, e que se impõem modalidades mais sólidas de solidariedade humana em âmbitos nacional e internacional, para facilitar uma distribuição mais equitativa dos benefícios da globalização [...].²⁵⁴

A referida Recomendação²⁵⁵ reconhece o conceito de Cooperativa preconizado pela Aliança Cooperativa Internacional, bem como os Princípios Cooperativistas, também

²⁵³ NAMORADO, Rui. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 19.

²⁵⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Resolução 193 da Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-de-cooperativas>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

²⁵⁵ [...] ALCANCE, DEFINIÇÃO E OBJETIVOS 1. É fato reconhecido que as cooperativas operam em todos os setores da economia. Esta Recomendação aplica-se a todos os tipos e formas de cooperativas. 2. Para os efeitos desta Recomendação, o termo “cooperativa” significa associação autônoma de pessoas que se unem voluntariamente para atender a suas necessidades e aspirações comuns, econômicas, sociais e culturais, por meio de empreendimento de propriedade comum e de gestão democrática. 3. A promoção e o fortalecimento da identidade das cooperativas deveriam ser incentivados com base: (a) nos princípios cooperativos de auto-ajuda, espírito de responsabilidade, democracia, igualdade, equidade e solidariedade, bem como nos princípios éticos de honestidade, transparência, responsabilidade social e interesse por outros; (b) nos princípios cooperativos conforme desenvolvidos pelo movimento cooperativo internacional e aqui transcritos em Anexo a esta Recomendação. Estes princípios são: associação voluntária e acessível; controle democrático pelo associado; participação econômica do associado; autonomia e independência; educação, formação e informação; cooperação entre cooperativas e interesse pela comunidade. 4. Medidas deveriam ser tomadas para promover o potencial de cooperativas em todos os países, independentemente de seu grau de desenvolvimento, para ajudá-las e a seus associados a: (a) criar e desenvolver atividades geradoras de renda e emprego decente e sustentável; (b) desenvolver capacidades de recursos humanos e conhecimento dos

sistematizados pela Aliança Cooperativa Internacional e recomenda aos Estados-membros a

valores, vantagens e benefícios do movimento cooperativo por meio de educação e formação; (c) desenvolver seu potencial comercial, inclusive suas capacidades empresariais e gerenciais; (d) fortalecer sua competitividade como também lhes propiciar acesso a mercados e instituições financeiras; (e) aumentar poupanças e investimentos; (f) melhorar o bem-estar social e econômico, levando em consideração a necessidade de eliminar todas as formas de discriminação; (g) contribuir para um desenvolvimento humano sustentável e (h) criar e expandir um setor específico, viável e dinâmico da economia que inclua cooperativas e atenda às necessidades econômicas e sociais da comunidade. 5. A adoção de medidas especiais deveria ser incentivada para capacitar as cooperativas a atenderem, como empresas e organizações inspiradas na solidariedade, às necessidades de seus membros e da sociedade, inclusive às necessidades de grupos desfavorecidos, com vista à sua inclusão social. II. ESTRUTURA POLÍTICAS E PAPEL DOS GOVERNOS 6. Uma sociedade equilibrada requer a existência de fortes setores públicos e privados, mas também de forte setor social cooperativo, mutualista e de outros setores sociais e não governamentais. É nesse contexto que os governos deveriam oferecer uma política de apoio e uma estrutura legal compatível com a natureza e função das cooperativas e, inspirados nos valores e princípios cooperativos, enunciados no Parágrafo 3a, deveriam: (a) criar uma estrutura institucional com o objetivo de facilitar o registro de cooperativas de modo tão rápido, simples, acessível e eficiente quanto possível; (b) promover políticas para facilitar a criação, nas cooperativas, de reservas apropriadas, das quais pelo menos parte pudesse ser indivisível, e de fundos de solidariedade; (c) adotar medidas para a supervisão de cooperativas, de modo apropriado a sua natureza e funções, que respeitassem sua autonomia, fossem conformes à lei e à prática nacionais e não menos favoráveis que as medidas aplicáveis a outras formas de empresa e organização social; (d) facilitar a associação de cooperativas a estruturas cooperativas que atendessem às necessidades dos cooperados e (e) incentivar a criação de cooperativas como empresas autônomas e de autogestão, especialmente em áreas em que as cooperativas tivessem importante papel a desempenhar ou serviços a prestar que, de outro modo, não estariam disponíveis. 7. (1) A promoção de cooperativas inspiradas nos valores e princípios enunciados no Parágrafo 3o deve ser considerada um dos pilares do desenvolvimento econômico e social tanto em âmbito nacional como internacional. (2) As cooperativas deveriam ser tratadas de conformidade com a lei e a prática nacionais e em condições não menos favoráveis que as concedidas a outras formas de empresa e de organização social. Os governos, quando fosse o caso, deveriam adotar medidas de apoio a atividades de cooperativas que apresentassem resultados específicos de ordem política pública e social, como promoção de emprego ou desenvolvimento de atividades que beneficiem grupos ou regiões desfavorecidas. Essas medidas poderiam incluir, entre outras e na medida do possível, benefícios fiscais, empréstimos, subsídios, acesso a programas de obras públicas e disposições especiais de licitação. (3) Especial atenção deveria ser dada a maior participação de mulheres no movimento cooperativo, em todos os níveis, particularmente de gerenciamento e liderança. 8. (1) As políticas nacionais deveriam sobretudo: (a) promover as normas fundamentais da OIT sobre trabalho e sua Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho para todos os trabalhadores em cooperativas, sem qualquer distinção; (b) assegurar que não se instituassem cooperativas, ou sejam usadas, como artifícios para escapar a obrigações trabalhistas ou para mascarar relações de emprego, e combater falsas cooperativas que violam direitos trabalhistas, garantindo a aplicação da legislação trabalhista em todas as empresas; (c) promover a igualdade de gênero nas cooperativas e em suas atividades; (d) promover medidas que assegurem a observância das melhores práticas de trabalho nas cooperativas, inclusive acesso a informações relevantes; (e) desenvolver habilidades técnicas e profissionais, capacidades empresariais e gerenciais, conhecimento do potencial de negócio e habilidades de política econômica e social de associados, trabalhadores e gerentes, e melhorar seu acesso a tecnologias de informação e de comunicação; (f) promover educação e formação nos princípios e práticas cooperativas, em todos os níveis apropriados dos sistemas nacionais de educação e formação, e na sociedade em geral; (g) promover a adoção de medidas de segurança e saúde no local de trabalho; (h) oferecer formação e outras formas de assistência para melhorar o nível de produtividade e de competitividade das cooperativas e a qualidade de seus produtos e serviços; (i) facilitar o acesso das cooperativas ao crédito; (j) facilitar o acesso das cooperativas a mercados; (k) promover a divulgação de informações sobre cooperativas e (l) procurar melhorar as estatísticas nacionais sobre cooperativas com vista à formulação e implementação de políticas de desenvolvimento. [...] III. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A PROMOÇÃO DE COOPERATIVAS 10. (1) Os estados-membros deveriam adotar legislação e regulamentos específicos sobre cooperativas, que se inspirassem nos valores e princípios cooperativos enunciados no Parágrafo 3o, e, quando necessário, rever essa legislação e esses regulamentos. (2) Os governos deveriam consultar organizações cooperativas, assim como organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, na formulação e revisão de legislação, políticas e regulamentos aplicáveis a cooperativas". ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Resolução 193 da Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-de-cooperativas>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

promoção de Cooperativas, notadamente através de uma estrutura institucional que facilite o registro de Cooperativas, bem como da promoção de políticas apropriadas da criação de reservas e de fundos de solidariedade e da adoção de medidas de supervisão, preservando a autonomia das Cooperativas, entre outros.

Além disso, a Organização Internacional do Trabalho, ao promover o Cooperativismo, o reconhece como meio, não só da criação e da manutenção de empregos, mas de proporcionar o avanço social de forma mais ampla.

Reconhece, outrossim que “as cooperativas servem aos seus membros e, como tal, o equilíbrio entre a necessidade de rentabilidade e as necessidades de seus membros que possuem e controlam a sua própria empresa, que são diferentes das sociedades por ações e, portanto, necessitam de leis que reconhecer as suas especificidades”, como se refere da publicação da Organização, intitulada “Guidelines for cooperative legislation”:

The International Labour Organization (ILO) promotes the cooperative business model to create and maintain sustainable enterprises. It recognizes that cooperatives not only create and maintain employment and thus provide income, but also pave the way for broader social and economic advancement. The ILO also acknowledges that cooperatives serve their members and as such balance the need for profitability with the needs of their members who own and control their enterprises; they are different from stock companies and thus require laws that recognize their specificities.²⁵⁶

Nesses termos, o que se verifica é que o Cooperativismo é reconhecido, no âmbito dos Organismos Internacionais, como modelo de desenvolvimento baseado na ética da solidariedade, através da gestão de um empreendimento democrático que mede sua eficiência por outros meios que não os tradicionais e, portanto, deve ser estimulado pelos Estados como ferramenta de fomento ao desenvolvimento econômico e social.

4.1.1.4 O Cooperativismo na União Europeia

O Conselho da União Europeia, em 22 de Julho de 2003, aprovou o Regulamento (CE) n.º 1435/2003, relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE). Com efeito, o objetivo do referido regulamento é permitir o estabelecimento de uma SCE por pessoas singulares residentes em diferentes Estados-Membros ou entidades jurídicas estabelecidas ao abrigo das legislações de diferentes Estados-Membros.

²⁵⁶ HENRÿ, Hagen. *Guidelines for cooperative legislation*. Geneva: ILO, 2012. p. 7.

O normativo refere as especificidades das Cooperativas²⁵⁷, notadamente no que se refere ao seu controle democrático e a distribuição dos resultados de forma equitativa. Refere, igualmente, a característica da Cooperativa enquanto sociedade de pessoas, frisando a regra de “uma pessoa, um voto” como seu corolário.

Com efeito, o Estatuto da Cooperativa Europeia, como Regulamento, é diretamente aplicável aos Estados Membros da União Europeia. Efetivamente, o mesmo não regula as cooperativas nacionalmente, mas permite a criação de Cooperativas que possuam associados em diferentes Estados. Como observa Hagen, em virtude de um complexo sistema de referências cruzadas, o Regulamento se refere às legislações cooperativas nacionais, motivo pelo qual no âmbito da União Europeia podem ser criados 27 (vinte e sete) tipos diferentes de Sociedades Cooperativas Europeias²⁵⁸, já que, em regra, a legislação aplicável é a do Estado Membro onde a Cooperativa possui sua sede.

4.1.1.5 O Cooperativismo no Mercosul

O Parlamento do MERCOSUL, em 28 de Abril de 2009, aprovou a Resolução MERCOSUR/PM/SO/ANT.NORMA 01/2009, denominada “Estatuto de Cooperativas do MERCOSUL” que, a exemplo do referido Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia – SCE, objetiva permitir o estabelecimento de uma Cooperativa do Mercosul por pessoas singulares residentes em diferentes Estados-Membros ou entidades jurídicas estabelecidas ao abrigo das legislações de diferentes Estados Partes do MERCOSUL.

²⁵⁷ “7. As cooperativas são, antes de mais, agrupamentos de pessoas ou entidades jurídicas que obedecem a princípios de funcionamento específicos, diferentes dos outros operadores económicos. Esses princípios incluem o princípio da estrutura e controlo democráticos e a distribuição do lucro líquido do exercício numa base equitativa 8. Estes princípios específicos dizem nomeadamente respeito ao princípio da primazia da pessoa, que se manifesta através de disposições específicas relativas às condições de admissão, demissão e exclusão dos membros; que este princípio se traduz pela regra «uma pessoa, um voto», encontrando-se o direito de voto ligado à pessoa, e que dele decorre a impossibilidade de os membros exercerem direitos sobre o activo da cooperativa”. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia – SCE*. [S.l.], 2003. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:207:0001:0024:PT:PDF>>. Acesso em: 31 out. 2013.

²⁵⁸ “In 2003 the European Union (EU) promulgated Regulation 1435/2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) after more than thirty years of preparations. The Regulation came into force in 2006. As a regulation, it is directly applicable in the Member States of the EU. Contrary to the OHADA Uniform Act on Cooperatives, it does not regulate national cooperatives, but creates a new type of cooperative, the SCE. Membership must come from at least two EU member States. It does not regulate all legal aspects of cooperatives. In a complicated system of cross-references, it refers to national cooperative laws. This can be seen as having created 27 different types of SCE, instead of introducing just one new type”. HENRÿ, Hagen. *Guidelines for cooperative legislation*. Geneva: ILO, 2012. p. 29.

É estabelecido que ao menos cinquenta por cento dos associados devem ser domiciliados em um dos Estados-parte²⁵⁹, tendo os mesmos direitos e obrigações societárias independentemente de seu domicílio²⁶⁰, devendo ser reconhecidas pelos demais Estados-parte²⁶¹. Todavia, não obstante à determinação de que os dispositivos devem ser incorporados às legislações dos Estados-parte, somente o Uruguai os incorporou a sua legislação cooperativa, motivo pelo qual a possibilidade de criação de Cooperativas no âmbito do MERCOSUL permanece estagnada²⁶².

4.1.1.6 A Aliança Cooperativa Internacional das Américas e a Lei Marco para as Cooperativas da América Latina

A Lei Marco para as Cooperativas da América Latina nasce como uma proposta da Aliança Cooperativa Internacional das Américas, para as legislações cooperativistas da América Latina²⁶³. Como traços relevantes dessa proposta, elencam-se a autonomia das Cooperativas em relação ao Estado²⁶⁴, a importância da adesão livre e voluntária²⁶⁵, bem

²⁵⁹ Artículo 1. Son “Cooperativas del MERCOSUR” las que admiten asociados domiciliados en el país y en otros Estados Partes del MERCOSUR. Los asociados domiciliados en el país deben representar más del cincuenta por ciento del total de asociados y del capital social suscripto. Cuando dejen de contar con ese porcentaje durante un período superior a seis meses deberán comunicarlo a la autoridad encargada del Registro de Cooperativas y perderán la condición de “Cooperativas del MERCOSUR.” PARLAMENTO DO MERCOSUL. *Estatuto de cooperativas do Mercosul*. Disponível em: <http://www.parlamento.delmercosul.org/innovaportal/v/843/2/parlasur/estatuto_de_cooperativas_do_mercosul.html>. Acesso em: 14 ago. 2013.

²⁶⁰ Artículo 2. Todos los asociados, independientemente de su domicilio, tendrán los mismos derechos y obligaciones societarias, debiendo el respectivo estatuto prever el régimen de participación en las actividades de la cooperativa de los domiciliados en otros países sobre la base de igualdad jurídica. L. Estatuto de Cooperativas del MERCOSUR”. Ibid.

²⁶¹ Artículo 7. Las “Cooperativas del MERCOSUR” constituidas en otros Estados Partes serán reconocidas de pleno derecho previa acreditación de su constitución legal. Este reconocimiento estará condicionado a la reciprocidad de tratamiento por el Estado Parte donde estuviera constituida la “Cooperativa del MERCOSUR”. Ibid.

²⁶² “Mercosur Common Cooperative Statute. The countries of Mercosur have had since 2009 a Common Cooperative Statute. Like the EU Regulation, it is directly applicable in the member States to facilitate the cross border establishment of cooperatives, and it does not regulate national cooperatives. However, its application requires transformation into national law. So far, this has been done by Uruguay only”. HENRÏ, Hagen. *Guidelines for cooperative legislation*. Geneva: ILO, 2012. p. 29.

²⁶³ “A Lei Marco não pretende ser um modelo a ser copiado pelos legisladores dos diferentes países latino-americanos. Seu propósito é oferecer orientação sobre o alinhamento e institutos fundamentais da legislação cooperativista, tal como aparecem na doutrina, nos estudos acadêmicos e na experiência mais creditada do direito comparado. Trata-se de uma lei geral com referência a todas as classes de cooperativas. Embora contenha certas disposições específicas com relação a algumas delas, seu propósito é oferecer disposições que regulem todas as cooperativas, qualquer que seja seu objeto social específico. ALIANÇA COOPERATIVA INTERNACIONAL PARA AS AMÉRICAS (ACI AMÉRICAS). *Lei marco para as cooperativas de América Latina*. San José, Costa Rica: Aliança Cooperativa Internacional para as Américas, 2009. p. 5.

²⁶⁴ Artigo 2. O Estado garante o livre desenvolvimento e a autonomia das cooperativas. Justificativa Este artigo contém uma definição fundamental com relação à política cooperativista: o respeito à autonomia e ao livre desenvolvimento das cooperativas por parte do Estado. A existência desta disposição, que por outro lado resume o espírito que inspira toda a lei, servirá para orientar as autoridades competentes e também para fundamentar as atuações administrativas e judiciais que se tencione em caso de violação. Esta disposição

como a garantia de um procedimento que assegure o direito de defesa ao associado passível de exclusão, delegando a decisão final à Assembleia Geral, como maior órgão decisório da Cooperativa²⁶⁶.

Com efeito, refere Hagen que se trata da tradução do pensamento moderno acerca de cooperativas como um modelo de direito, embora, como proveniente de uma entidade privada, não possui poder normativo sobre as legislações nacionais²⁶⁷.

4.1.2 As Sociedades Cooperativas no Direito Comparado

Pelo quadro internacional apresentado, verifica-se, de antemão, que não obstante à existência de características específicas, os diversos ordenamentos jurídicos possuem maneiras próprias de legislar acerca do fenômeno cooperativo. Evidentemente, a relação que cada Estado estabelece com o Cooperativismo está intimamente ligado a eventual complementariedade do fenômeno com os objetivos estatais e, em síntese, ao próprio perfil do Estado. Nesse sentido, Rui Namorado, citando Dante Cracogna, refere que:

As leis traduzem, na sua própria estrutura, os tipos de posição do Estado em face das Cooperativas. Deste modo, nos países **da Europa Ocidental e da**

ampara expressamente o 4º princípio da Declaração sobre a Identidade Cooperativa aprovada pelo Congresso do Centenário da Aliança Cooperativa Internacional. É importante apontar que a autonomia e independência das cooperativas não deve apenas ser garantida com relação ao Estado, mas também a qualquer outra organização pública ou privada. ALIANÇA COOPERATIVA INTERNACIONAL PARA AS AMÉRICAS (ACI AMÉRICAS). *Lei marco para as cooperativas de América Latina*. San José, Costa Rica: Aliança Cooperativa Internacional para as Américas, 2009. p. 8.

²⁶⁵ Artigo 27. O sócio poderá se desvincular voluntariamente da cooperativa a qualquer momento antes de sua dissolução. Para isso, deve apresentar por escrito sua renúncia sujeita às disposições que o estatuto estabeleça a esse respeito, o qual deverá indicar um prazo para que o conselho administrativo se pronuncie. Justificativa A saída livre é a correlação do ingresso livre e voluntário, conforme a natureza da cooperativa, mas o exercício deste direito deve se realizar sujeito à disposição do estatuto o qual deve ter também previsto um prazo para que o conselho se pronuncie com relação a renúncia apresentada pelo sócio. *Ibid.*, p. 12.

²⁶⁶ Artigo 28. Os sócios poderão ser excluídos ou ter seus direitos suspensos pelas causas previstas no estatuto e regulamentos, com comunicação prévia dos motivos oportunidade de defesa. A decisão deve ser adotada pelo conselho administrativo e poderá ser apelada perante Assembléia, com solicitação prévia de reconsideração. O estatuto estabelecerá o procedimento para adotar a suspensão ou exclusão e os efeitos com que se concedem os recursos. Justificativa Salva-guarde-se o direito de defesa do sócio ao permitir que a resolução de exclusão ou suspensão disposta pelo conselho administrativo seja apelada perante Assembléia, com pedido prévio de reconsideração, de modo que, na última instância institucional, é o órgão máximo da cooperativa o chamado a pronunciar-se a esse respeito. Para garantir o devido procedimento, estabelece-se que o estatuto deva pautar sua forma e os efeitos dos recursos. *Ibid.*, p. 12.

²⁶⁷ “Ley marco para las cooperativas de América Latina/ Framework law for cooperatives in Latin America. The 2008 Ley marco para las cooperativas de América Latina is a convincing translation of modern cooperative thinking into a “model law”. Emanating from a private entity, ICA Americas, it has no binding force upon legislators. It may be assumed, however, that it will play the same convincing role in lawmaking processes as did its first edition (1988) over the years. Moreover, it is a useful tool as it combines proposals for a text of a cooperative law with a succinct commentary on each article”. HENRÝ, Hagen. *Guidelines for cooperative legislation*. Geneva: ILO, 2012. p. 29.

América do Norte, a atitude do Estado é predominantemente liberal, não promovendo as cooperativas nem interferindo na sua vida, mas reconhecendo apenas a sua existência. Assim, nestes países, a legislação limita-se a estabelecer um quadro jurídico geral adequado às características das cooperativas, determinando as condições do seu reconhecimento como pessoas jurídicas [...] **Nos países em desenvolvimento**, o Estado, mais intervencionista, assume-se como propulsor da dinâmica cooperativa. Surgem leis com uma malha mais apertada [...] **Nos países de economia centralizada planificada** (nas palavras de Cracogna), o Estado atribui às cooperativas um papel no sistema económico e controla a sua atividade.²⁶⁸

Ao considerarem-se as primeiras cooperativas, surgidas no Século XIX nos países que se encontravam sob os reflexos da Revolução Industrial, o cooperativismo antecedeu à legislação que surgiu, como refere Hagen, como reação à inadequação percebida do direito das sociedades de ações para a regulamentação das cooperativas²⁶⁹.

Todavia, é necessário referir que, não obstante à consideração do surgimento do Cooperativismo como alternativa à lógica capitalista, as Cooperativas – desenvolveram um papel importante também nos países considerados “de economia centralizada”. A partir da Revolução Russa²⁷⁰, o modelo de Cooperativismo Soviético exerceu grande influência que culminou na valorização constitucional das Cooperativas, nas Constituições da Hungria, Polónia, Checoslováquia, Bulgária, Romênia, Iugoslávia, Albânia, China e Cuba.

Cabe ressaltar ainda que, particularmente em Cuba, onde vige o Regime Socialista, o Cooperativismo vive um momento de efervescência. Efetivamente, se desde 1940²⁷¹, sob

²⁶⁸ NAMORADO, Rui. *Introdução ao direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 28.

²⁶⁹ The first cooperative laws were passed in the second half of the 19th century in the then industrializing countries. They came in reaction to the perceived inadequacy of stock company law for the regulation of cooperatives and therefore distinguished cooperatives from stock companies. In these countries, modern cooperatives had emerged prior to this legislation. In other countries, especially in the former colonies, things happened in the reverse order and roughly half a century later. Still other countries saw the emergence of cooperatives and their regulation happen concomitantly, mainly through immigrants from Europe or through eclectic borrowing. HENRY, Hagen. *Guidelines for cooperative legislation*. Geneva: ILO, 2012. p. 10

²⁷⁰ “É do mesmo ano (1917) a revolução soviética, origem de um modelo constitucional que compreendia, entre outros aspectos, a expressa menção ao fenómeno cooperativo. Um conjunto de países viria a adoptar uma filosofia comum, em que é visível a influência da Constituição Soviética de 1936. Na Constituição Soviética de 1977, o papel das Cooperativas foi claramente reforçado, merecendo destaque o relevo assumido pelo ramo agrário. Este modelo, embora com especificidades mais ou menos significativas, que não põem em causa a valorização constitucional das Cooperativas, foi seguido: pela Constituição da Hungria de 1949, pela Polónia de 1952, pela da Checoslováquia de 1960, pela da Bulgária de 1971, pela Constituição romena de 1974, pela Constituição da Jugoslávia de 1974, pela da Albânia de 1976, pela Constituição de 1982 da República Popular da China e pela Constituição de Cuba de 1976. No entanto, o facto de, em última instância, serem idênticos os modelos de sociedade expressos neste conjunto de constituições não impediu uma apreciável multiplicidade de formas de integração das práticas cooperativas, e mesmo do seu âmbito e do tipo de inserção social que se lhes apontava”. NAMORADO, op. cit., p. 132.

²⁷¹ En Cuba, como en otros países que han intentado construir el socialismo bajo la influencia del “modelo soviético”, el Estado ha promovido la creación de cooperativas, pero solo en el sector agropecuario, donde ellas se evidencian como formas más socializadas que los productores privados y más eficientes que las grandes empresas estatales. Antes del triunfo revolucionario, se tienen solo algunas referencias sobre la existencia de cooperativas de transporte, de profesionales y asociaciones de campesinos privados, pero que

influência do Cooperativismo Soviético, houve um forte incentivo ao Cooperativismo Agrário, notadamente através de três modelos conhecidos como “Cooperativas de Crédito e Serviços (CCS); “Cooperativa de Produção Agropecuária (CPA) e “Unidade Básica de Produção Cooperativa (UBPC)”²⁷².

Na atualidade, o momento de “Atualização do modelo econômico cubano” levou à valorização do Cooperativismo²⁷³ como possibilidade de enfrentamento da crise econômica que atravessa o país²⁷⁴. Como refere Musa:

En Cuba se impone hoy la actualización del modelo económico, y las líneas políticas fundamentales que para ello se trazan, anuncian que el empleo de la cooperativa trascenderá la esfera agropecuaria de la economía, para lo cual se requiere una concreción jurídica que garantisse su eficacia y que deberá tener un adecuado sustento em el actual texto constitucional.²⁷⁵

Uma questão latente, no que se refere ao Cooperativismo em países de economia centralizada, reside na mitigação da Autonomia e Independência, notadamente em face da forte intervenção estatal, que se revela desde a criação das sociedades cooperativas, perpassando todo o seu funcionamento. Rui Namorado, ao referir o Princípio da Autonomia e

no parecieron destacarse como tales. Aunque la Constitución del 1940 hace referencia a que el Estado cubano brindaría apoyo a la formación de cooperativas, no se tuvo una ley de cooperativas hasta que en 1982 se aprobó la Ley de Cooperativas Agropecuarias. HARNECKER, Camila Piñeiro. Las cooperativas em el nuevo modelo económico cubano. In: VIDAL, Pavel; PÉREZ, Omar Everleny. *Miradas a la economía cubana*. El proceso de actualización. La Habana: Caminos, 2012. P. 80.

²⁷² “En la actualidad existen tres tipos de cooperativas en Cuba, todas en el sector agropecuario: Cooperativa de Crédito y Servicios (CCS) desde 1960 – cooperativa de consumo de empresarios: asociación de agricultores privados que se unen para utilizar equipos, recibir créditos y comercializar – los asociados mantienen la propiedad de sus tierras y las trabajan separados, generalmente contratando fuerza de trabajo; Cooperativa de Producción Agropecuaria (CPA) desde 1975 – cooperativa de producción: asociados trabajan en conjunto en tierras de propiedad colectiva – los asociados venden sus tierras a la cooperativa, si las tuvieran • Unidad Básica de Producción Cooperativa (UBPC) desde 1993 – combinación o híbrido entre empresa estatal y cooperativa: los asociados trabajan en conjunto en tierras usufructuadas colectivamente y con medios de producción colectivos comprados al Estado”. *Ibid.*, p. 80.

²⁷³ Não obstante à valorização do Cooperativismo no contexto de atualização do modelo econômico cubano, Harnecker aponta como uma barreira ao desenvolvimento do Cooperativismo uma visão estatista de socialismo que entende o Cooperativismo como um retrocesso na construção socialista: “ Barreras conceptuales: 1) Visión estatista del socialismo que entiende que solo la empresa administrada por representantes del Estado es compatible con la construcción socialista. Se asume la crítica del Ché a las cooperativas y empresas autogestionadas en general por responder a intereses grupales en lugar de sociales (Yaffe, 2011), pero sin tener em cuenta que se pueden establecer mecanismos de regulación más o menos indirecta para guiar a las cooperativas hacia la internalización de intereses sociales. Bajo esta visión no parece posible que los intereses grupales de las cooperativas se puedan articular com intereses sociales más amplios sin la intervención directa del Estado”. *Ibid.*, p. 85.

²⁷⁴ “Los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados por el VI Congreso del PCC en abril de 2012, mencionan a las cooperativas como una de las formas empresariales no estatales que tendrán cabida en el nuevo modelo económico a instaurar en los próximos años en nuestro país. Ellas son mencionadas 15 veces y se le dedican 5 lineamientos (25-29)”. *Ibid.*, p. 82.

²⁷⁵ MUSA, Orestes Rodríguez. *La cooperativa como figura jurídica*. Madrid: Dykinson, 2011. p. 83.

Independência, refere claramente que a experiência do cooperativismo em países de economia centralizada é que evidenciou a necessidade de tal independência em relação ao Estado²⁷⁶.

Ressalvando-se a experiência singular dos países de economia centralizada, no que concerne aos Estados inseridos na lógica capitalista, verifica-se uma grande variedade de tratamentos jurídicos ao fenómeno cooperativo. Com efeito, o pesquisador de Direito Cooperativo Antonio Fici²⁷⁷ observa que, somente na Europa há pelo menos seis diferentes modelos de legislação cooperativa, que vão desde países que possuem um Código Cooperativo (como é o caso de Portugal) até inexistência de uma Lei Cooperativista (como é o caso da Irlanda). Evidentemente, a relação que o Estado mantém com o Cooperativismo está intrinsecamente ligada ao papel constitucional que é lhe atribuído e da coincidência entre os objetivos estatais e os preconizados pelo Cooperativismo.²⁷⁸

No que concerne ao presente estudo, cabe referir que dentre os diversos ordenamentos jurídicos a que se pode recorrer para a realização de um estudo comparado, opta-se por aqueles ordenamentos onde, a exemplo do ordenamento brasileiro, o Cooperativismo é referido constitucionalmente, recebendo estímulo estatal, eis que compreendido como uma das formas de consecução dos objetivos do Estado.

²⁷⁶ “O desmoronamento do modelo soviético e as mutações no tipo de intervenção do Estado nos países em desenvolvimento, veio colocar no cerne da identidade cooperativa a necessidade de as cooperativas serem realmente independentes do Estado”. NAMORADO, Rui. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 33.

²⁷⁷ “In Europe alone there are at least six formally different models of cooperative legislation (ranging from a cooperative code, as in Portugal, to the absence of a cooperative law, as in Ireland)¹⁵, and this scheme would appear yet more complex if one also considers the duality general laws/special laws on particular types of cooperatives (France is an example evident in this respect), the residual (i.e., gap-filling) application of company law rules to cooperatives, the alternative default/mandatory rules in the regulation of cooperatives and the degree of regulatory power awarded to cooperative statutes, etc”. FICI, A. Cooperative identity and the law. *Euricse Working Paper*, [S.l.], n. 023, 2012. Disponível em: <www.euricse.eu>. Acesso em: 14 ago. 2013.

²⁷⁸ “[...] depende também, naturalmente, da atitude assumida pelo Estado em face das cooperativas. De facto, pode imaginar-se uma escala de possibilidades que vá da hostilidade até a implicação solidária, percorrendo zonas intermédias, que se traduziriam em vários graus de indiferença ou de envolvimento. Mas a orientação política de um governo tende, também, naturalmente, a influenciar a sua atitude para com as cooperativas. Se estivermos perante um governo liberal-conservador (ou neoliberal), as cooperativas tenderão a ser encaradas como uma perturbante excrecência de não-capitalismo (uma espécie de arcaísmo pré-capitalista), pelo que correm um risco acrescido de ser proscritas ou banalizadas, ficando ainda desamparadas perante todas as possíveis pulsões de auto-flagelação. Se o governo estiver próximo de uma posição socialista, marcada por uma efectiva vontade de transformação, que não se subordine à lógica capitalista, as cooperativas podem ser valorizadas como autênticas ilhas de futuro, antecipações de uma lógica alternativa ao lucrativismo dominante, sem deixarem de ser apoiadas pelo facto serem socialmente úteis no imediato. Se o governo seguir por uma via social-democrática moderada, com subalternização das pulsões de alternatividade, é natural que adopte uma posição estritamente imediatista, valorizando apenas a utilidade directa das cooperativas na qual tenderiam a ficar encerradas. Nesta perspectiva, podem ser destacadas, quer a capacidade de proteger e apoiar os mais fracos, quer o potencial de atenuação das seqüelas mais duras do capitalismo. Nesta última hipótese, tal como na anterior, é de esperar que se instituem políticas sustentadas de apoio às cooperativas, ainda que de natureza e de intensidades diferentes, em cada um dos casos”. NAMORADO, Rui. *Cooperativismo: um horizonte possível*. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/229.pdf> Acesso em 10 ago. 2013.

Nesse sentido, analisar-se-ão os modelos Cooperativos de Portugal, Itália e Espanha, denominados como países do “Marco Latino” do Cooperativismo Europeu. Nesses países, pode-se dizer que o Cooperativismo é referido, constitucionalmente,²⁷⁹ como um modelo de desenvolvimento que, ao lado da chamada Economia Social, tem se evidenciado como uma das alternativas para resolver os problemas sociais do modelo capitalista.

O caso de Portugal é impar. A Constituição da República Portuguesa avança, em muito, no reconhecimento do Cooperativismo como uma forma de consecução dos objetivos do Estado Democrático. A proteção ao Cooperativismo é tal, pela Constituição da República Portuguesa, a ponto de dividir a economia, no art. 82, nos setores²⁸⁰ (1) público; (2) privado e (3) Cooperativo, concedendo a este último²⁸¹, conforme dispõe o seu art. 85, estímulo e apoio estatal, benefícios fiscais e financeiros, condições mais favoráveis à obtenção de crédito e auxílio técnico. Cabe referir ainda, que a CRP, em seu art. 61, não só reconhece, como recepciona os Princípios Cooperativistas²⁸² na Constituição, o que confere aos mesmos força normativa na ordem constitucional portuguesa, como afirma Rui Namorado:

²⁷⁹ “Con respecto a la primera hemos de señalar, brevemente, que en este sentido España, junto con Itália y Portugal reconocen en sus respectivas Constituciones un mandato dirigido a los poderes públicos de promoción de las sociedades cooperativas, en el que entre otras medidas se refleja una política fiscal favorable para este tipo de entidades”. SEMPERE, Carmen Pastor. Una aproximación al régimen jurídico de las cooperativas y las sociedades agrarias de transformación en España y Brasil. In: LÓPES, Daniel; BARBOSA, Maria José de S. (Org.) Estratégias y acciones de desarrollo rural a través de cooperativas y emprendimientos solidarios. Alicante: Uecid/UA/UFPA, 2012. p. 56.

²⁸⁰ “Artigo 82.º Sectores de propriedade dos meios de produção. 1. É garantida a coexistência de três sectores de propriedade dos meios de produção. 2. O sector público é constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas. 3. O sector privado é constituído pelos meios de produção cuja propriedade ou gestão pertence a pessoas singulares ou colectivas privadas, sem prejuízo do disposto no número seguinte. 4. O sector cooperativo e social compreende especificamente: a) Os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos, sem prejuízo das especificidades estabelecidas na lei para as cooperativas com participação pública, justificadas pela sua especial natureza; b) Os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais; c) Os meios de produção objecto de exploração colectiva por trabalhadores; d) Os meios de produção possuídos e geridos por pessoas colectivas, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objectivo a solidariedade social, designadamente entidades de natureza mutualista”. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <www.parlamento.pt/LEGISLACAO/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 14 ago. 2013.

²⁸¹ Artigo 85.º Cooperativas e experiências de autogestão. 1. O Estado estimula e apoia a criação e a actividade de cooperativas. 2. A lei definirá os benefícios fiscais e financeiros das cooperativas, bem como condições mais favoráveis à obtenção de crédito e auxílio técnico. 3. São apoiadas pelo Estado as experiências viáveis de autogestão. Ibid.

²⁸² Artigo 61.º Iniciativa privada, cooperativa e autogestionária. 1. A iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral. 2. A todos é reconhecido o direito à livre constituição de cooperativas, desde que observados os princípios cooperativos. 3. As cooperativas desenvolvem livremente as suas actividades no quadro da lei e podem agrupar-se em uniões, federações e confederações e em outras formas de organização legalmente previstas. 4. A lei estabelece as especificidades organizativas das cooperativas com participação pública. 5. É reconhecido o direito de autogestão, nos termos da lei. Ibid.

É a força jurídica destes princípios que está consagrada na Constituição da República Portuguesa. Por isso, é impossível menosprezar-se qualquer incerteza ou confusão, quer quanto ao seu elenco, quer quanto ao seu conteúdo. De facto, em países onde não haja qualquer imperativo legal de obediência aos princípios cooperativos a sua observância é apenas uma questão política. Se esse imperativo só resultar de leis comuns, qualquer governo pode exprimir, nesse mesmo plano legislativo, a sua posição quanto aos referidos princípios, nos termos que achar adequados, assumindo-os, parcialmente ou não. Pelo contrário, se a vinculação aos princípios cooperativos tiver peso jurídico-constitucional, qualquer norma de direito comum que os desrespeite incorre em inconstitucionalidade.²⁸³

Quando, em seu art. 80²⁸⁴, trata dos Princípios Fundamentais, a CRP define que a organização económico-social assenta nos seguintes princípios: “f) Protecção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção”.

Essa clara valorização do Cooperativismo pelo Constituinte português é referida pelo Prof. Rui Namorado, da Universidade de Coimbra:

A vocação das cooperativas para serem **factores positivos do desenvolvimento social e humano** revela-se especialmente em três aspectos. Em primeiro lugar, o movimento cooperativo tem vindo a assumir um protagonismo crescente na defesa do equilíbrio ecológico, surgindo as cooperativas como um tipo de organização naturalmente harmonizável com os imperativos da protecção ambiental. Em segundo lugar, as cooperativas têm-se vindo a revelar como factores de grande importância nos processos de desenvolvimento local, quer quando está em causa o desenvolvimento rural, quer quando é de uma qualificação urbana que se trata. Por último, as cooperativas dispõem de virtualidades evidentes no campo do emprego, com uma flexibilidade suficiente para comportar uma lógica nova na organização do trabalho. Uma lógica que possa tender para uma sociedade onde o trabalho e os rendimentos sejam repartidos, de modo a poder-se generalizar um verdadeiro rendimento mínimo de cidadania.²⁸⁵

A Constituição da República Italiana²⁸⁶, a seu turno, em seu art. 45, reconhece a função social da cooperação **com carácter de mutualidade e sem fins de especulação**

²⁸³ NAMORADO, Rui. Acerca dos princípios cooperativos. In: NAMORADO, Rui. *Cooperatividade e direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 10.

²⁸⁴ Artigo 80.º Princípios fundamentais A organização económico-social assenta nos seguintes princípios: a) Subordinação do poder económico ao poder político democrático; b) Coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; c) Liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista; d) Propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse colectivo; e) Planeamento democrático do desenvolvimento económico e social; f) Protecção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; g) Participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das actividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais. PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <www.parlamento.pt/LEGISLACAO/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 14 ago. 2013.

²⁸⁵ NAMORADO, Rui. *Horizonte cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 106-107.

²⁸⁶ La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità. ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it/rapportiparlamento/normativa/costituzione.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

privada. A Lei promove e favorece o incremento com os meios mais idôneos e assegura, com controles oportunos, o caráter e a finalidade.

A referida disposição constitucional, mantendo o caráter promocional do Cooperativismo pelo Estado, refere que a Cooperação a ser estimulada pelo Estado é aquela caracterizada pela mutualidade e finalidade não especulativa. A doutrina italiana tem se debatido a respeito das dificuldades de análise de tal disposição constitucional, como observa Buonocore:

I problemi principali, che non raramente vengono fusi (o confusi) in uno solo, riguardano, in primo luogo, l'ambito stesso di applicazione dell'art. 45 e il rapporto con le altre norme costituzionali, e possono così precisarsi: 1) **se la norma costituzionale precluda forme di cooperazione diverse da quelle espressamente previste, e cioè prive del carattere di mutualità e con fine di speculazione privata;** 2) se la norma medesima riguardi solo le imprese costituite in forma di società cooperativa ovvero abbracci qualsiasi forma di collaborazione econômica a carattere di mutualità, sempre che abbia le caratteristiche nella norma stessa indicate; 3) como si atteggi il rapporto dell'art. 45 con le altre norme costituzionali.²⁸⁷

Nesses termos, apresenta-se relevante referir que, considerando que a Constituição da República Italiana promove Cooperativas “com caráter de mutualidade”, o Código Civil Italiano distingue as Cooperativas em duas categorias, sendo as de “mutualidade prevalente” e cooperativas de “mutualidade não prevalente”, critério que as diferencia em relação aos incentivos estatais ao seu desenvolvimento.

Com efeito, o art. 2512 do Código Civil Italiano²⁸⁸, define as Cooperativas de Mutualidade Prevalente, como sendo as Cooperativas que, cumulativamente, realizam suas atividades principalmente em favor dos sócios, consumidores ou usuários de bens ou serviços; confiam, para o desenvolvimento das atividades, na prestação de serviços dos próprios sócios e utilizam principalmente na condução de seus negócios, as contribuições de bens ou serviços por parte dos sócios. Nesses termos, no ordenamento jurídico italiano, há condições estabelecidas legalmente para que uma Cooperativa receba tratamento jurídico diferenciado estabelecido pela Constituição da República Italiana.

²⁸⁷ BUONOCORE, Vincenzo. *Diritto della cooperazione*. Bologna: Il Mulino, 1997. p. 51.

²⁸⁸ Art. 2512(1). Cooperativa a mutualità prevalente (2) [1] Sono società cooperative a mutualità prevalente, in ragione del tipo di scambio mutualistico, quelle che: 1) svolgono la loro attività prevalentemente in favore dei soci, consumatori o utenti di beni o servizi; 2) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività delle prestazioni lavorative dei soci; 3) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, degli apporti di beni o servizi da parte dei soci.(3) [2] Le società cooperative a mutualità prevalente si iscrivono in un apposito albo, presso il quale depositano annualmente i propri bilanci.(4). ITALIA. *Código civil italiano*. Disponível em: <<http://www.ilcodicecivile.it/>>. Acesso em: 26 set. 2013.

A Constituição Espanhola²⁸⁹, por seu turno, em seu art. 129, “2”, dispõe que os poderes públicos promoverão eficazmente as diversas formas de participação na empresa e fomentarão, mediante uma legislação adequada, as sociedades cooperativas. No ordenamento jurídico espanhol, há competência das respectivas comunidades para legislar acerca de sociedades cooperativas, considerando-se a concepção da legislação autonômica espanhola²⁹⁰. Com efeito, ao par das Leis Autonômicas, há uma Lei Estatal, a Ley 27/1999, que disciplina as Sociedades Cooperativas.

Já em sua Exposição de Motivos, a Ley 27/1999 refere a disposição constitucional acerca de Cooperativas e a necessidade de estabelecimento de uma legislação adequada a tais sociedades, no sentido de seu estímulo:

El mandato de la Constitución Española, que en el apartado 2 de su artículo 129 ordena a los poderes públicos el fomento, mediante una legislación adecuada de las sociedades cooperativas, motiva que el legislador contemple la necesidad de ofrecer un cauce adecuado que canalice las iniciativas colectivas de los ciudadanos que desarrollen actividades generadoras de riqueza y empleo estable. El fomento del cooperativismo como fórmula que facilita la integración económica y laboral de los españoles en el mercado, hace perfectamente compatibles los requisitos de rentabilidad y competitividad propios de las economías más desarrolladas con los valores que dan forma a las cooperativas desde hace más de ciento cincuenta años. Los elementos propios de una sociedad de personas, como son las cooperativas, pueden vivir en armonía con las exigencias del mercado; de otra forma el mundo cooperativo se encontraría en una situación de divorcio entre la realidad y el derecho. Objetivo de la nueva Ley es, precisamente que los valores que encarna la figura histórica del cooperativismo, respuesta de la sociedad civil a los constantes e innovadores condicionamientos económicos, sean compatibles y guarden un adecuado equilibrio con el fin último del conjunto de socios, que es la rentabilidad económica y el éxito de su proyecto empresarial.²⁹¹

²⁸⁹ Artículo 129. Participación en la empresa y en los organismos públicos. 1. La ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general. 2. Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. ESPANHA. *Constituição Espanhola*. Disponível em <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/index/index.htm>>. Acesso em: 26 Set. 2013.

²⁹⁰ Com efeito, Carmem Sempere refere a existência de quinze leis autonômicas na Espanha, a disciplinar as Sociedades Cooperativas. “Con respecto a la primera hemos de señalar, brevemente, que en este sentido España, junto con Itália y Portugal reconocen en sus respectivas Constituciones un mandato dirigido a los poderes públicos de promoción de las sociedades cooperativas, en el que entre otras medidas se refleja una política fiscal favorable para este tipo de entidades”. SEMPERE, Carmen Pastor. Una aproximación al regimen jurídico de las cooperativas y las sociedades agrárias de transformación en España y Brasil. In: LÓPES, Daniel; BARBOSA, Maria José de S. (Org.) *Estratégias y acciones de desarrollo rural a traves de cooperativas y emprendimientos solidarios*. Alicante: Uecid/UA/UFPA, 2012. p. 56.

²⁹¹ ESPANHA. *Ley 27/1999. Madrid, 16 de julio de 1999*. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1999/07/17/pdfs/A27027-27062.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2013.

Posteriormente, dispõe o art. 108 da Ley 27/1999, no que tange, especialmente, ao estímulo governamental ao desenvolvimento do Cooperativismo:

Artículo 108 Fomento del cooperativismo

1. Se reconoce como tarea de interés general, a través de esta Ley y de sus normas de aplicación, la promoción, estímulo y desarrollo de las sociedades cooperativas y de sus estructuras de integración económica y representativa.
2. El Gobierno, dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, actuará en el orden cooperativo, con carácter general, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, al que dotará de los recursos y servicios necesarios para la realización de sus funciones de promoción, difusión, formación, inspección y registral, sin perjuicio de las facultades de los otros Departamentos ministeriales en relación con la actividad empresarial que desarrollen las cooperativas para el cumplimiento de su objeto social.²⁹²

Cabe referir que, recentemente, no contexto de crise econômica que assola o país, as Sociedades Cooperativas²⁹³ foram especialmente referidas pela Lei 5/2011, de 29 de março de 2011, que trata de entidades de Economia Social, que tem o objetivo²⁹⁴ de configurar um marco jurídico de estímulo e desenvolvimento de tais entidades.

Da análise dos três modelos apresentados, verifica-se, inicialmente, que as Cooperativas rompem com a tradicional dicotomia público e privado. Se, no caso do ordenamento jurídico português, a Constituição da República Portuguesa é expressa ao criar um setor específico (Cooperativo), ao lado do Público e do Privado, no caso das Constituições Italiana e Espanhola resta evidente que as Cooperativas, não obstante a sua caracterização como entidades de direito privado, visam à consecução de objetivos públicos, sendo por isso, estimuladas pelo Estado.

²⁹² ESPANHA. *Ley 27/1999. Madrid, 16 de julio de 1999*. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1999/07/17/pdfs/A27027-27062.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2013.

²⁹³ “Las sociedades cooperativas, en sus distintas modalidades, y entre ellas, las de trabajo asociado, consumo, vivienda, agrarias, servicios, mar, crédito, enseñanza, sanitarias, seguros, de transporte, las sociedades laborales, las asociaciones, fundaciones y mutualidades, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las sociedades agrarias de transformación y las cofradías de pescadores comparten los principios orientadores de la economía social. Todas estas entidades se ven reflejadas de forma directa o indirecta en los referidos artículos de la Constitución Española reuniendo los principios que les otorgan un carácter diferencial y específico respecto a otro tipo de sociedades y entidades del ámbito mercantil. Además, existe una dinámica viva de las entidades de la economía social que hace que confluyan distintas entidades singulares que también participan de los mismos principios que las anteriores”. ESPANHA. Preâmbulo. *Ley 5/2011, de 29 de marzo de 2011*. Disponível em: <<http://www.asociacion-eurojuris.es/publicaciones/ley-52011-de-29-de-marzo-de-economia-social/>>. Acesso em: 16 ago. 2013

²⁹⁴ “El objetivo básico de la Ley es configurar un marco jurídico que, sin pretender sustituir la normativa vigente de cada una de las entidades que conforma el sector, suponga el reconocimiento y mejor visibilidad de la economía social, otorgándole una mayor seguridad jurídica por medio de las actuaciones de definición de la economía social, estableciendo los principios que deben contemplar las distintas entidades que la forman. Partiendo de estos principios se recoge el conjunto de las diversas entidades y empresas que contempla la economía social. Asimismo, se reconoce como tarea de interés general, la promoción, estímulo y desarrollo de las entidades de la economía social y de sus organizaciones representativas [...]”. Ibid.

As Cooperativas recebem tratamento jurídico próprio, distinguindo-as das demais sociedades mercantis, por sua característica específica: a ausência de finalidade lucrativa. No ordenamento jurídico italiano, ainda, resta configurada uma outra distinção: as Cooperativas que são estimuladas pelo Estado são aquelas “de mutualidade prevalente”, caracterizadas como as Cooperativas que operam, precipuamente, com seus associados.

Nesse sentido, nos três modelos, as Cooperativas possuem disciplina jurídica própria, já que consideradas sociedades que não possuem o escopo de lucro, o que as diferencia das demais sociedades. Portanto, recebem apoio do Estado, que se consubstancia em incentivos de ordem financeira e fiscal.

4.1.3 As Sociedades Cooperativas no Direito Brasileiro

No Direito Brasileiro, as Cooperativas são, tradicionalmente, consideradas como forma societária *sui generis*, com personalidade jurídica de direito privado, recebendo tratamento jurídico próprio e distinguindo-se das demais sociedades pela ausência de finalidade lucrativa, não obstante ao exercício de uma atividade econômica.

Pode-se dizer, igualmente - não obstante à inexistência de disposição constitucional anteriormente à Constituição de 1988 – que a postura Estatal em relação às Sociedades Cooperativas é tradicionalmente de estímulo a tais sociedades, uma vez que as mesmas visam à consecução de objetivos públicos. Essa relação, todavia, entre Estado e Sociedades Cooperativas, não se estabeleceu de forma linear, estando sujeita, no decorrer do último século, a avanços e retrocessos, notadamente marcada pela intervenção estatal em Cooperativas, que se pretende abordar.

4.1.3.1 Histórico

Vergílio Perius,²⁹⁵ ao abordar as Sociedades Cooperativas no Direito Brasileiro, propõe três fases, assim denominadas: Inicialmente, uma fase de Constituição do ordenamento, que se estende de 1932 a 1938; uma fase de Intervenção do Estado nas Sociedades Cooperativas, que se estende entre 1938 e 1988 e, por fim, com o advento da Constituição Federal de 1988, uma fase de Autogestão, momento em que resta vedada a intervenção estatal em Cooperativas.

²⁹⁵ PERIUS, Vergílio. *Cooperativismo e lei*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001. p. 28.

A partir da análise da relação estabelecida entre Estado e Cooperativas no decorrer de tais fases é possível verificar a evolução das formas de controle exercidas pelo Estado em relação a tais sociedades, condizentes com a evolução do próprio paradigma estatal, migrando de um sistema de intervenção estatal direta em Sociedades Cooperativas para um modelo contemporâneo em que o Estado atua como um fomentador do Cooperativismo, todavia, garantindo-lhe a liberdade de organização, abstendo-se de intervir em seu funcionamento.

4.1.3.1.1 Do Decreto 22.239/32 ao Decreto-Lei No 581/38: da liberdade de criação à intervenção estatal

No ordenamento jurídico brasileiro, a primeira legislação específica a disciplinar sociedades cooperativas foi o Decreto n. 22.239, de 19 de dezembro de 1932, que dispunha que as sociedades cooperativas poderiam ter natureza civil ou mercantil, tratando-se de sociedades de pessoas e não de capital, *sui generis*, sendo que o art. 2º da referido Decreto²⁹⁶ determinava às Cooperativas a observância de características muito semelhantes às dispostas pela Lei 5764/71, que rege as cooperativas atualmente.

Aspecto extremamente relevante para a análise que se pretende realizar é que, segundo o referido normativo, havia a possibilidade de constituição de sociedades cooperativas sem

²⁹⁶ Analisando-se as peculiaridades do Decreto 22.239/32 em relação a Lei 5764/71 que atualmente disciplina as sociedades cooperativas, verifica-se que, segundo o referido Decreto, as sociedades cooperativas possuíam natureza civil ou mercantil; que era possível a constituição de cooperativas com o número mínimo de sete associados; que era possível a distribuição de lucro aos associados (proporcionalmente a suas operações), enquanto segundo dispõe a Lei 5764/71, as sociedades cooperativas possuem natureza civil, podem ser constituídas com o número mínimo de vinte sócios (ressalvadas as Cooperativas de Trabalho, disciplinadas pela Lei 12.690/2012, que podem ser constituídas com sete associados) e que os lucros (aqui compreendidos como resultado de operações com terceiros e contabilizados como atos não cooperativos) são destinado ao Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social (FATES), fundo este, indivisível. Dispõe o art. 2º do Decreto 22.329/38: “Art. 2o As sociedades cooperativas, qualquer que seja a sua natureza, civil ou mercantil, são sociedades de pessoas e não de capitais, de fórmula jurídica *sui-generis*, que se distinguem das demais sociedades pelos pontos característicos que se seguem, não podendo os estatutos consignar disposições que os infrinjam: a) variabilidade do capital social, para aquelas que se constituem com capital social declarado; b) não limitação do número de associados, sendo, entretanto, este número no mínimo de sete; c) limitação do valor da soma de quotas-partes do capital social que cada associado poderá possuir; d) inaccessibilidade das quotas-partes do capital social, a terceiros estranhos á sociedade, ainda mesmo em causa-mortis; e) quorum para funcionar e deliberar a assembléa geral fundado no número de associados presentes á reunião e não no capital social representado; f) distribuição de lucros ou sóbras proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo associado com a sociedade, podendo ser atribuído ao capital-social um juro fixo, não maior de 9% ao ano, préviamente estabelecido nos estatutos, ou ausência completa de distribuição de lucros ou, no caso de fixação de um dividendo a distribuir aos associados, ser o mesmo determinado também nos estatutos até o máximo de 12 % ao ano, proporcional ao valor realizado das quótas-partes do capital; g) indivisibilidade do fundo de reserva entre os associados, mesmo em caso de dissolução da sociedade; h) singularidade de voto nas deliberações, isto é, cada associado tem um só voto, quer a sociedade tenha, ou não, capital-social, e esse direito é pessoal e não admite representação, *sinão* (sic) em casos especiais, taxativamente expressos nos estatutos, não sendo, nesses casos, permitido a um associado representar mais que um outro; i) área de ação determinada”. BRASIL. *Decreto n 22.239 de 19 de dezembro de 1932*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22239.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

necessidade de autorização governamental, ressalvado o caso específico das Cooperativas de Crédito e de Seguros²⁹⁷.

A postura do Estado, nesse momento, não obstante a inexistência de regra explícita de fomento, era de estimulador das Sociedades Cooperativas, na medida em que garantia tratamento tributário privilegiado²⁹⁸ às Cooperativas de natureza civil e às de caráter mercantil, desde que não houvesse distribuição de dividendos aos associados proporcionalmente ao capital.

Com o advento da Constituição de 1937 – o primeiro texto constitucional a fazer referência expressa a sociedades cooperativas – passava a competir privativamente à União legislar sobre “as cooperativas e instituições destinadas a recolher e a empregar a economia popular”²⁹⁹.

Cabe ressaltar que a Constituição de 1937 foi produto de um momento histórico conturbado no país³⁰⁰ – que, conforme refere o preâmbulo do texto constitucional – foi marcado pela existência de um “estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista” a exigir remédios, “de caráter radical e permanente”.

Dessa forma, a primeira menção constitucional às Sociedades Cooperativas não se tratou de uma norma de fomento ou mesmo do reconhecimento de suas características

²⁹⁷ Art. 12. Em regra, as sociedades cooperativas podem se constituir sem autorização do governo; dependendo dela, entretanto, as que se proponham efetuar: a) operações de crédito real, emitindo letras hipotecárias; b) operações de crédito de caráter mercantil, salvo as que forem objeto dos bancos de crédito agrícola, caixas rurais e sociedades de crédito mútuo; c) seguros de vida, em que os benefícios ou vantagens dependam de sorteio ou cálculo de mortalidade. BRASIL. *Decreto n 22.239 de 19 de dezembro de 1932*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22239.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

²⁹⁸ “Art. 39. As cooperativas de natureza civil, conforme a enumeração do artigo anterior, e as de caráter mercantil que não distribuam dividendos aos associados proporcionalmente ao capital, gosam (sic) de isenção do imposto sobre a renda, não se considerando dividendo o juro fixo a que se refere a alínea f do art. 2º”. Ibid.

²⁹⁹ Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: [...] XIX - as cooperativas e instituições destinadas a recolher e a empregar a economia popular. BRASIL. *Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 14 Set. 2013.

³⁰⁰ “Atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País. Ibid.

próprias: pelo referido texto as Cooperativas foram incluídas no rol de temas que, devido a sua relevância (ou, em outras palavras, sua possível tendência comunista), teriam sua legislação pertinente como competência privativa da União. Com efeito, tal dispositivo firmou as bases para a institucionalização da intervenção do Estado nas sociedades cooperativas, que foi instaurada, na sequência, em 1938.

Em verdade, essa postura de intervenção em Cooperativas, por regimes totalitários, é recorrente. Na Itália, sob o regime fascista, todo o sistema cooperativo foi posto sob vigilância³⁰¹, com a revogação da legislação especial que tratava de sociedades cooperativas e a equiparação das Cooperativas às demais sociedades, com a abolição de tratamentos jurídicos privilegiados:

Uno dei principali obiettivi della politica governativa in materia di cooperazione fu, come si è visto, lo smantellamento della legislazione speciale, mediante l'abolizione di esenzioni fiscali o di norme particolari riguardanti le cooperative, nel tentativo di equipararle, sendo presupposti teorici ispiranti al più puro liberismo, alle società di fatto.³⁰²

Na Alemanha nazista o fenômeno foi semelhante, com a nomeação de interventores em Cooperativas, a eliminação de Cooperativas e de isenções fiscais, como refere Schneider:

Hitler, ao assumir o poder ditatorial na Alemanha em 1933, além de destituir e perseguir as principais lideranças do cooperativismo de consumo, organizou também todos os setores produtivos sob formas semelhantes às das corporações italianas [...]. O Governo nazista passou a nomear interventores em todas as cooperativas, especialmente nas cooperativas de consumo. Forçou-se a fusão das três federações de consumo numa só e, através de lei de 1935, se passou a exigir que os fundos de reserva das cooperativas tinham que ser eliminados até 1940. Posteriormente, as 80 maiores cooperativas de consumo foram eliminadas, perdendo-se com isso mais da metade das operações das cooperativas de consumo, bem como 60% dos seus fundos. Por fim, suprimiram-se também todas as isenções fiscais.³⁰³

Nesse espírito, no Brasil, com o advento do Decreto-Lei No 581, de 1º de agosto de 1938, que dispunha sobre “registro, fiscalização e assistência de sociedades cooperativas

³⁰¹ “I primi provvedimenti adottati dal governo in materia cooperativa, concernenti il riordinamento della commissione centrale di controllo, la soppressione della commissione centrale delle cooperative ed enti di consumo e la riforma dell’Istituto nazionale di credito per la cooperazione furono il segnale più evidente della determinazione di sottoporre ad una più stretta vigilanza degli organi ministeriali l’intero movimento cooperativo”. CAROLEO, Anna. *Il movimento cooperative in Italia nel primo dopoguerra*. Milano: Franco Angeli, 1986. p. 276.

³⁰² Ibid., p. 284.

³⁰³ SCHNEIDER, José Odelso. *Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 125.

[...]” criou-se um Registro obrigatório³⁰⁴, para as sociedades cooperativas, sendo que as mesmas ficavam sujeitas à fiscalização do Estado³⁰⁵, distribuída a Órgãos da Administração Direta.

Entre as competências que o referido Decreto atribuía aos órgãos fiscalizadores estavam a possibilidade de convocar assembleias e presidi-las, “nos casos comprovados de violação de lei e de disposições regulamentares”³⁰⁶, bem como a de aplicar multas e cassar o registro de Cooperativas³⁰⁷, até a substituição da administração.

Os textos constitucionais posteriores (de 1946 e de 1967) não fizeram menção expressa às Sociedades Cooperativas permanecendo, as mesmas, sob o controle e a intervenção do Estado.

4.1.3.1.2 *O Estatuto da Terra e a Lei 5764/71: novos regramentos, mesma intervenção*

Em 1964, com o advento do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), houve o reconhecimento do direito de propriedade de terra em condomínio, sob a forma de sociedades cooperativas.

Os Estatutos Sociais dessas Cooperativas, segundo o art. 3º da Lei 4.504/64³⁰⁸,

³⁰⁴ Art. 2º Fica criado um registo administrativo obrigatório, na Diretoria de Organização e Defesa da Produção do Ministério da Agricultura, para efeito de assistência técnica e fiscalização às cooperativas, bem como estatística e informações. BRASIL. *Decreto-lei n. 581, de 1º de agosto de 1938*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1581.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³⁰⁵ Art. 15. Ficam sujeitas à fiscalização do Ministério da Agricultura, por intermédio da Diretoria de Organização e Defesa da Produção: a) as cooperativas agrícolas de qualquer espécie, inclusive as de indústrias rurais, de crédito e de seguro; b) as federações dessas cooperativas. Art. 16. Ficam sujeitas à fiscalização do Ministério da Fazenda, pelos órgãos especializados: a) as cooperativas de crédito urbano; b) as federações dessas cooperativas. Art. 17. Serão fiscalizadas pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio: a) as cooperativas de seguro; b) as cooperativas de trabalho, ou produção industrial; c) as cooperativas de construção de casas; d) as cooperativas de consumo; e) as federações dessas cooperativas. Art. 18. As cooperativas não enumeradas nos artigos anteriores, ficam sujeitas à fiscalização dos Ministérios da Agricultura, da Fazenda e do Trabalho, Indústria e Comércio, respectivamente, de conformidade com a sua natureza. BRASIL. *Decreto-lei n. 581, de 1º de agosto de 1938*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1581.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³⁰⁶ Art. 21. A Diretoria de Organização e Defesa da Produção, bem como os demais órgãos fiscalizadores, poderão determinar ou fazer a convocação das assembleias gerais e presidí-las nos casos comprovados de violação de lei e de disposições regulamentares. *Ibid.*

³⁰⁷ Art. 24. As cooperativas que não observarem as prescrições do presente decreto-lei serão aplicadas multas de 100\$ até 5:000\$000. § 1º A Diretoria de Organização e Defesa da Produção, nos casos de infrações reiteradas de lei e de disposições regulamentares, cassará o registro das cooperativas, por iniciativa própria, se se tratar de cooperativas sob a fiscalização do Ministério da Agricultura, ou por solicitação dos demais órgãos fiscalizadores, se se tratar de cooperativas fiscalizadas pelo Ministério da Fazenda e pelo do Trabalho, Indústria e Comércio, ficando impedidas as mesmas de funcionar até que seja substituída a sua administração. *Ibid.*

³⁰⁸ Art. 3º O Poder Público reconhece às entidades privadas, nacionais ou estrangeiras, o direito à propriedade da terra em condomínio, quer sob a forma de cooperativas quer como sociedades abertas constituídas na forma da legislação em vigor. Parágrafo único. Os estatutos das cooperativas e demais sociedades, que se organizarem na forma prevista neste artigo, deverão ser aprovados pelo Instituto Brasileiro de Reforma

deveriam passar por aprovação do Estado (na oportunidade, o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária – IBRA), que, segundo o normativo, estabeleceria as “condições mínimas de democratização” de tais sociedades.

O Estado, nesse período, estabelece um aparato de controle, avocando a competência de ser o garantidor do processo democrático em sociedades cooperativas, mediante controle prévio. Dito de outro modo, a autonomia privada dos associados, no estabelecimento de regras estatutárias, sofria intervenção direta do Estado, através de seus órgãos de fiscalização.

Em 1971, as Sociedades Cooperativas passaram a ser reguladas pela Lei 5764/71, revogando-se todos os demais normativos atinentes a tais sociedades.

Com efeito, a Lei 5764/71 dá início a nova fase das Sociedades Cooperativas no ordenamento jurídico brasileiro, dispondo, de início, sobre a “Política Nacional de Cooperativismo”³⁰⁹, reconhecendo oficialmente, pela primeira vez, o interesse público sobre a matéria e conferindo ao Estado a atribuição de estimular as atividades do Cooperativismo, principalmente através da prestação de assistência técnica e de incentivos financeiros e creditórios especiais.

Segundo a Lei 5764/71, as Sociedades Cooperativas são constituídas por pessoas físicas³¹⁰ que se unem para o exercício de uma atividade econômica, sem objetivo de lucro³¹¹. Ainda segundo o normativo as Cooperativas possuem natureza civil e própria e são

Agrária (I.B.R.A.) que estabelecerá condições mínimas para a democratização dessas sociedades. BRASIL. *Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³⁰⁹ Art. 1º Compreende-se como Política Nacional de Cooperativismo a atividade decorrente das iniciativas ligadas ao sistema cooperativo, originárias de setor público ou privado, isoladas ou coordenadas entre si, desde que reconhecido seu interesse público. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

Art. 2º As atribuições do Governo Federal na coordenação e no estímulo às atividades de cooperativismo no território nacional serão exercidas na forma desta Lei e das normas que surgirem em sua decorrência. Parágrafo único. A ação do Poder Público se exercerá, principalmente, mediante prestação de assistência técnica e de incentivos financeiros e creditórios especiais, necessários à criação, desenvolvimento e integração das entidades cooperativas. *Ibid.*

³¹⁰ Cabe explicitar que a Lei 5764/71 apresenta três categorias de Cooperativas, a saber: (1) Singulares; (2) Centrais e Federações; (3) Confederações, às quais a doutrina se refere, didaticamente, como de 1º, 2º e 3º graus, respectivamente. Art. 6º As sociedades cooperativas são consideradas: I - singulares, as constituídas pelo número mínimo de 20 (vinte) pessoas físicas, sendo excepcionalmente permitida a admissão de pessoas jurídicas que tenham por objeto as mesmas ou correlatas atividades econômicas das pessoas físicas ou, ainda, aquelas sem fins lucrativos; II - cooperativas centrais ou federações de cooperativas, as constituídas de, no mínimo, 3 (três) singulares, podendo, excepcionalmente, admitir associados individuais; III - confederações de cooperativas, as constituídas, pelo menos, de 3 (três) federações de cooperativas ou cooperativas centrais, da mesma ou de diferentes modalidades”. *Ibid.*

³¹¹ Art. 3º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro. *Ibid.*

constituídas para prestar serviços aos próprios associados³¹².

As características de uma sociedade cooperativa, elencadas em Lei, a apresentam como:

I – sociedade de pessoa físicas (excepcionalmente admitidas pessoas jurídicas), na qual as características pessoais dos sócios são relevantes por ocasião de sua associação e da manutenção de sua característica de sócio, portanto inviável a cessão de capital a terceiros, estranhos à sociedade;

II - sociedades democráticas, nas quais os sócios possuem liberdade de ingresso e de recesso, expressa na adesão voluntária e livre; nas quais a singularidade de voto (nas cooperativas singulares) estabelece que todos os associados tem direito a um voto, independentemente do capital que tiverem integralizado na sociedade;

III – sociedades que buscam a consecução da igualdade, que distribuem seus resultados proporcionalmente às operações realizadas pelos associados (e não proporcionalmente ao capital) e constituem fundos para assistência técnica, educacional e social, objetivando a melhora da condição dos associados.

Relevante referir que, a Lei 5764/71 delegava ao denominado “Órgão Executivo Federal de Controle” a competência para controlar as sociedades cooperativas, desde a sua criação (onde fazia-se necessário que o referido órgão concedesse a “autorização de funcionamento”³¹³), passando pelas suas operações e, finalizando, com o controle de seu

³¹² Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes; III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais; IV - inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade; V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade; VI - quorum para o funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital; VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral; VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social; IX - neutralidade política e discriminação religiosa, racial e social; X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa; XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³¹³ SEÇÃO I. Da Autorização de Funcionamento. Art. 17. A cooperativa constituída na forma da legislação vigente apresentará ao respectivo órgão executivo federal de controle, no Distrito Federal, Estados ou Territórios, ou ao órgão local para isso credenciado, dentro de 30 (trinta) dias da data da constituição, para fins de autorização, requerimento acompanhado de 4 (quatro) vias do ato constitutivo, estatuto e lista nominativa, além de outros documentos considerados necessários. Art. 18. Verificada, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a contar da data de entrada em seu protocolo, pelo respectivo órgão executivo federal de controle ou órgão local para isso credenciado, a existência de condições de funcionamento da cooperativa em constituição, bem como a regularidade

processo de dissolução e liquidação.

De acordo com a Lei 5764/71, o Órgão poderia estabelecer as normas de formação do capital social³¹⁴, opinar em processos de fusão e de incorporação de Cooperativas³¹⁵, deveria ser ouvido por ocasião da dissolução voluntária de sociedades cooperativas³¹⁶, promover a dissolução de Cooperativas³¹⁷ sob a forma de liquidação extrajudicial³¹⁸,

da documentação apresentada, o órgão controlador devolverá, devidamente autenticadas, 2 (duas) vias à cooperativa, acompanhadas de documento dirigido à Junta Comercial do Estado, onde a entidade estiver sediada, comunicando a aprovação do ato constitutivo da requerente. § 1º Dentro desse prazo, o órgão controlador, quando julgar conveniente, no interesse do fortalecimento do sistema, poderá ouvir o Conselho Nacional de Cooperativismo, caso em que não se verificará a aprovação automática prevista no parágrafo seguinte. § 2º A falta de manifestação do órgão controlador no prazo a que se refere este artigo implicará a aprovação do ato constitutivo e o seu subsequente arquivamento na Junta Comercial respectiva. § 3º Se qualquer das condições citadas neste artigo não for atendida satisfatoriamente, o órgão ao qual compete conceder a autorização dará ciência ao requerente, indicando as exigências a serem cumpridas no prazo de 60 (sessenta) dias, findos os quais, se não atendidas, o pedido será automaticamente arquivado. § 4º À parte é facultado interpor da decisão proferida pelo órgão controlador, nos Estados, Distrito Federal ou Territórios, recurso para a respectiva administração central, dentro do prazo de 30 (trinta) dias contado da data do recebimento da comunicação e, em segunda e última instância, ao Conselho Nacional de Cooperativismo, também no prazo de 30 (trinta) dias, exceção feita às cooperativas de crédito, às seções de crédito das cooperativas agrícolas mistas, e às cooperativas habitacionais, hipótese em que o recurso será apreciado pelo Conselho Monetário Nacional, no tocante às duas primeiras, e pelo Banco Nacional de Habitação em relação às últimas. § 5º Cumpridas as exigências, deverá o despacho do deferimento ou indeferimento da autorização ser exarado dentro de 60 (sessenta) dias, findos os quais, na ausência de decisão, o requerimento será considerado deferido. Quando a autorização depender de dois ou mais órgãos do Poder Público, cada um deles terá o prazo de 60 (sessenta) dias para se manifestar. § 6º Arquivados os documentos na Junta Comercial e feita a respectiva publicação, a cooperativa adquire personalidade jurídica, tornando-se apta a funcionar. § 7º A autorização caducará, independentemente de qualquer despacho, se a cooperativa não entrar em atividade dentro do prazo de 90 (noventa) dias contados da data em que forem arquivados os documentos na Junta Comercial. § 8º Cancelada a autorização, o órgão de controle expedirá comunicação à respectiva Junta Comercial, que dará baixa nos documentos arquivados. § 9º A autorização para funcionamento das cooperativas de habitação, das de crédito e das seções de crédito das cooperativas agrícolas mistas subordina-se ainda, à política dos respectivos órgãos normativos. § 10. A criação de seções de crédito nas cooperativas agrícolas mistas será submetida à prévia autorização do Banco Central do Brasil. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³¹⁴ Art. 25. Para a formação do capital social poder-se-á estipular que o pagamento das quotas-partes seja realizado mediante prestações periódicas, independentemente de chamada, por meio de contribuições ou outra forma estabelecida a critério dos respectivos órgãos executivos federais. *Ibid.*

³¹⁵ Art. 57. Pela fusão, duas ou mais cooperativas formam nova sociedade. [...] § 2º Aprovado o relatório da comissão mista e constituída a nova sociedade em Assembleia Geral conjunta os respectivos documentos serão arquivados, para aquisição de personalidade jurídica, na Junta Comercial competente, e duas vias dos mesmos, com a publicação do arquivamento, serão encaminhadas ao órgão executivo de controle ou ao órgão local credenciado. *Ibid.*

³¹⁶ Art. 65. Quando a dissolução for deliberada pela Assembléia Geral, esta nomeará um liquidante ou mais, e um Conselho Fiscal de 3 (três) membros para proceder à sua liquidação. § 1º O processo de liquidação só poderá ser iniciado após a audiência do respectivo órgão executivo federal. [...] *Ibid.*

³¹⁷ Art. 64. Quando a dissolução da sociedade não for promovida voluntariamente, nas hipóteses previstas no artigo anterior, a medida poderá ser tomada judicialmente a pedido de qualquer associado ou por iniciativa do órgão executivo federal. *Ibid.*

³¹⁸ Art. 75. A liquidação extrajudicial das cooperativas poderá ser promovida por iniciativa do respectivo órgão executivo federal, que designará o liquidante, e será processada de acordo com a legislação específica e demais disposições regulamentares, desde que a sociedade deixe de oferecer condições operacionais, principalmente por constatada insolvência. § 1º A liquidação extrajudicial, tanto quanto possível, deverá ser precedida de intervenção na sociedade. § 2º Ao interventor, além dos poderes expressamente concedidos no ato de intervenção, são atribuídas funções, prerrogativas e obrigações dos órgãos de administração. *Ibid.*

autorizar a participação de Cooperativas em sociedades não cooperativas³¹⁹ e, finalmente, intervir nas Cooperativas³²⁰.

Walmor Franke, em relação à legislação vigente à época, refere a legalidade da intervenção estatal em Cooperativas e que o referido controle não estaria adstrito apenas a questões estatutárias mas, inclusive, à análise da viabilidade da Cooperativa:

O órgão federal de controle – Banco Central do Brasil, Banco Nacional da Habitação ou Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – deverá examinar não só o preenchimento dos requisitos exigidos para a validade dos Estatutos, bem como verificar, por igual, se a cooperativa em constituição tem condições de funcionamento [...]. Neste caso, é evidente que o exame atinente às possibilidades de funcionamento da cooperativa em formação deverá ser mais acurado, sendo lícito ao órgão controlador, no interesse do próprio sistema, exigir da requerente elementos que permitam concluir pela sua viabilidade³²¹.

Nesse mesmo sentido, Vergilio Perius, ao analisar a Lei 5764/71 sob a égide do ordenamento constitucional vigente à época, refere os três tipos de controles então existentes: o Controle Democrático; o Controle Oficial e o Controle Operacional.³²² Dessa forma, o Controle Democrático se estabelece através das Assembleias Gerais de Sócios e da estruturação de um Conselho Fiscal formado por Sócios; o Controle Oficial, exercido pelo Estado desde a autorização para funcionamento da Cooperativa pelo Estado até sua dissolução e o Controle Operacional, cujas atividades são exercidas pelos sócios, sob a fiscalização estatal, no que concerne às operações econômicas, na consecução dos objetivos sociais – os denominados “Atos Cooperativos”.

No que tange ao Controle Oficial, refere Perius a sua inadequação à própria definição

³¹⁹ Art. 88. Mediante prévia e expressa autorização concedida pelo respectivo órgão executivo federal, consoante as normas e limites instituídos pelo Conselho Nacional de Cooperativismo, poderão as cooperativas participar de sociedades não cooperativas públicas ou privadas, em caráter excepcional, para atendimento de objetivos acessórios ou complementares. Parágrafo único. As inversões decorrentes dessa participação serão contabilizadas em títulos específicos e seus eventuais resultados positivos levados ao "Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social". Ibid.

³²⁰ Art. 93. O Poder Público, por intermédio da administração central dos órgãos executivos federais competentes, por iniciativa própria ou solicitação da Assembléia Geral ou do Conselho Fiscal, intervirá nas cooperativas quando ocorrer um dos seguintes casos: I - violação contumaz das disposições legais; II - ameaça de insolvência em virtude de má administração da sociedade; III - paralisação das atividades sociais por mais de 120 (cento e vinte) dias consecutivos; IV - inobservância do artigo 56, § 2º. Parágrafo único. Aplica-se, no que couber, às cooperativas habitacionais, o disposto neste artigo. Art. 94. Observar-se-á, no processo de intervenção, a disposição constante do § 2º do artigo 75. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³²¹ FRANKE, Walmor. Influência Rochdaleana na legislação cooperativista brasileira e problemas atuais. In: FRANKE, Walmor. *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio, 1988. p. 18.

³²² PERIUS, Vergilio. Atenuação ou eliminação estatal tendo em vista o projeto de autocontrole. In: ROSE, Marco Túlio de (Org.). *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 39.

de sociedade cooperativa, no sentido de que, tratando-se de um empreendimento democrático, o controle também deve ser dotado de tal característica:

a autonomia começou a ser ferida com a questão da autorização prévia para o funcionamento, o que causa grave dano às cooperativas constituídas [...] a autonomia é inerente à própria definição de sociedade cooperativa e não admite, teoricamente, subordinação [...]. Achamos que a autonomia de controle é essencial à preservação e à pureza do próprio sistema cooperativo [...].³²³

Nesses termos, há a defesa pelo autor do Controle Democrático em detrimento do Controle Oficial, na medida em que este fere a autonomia dos sócios e aquele é a própria expressão da autonomia dos associados, o que é preconizado, inclusive, pelo Princípios Cooperativistas.

Em relação ao Controle Operacional, pode-se dizer que o mesmo se assemelha ao controle exercido, no ordenamento jurídico italiano, ao conceder benefícios fiscais apenas a Cooperativas consideradas “de mutualidade prevalente”, que se caracterizam por operarem, precipuamente, com seus associados (em detrimento de operações com terceiros). No caso do ordenamento jurídico brasileiro, todavia, tal diferenciação (para efeitos societários e tributários), se dá a partir do conceito de Ato Cooperativo, estabelecido pela Lei 5764/71, em seu art. 79 da Lei 5764/71.³²⁴ Nesse sentido, as Cooperativas, no Brasil, podem praticar Atos Cooperativos e Atos não Cooperativos, sendo que somente na prática dos primeiros é que há tratamento tributário diferenciado:

O controle operacional se deriva das operações da empresa cooperativa com os seus sócios (atos cooperativos) [...]. Portanto, toda a operação feita entre sócios e cooperativas enquadra-se no conceito de ato cooperativo. O que garante juridicamente ao ato cooperativo é o critério de identidade entre sócio e Cooperativa. Esse critério possibilita ao detentor ou dono do capital ser, ao mesmo tempo, beneficiário dos serviços de sua empresa, o que quer dizer, ser fiscal de seus serviços [...]. O critério de identidade nos facilita também o conceito da própria cooperativa, como sendo uma associação voluntária de pessoas que procuram melhorar sua situação sócio-econômica,

³²³ PERIUS, Vergílio. Atenuação ou eliminação estatal tendo em vista o projeto de autocontrole. In: ROSE, Marco Túlio de (Org.). *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 48.

³²⁴ Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais. Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

utilizando o serviço de uma empresa comum, com a qual se identificam plenamente e passam a dirigi-la e a controla-la democraticamente.³²⁵

Em suma, verifica-se que no período, apresentam-se três espécies de Controles: o Controle Democrático, exercido pelos sócios; o Controle Oficial, exercido pelo Estado desde a autorização para funcionamento até a dissolução da Cooperativa; o Controle Operacional, exercido pelos sócios sob fiscalização do Estado, nas operações econômicas que a Cooperativa realiza com o associado, para a consecução dos objetivos sociais. Verifica-se que o Estado, através do Controle Oficial, intervinha nas regras estabelecidas pelos sócios, a regular suas relações com a Cooperativa e através do Controle Operacional, exercia a fiscalização das operações econômicas realizadas entre a Cooperativa e o Sócio.

4.1.3.1.3 A Constituição Federal de 1988 e o Fim da Intervenção Estatal em Cooperativas

A Constituição Federal de 1988 encerrou, efetivamente, o período de intervenção do Estado em Sociedades Cooperativas, que perdurou entre 1938 e 1988.³²⁶ Com efeito, dispõe o art. 5º, inciso XVIII, da Constituição Federal: “Art. 5o [...] XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”.

Analisando-se o texto constitucional verifica-se que a Lei 5.764/71 foi recepcionada pelo ordenamento constitucional vigente, excetuando-se as disposições da referida lei atinentes à **autorização para funcionamento de Cooperativas**, bem como àquelas que se referem à **intervenção estatal em Cooperativas**, considerando-se que o texto constitucional é expresso ao determinar que a criação de Cooperativas independe de autorização, sendo vedada “a interferência estatal em seu funcionamento”.

Além disso, a Constituição Federal, em seu art. 174, § 2º, dispôs expressamente acerca da postura do Estado em relação ao Cooperativismo, determinando ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, a tarefa de apoiar e estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo³²⁷.

³²⁵ PERIUS, op. cit., p. 52.

³²⁶ Como afirma Vergílio Perius, a Constituição de 1988 encerrou o período de intervenção estatal em Cooperativas, iniciando o Cooperativismo, nesses termos, sua Fase Autogestionária: “Em 1988, avançou o cooperativismo, pois os constituintes consagraram proteção ao sistema. Trata-se de um grande avanço e, comparando as Constituições de outros países que também o protegem, pode-se afirmar, sem sobra de dúvida, que se trata de um dos melhores textos constitucionais sobre cooperativismo”. PERIUS, Vergílio Frederico. *Cooperativismo e lei*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001. p. 28.

³²⁷ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo

Nesse sentido, a Constituição de 1988 alinhou-se às Constituições dos países do chamado “Marco Latino” do Cooperativismo. Tais dispositivos demonstram, claramente, a opção do legislador constitucional pela inclusão do cooperativismo como uma das formas de consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito que, por tal motivo, mantém sua autonomia em relação ao Estado e deve ser fomentado por este.

Com efeito, verifica-se que o legislador constitucional reconheceu as especificidades das Cooperativas, ao recepcionar o conceito de “Ato Cooperativo” a caracterizar as operações econômicas realizadas entre associados e Cooperativas ao dispor, inclusive, sobre a necessidade de legislação complementar a estabelecer o adequado tratamento tributário ao Ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas³²⁸.

Nesse sentido, encerra-se a fase do “Controle Oficial” de Sociedades Cooperativas pelo Estado, mantendo-se, contudo, o “Controle Operacional”, no que concerne às operações econômicas realizadas entre associado e Cooperativa, no sentido da segregação entre os chamados Atos Cooperativos e Atos não Cooperativos, (notadamente para efeitos tributários) e o “Controle Democrático”, realizado, como referido, pelos próprios sócios, que concerne então às relações associativas estabelecidas entre sócios e Cooperativas, apresentadas aqui como Relações Cooperativo-Comunitárias.

Dessa forma, pode-se dizer que as matérias que, no paradigma constitucional anterior eram objeto do “Controle Oficial” passam a ser de competência dos sócios. Superando, portanto, o modelo anterior de intervenção estatal em Cooperativas, a Constituição Federal rompe, em verdade, com a concepção de um Estado Interventor, confiando então, ao Controle Democrático a tarefa de desenvolver o Cooperativismo.

4.1.3.1.4 Legislação Infraconstitucional Pós Constituição de 1988

A partir da Constituição Federal de 1988, ao par da recepção da Lei 5764/71 – que disciplina as Sociedades Cooperativas – houve o advento de legislação a disciplinar as “Cooperativas Sociais”, através da Lei 9867/99; as “Cooperativas de Crédito”, através da Lei

para o setor privado. § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013

³²⁸ Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

Complementar 130/2009 e, recentemente, as “Cooperativas de Trabalho”, através da Lei 12.690/2012.

- Lei 9867/99

A Lei 9867/99 dispõe sobre a “criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos”.

Com efeito, a legislação é praticamente a tradução da Lei Italiana n. 381, de 08 de Novembro de 1991 e objetiva incluir, no mercado, por meio do trabalho³²⁹, pessoas consideradas em situação de desvantagem³³⁰.

Na Itália, a Lei de Cooperativas Sociais possibilitou o desenvolvimento de ações de promoção de Cooperativas Sociais.³³¹ Não obstante ao fato de que as Cooperativas Sociais sejam numerosas na Itália e prestam um relevante serviço de inclusão de pessoas consideradas em situação de desvantagem, no Brasil o modelo ainda é incipiente, notadamente em face de que – ao contrário do que ocorre na Itália – no Brasil uma Cooperativa Social possui os mesmos custos sociais (no que concerne a contribuições previdenciárias), que qualquer outra empresa³³².

³²⁹ Art. 1o As Cooperativas Sociais, constituídas com a finalidade de inserir as pessoas em desvantagem no mercado econômico, por meio do trabalho, fundamentam-se no interesse geral da comunidade em promover a pessoa humana e a integração social dos cidadãos, e incluem entre suas atividades: I – a organização e gestão de serviços socio sanitários e educativos; e II – o desenvolvimento de atividades agrícolas, industriais, comerciais e de serviços. BRASIL. Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos, conforme específica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9867.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³³⁰ Art. 3o Consideram-se pessoas em desvantagem, para os efeitos desta Lei: I – os deficientes físicos e sensoriais; II – os deficientes psíquicos e mentais, as pessoas dependentes de acompanhamento psiquiátrico permanente, e os egressos de hospitais psiquiátricos; III – os dependentes químicos; IV – os egressos de prisões; V – (VETADO) VI – os condenados a penas alternativas à detenção; VII – os adolescentes em idade adequada ao trabalho e situação familiar difícil do ponto de vista econômico, social ou afetivo. § 1o (VETADO) § 2o As Cooperativas Sociais organizarão seu trabalho, especialmente no que diz respeito a instalações, horários e jornadas, de maneira a levar em conta e minimizar as dificuldades gerais e individuais das pessoas em desvantagem que nelas trabalharem, e desenvolverão e executarão programas especiais de treinamento com o objetivo de aumentar-lhes a produtividade e a independência econômica e social. § 3o A condição de pessoa em desvantagem deve ser atestada por documentação proveniente de órgãos da administração pública, ressalvando-se o direito à privacidade. Ibid.

³³¹ “[...] il refirmento che occorre con maggiore frequenza è quello ala legge nazionale n. 381/91 soprattutto per le possibilità de essa oferte di porre in essere convenzioni tra enti pubblici e cooperative di tipo “B” come modalità alternativa alle aste o alle gare d’appalto. I operatori social ritengono, inoltre, che la legge nazionale abbia reso possibile lo sviluppo di azioni di promozione dele cooperative social e fornito un quadro di riferimento per un assetto più preciso delle cooperative di tipo “B”. MATTIONI, Fulvio. *Da svantaggiati a imprenditori*: Risrose umane, mercato e sviluppo delle cooperative sociali di “tipo B” in Italia. ANCSST: Roma, 1998. p. 70.

³³² Com efeito, o Projeto de Lei, em seu art. 5º, assim dispunha: "Art. 5o Aplicam-se às Cooperativas Sociais, naquilo que couber, os dispositivos constitucionais referentes às cooperativas, bem como os da Lei no 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e os da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993)". Tal dispositivo garantiria às Cooperativas Sociais a possibilidade de serem consideradas como

Efetivamente, a diferenciação que a referida lei traz às Cooperativas Sociais, comparativamente às demais cooperativas, é a possibilidade de previsão de categorias de chamados “sócios voluntários”³³³, que são aqueles sócios, não incluídos na definição de pessoas em desvantagem, que prestam serviços gratuitamente à sociedade, notadamente em tarefas administrativas da própria cooperativa.

- Lei Complementar 130/2009

As Cooperativas de Crédito surgiram na Alemanha, a partir da concepção de Friedrich Wilhelm Raiffeisen, ligado ao Cooperativismo Rural e de Herman Schulze, por sua vez ligado aos movimentos urbanos. O sistema cooperativista de crédito alemão, na atualidade, é resultado da fusão desses dois sistemas³³⁴.

No Brasil, a Constituição Federal inclui as Cooperativas de Crédito no Sistema Financeiro Nacional³³⁵, possibilitando, nesses termos, a inclusão de uma sociedade cuja

entidades de Assistência Social, garantindo-lhe tratamento favorecido. O dispositivo fora vetado, sendo consignado como Razão do Veto: "a aplicação, no que couber, das Leis nos 5.764, de 16 de dezembro de 1971 e 8.742, de 7 de dezembro de 1993, é por demais abrangente ao dispor de assunto de grande repercussão na previdência social. Permitir que a cooperativa que visa intermediar mão-de-obra usufrua das vantagens concedidas às entidades ali mencionadas desvirtuaria a Lei Orgânica de Assistência Social." BRASIL. *Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos, conforme específica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9867.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³³³ Art. 4o O estatuto da Cooperativa Social poderá prever uma ou mais categorias de sócios voluntários, que lhe prestem serviços gratuitamente, e não estejam incluídos na definição de pessoas em desvantagem. BRASIL. *Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos, conforme específica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9867.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³³⁴ “A primeira cooperativa de crédito não demoraria a surgir. Três anos depois, em 1847, Friedrich Wilhelm Raiffeisen, natural da Renânia, criou no povoado de Weyerbusch/Westerwald a primeira associação de apoio para a população rural, que, embora não fosse ainda uma cooperativa, serviria de modelo para a futura atividade cooperativista de Raiffeisen. A primeira cooperativa, fundada por ele em 1864, chamava-se “Heddesdorfer Darlehnskassenverein” (Associação de Caixas de Empréstimo de Heddesdorf). As Cooperativas criadas por Raiffeisen, tipicamente rurais, tinham como principais características a responsabilidade ilimitada e solidária dos associados, a singularidade de votos dos sócios, independentemente do número de quotas-parte, a área de atuação restrita, a ausência de capital social e a não-distribuição de sobras, excedentes ou dividendos. Ainda hoje, esse tipo de cooperativa é bastante popular na Alemanha. Um prussiano, Herman Schulze, foi o pioneiro no que tange às cooperativas de crédito urbanas. Em 1856, organizou sua primeira “associação de dinheiro antecipado”, uma cooperativa de crédito na cidade alemã de Delitzsch. As cooperativas fundadas por Herman Schulze passariam a ser conhecidas como “cooperativas do tipo Schulze-Delitzsch”, atualmente conhecidas na Alemanha como bancos populares. Essas cooperativas diferenciavam-se das cooperativas do tipo Raiffeisen por preverem o retorno das sobras líquidas proporcionalmente ao capital, à área de atuação não-restrita e ao fato de seus dirigentes serem remunerados”. PINHEIRO, Marcos Antonio Henriques. *Cooperativas de crédito: história da evolução normativa no Brasil*. Brasília: BCB, 2008. p. 23.

³³⁵ Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporem, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. BRASIL, op. cit.

gestão é democrática, no contexto do capitalismo financeiro. Com efeito, a Lei Complementar 130/2009 tem como objeto, nesses termos, dispor sobre algumas normas específicas de interesse das Cooperativas de Crédito para seu desenvolvimento.

A Lei Complementar 130/2009 dispõe sobre o “Sistema Nacional de Crédito Cooperativo”, incluindo em tal conceito as instituições financeiras constituídas sob a forma de Cooperativas de Crédito³³⁶.

Não obstante ao novo paradigma constitucional em relação ao Cooperativismo – o da não intervenção – verifica-se que a Lei Complementar 130/2009 estabelece formas de regulação³³⁷, notadamente em virtude de tratar-se, a Cooperativa de Crédito, de pessoa jurídica integrante do Sistema Financeiro Nacional e, nesse sentido, as competências legais do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil em relação às instituições financeiras aplicam-se às cooperativas de crédito.³³⁸

³³⁶ Art. 2º As cooperativas de crédito destinam-se, precipuamente, a prover, por meio da mutualidade, a prestação de serviços financeiros a seus associados, sendo-lhes assegurado o acesso aos instrumentos do mercado financeiro. § 1º A captação de recursos e a concessão de créditos e garantias devem ser restritas aos associados, ressalvadas as operações realizadas com outras instituições financeiras e os recursos obtidos de pessoas jurídicas, em caráter eventual, a taxas favorecidas ou isentos de remuneração. § 2º Ressalvado o disposto no § 1º deste artigo, é permitida a prestação de outros serviços de natureza financeira e afins a associados e a não associados. § 3º A concessão de créditos e garantias a integrantes de órgãos estatutários, assim como a pessoas físicas ou jurídicas que com eles mantenham relações de parentesco ou negócio, deve observar procedimentos de aprovação e controle idênticos aos dispensados às demais operações de crédito. § 4º A critério da assembléia geral, os procedimentos a que se refere o § 3º deste artigo podem ser mais rigorosos, cabendo-lhe, nesse caso, a definição dos tipos de relacionamento a serem considerados para aplicação dos referidos procedimentos. § 5º As cooperativas de crédito, nos termos da legislação específica, poderão ter acesso a recursos oficiais para o financiamento das atividades de seus associados. BRASIL. *Lei complementar n. 130, de 17 de abril de 2009*. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo e revoga dispositivos das Leis nos 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp130.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³³⁷ Art. 12. O CMN, no exercício das competências que lhe são atribuídas pela legislação que rege o SFN, poderá dispor, inclusive, sobre as seguintes matérias: I - requisitos a serem atendidos previamente à constituição ou transformação das cooperativas de crédito, com vistas ao respectivo processo de autorização a cargo do Banco Central do Brasil; II - condições a serem observadas na formação do quadro de associados e na celebração de contratos com outras instituições; III - tipos de atividades a serem desenvolvidas e de instrumentos financeiros passíveis de utilização; IV - fundos garantidores, inclusive a vinculação de cooperativas de crédito a tais fundos; V - atividades realizadas por entidades de qualquer natureza, que tenham por objeto exercer, com relação a um grupo de cooperativas de crédito, supervisão, controle, auditoria, gestão ou execução em maior escala de suas funções operacionais; VI - vinculação a entidades que exerçam, na forma da regulamentação, atividades de supervisão, controle e auditoria de cooperativas de crédito; VII - condições de participação societária em outras entidades, inclusive de natureza não cooperativa, com vistas ao atendimento de propósitos complementares, no interesse do quadro social; VIII - requisitos adicionais ao exercício da faculdade de que trata o art. 9º desta Lei Complementar. § 1º O exercício das atividades a que se refere o inciso V do caput deste artigo, regulamentadas pelo Conselho Monetário Nacional - CMN, está sujeito à fiscalização do Banco Central do Brasil, sendo aplicáveis às respectivas entidades e a seus administradores as mesmas sanções previstas na legislação em relação às instituições financeiras. § 2º O Banco Central do Brasil, no exercício de sua competência de fiscalização das cooperativas de crédito, assim como a entidade que realizar, nos termos da regulamentação do CMN, atividades de supervisão local podem convocar assembléia geral extraordinária de instituição supervisionada, à qual poderão enviar representantes com direito a voz. *Ibid.*

³³⁸ Art. 1º As instituições financeiras constituídas sob a forma de cooperativas de crédito submetem-se a esta Lei Complementar, bem como à legislação do Sistema Financeiro Nacional - SFN e das sociedades

Destacam-se, entre os mecanismos de fiscalização/regulação, a competência do Conselho Monetário Nacional em estabelecer condições de participação societária em outras entidades, inclusive de natureza não cooperativa, com vistas ao atendimento de propósitos complementares, no interesse do quadro social e a competência do Banco Central do Brasil autorizar o funcionamento das Cooperativas de Crédito, podendo inclusive convocar Assembleia Geral Extraordinária.

- Lei 12.690/2012

A Lei 12.690/2012 disciplina as Cooperativas de Trabalho³³⁹ no Brasil e objetiva resolver questões judiciais que se sucederam com o advento da Lei nº 8.949 de 09 de dezembro de 1994³⁴⁰, notadamente da garantia de direitos mínimos ao trabalhador, sócio da Cooperativa.

Dessa maneira, a Lei nº 12.690/2012 materializa a preocupação com o desenvolvimento de um Cooperativismo de Trabalho que tenha, efetivamente, por finalidade a melhora de condições de trabalho e renda de seus trabalhadores associados, avessa à precarização do trabalho e orientada segundo princípios democráticos consubstanciados na promoção de uma Autonomia Coletiva.

Com efeito, resta lembrar que a Organização Internacional do Trabalho, através da Recomendação 193, em seu item 8. (1) recomenda que:

8. (1) As políticas nacionais deveriam sobretudo: (a) promover as normas fundamentais da OIT sobre trabalho e sua Declaração sobre Princípios e

cooperativas. § 1º As competências legais do Conselho Monetário Nacional - CMN e do Banco Central do Brasil em relação às instituições financeiras aplicam-se às cooperativas de crédito [...].

³³⁹ O primeiro diploma legal a definir Cooperativas de Trabalho no Brasil foi o Decreto n. 22.239/1932 (revogado), que em seu art. 24 dispunha que: “Art. 24. São cooperativas de trabalho aquelas que, constituídas entre operários de uma determinada profissão ou ofício, ou de ofícios vários de uma mesma classe, tem como finalidade primordial melhorar os salários e as condições do trabalho pessoal de seus associados, e, dispensando a intervenção de um patrão ou empregador (sic), se propõem contratar e executar obras, tarefas, trabalhos ou serviços, públicos ou particulares, coletivamente por todos os por grupo de alguns”.

³⁴⁰ Com o advento da Lei n. 8.949 de 09 de dezembro de 1994 inseriu-se um Parágrafo Único no art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, explicitando a ausência de vínculo empregatício entre o associado, a cooperativa e o tomador de serviços: “Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”. Em verdade, essa disposição, de certa forma, já estava presente no art. 90 da Lei 5764/71, evidenciando a obviedade de que a relação estabelecida entre um sócio e sua Cooperativa trata-se de uma relação societária e não trabalhista. De qualquer sorte, por conta do dispositivo incluído na Consolidação das Leis do Trabalho, durante os anos 90 multiplicaram-se as Cooperativas de Trabalho no Brasil. Algumas, legítimas cooperativas tendo como sócios trabalhadores de diversas categorias profissionais, buscando adentrar no mercado formal de trabalho. Outras, verdadeiras empresas de locação de mão de obra, “travestidas” da forma Cooperativa, apenas para subtrair dos trabalhadores (no caso, os pseudo-associados) seus direitos trabalhistas”.

Direitos Fundamentais no Trabalho para todos os trabalhadores em cooperativas, sem qualquer distinção; (b) assegurar que não se instituem cooperativas, ou sejam usadas, como artifícios para escapar a obrigações trabalhistas ou para mascarar relações de emprego, e combater falsas cooperativas que violam direitos trabalhistas, garantindo a aplicação da legislação trabalhista em todas as empresas; (c) promover a igualdade de gênero nas cooperativas e em suas atividades; [...].

Dessa forma, já em seu art. 3º, ao par dos princípios cooperativistas consagrados pela Aliança Cooperativa Internacional³⁴¹, inserem-se novos princípios como o Princípio da “preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa” que são inclusive, fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil; o Princípio da “não precarização do trabalho”, deixando evidente o caráter promotor de melhores condições de trabalho e renda dos associados da Cooperativa; o Princípio do “respeito às decisões de assembleia”, onde deve observar-se a Autonomia Coletiva e Coordenada e o Princípio da “participação na gestão em todos os níveis de decisão”, corolário, do Princípio Cooperativista da Gestão democrática pelos membros.

A Lei 12.690/2012 apresenta o seguinte conceito³⁴² de Cooperativa de Trabalho³⁴³:

Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o **exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.**

§ 1º **A autonomia de que trata o caput deste artigo deve ser exercida de forma coletiva e coordenada,** mediante a fixação, em Assembleia Geral,

³⁴¹ Art. 3º A Cooperativa de Trabalho rege-se pelos seguintes princípios e valores: I - adesão voluntária e livre; II - gestão democrática; III - participação econômica dos membros; IV - autonomia e independência; V - educação, formação e informação; VI - intercooperação; VII - interesse pela comunidade; VIII - preservação dos direitos sociais, do valor social do trabalho e da livre iniciativa; IX - não precarização do trabalho; X - respeito às decisões de assembleia, observado o disposto nesta Lei; XI - participação na gestão em todos os níveis de decisão de acordo com o previsto em lei e no Estatuto Social. BRASIL. *Lei n. 12.690, de 19 de julho de 2012*. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³⁴² Cabe, igualmente referir, que a partir da Lei 12.690/2012, a expressão “Cooperativa de Trabalho” passa a compreender duas modalidades: as Cooperativas de Produção e as Cooperativas de Serviços. Art. 4º A Cooperativa de Trabalho pode ser: I - de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; e II - de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego. *Ibid.*

³⁴³ Outra inovação em relação à Lei Geral de Cooperativas (Lei 5764/71) está no número mínimo de associados para constituição de uma Cooperativa de Trabalho. Enquanto para os demais ramos cooperativos a exigência é de no mínimo 20 associados, nas Cooperativas de Trabalho esse número mínimo passa a ser de 7 (sete) associados, conforme preceitua a Lei 12.690/2012. Art. 6º A Cooperativa de Trabalho poderá ser constituída com número mínimo de 7 (sete) sócios. *Ibid.*

das regras de funcionamento da cooperativa e da forma de execução dos trabalhos, nos termos desta Lei.

§ 2º **Considera-se autogestão** o processo democrático no qual a Assembleia Geral define as diretrizes para o funcionamento e as operações da cooperativa, e os sócios decidem sobre a forma de execução dos trabalhos, nos termos da lei.

A inovação do presente dispositivo fica por parte da inclusão, na definição de Cooperativa de Trabalho de duas novas figuras jurídicas, denominadas de Autonomia e Autogestão.

A configuração da Autonomia do associado, que deve ser exercida de forma coletiva e coordenada, é requisito para que a Cooperativa cumpra com sua função de ser um instrumento do associado para melhora de suas condições de trabalho e renda e não um mero instrumento de exploração. Por autonomia entenda-se a situação pela qual os próprios associados definem as regras a que se submetem, através do processo de autogestão.

A Autogestão, nesses termos, é compreendida como um “Processo” no qual se exercita a autonomia dos associados. Para a consecução de tais objetivos, pode-se dizer que a Legislação apresenta dupla estratégia: a primeira, de estabelecer alguns limitadores à Autonomia dos associados em Assembleia Geral, com a estipulação de direitos mínimos que devem ser observados pela Cooperativa em relação a seus associados, que não podem ser objeto de renúncia; a segunda, que se trata de apresentar mecanismos para o exercício dessa autonomia, inserida no processo de autogestão.

Quanto aos Direitos, reconhecidos como limitadores mínimos à autonomia dos associados, a Lei definiu os seguintes:

Art. 7º A Cooperativa de Trabalho deve garantir aos sócios os seguintes direitos, além de outros que a Assembleia Geral venha a instituir: I - retiradas não inferiores ao piso da categoria profissional e, na ausência deste, não inferiores ao salário mínimo, calculadas de forma proporcional às horas trabalhadas ou às atividades desenvolvidas; II - duração do trabalho normal não superior a 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, exceto quando a atividade, por sua natureza, demandar a prestação de trabalho por meio de plantões ou escalas, facultada a compensação de horários; III - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; IV - repouso anual remunerado; V - retirada para o trabalho noturno superior à do diurno; VI - adicional sobre a retirada para as atividades insalubres ou perigosas; VII - seguro de acidente de trabalho. [...]

Tratam-se, em verdade, de direitos previstos pela Constituição Federal de 1988 como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, independentemente da existência de vínculo de

emprego e buscam garantir um padrão mínimo a ser observado em relação aos direitos dos associados de Cooperativas de Trabalho.

Quanto aos mecanismos previstos na referida Lei, estão a obrigatoriedade da realização de uma Assembleia Geral Especial³⁴⁴ (além das previstas na Lei Geral de Cooperativas, para deliberar sobre a gestão da cooperativa; o Estabelecimento de incentivos e punições³⁴⁵ a associados, objetivando aumentar seu interesse na participação nas Assembleias Gerais, e a eleição, pelos próprios associados, de coordenador³⁴⁶ dos trabalhos, pelo período de um ano. Por fim, a legislação dispõe que tais instrumentos serão objeto de fiscalização por parte do Ministério do Trabalho e Emprego³⁴⁷ e do Ministério Público do Trabalho.

³⁴⁴ Art. 11. Além da realização da Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária para deliberar nos termos dos e sobre os assuntos previstos na Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e no Estatuto Social, a Cooperativa de Trabalho deverá realizar anualmente, no mínimo, mais uma Assembleia Geral Especial para deliberar, entre outros assuntos especificados no edital de convocação, sobre gestão da cooperativa, disciplina, direitos e deveres dos sócios, planejamento e resultado econômico dos projetos e contratos firmados e organização do trabalho [...]. BRASIL. *Lei n. 12.690, de 19 de julho de 2012*. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³⁴⁵ Art. 11 [...] § 2º As Cooperativas de Trabalho deverão estabelecer, em Estatuto Social ou Regimento Interno, incentivos à participação efetiva dos sócios na Assembleia Geral e eventuais sanções em caso de ausências injustificadas. *Ibid.*

³⁴⁶ § 6º As atividades identificadas com o objeto social da Cooperativa de Trabalho prevista no inciso II do caput do art. 4º desta Lei, quando prestadas fora do estabelecimento da cooperativa, deverão ser submetidas a uma coordenação com mandato nunca superior a 1 (um) ano ou ao prazo estipulado para a realização dessas atividades, eleita em reunião específica pelos sócios que se disponham a realizá-las, em que serão expostos os requisitos para sua consecução, os valores contratados e a retribuição pecuniária de cada sócio partícipe. *Ibid.*

³⁴⁷ Art. 17. Cabe ao Ministério do Trabalho e Emprego, no âmbito de sua competência, a fiscalização do cumprimento do disposto nesta Lei. § 1º A Cooperativa de Trabalho que intermediar mão de obra subordinada e os contratantes de seus serviços estarão sujeitos à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por trabalhador prejudicado, dobrada na reincidência, a ser revertida em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT. § 2º Presumir-se-á intermediação de mão de obra subordinada a relação contratual estabelecida entre a empresa contratante e as Cooperativas de Trabalho que não cumprirem o disposto no § 6º do art. 7º desta Lei. § 3º As penalidades serão aplicadas pela autoridade competente do Ministério do Trabalho e Emprego, de acordo com o estabelecido no Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Ibid.*

Art. 18. A constituição ou utilização de Cooperativa de Trabalho para fraudar deliberadamente a legislação trabalhista, previdenciária e o disposto nesta Lei acarretará aos responsáveis as sanções penais, cíveis e administrativas cabíveis, sem prejuízo da ação judicial visando à dissolução da Cooperativa. § 1º (VETADO). § 2º Fica inelegível para qualquer cargo em Cooperativa de Trabalho, pelo período de até 5 (cinco) anos, contado a partir da sentença transitada em julgado, o sócio, dirigente ou o administrador condenado pela prática das fraudes elencadas no caput deste artigo. *Ibid.*

4.1.4 As Sociedades Cooperativas na Contemporaneidade: para uma adequada atribuição de sentido às sociedades cooperativas no paradigma do Estado democrático de direito

As Cooperativas, na contemporaneidade, não obstante ao fato de sua complementariedade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, visível na sua vocação para o desenvolvimento social através da propriedade comum de um empreendimento democrático, sofrem os reflexos de sua inserção em uma economia de mercado orientada à obtenção do lucro.

Apresentam-se, dessa forma, como uma autêntica terceira via de desenvolvimento, caracterizando-se como sociedades democráticas que visam à consecução de fins econômicos, todavia sem finalidade lucrativa, apresentando-se compatíveis com os objetivos almejados pelo Estado Democrático de Direito.

4.1.4.1 Uma “Terceira” Via de Desenvolvimento Social

Com efeito, o processo de globalização hegemônica demanda de todas as empresas a busca pela eficiência econômica, notadamente em um contexto de mundialização da economia em que as empresas transnacionais exercem pressões sobre as populações locais e sobre os próprios Estados, levando, muitas vezes, ao retorno ao liberalismo, como refere Bercovici:

Nesta perspectiva, a fragmentação da ordem econômico-financeira evidencia a agonia do antigo paradigma frente a expansão financeira do capital no sistema mundial. E mais: acentua a retomada do arcabouço jurídico liberal do século XIX. O direito financeiro, desarticulando-se do direito econômico, ganha centralidade na organização do capitalismo, impondo a rigidez dos instrumentos financeiros às boas intenções do constitucionalismo econômico do século XX.

348

Se é certo que o estabelecimento de complexas relações em nível global afetou a soberania dos Estados, resta ainda mais evidente que a maximização das atividades das empresas transnacionais atingiu proporções jamais vistas, a ponto de determinadas Corporações apresentarem recursos financeiros, humanos e relações de poder que em muito superam os de diversos Estados.

Do ponto de vista da relação estabelecida entre Estados e Corporações a contemporaneidade assiste ao surgimento de ambiguidades: se, por um lado, os Estados

³⁴⁸ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Estudos Constitucionais*, Rio de Janeiro, p. 122, 2007.

buscam atrair investimentos de tais corporações, com vistas a, preferencialmente, gerar empregos e desenvolvimento econômico, por outro, as Corporações, cada vez mais poderosas, muitas vezes impõe aos Estados a adoção de comportamentos que importem em benefícios ao seu livre desenvolvimento, eliminando possíveis restrições³⁴⁹.

Nesse sentido, os Estados são compelidos a adotarem legislações permissivas no que concerne aos Direitos Humanos, amplamente considerados, enquanto direitos da Pessoa, Direitos do Trabalhador, Proteção ao Meio Ambiente, entre outros. Dessa forma, a corrida por investimentos, também se materializa em uma disputa entre os Estados para a construção de um direito mais permissivo – e, portanto, mais atraente – às Corporações Internacionais. Esse fenômeno, que Lorenzetti denominou de “mercados de concorrência legislativa”³⁵⁰, parece estar cada vez mais presente na realidade dos Estados importando, em efetivo, no acirramento da vulnerabilidade da pessoa humana.

Na contemporaneidade, as Cooperativas se encontram em um contexto de desconcórdia entre os preceitos constitucionais e as práticas estatais: se, da análise dos textos constitucionais compromissários se verifica que a economia se pauta pela justiça social e por uma ética da solidariedade, por outro lado, a prática estatal muitas vezes denuncia a outorga de privilégios a agentes transnacionais descomprometidos com tais objetivos estatais.

Em um contexto em que as Cooperativas são levadas a concorrer, na ordem prática, com Corporações Transnacionais, o desafio está, justamente, em operar no mercado mantendo seus princípios e suas características próprias. Dito de outro modo: o desafio está, justamente, em sua lógica de resistência ao Capitalismo, no sentido da viabilização, em uma plataforma capitalista, de um empreendimento democrático.

Hagen refere o pensamento da OIT em relação ao tema, caracterizando o direito à participação na tomada de decisões sobre a produção e a distribuição da riqueza como a materialização de um Direito Humano. Refere ainda, que se trata de uma ideia central da OIT o não afastamento entre o desenvolvimento econômico e social, motivo pelo qual a

³⁴⁹ “[...] as relações entre empresas multinacionais e Estados são ambidirecionais e baseadas na interdependência recíproca: as empresas têm tanta necessidade de apoio e do suporte dos Estados como os Estados têm necessidade delas para assegurar o equilíbrio das trocas, reforçar o tecido industrial ou preservar o emprego; no processo de globalização, as dimensões econômicas e políticas estão inextricavelmente ligadas”. CHEVALIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 48-49.

³⁵⁰ De acordo com Lorenzetti, “A atividade empresária se tornou transnacional e pode se mobilizar de um país ao outro, gerando riqueza, emprego, ou, pelo contrário, pobreza e desemprego. Esse fenômeno introduz fortes pressões sobre os sistemas jurídicos nacionais, que começam a competir para atrair as empresas. Desde este ponto de vista metafórico poderia ser dito que existem “mercados de concorrência legislativa”. LORENZETTI, Ricardo Luís. *A era da desordem: o fenômeno da descodificação*. In: LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: RT, 2009. p. 65.

Organização se encontra engajada no desenvolvimento do Cooperativismo e da legislação cooperativa³⁵¹. É nesse sentido que refere Rui Namorado que:

Paralelamente, a globalização e a dinâmica liberalizante que a potencia e acompanha, suscitaram novas dificuldades das cooperativas nas suas relações com o tecido económico que lhes é exterior. A necessidade de se dotarem de meios financeiros e de instrumentos de gestão e relacionamento externo a que não estavam habituadas, coloca-as à mercê dos apetites e da agressividade dos que protagonizam os valores e alófica do capitalismo, actualmente hegemónico. A necessidade de garantir que as cooperativas, que se aventuram na procura de novos caminhos, não caiam nos alçapões dos seus inimigos objetivos, dá a este princípio uma especial actualidade.³⁵²

Na contemporaneidade, as Cooperativas compreendidas no contexto de um Estado Democrático de Direito que as considera como vetores de desenvolvimento social e económico se apresentam como alternativa a muitos grupos que o capitalismo tornou subalternos. Todavia, se por um lado pode-se perceber a relevância das Sociedades Cooperativas no contexto da atual ordem constitucional, por outro, no que concerne ao modelo económico dominante, verifica-se que as Sociedades Cooperativas ocupam papel secundário, configurando-as, como sociedades com ideologia própria³⁵³, caracterizada pela resistência³⁵⁴ ao capitalismo tradicional.

[...] La cooperativa si presenta come l'espressione organizzata di classi economicamente subalterne, mosso dall'intento di sottrarsi all'egemonia delle classi economicamente dominanti. La sua natura di organizzazione di classe si manifesta con tutta evidenza alle origini del fenomeno, che risalgono alla metà dell'Ottocento: Il movimento cooperativo sorge, in Inghilterra, come espressione del proletariato industriale; e sorge, a fianco del sindacato, com movimento della più generale organizzazione della classe

³⁵¹ Social justice materializes where the Human Right to participate in the decisionmaking concerning the production and distribution of wealth materializes. Enterprises with a democratic structure, like cooperatives, dispose of the necessary organizational set-up to organize this participation. It is a central idea of the ILO Constitution not to let economic and social development drift apart, whence the ILO engagement in cooperative development in general and in cooperative legislation in particular. HENRÝ, Hagen. *Guidelines for cooperative legislation*. Geneva: ILO, 2012. p. 26.

³⁵² NAMORADO, Rui. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 33.

³⁵³ “Por isso, as cooperativas não podem absorver acriticamente a imagem da sociedade construída pela ideologia dominante. O movimento tem de gerar uma capacidade de compreensão própria, que lhe permita escapar à visão da sociedade e do tempo em que vivemos reflectida pela ideologia apologética do capitalismo, para o efeito envolvida pelo manto enganador da objectividade e da cientificidade”. NAMORADO, Rui. *Estrutura e organização das cooperativas*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/138.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

³⁵⁴ “Percebe-se assim a razão por que se reconhece no cooperativismo uma lógica de resistência ao capitalismo e até uma certa energia alternativa, ao mesmo tempo que se verifica a relativa facilidade com que se insere num contexto capitalista. Do mesmo modo se compreende que alguns autores tenham visto no cooperativismo uma terceira via, distinta quer do capitalismo, quer do socialismo, enquanto outros o conceberam como componente incontornável deste último.” Ibid.

operaia. Gli obiettivi anticapitalistici del movimento cooperativo sono chiaramente visibili nelle cooperative di lavoro.³⁵⁵

Se, no seu surgimento, as Cooperativas foram integradas por operários, pode-se dizer que, na atualidade, as Cooperativas migraram para todos os ramos da economia onde o crescimento do modelo econômico hegemônico deixou seus excluídos, como analisa com percuciência Rui Namorado:

Na sua gênese, o movimento cooperativo foi um dos aspectos da emergência do movimento operário, sendo por isso naturalmente impregnado pelos valores que levaram ao inconformismo perante as desigualdades sociais, perante a injustiça e a opressão [...]. A questão que se pode aqui levantar é, talvez, a de saber se a forma cooperativa emigrou verdadeiramente para a esfera de grupos sociais distintos dos que estiveram na sua Gênese, ou se, correspondendo ela não a uma específica classe social mas à subalternidade dela, o que aconteceu foi ter-se estendido com naturalidade a todos os grupos sociais ou formas econômicas que a dinâmica histórica foi tornando subalternas.³⁵⁶

Em suma, as Sociedades Cooperativas inserem-se num contexto de descoincidência, entre os textos constitucionais (que preconizam sociedades justas, fraternas e igualitárias) e um modelo econômico que prioriza a acumulação de capital e a exclusão social. Dessa forma, pode-se dizer que as Cooperativas apresentam-se adequadas ao “vir-a-ser” que as Constituições contemporâneas apontam, todavia, apresentam-se totalmente inadequadas à noção tradicional de economia de mercado. É justamente em virtude dessa identificação com o “vir-a-ser” constitucional que a atribuição de sentido às Sociedades Cooperativas deve superar a dicotomia público X privado, considerando seu caráter de complementariedade³⁵⁷. Pode-se dizer que o Direito contemporâneo é, igualmente, vitimado pela referida “descoincidência” constitucional, motivo pelo qual também considera o Cooperativismo como subalterno³⁵⁸.

³⁵⁵ GALGANO, Francesco. *Il nuovo diritto societario*. Padova: CEDAM, 2003. p. 488.

³⁵⁶ NAMORADO, Rui. *Introdução ao direito cooperativo: por uma expressão jurídica da cooperatividade*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 20.

³⁵⁷ “É nítida a sua vocação de complementariedade, em face dos setores público e privado. E as suas virtualidades têm aumentado, por causa, quer do bloqueamento dos modelos cegamente crescimentistas, quer da impotência do sistema capitalista perante persistentes mazelas sociais, quer mesmo por causa do esboroar do coletivismo de Estado”. *Ibid.*, p. 13.

³⁵⁸ “O fenómeno cooperativo é um fenómeno social com escassa profundidade histórica, o que não pode deixar de o tornar especialmente sensível às pressões distorcedoras que o atinjam. Tem sido sempre subalterno, nos diversos contextos sócio-econômicos, o que o coloca longe das camadas estruturantes do sistema jurídico, deixando, por isso, de beneficiar da inércia daí resultante, que sempre atenua o impacte das intervenções legislativas mais abruptas e inusitadas”. Tanto mais que essa subalternidade é agravada pelo facto de envolver um desafio às lógicas econômicas dominantes, o que impõe uma maior necessidade de as normas jurídicas serem especialmente eficazes na produção e proteção de um espaço cooperativo autónomo, permanentemente submetido à pressão descaracterizadora da ideologia hegemónica”. *Ibid.*, p. 24.

4.1.4.2 Uma Sociedade que Visa a Consecução de Fins Econômicos, sem Escopo de Lucro: o controle operacional e o ato cooperativo

A ausência de finalidade lucrativa de uma sociedade cooperativa é um de seus traços característicos e a dificuldade de sua compreensão resulta, justamente, de seu desajuste ao modelo econômico capitalista. Como refere Pontes de Miranda, “a complexidade do suporte fático das sociedades cooperativas resulta de existir o elemento econômico sem a finalidade capitalística”.³⁵⁹

Todavia, como adverte Rui Namorado, a ausência de finalidade lucrativa se consubstancia na convergência do caráter solidário e democrático da Cooperativa, mas não afeta sua caracterização enquanto empresa:

A não-lucratividade, que não implica qualquer desvalorização da empresarialidade, situa-se na convergência dos valores de mutualidade e de democraticidade, para cujo conteúdo pleno contribui, significado no essencial, que o motor de qualquer actividade cooperativa se situa fora do objecto da reprodução do capital. Querendo recorrer-se a uma imagem sugestiva, pode talvez dizer-se: o dinheiro ao serviço do trabalho, nunca o trabalho ao serviço do dinheiro.³⁶⁰

Isso porque os resultados que a Cooperativa objetiva estão ligados à prestação de serviços a seus associados e não na obtenção de lucros para a pessoa jurídica da Cooperativa. Como refere Pontes de Miranda, a Cooperativa possui um caráter “defensivo”, que se verifica no afastamento de intermediários³⁶¹, buscando, portanto, condições mais vantajosas aos seus associados:

Em princípio, a cooperativa supõe que outrem tire proveitos que pesam nos que se juntam, em cooperação, para que se pré-eliminam esses proveitos por terceiros (intermediários). Há algo de defensivo, de pré-eliminatório dos que teriam por fito ganhar, por falta de cooperação entre os sócios da cooperativa. O

³⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 433.

³⁶⁰ NAMORADO, Rui. *Introdução ao direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 19.

³⁶¹ Nesse sentido, Galgano refere que “Gli impenditori soci mirano, attraverso l’organizzazione cooperativa, a conseguire un vantaggio che è, propriamente, definibile com un maggior profitto: la cooperativa costituita per la trasformazione industriale o per l’esportazione di prodotti agricoli, acquisterà i prodotti degli agricoltori soci per un maggior prezzo rispetto a quello praticato dall’industriale o dall’esportatore; e consentirà, quindi, ai soci di realizzare, ciascuno per la propria impresa, un maggior profitto; i dettaglianti che gestiscono, uniti in cooperativa, una attività sostitutiva dell’intermediario grossista realizzano anch’essi un maggior profitto, giacché potranno trattenere per sè, e non corrispondere al grossista, una parte del prezzo al minuto delle merci”. GALGANO, Francesco. *Il nuovo diritto societario*. Padova: CEDAM, 2003. p.490.

que caracteriza a cooperativa é essa função de evitamento do que outros ganham com o que o sócio da cooperativa paga a mais, ou recebe de menos.³⁶²

Dito de outro modo, o objetivo da Cooperativa é, justamente, gerar resultados aos seus associados e não à própria sociedade. Trata-se de oferecer aos sócios condições mais vantajosas, como refere Galgano:

L'impresa viene esercitata – Ed in cio la causa del contrato di società cooperativa diverge da quella del contrato di società lucrativa – al fine di offrire ai soci più vantaggiose occasioni i acquisto, o di lavoro o di finanziamento bancário ecc. Ma la fruizione, da parte dei singoli soci, di queste più vantaggiose occasioni non si realizza sulla base del rapporto sociale Ed in dipendenza del conferimento da esse effettuato: essa richiede la creazione di rapporti contrattuali ulteriori rispetto al contrato di società cooperativa, in coincidenza con i quali i soci effettuano – a titolo di compravendita o di contrato di credito o di un contrato di assicurazione, a seconda dell'oggetto della cooperativa – un esborso ulteriore rispetto al conferimento in società e valutabile come prezzo del bene o del servizio.³⁶³

Nesses termos é que a doutrina a caracteriza como uma verdadeira “simbiose de associação e de empresa”³⁶⁴, no sentido de que, através do exercício da atividade empresarial, busca o oferecimento de condições mais vantajosas às economias individuais de seus associados.

As atividades que a Cooperativa realiza, em atendimento às necessidades econômicas dos sócios, tem sido caracterizadas, pela doutrina e legislação latino-americanas³⁶⁵, como Atos Cooperativos. Com efeito, trata-se de noção inicialmente concebida pelo jurista mexicano Salinas Puente, como sendo referente aos atos que a cooperativa pratica, sem o intuito lucrativo, no atendimento às necessidades dos associados, como refere Cracogna:

³⁶² MIRANDA, op. cit., p. 431.

³⁶³ GALGANO, Francesco. *Il nuovo diritto societario*. Padova: CEDAM, 2003. p. 494.

³⁶⁴ “[...] as cooperativas são uma simbiose de associação e de empresa, são uma síntese de duas vertentes incindíveis, o que condiciona os critérios que permitem avaliar essa eficácia. As suas finalidades podem ter natureza econômica, social ou cultural, mas não podem ser lucrativas. As cooperativas têm, por isso, uma racionalidade própria para gerirem os recursos de que dispõem, uma racionalidade de matriz empresarial, mas exterior à lógica da lucratividade”. NAMORADO, Rui. *Estrutura e organização das cooperativas*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/138.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

³⁶⁵ “É justo referir, em primeiro lugar, o pioneirismo do jurista mexicano Antonio Salinas Puente, com o seu Derecho Cooperativo, publicado em 1954. Correndo o risco de praticar alguma omissão injusta, quanto aos que se ocuparam com proficiência do acto cooperativo, não quero deixar de recordar também os juristas argentinos Dante Cracogna, Alfredo Althaus, Carlos Corbell e Elsa Cuesta, o brasileiro Waldirio Bulgarelli; o peruano Carlos Torres Y Torres Lara; e o venezuelano Jaime Daly Guevara. É conhecida também a importância que tiveram nesta matéria as legislações brasileira (1971) e argentina (1973), a que se sucederam consagrações legais do acto cooperativo noutros países, tais como o Uruguai, as Honduras e a Colômbia”. NAMORADO, Rui. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 98.

A doutrina começou a ocupar-se do tema na década de 1950, podendo mencionar-se o estudo do mexicano Antonio Salinas Puente, intitulado Teoria do Ato Cooperativo como um dos primeiros que se publicaram sobre esta matéria. Salinas chega à conclusão de que o ato cooperativo é o suposto jurídico, ausente de lucro e de intermediação que a organização cooperativa realiza em cumprimento de um fim preponderantemente econômico e de utilidade social.³⁶⁶

Dante Cracogna refere que a Organização das Cooperativas da América, em Congresso Continental de Direito Cooperativo realizado em Mérida, em 1969, chegou-se aos elementos que caracterizariam o Ato Cooperativo em detrimento de qualquer outra classe de ato jurídico, a saber: “1. Sujeitos: o cooperador enquanto tal e a cooperativa enquanto constituída e de acordo com os princípios cooperativos universalmente aceites; 2. Objeto: de acordo com os fins da cooperativa; 3. Finalidade: sem ânimo de lucro.”³⁶⁷

No direito europeu, a ausência de previsão legal, nas legislações, acerca do Ato Cooperativo provoca uma série de problemas, a ponto de Rui Namorado referir, em sua obra, que tal omissão legislativa se trata, no ordenamento jurídico português, de uma “ausência que confunde”. Nas suas palavras:

O acto cooperativo, como categoria jurídica autónoma não tem ainda um lugar no direito português. E essa tão marcada desvalorização não só se manifesta nos textos legais, como também na generalidade da doutrina [...]. É uma ausência que confunde em dois sentidos. Em primeiro lugar, por facilitar alguma incerteza no regime jurídico das cooperativas. Em segundo lugar, porque não pode deixar de suscitar alguma perplexidade que uma ordem jurídica como a portuguesa, que tanto relevo específico deu à realidade cooperativa, tenha ignorado, por completo, o acto cooperativo como categoria jurídica autónoma.³⁶⁸

Essa “confusão” parece ainda mais visível no contexto do Cooperativismo italiano que, ao não prever a figura jurídica do Ato Cooperativo e, considerando-se a disposição constitucional³⁶⁹ de reconhecimento da Cooperação com caráter de mutualidade e sem fins de especulação privada, o Código Civil Italiano distingue as Cooperativas em duas categorias, sendo as de “mutualidade prevalente” e cooperativas de “mutualidade não prevalente”, critério que as diferencia em relação aos incentivos estatais ao seu desenvolvimento. Dito de

³⁶⁶ CRACOGNA, Dante. O ato cooperativo na América Latina. In: KRUEGER, Guilherme (Coord.). *Ato cooperativo e seu adequado tratamento tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 51.

³⁶⁷ CRACOGNA, Dante. O ato cooperativo na América Latina. In: KRUEGER, Guilherme (Coord.). *Ato cooperativo e seu adequado tratamento tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 52.

³⁶⁸ NAMORADO, Rui. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 96.

³⁶⁹ La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità. ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it/rapportiparlamento/normativa/costituzione.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

outro modo: a Constituição Italiana reconhece, em verdade, a necessidade de incentivos fiscais aos atos que a Cooperativa pratica, sem finalidade lucrativa e no atendimento de necessidades dos sócios (o que seria, o Ato Cooperativo). Todavia, em face da ausência da previsão legal do Ato Cooperativo, o ordenamento jurídico italiano criou duas categorias de Cooperativas, sendo que os incentivos governamentais são destinados, unicamente, àquelas definidas como de “mutualidade prevalente”.³⁷⁰

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, em que há o reconhecimento – inclusive constitucional do Ato Cooperativo - o tratamento jurídico às Sociedades Cooperativas é peculiar. Com efeito, de acordo com a definição legal constante do art. 3º da Lei 5764/71, “celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, **sem objetivo de lucro**”.

Nesse sentido, os associados de uma Sociedade Cooperativa objetivam desenvolver uma atividade econômica em comum³⁷¹. A Sociedade Cooperativa é um instrumento dos associados para a prestação de serviços para estes. É essa, inclusive, a determinação legal do art. 7 da Lei 5764/71, que dispõe que as “cooperativas singulares se caracterizam pela prestação direta de serviços aos associados”. Trata-se, na concepção de Ovídio Baptista da Silva, de uma “pessoa jurídica transparente”:

A sociedade cooperativa, na verdade, é uma pessoa jurídica transparente. Ela não passa de um prolongamento da pessoa jurídica de seus sócios. O próprio capital tem um sentido instrumental, pois a cooperativa transfere aos sócios as ‘sobras’ porventura verificadas no exercício ou, ao contrário, faz chamadas de capital para cobrir os deficits eventuais. A cada exercício financeiro, ela devolve aos sócios todo o resultado positivo da gestão. Daí,

³⁷⁰ Art. 2512(1). Cooperativa a mutualità prevalente (2) [1] Sono società cooperative a mutualità prevalente, in ragione del tipo di scambio mutualistico, quelle che: 1) svolgono la loro attività prevalentemente in favore dei soci, consumatori o utenti di beni o servizi; 2) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività delle prestazioni lavorative dei soci; 3) si avvalgono prevalentemente, nello svolgimento della loro attività, degli apporti di beni o servizi da parte dei soci.(3) [2] Le società cooperative a mutualità prevalente si iscrivono in un apposito albo, presso il quale depositano annualmente i propri bilanci. ITALIA. *Código civil italiano*. Disponível em: <<http://www.ilcodicecivile.it/>>. Acesso em: 26 set. 2013.

³⁷¹ Para Walmor Franke, a expressão “celebram contrato de sociedade cooperativa”, expressa no art. 3º da Lei 5764/71 não expressa relação com interesses antagônicos. Nas suas palavras: “Sustenta-se que os fundadores de uma corporação não se encontram, no ato de sua constituição, frente a frente, em posição antagônica, como portadores de interesses diversos e, muitas vezes, opostos, como acontece, por exemplo, nos contratos de compra e venda, permuta, locação etc.; nem se tornam, por efeito do ato constitutivo, credores recíprocos de prestações cujo cumprimento redunde, para os fundadores, na satisfação de uma vantagem individual, diferenciada e distinta. Visam, isto sim, conjuntamente, por meio de promessas prestacionais realizadas em função de um mesmo fim, à criação de um ente jurídico — a sociedade personificada. Como novo sujeito de direitos e obrigações, passa esta a atuar, nesta qualidade, no mundo jurídico, não só em relação a terceiros, estranhos ao ato social constitutivo, como perante os próprios membros, fundadores e futuros aderentes”. FRANKE. Walmor. *Direito das sociedades cooperativas*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 46.

dizer-se que a cooperativa é uma sociedade que trabalha sob princípio do resultado zero.³⁷²

Esse caráter instrumental das Cooperativas se consubstancia, no ordenamento jurídico pátrio, na noção de Ato Cooperativo, que na dicção do art. 79 da Lei 5764/71, é o ato praticado entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas” cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais”. É esse ato, típico das sociedades cooperativas e reconhecido constitucionalmente³⁷³ que, em face da ausência de finalidade lucrativa, recebe tratamento jurídico diferenciado.

A Lei 5764/71 determina que, contabilmente, os chamados Atos Cooperativos sejam segregados das chamadas “operações com não associados”, de molde a permitir o cálculo para a incidência de tributos³⁷⁴, já que os resultados destes atos são considerados como receita tributável³⁷⁵. Verifica-se, nesse sentido, que diferentemente do que ocorre no ordenamento jurídico italiano, no direito brasileiro as Cooperativas não são categorizadas em de “mutualidade prevalente” ou “mutualidade não prevalente”, mas podem praticar “Atos Cooperativos” e também “Operações com não associados” (também chamadas de Atos não-Cooperativos). O que é determinado, no direito brasileiro, é que tais operações sejam diferenciadas, já que o tratamento tributário adequado (nos termos do art. 146 da Constituição Federal) é unicamente direcionado ao “Ato Cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas”.

Dessa forma, justifica-se, no atual paradigma constitucional, no que concerne ao tratamento tributário do Ato Cooperativo, o que é referido por Vergílio Perius como “Controle Operacional”³⁷⁶, no sentido de que, sendo conferido tratamento tributário

³⁷² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *O seguro e as sociedades cooperativas: relações jurídicas comunitárias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 145.

³⁷³ “Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas” BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013

³⁷⁴ Art. 87. Os resultados das operações das cooperativas com não associados, mencionados nos artigos 85 e 86, serão levados à conta do "Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social" e serão contabilizados em separado, de molde a permitir cálculo para incidência de tributos. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³⁷⁵ Art. 111. Serão considerados como renda tributável os resultados positivos obtidos pelas cooperativas nas operações de que tratam os artigos 85, 86 e 88 desta Lei. Ibid.

³⁷⁶ “O controle operacional se deriva das operações da empresa-cooperativa com seus sócios (atos cooperativos). Examina-se o controle operacional relacionado e derivado das operações da cooperativa com seus associados, via ato cooperativo”. PERIUS, Vergílio Frederico. *Cooperativismo e lei*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001. p. 99.

diferenciado ao referido Ato, compreende-se a necessidade de seu controle como verificação de atendimento de sua finalidade.

Nesses termos, não se verifica, na hipótese, qualquer perda de autonomia da Cooperativa em relação ao Estado, em face do controle operacional que se estabelece a respeito dos Atos Cooperativos praticados: o referido controle objetiva, justamente, que o Ato Cooperativo praticado pelas Sociedades Cooperativas, ao qual é conferido tratamento tributário diferenciado constitucionalmente, esteja realmente vinculado ao atingimento dos objetivos do Estado, ao reconhecer sua importância como ato que não visa a obtenção de lucro, baseado na ética da solidariedade.

4.1.4.3 Uma Sociedade que Visa a Consecução de Fins Econômicos, mas Democrática: as regras estatutárias e o controle democrático

Analisando-se as características das sociedades cooperativas constantes do art. 4º da Lei 5764/71³⁷⁷, verifica-se que as Cooperativas se caracterizam como sociedades democráticas, abertas, cuja adesão é realizada voluntária e não pode ser negada àqueles que preencham as condições estatutárias de ingresso na Cooperativa, salvo nas hipóteses de impossibilidade de prestação de serviços. Nesse sentido, a **Democracia Cooperativa** é uma característica a ser observada pelas Cooperativas no ordenamento jurídico brasileiro.

Schneider desdobra a Democracia Cooperativa em alguns elementos centrais, ligados à questão da **igualdade**, seja na fruição de serviços, na distribuição dos excedentes, na tomada

³⁷⁷ Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes; III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais; IV - inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade; V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade; VI - quorum para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não no capital; VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral; VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social; IX - neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social; X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa; XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

de decisões, concluindo que tais elementos apresentam importância central para a “democracia econômica”³⁷⁸.

Evidentemente, o caráter democrático das Sociedades Cooperativas as impõe a observância da igualdade entre seus associados o que, inclusive, é disposição legal, impedindo atitudes discriminatórias no quadro social.³⁷⁹ Todavia, sem evidentemente, ter a pretensão de ser conclusivo acerca da consecução da igualdade em Sociedades Cooperativas, verifica-se, efetivamente, que os critérios para a sua implementação são peculiares.

Ronald Dworkin, em célebre obra a respeito do Princípio da Igualdade, refere a inafastabilidade do ideal da igualdade como legitimador do poder político³⁸⁰. Com efeito, não

³⁷⁸ “Todos os associados gozam da igualdade de acesso ao sistema de bens e de serviços da cooperativa; - Se garante a todos a participação na distribuição dos excedentes ou das “sobras”, segundo a terminologia cooperativa, mas na proporção das operações de cada um com a cooperativa; - O mecanismo da participação nos excedentes operacionais constitui-se num excelente fator de distribuição social e regional da renda. Fator de distribuição social da renda, porque não considera o volume do capital como critério de distribuição do excedente, mas sim o grau de lealdade e operosidade para com a cooperativa. É fator de distribuição regional de renda, porque, ao promover a distribuição social da renda, os associados tendem a reaplicar suas rendas ou em consumo ou/e em novos investimentos produtivos na própria região onde vivem e trabalham. Além disso, a própria cooperativa singular, dado o seu caráter localista e dada a própria natureza federalista da integração cooperativa, que se constrói a partir da autonomia e da força da base local, tende a aplicar os seus diversos fundos (de reserva, educacional, de desenvolvimento) na ampliação e diversificação das atividades locais, manifestando tendência completamente contrária à do desenvolvimento capitalista, que tende a concentrar tanto social quanto regionalmente a renda, em função da localização da sede social e dos acionistas; - As cooperativas contribuem para a melhoria da renda e do padrão de vida e de consumo dos associados, e através deles, da comunidade onde atuam; - No próprio relacionamento com o capital, embora o cooperativismo lhe conceda uma taxa razoável de remuneração, toma, porém, as preocupações legais e estatutárias devidas para que não haja a concentração e o conseqüente predomínio de uns poucos sobre a maioria, ao estabelecer limites na participação do capital social, bem como estabelecendo a inacessibilidade das participações de cada um a terceiros, estranhos à sociedade cooperativa. Porém a precaução fundamental neste aspecto e que expressa claramente a estrutura de poder nas organizações cooperativas é a norma da atribuição de um voto a cada associado, independentemente do volume de capital social que possua na cooperativa. É esta precaução que diferencia as cooperativas de todas as demais organizações econômicas, quando afirma a primazia do trabalho sobre o capital. - Se considerarmos o aspecto anterior sob a perspectiva marxista, segundo a qual a natureza e a intensidade do poder das pessoas e das classes sociais radica na forma de sua inserção nas relações de produção, onde o capital é hegemônico dentre os demais fatores de produção na determinação do poder, então reside na igualdade do poder, independentemente do volume do capital, proposto pelas cooperativas, a verdadeira base da democracia econômica. E a partir desta base se determina a própria democracia social e política, no sentido de que, se o poder econômico é concentrado, tenderá a haver também um poder político e social concentrado e, em contrapartida, se o poder econômico é democratizado e descentralizado, o mesmo tenderá a dar-se com o poder político e social, pois um grupo ou classe social, sem uma influência decisiva no processo de produção e sem poder econômico, mas altamente conscientizado e mobilizado, poderá pressionar sobre o poder e conseguir dele notáveis conquistas econômicas e sociais, como tem demonstrado a história recente”. SCHNEIDER, José Odelso. *Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 251.

³⁷⁹ Art. 37. A cooperativa assegurará a igualdade de direitos dos associados sendo-lhe defeso: I - remunerar a quem agencie novos associados; II - cobrar prêmios ou ágio pela entrada de novos associados ainda a título de compensação das reservas; III - estabelecer restrições de qualquer espécie ao livre exercício dos direitos sociais. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³⁸⁰ “Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade”. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. IX.

obstante sua observação se refira à sociedade política, entende-se que suas ponderações são extremamente pertinentes ao analisarem-se as implicações da igualdade em sociedades democráticas, como as sociedades cooperativas.

Com efeito, após discorrer sobre os sentidos historicamente atribuídos ao Princípio da Igualdade, Dworkin defende uma concepção de igualdade ligada à Igualdade de Recursos³⁸¹ e não à Igualdade de bem-estar entre as pessoas. O entendimento do autor apresenta-se adequado à análise da questão da igualdade em sociedades cooperativas e, notadamente, em face da ligação entre igualdade e liberdade que é possível estabelecer a partir de tal concepção. A concepção por uma Igualdade de Recursos, em uma sociedade cooperativa, está presente tanto na questão da divisão dos excedentes, quanto na questão da tomada de decisões.

O pensamento de Dworkin é no sentido de que a Igualdade importa em dois tipos de direitos: O direito a igual tratamento e o direito de tratamento como igual. Nas suas palavras:

Pode-se dizer que eles tem dois tipos diferentes de direitos. O primeiro é o direito **a igual tratamento (equal treatment)**, que é o direito a uma igual distribuição de alguma oportunidade, recurso ou encargo. Todo cidadão, por exemplo, **tem direito a um voto igual em uma democracia**; este é o cerne da decisão da Suprema Corte de que uma pessoa deve ter um voto, mesmo se um arranjo diferente e mais complexo assegurar melhor o bem-estar coletivo. O segundo é o direito ao **tratamento como igual (tratamento as equal)**, que é o direito, **não de receber a mesma distribuição de algum encargo ou benefício, mas de ser tratado com o mesmo respeito e consideração que qualquer outra pessoa**. Se tenho dois filhos, e um deles está morrendo de uma doença que está causando desconforto ao outro, não demonstrarei igual atenção se jogar cara ou coroa para decidir qual deles deve receber a última dose de um medicamento. Este exemplo mostra que o direito ao tratamento como igual é fundamental, e que o direito ao igual tratamento é derivado. Em algumas circunstâncias, o direito ao tratamento como igual implicará a igual tratamento, mas certamente não em todas as circunstâncias.³⁸²

Analisando-se as peculiaridades das Sociedades Cooperativas, verifica-se que essa concepção de Dworkin apresenta-se plenamente aplicável. Quanto à igualdade na distribuição dos excedentes, por exemplo, a legislação brasileira refere que, ao contrário do que ocorre em uma sociedade mercantil, onde tal distribuição é realizada na proporção do capital do associado, no caso das sociedades cooperativas tais excedentes são distribuídos na proporção das operações do associado para com a Cooperativa. Nesse caso, tem-se um critério de

³⁸¹ “[...] argumentei por uma concepção de igualdade segundo a qual a igualdade ideal consiste em circunstâncias nas quais as pessoas não são iguais em bem-estar, mas nos recursos de que dispõe. Quais são as consequências para a liberdade dessa afirmação acerca da igualdade?” DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 157.

³⁸² DWORKIN, Ronald. *Levando dos direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 349.

igualdade dinâmico que estabelece, através da proporcionalidade, a distribuição equitativa dos excedentes e que, conforme refere Perius, busca afastar a ideia de que algum sócio possa progredir às expensas do quadro associativo:

O critério de identidade afasta também a ideia de que nenhum sócio possa progredir a expensas do quadro associativo. O princípio da distribuição de sobras, segundo operações realizadas, garante, na ordem prática, a realização das operações segundo critérios de equivalência, que é o fator básico para a estabilidade do grupo cooperador. Remunera-se, assim, a participação maior, o esforço pessoal, o que vem a garantir a própria democracia cooperativa.³⁸³

Quanto ao processo de tomada de decisões, a singularidade de voto determina que os votos dos associados possuem o mesmo peso nas decisões da sociedade, mesmo que o valor do capital social seja diferente. Nesse sentido, a Cooperativa tem na Assembleia Geral seu maior órgão decisório, sendo que as decisões, são tomadas pela maioria do voto dos sócios, que é exercido igualitariamente. Dito de outro modo: ao contrário das sociedades mercantis, onde o voto é proporcional ao capital de cada associado, no caso das sociedades cooperativas, o voto dos associados possui o mesmo peso, independentemente das diferenças de capital entre eles.

A tomada de decisões se estabelece numa esfera de liberdade – numa autêntica autonomia coletiva – que se apresenta compatível com tal noção e igualdade³⁸⁴. No caso da Democracia Cooperativa, nesses termos, a liberdade, não é considerada de maneira independente, mas está incluída na concepção de igualdade, em consonância com a concepção igualitária referida por Dworkin:

Qualquer conflito genuíno entre a liberdade e a igualdade – qualquer conflito entre a liberdade e os requisitos da melhor concepção do princípio igualitário abstrato – é uma querela que a liberdade deve perder. Não podemos rejeitar completamente o princípio igualitário, porque é absurdo que o governo não demonstre consideração pela vida de seus cidadãos, e imoral que demonstre mais consideração pela vida de alguns do que pela dos outros. Nem é plausível, pelos motivos que acabamos de analisar, tratar a liberdade como um valor independente e adversário do princípio abstrato, e às vezes, predominante sobre ele.³⁸⁵

³⁸³ PERIUS, Vergílio. Atenuação ou eliminação estatal tendo em vista o projeto de autocontrole. In: ROSE, Marco Túlio de (Org.). *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 53.

³⁸⁴ “A estratégia constitutiva, pelo contrário, inclui a liberdade na estrutura da concepção de igualdade desde o início. Insiste que a liberdade deve figurar na própria definição de distribuição ideal, para que, por tal motivo, não possa haver problema de reconciliação da liberdade com a igualdade”. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 180.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 172.

Portanto, a Cooperativa rompe com o critério capitalista, no que se refere tanto à igualdade na tomada de decisões, como na distribuição dos resultados³⁸⁶, apresentando-se plenamente adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, compreendido como modelo que apregoa a dignidade da pessoa humana, os valores sociais da livre iniciativa e a busca da igualdade material. A Cooperativa, através de sua gestão democrática e de sua divisão de resultados tomando por critério as operações dos associados contribui, de forma efetiva, para uma distribuição mais justa das riquezas geradas no processo econômico.

Dessa forma, o Controle Democrático se apresenta adequado no que concerne às relações as Regras Estatutárias, apresentando-se, nesse caso, incompatível com a intervenção estatal que, segundo o paradigma constitucional instaurado em 1988, deve abster-se de interferir no funcionamento de sociedades cooperativas. Por outro lado, a inserção dos Direitos Fundamentais nas Sociedades Cooperativas se estabelecem, justamente, a partir de sua configuração como empreendimento democrático, demandando, nesse sentido, o dever de proteção do Estado.

4.2 DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES COOPERATIVO-COMUNITÁRIAS

Ao referir-se às chamadas Relações Cooperativo-Comunitárias, entendidas aqui como as relações privadas estabelecidas entre a Cooperativa e seus sócios, procuram-se estabelecer os pressupostos de diferenciação dessa espécie de relação, em relação às demais relações privadas, notadamente as relações privadas de cunho conflitivo.

Com efeito, tais relações, ao serem estabelecidas pelos sócios que, em situação de igualdade, decidem democraticamente acerca das regras que deverão ser observadas no âmbito da sociedade, demandam tratamento jurídico diferenciado, apresentando-se necessária a análise de sua evolução em relação ao paradigma de Estado.

³⁸⁶ “O capital do “store” recebia juros de 2 ½, que se elevaram a 4 e, em seguida 5%. Pagos os juros e as despesas de administração, distribuía-se o restante dos lucros entre os consumidores em proporção ao montante das respectivas compras. Chamamos vivamente a atenção do leitor para este sistema de distribuição de lucros. Rochdale teve o mérito de demonstrar o valor do princípio de distribuir os lucros em proporção as compras e não em proporção ao capital.” HOLYOAKE, George Jacob. *Os 28 tecelões de Rochdale*. Porto Alegre: WS Editor, 2008. p. 32.

4.2.1 Das Relações Cooperativo-comunitárias no Contexto do Estado Liberal

Efetivamente, como demonstrado, a compreensão de um fenômeno, a partir dos pressupostos da Hermenêutica Filosófica, exige do intérprete posição, visão e concepção prévias³⁸⁷. Com efeito, essa pré-compreensão, consubstanciada nos preconceitos e prejuízos que o intérprete possui é que deve ser, de certa forma, colocado à prova, com relação a sua autenticidade, através do diálogo com a tradição e da noção Gadameriana de Consciência Histórico-efetual.

O des-velamento e – refira-se – a autonomização das “Relações Cooperativo-Comunitárias” em relação às chamadas “Relações Conflitivas” que são a pré-ocupação do Direito Moderno - perpassa pela superação de alguns de seus pressupostos liberais e, notadamente, pelo dar-se conta das peculiaridades que revestem a disciplina jurídica das próprias sociedades cooperativas.

Se, como referido, o surgimento das Sociedades Cooperativas possui esse caráter contestador em relação às formas societárias existentes, que instrumentalizam os anseios do sistema capitalista, no que concerne às Relações Cooperativo-comunitárias pode-se verificar o mesmo cariz de inadequação às relações jurídicas forjadas, sob a égide do Estado Liberal e que recebiam a proteção do Direito Moderno.

Nessa trilha, o primeiro ponto a ser ressaltado em referência às Relações Cooperativo-Comunitárias é que as mesmas – assim como as sociedades cooperativas – são resultado de um determinado período histórico: a Modernidade. Com efeito, é a partir da modernidade – ou, melhor, a partir das insuficiências do Estado Liberal em lidar com os déficit social e democrático, legados à pós-modernidade – é que surgem as Sociedades Cooperativas, como possibilidades aos grupos que, ao não deterem as condições econômicas e sociais para desfrutar das promessas da modernidade, buscam, através de um empreendimento coletivo e democraticamente gerido, uma alternativa de subsistência.

Tal inadequação se refere, inicialmente, pela substituição, pelas Relações Cooperativo-comunitárias, da ética do individualismo, que caracteriza a modernidade, pela ética da solidariedade. Com efeito, o caráter solidário das Relações Cooperativo-Comunitárias se consubstancia no fato de que, em tais relações, os interesses do sócio e da Cooperativa são convergentes e não antagônicos, como ocorre nas relações privadas de cunho conflitivo. Essa constatação – da inadequação de tais relações ao contexto da modernidade - é evidente ao analisar-se que, no contexto do Direito Liberal, a solidariedade (também erigida a ideário das

³⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 355.

Revoluções burguesas) fora preterida em detrimento da Liberdade e Igualdade (essa, apenas em sentido formal), motivo pelo qual as relações comunitárias, igualmente, foram subalternizadas. Evidentemente, concepções solidárias não se coadunavam com a concepção de um indivíduo movido pelos seus próprios interesses.

Nesse sentido, ao tratar-se de tal espécie de relações, não há dicotomia entre associado e cooperativa. O interesse do associado é convergente, na medida em que o fim buscado pelo associado é semelhante ao fim da Cooperativa, considerando-se o princípio da identidade³⁸⁸, que as rege. Como refere Walmor Franke, tal identidade está ligada, justamente à identidade de interesses entre Sócio e Cooperativa:

Os negócios jurídicos que a cooperativa realiza internamente com seus membros, para incrementar-lhes a situação econômica, regem-se pelo princípio de identidade. O interesse do cooperado e o da cooperativa, nessas operações, obedece à mesma causa (final): a cooperativa visa a servir o associado, para melhorar sua posição econômica, e o associado serve-se da cooperativa para o mesmo fim.³⁸⁹

Considerando-se tal identidade, verifica-se que não se configuram, em tais relações, as concepções clássicas civilistas de partes³⁹⁰, tampouco de contratos, compreendidas como posições antagônicas. Pode-se dizer que as mesmas rompem, inclusive, com a noção clássica³⁹¹ de bilateralidade³⁹².

³⁸⁸ Franke apresenta exemplos de consecução do princípio da identidade. “As cooperativas de habitação se ocupam com a construção ou compra de casas de moradia, para alugá-las ou transmiti-las aos cooperados. Ao contrário do que acontece na forma clássica dos contratos obrigacionais (do ut des, facio ut facias etc.), não existe antagonismo de interesses nos contratos para aquisição de casa própria realizados entre cooperativa e associado. Como acentua a doutrina, “ainda que o estatuto-tipo se refira a ‘alienação de casa para moradia própria’ e a ‘preço de compra’, não se trata de compra e venda na acepção do Código Civil, mas do cumprimento de uma relação jurídica de natureza cooperativa, em que não pode ingressar quem não seja associado”. Também a entrega da casa para uso do associado não configura, propriamente, um contrato de locação, mas uma relação jurídica de uso, de natureza especial, que radica, institucionalmente, nas normas estatutárias da sociedade. A relação jurídica de uso se extingue quando o usuário deixa de ser sócio da cooperativa. Em todos esses casos, o fim da cooperativa se identifica com o de sua clientela, funcionando a sociedade como instrumento de satisfação das necessidades domésticas e empresariais dos cooperados. FRANKE, Walmor. *Direito das sociedades cooperativas*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 16-17.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 23.

³⁹⁰ “Pelo critério da identidade, afastam-se os antagonismos existentes entre sócio e cooperativa, pois: não se trata de partes na acepção do Direito Civil, quando se realizam operações entre ambos. Não se realizam contratos, mas se executam normas estatutárias relacionadas com o direito da utilização dos serviços e o dever de prestação de serviços; não se trata de sócios de sociedade comercial, os quais apenas seriam titulares do empreendimento negocial, mas não seus usuários ou beneficiários”. PERIUS, Vergílio. *Atenuação ou eliminação estatal tendo em vista o projeto de autocontrole*. In: ROSE, Marco Túlio de (Org.). *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 53.

³⁹¹ “O espírito de solidariedade, essencial ao cooperativismo, é a marca que os distingue das sociedades mercantis. As relações que se formam entre os sócios de uma empresa mercantil e os sócios de uma cooperativa, em suas relações com a entidade de que participem, oferecem peculiaridades profundamente distintas. Enquanto nas sociedades comerciais os sócios não mantêm, enquanto sócios, qualquer relação econômica com a sociedade, a não ser para o aporte inicial do capital e percepção dos lucros, nas

Relevante salientar que tal característica das sociedades cooperativas – a convergência de interesses dos associados, instrumentalizada através da sociedade cooperativa – é apontada por Ovídio Baptista como a responsável pela incompreensão de tais sociedades – e das relações estabelecidas com seus sócios - pelo Direito Moderno, notadamente estruturado para regular relações de conflito. Nas suas palavras:

As dificuldades na compreensão do que seja uma cooperativa reside essencialmente nisso. O Direito, na sua dimensão subjetiva, é compreendido, no direito moderno, como uma relação de ‘conflito de interesses’, não como uma relação ‘cooperativa’, nunca como uma conduta solidária, entre os sujeitos de uma determinada relação jurídica. Modernamente, o Direito é pensado como suporte para a concorrência, não como uma relação solidária entre os sujeitos implicados na relação jurídica. Isto determina a dificuldade com que, frequentemente, os tribunais e a própria doutrina lidam com a entidade cooperativa. Basta ver que ela é uma sociedade que opera no Mercado, porem não visa à obtenção de lucro.³⁹³

Com efeito, a constatação de que as relações entre os associados de uma Cooperativa, na sua finalidade, não se consubstanciam em relações de conflito, apresenta importantes consequências para a atribuição de sentido a análise dos dispositivos legais que determinam a liberdade, igualdade e autonomia dos associados. Tratam-se de relações *sui generis*, diferentes das relações estabelecidas entre sócios de uma empresa mercantil³⁹⁴. Refere ainda, Ovídio Baptista, com percuciência que, diferentemente da empresa mercantil, onde há independência entre a vida econômica da sociedade mercantil e a vida do sócio, nas relações estabelecidas entre os sócios e sua Cooperativa as relações se caracterizam por “íntima interdependência”:

As obrigações dos sócios de uma sociedade mercantil resumem-se no aporte da parcela de capital exigida de cada sócio e, eventualmente, na obrigação de participar da gestão dos órgãos diretivos da empresa. O sucesso econômico dos sócios, porem, não se reflete necessariamente no sucesso econômico da

cooperativas, ao contrario, a permanente participação econômica dos sócios na vida da entidade é condição essencial a sua própria existência. Daí dizer-se que, ao contrario das demais formações jurídicas de índole econômica, nas cooperativas as relações que se estabelecem entre cada associado e a entidade não serão relações jurídicas bilaterais, que interessam apenas aos respectivos participantes. Serão sempre relações de índole associativa ou comunitária”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *O seguro e as sociedades cooperativas: relações jurídicas comunitárias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 142-143.

³⁹² Como observa Ovídio, a noção de bilateralidade está intrinsecamente ligada aos pressupostos liberais do Direito Moderno: “A bilateralidade da relação jurídica harmoniza-se com a ideologia moderna, apoiada na autonomia individual, produtora, como disse Zygmunt Bauman, de uma “comunidade de solitários”. *Ibid.*, p. 9.

³⁹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *O seguro e as sociedades cooperativas: relações jurídicas comunitárias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19-20.

³⁹⁴ “Este aspecto conceitual, no entendo, é essencial para a compreensão do que seja uma cooperativa: diferentemente do que ocorre nas demais sociedades econômicas, os sócios não apenas auxiliam-se mutuamente na realização dos objetivos sociais, como concorrem com sua própria atividade para o cumprimento do objetivo comum”. *Ibid.*, p. 143.

empresa. A recíproca é também verdadeira: o sucesso econômico da sociedade mercantil não impedirá que os sócios sofram revezes e fracassos em seus negócios. Há independência entre a vida econômica dos sócios e a vida econômica da sociedade mercantil. Em última análise, os objetivos da empresa são independentes dos objetivos econômicos dos sócios. Ao contrário, nas relações jurídicas comunitárias, existe uma íntima interdependência entre a atividade dos sócios e os resultados alcançados pela sociedade. É que, nestas, existe, com maior ou menor intensidade, o fator condominial que a todas envolve.³⁹⁵

É essa primeira suspensão de pré-juízos que se propõe ao analisar as referidas Relações Cooperativo-comunitárias: o dar-se conta de que as relações entre indivíduos não se restringem a relações de conflito – como quer fazer crer a racionalidade moderna - mas podem se estabelecer – como refere Ovídio Baptista da Silva a partir da afetividade, entendida como um sentimento subjetivo de pertencimento, citando o entendimento de Max Weber a respeito:

Max Weber conceitua assim a relação comunitária: ‘Uma relação social denomina-se relação comunitária quando e na medida em que a atitude na ação social – no caso particular ou em medida no tipo puro – repousa no sentimento subjetivo dos participantes de pertencer (afetiva ou tradicionalmente) ao mesmo grupo’. A afetividade, ou como diz Weber, o sentimento subjetivo de participar do mesmo grupo, caracteriza a relação comunitária, ao contrario do que acontece nas relações negociais, em que preponderam interesses antagônicos entre os participantes³⁹⁶.

O velamento do sentido das Relações Cooperativo-comunitárias, nesse sentido, pode ser analisado, a partir dos pressupostos da Hermenêutica Filosófica, com a compreensão do fenômeno do “esquecimento do ser”. Na medida em que as relações privadas são entificadas, compreendidas unicamente como relações de conflito – que são efetivamente, as relações típicas em um sistema capitalista – as demais possibilidades passam a ser o “nada” metafísico. Efetivamente, a partir dessa postura metafísica que, como vimos, perpassa o Direito contemporâneo, as demais possibilidades no que concerne às relações privadas não existem. Nesse sentido, aplicar às chamadas Relações Comunitárias o adjetivo “Cooperativo”, busca-se caracterizar uma espécie de relações comunitárias que, ao par de calcarem-se no sentimento subjetivo de pertencimento, desenvolvem-se de maneira democrática, a luz de um Estatuto Social formal, que estabelece as formas de participação dos sócios, de sua retirada, de tomada de decisões e de criação de obrigações a seus

³⁹⁵ Ibid., p. 11.

³⁹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *O seguro e as sociedades cooperativas: relações jurídicas comunitárias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 8.

membros.

Obviamente, como referido, o pressuposto de reconhecimento das Relações Cooperativo-comunitárias perpassa pela superação do paradigma liberal, de um Direito concebido apenas para tratar relações de conflito. A noção de uma relação Cooperativo-Comunitária coloca em xeque a noção da modernidade de um indivíduo egoísta, dotado de liberdade absoluta, que só via limitação na igual liberdade do outro.

Para tanto, exige-se uma concepção de Direito que também abrigue a consecução da solidariedade compreendendo o indivíduo como portador de necessidades que, individualmente não consegue suprir, portanto vê na atuação coletiva e na gestão democrática de um empreendimento comum uma oportunidade de satisfação de suas necessidades. Nesses termos, exige-se uma concepção de Direito que compreenda que um indivíduo que não vê no outro como instrumento, mas que vê no outro um indivíduo dotado das mesmas necessidades e que, portanto, não são relações de conflito, mas relações complementares (de auto-ajuda), em que o interesse dos associados e da sociedade são convergentes.

Outro ponto a ser observado, é o que concerne ao caráter democrático das Relações Cooperativo-comunitárias. Referiu-se que no paradigma da modernidade, o papel velador de sentido das chamadas “Dicotomias Metafísicas”. Nesse ínterim, importa resgatar, notadamente, o sentido da dicotomia estabelecida entre “Estado e Economia”, ou “Estado e Mercado”.

Efetivamente, demonstrou-se que o sentido de tal dicotomia foi criar, na seara “não-estatal” (Economia ou Mercado), um espaço livre de intervenção estatal, onde os indivíduos, em situação de igualdade (formal), estivessem livres para contratar. Todavia, no atual contexto, o aspecto mais relevante que subjaz na referida dicotomia é o afastamento da democracia, operado pela metafísica moderna, nas relações econômicas.

Com efeito, no paradigma da modernidade, seria inconcebível o estabelecimento de relações econômicas democráticas, notadamente em face de que, no contexto da economia capitalista, a lógica da eficiência econômica suplanta a lógica democrática, que estaria presente apenas nas relações estabelecidas “verticalmente”, entre cidadão e Estado.

As Relações Cooperativo-comunitárias, ao congregarem sócios que, em situação de igualdade, decidem democraticamente acerca das regras que deverão ser observadas no âmbito da sociedade, pelos mesmos criadas, que objetiva prestar serviços aos seus próprios associados, pressupõem a participação democrática dos mesmos na gestão de tal empreendimento coletivo.

Nesse sentido, o reconhecimento de tais relações exige, por parte do Direito, uma concepção que contemple a possibilidade do estabelecimento democrático de regras em relações econômicas o que – como demonstrado – fora tratado historicamente como uma impossibilidade, na medida em que o mercado seria o lócus da liberdade e da eficiência e não um ambiente democrático. Na mesma trilha, exige-se, para o reconhecimento de tais relações, que o Direito contemple e dê validade a tais regras, considerando-se que se tratam de regramentos estabelecidos no âmbito privado que, em certa medida, regulam tais relações em complementação ao Direito emanado pelo Estado.

4.2.2 Da Atribuição de Sentido às Relações Cooperativo-comunitárias no Paradigma do Estado Democrático de Direito

A partir da suspensão de tais prejuízos inautênticos, ligados ao paradigma da modernidade, em relação às Sociedades Cooperativas e às relações estabelecidas com seus sócios, parte-se para a necessária fusão de horizontes, considerando-se o paradigma do Estado Democrático de Direito para a atribuição de sentido ao fenômeno.

Com efeito, ao considerar-se que, a partir dos pressupostos da Hermenêutica Filosófica a linguagem possui papel constitutivo e não se trata apenas de um mero veículo de transmissão de conceitos ³⁹⁷, a expressão “Relação Cooperativo-Comunitária” busca caracterizar – e, justamente, des-velar - esta espécie de relação tornada subalterna pelo Direito Liberal, ocultada em meio às relações conflitivas que caracterizam o modo de pensar da modernidade, ainda presente quando se analisa o Direito na contemporaneidade.

Ao caracterizar as Relações Cooperativo-comunitárias, em detrimento das demais Relações Privadas (notadamente as de cariz conflitivo), foram abordadas a solidariedade e democracia como duas características que a integram e que se apresentavam inadequadas ao paradigma da modernidade.

Com efeito, analisar o caráter de tais relações no paradigma do Estado Democrático de Direito exige, do ponto de vista hermenêutico, um exercício de fusão de horizontes entre os paradigmas, no sentido da (in)adequação das Relações Cooperativo-comunitárias em relação ao novo paradigma constitucional.

³⁹⁷ “Trata-se, enfim, da elaboração de uma análise antimetáfrica (clássica e moderna), porque, a partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 217.

Ao analisar-se a Constituição Federal de 1988, verifica-se que, ao instituir um Estado Democrático de Direito³⁹⁸, fundado, na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, definiu que entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está a construir uma “sociedade livre, justa e solidária”, bem como “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”³⁹⁹.

Nesse sentido, há um efetivo reconhecimento, pela ordem constitucional, de um vir-a-ser, de um compromisso constitucional com a transformação do status quo, apontando, efetivamente para um postura ativa do Estado – e do Direito – no resgate do que foi aqui referido como “déficit social” legado à pós-modernidade.

Prosseguindo-se, na análise, verifica-se que há, na Constituição Federal, a garantia da liberdade de associação para fins lícitos⁴⁰⁰, bem como a garantia de não ser compelido a associar-se ou a permanecer associado⁴⁰¹ a qualquer entidade. A Constituição é expressa ao dispor acerca da liberdade para a criação de associações e de cooperativas, na forma da lei, vedando-se a intervenção estatal em seu funcionamento,⁴⁰² podendo-se falar, como refere Sarlet, em uma “**liberdade de associação cooperativa**”⁴⁰³. Refere, ainda, a Constituição Federal, sobre a possibilidade, inclusive, de tais entidades associativas representarem seus filiados judicialmente ou extrajudicialmente⁴⁰⁴.

Nesse sentido, há a garantia – nesses termos – e o incentivo constitucional, à constituição de associações e de Cooperativas que, em seus objetivos, ao congregarem

³⁹⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

³⁹⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁴⁰⁰ Art. 5º [...] XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar. Ibid.

⁴⁰¹ Art. 5º [...] XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado. Ibid.

⁴⁰² Art. 5º [...] XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado. Ibid.

⁴⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de associação cooperativa, direitos e garantias fundamentais e relações privadas na perspectiva do Supremo Tribunal Brasileiro. In: MEIRA, Deolinda Aparício *Jurisprudência cooperativa comentada*. Lisboa: INCM, 2012.p. 31.

⁴⁰⁴ Art. 5º [...] XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; BRASIL. op. cit.

associados com interesses convergentes, possam, através da ética da solidariedade, atendê-los, em suas necessidades, que podem ser de cunho social, econômico, cultural, etc. A compreensão da necessidade de tais entidades como consecutoras dos objetivos de seus associados é evidente ao dispor a Constituição Federal, efetivamente, sobre a legitimidade de tais entidades, inclusive para representação judicial ou extrajudicial dos interesses dos seus associados.

Aqui, pode-se dizer que a Constituição trata, efetivamente, de um caso específico de Relação Cooperativo-comunitária, caracterizada pela solidariedade (já que a representação dos interesses, por tais entidades, se dará de forma coletiva), pela presença do interesse convergente (já que a entidade atuará, no interesse de seus associados) e pela presença da democracia (já que haverá, senão previamente aprovado democraticamente nos Estatutos da entidade a autorização expressa para tal representação, uma decisão assemblear específica).

No que concerne à ordem econômica, reforça a Constituição Federal seu caráter compromissário, ao apontar para uma ordem fundada na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”⁴⁰⁵, reforçando o papel da ordem econômica na “redução das desigualdades regionais e sociais”⁴⁰⁶.

Especificamente, no caso das sociedades cooperativas e outras formas associativas, há determinação constitucional no sentido do apoio e estímulo ao “cooperativismo e outras formas de associativismo”⁴⁰⁷, o que é interpretado no sentido de que cabe a tais entidades serem um dos instrumentos, nesse novo paradigma de Estado, de atingimento dos objetivos Estatais.

Portanto, verifica-se que no paradigma do Estado Democrático de Direito, instaurado pela Constituição Federal de 1988, há evidentemente a incorporação de um compromisso de superação das desigualdades sociais e regionais, sendo que o papel das associações e Cooperativas – que representam uma alternativa solidária à economia hegemônica – é

⁴⁰⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁴⁰⁶ Art. 170. [...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais. Ibid.

⁴⁰⁷ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. [...] § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º - As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei. Ibid.

valorizado como mecanismo de inclusão social e de incorporação da democracia nas relações econômicas.

4.2.2.1 As Relações Cooperativo-comunitárias e a Inserção dos Direitos Fundamentais

Constatada a adequação das Sociedades Cooperativas e, conseqüentemente, das Relações Cooperativo-comunitárias ao paradigma do Estado Democrático de Direito – apresenta reflexos no que concerne a sua importância no contexto da ordem econômica e social preconizada pelo Estado, bem como na forma com que o ordenamento constitucional e, notadamente, os Direitos Fundamentais terão sua eficácia sobre elas. Todavia, considerando-se suas especificidades, verifica-se que as tradicionais categorias pelas quais os Direitos Fundamentais são, geralmente são introduzidos no Direito Privado não se mostram aplicáveis às Relações Cooperativo-comunitárias, como se busca demonstrar.

4.2.2.2 Da Inadequação da Categoria Indivíduo-poder das Relações Cooperativo-Comunitárias e de seu Caráter democrático

Se no paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 veda a intervenção estatal nas Cooperativas, no paradigma constitucional anterior, verificou-se que as Cooperativas, desde a sua criação, dependiam da autorização do Estado e seu funcionamento era alvo de fiscalização estatal.

Com efeito, demonstrou-se que, ao par do Controle Democrático (exercido pelos associados) e do Controle Operacional (que se refere à disciplina jurídica do denominado “Ato Cooperativo”), no paradigma constitucional anterior as Cooperativas estavam sujeitas ao Controle Oficial que, entre outras competências, estabelecia o controle das normas estatutárias que eram estabelecidas democraticamente pelos associados. Dito de outro modo, havia a interferência estatal direta na aprovação dos Estatutos Sociais, limitando a autonomia dos associados.

Se, com o paradigma instaurado pela Constituição Federal foi vedada a interferência estatal nas Cooperativas, o que, evidentemente, acarretou na não recepção, pelo atual ordenamento constitucional, dos dispositivos legais que previam a intervenção em sociedades cooperativas, coloca-se premente a questão acerca das possibilidades de limitação – ou mesmo de autolimitação - de autonomia dos associados de Cooperativas. Efetivamente, o caráter democrático das sociedades cooperativas se reflete na aprovação, pelos próprios

associados, das regras a que os mesmos estarão submetidos. Trata-se, nesses termos, a partir da concepção de um Direito Plural na pós-modernidade, de um Direito que não depende, diretamente do Estado⁴⁰⁸.

A pergunta que se coloca é: partindo-se do pressuposto que o controle que se estabelece considerando-se o novo paradigma instaurado pela Constituição Federal de 1988, em que condições é possível se falar em uma eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações cooperativo-comunitárias?

Com efeito, no capítulo anterior foi demonstrado o caminho percorrido – entre a negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas – desde o paradigma do Estado Liberal (caracterizado pela negação de tal eficácia), até o paradigma do Estado Democrático de Direito (que, via de regra, a admite, não obstante às divergências doutrinárias acerca da forma pela qual tal eficácia se dá). Demonstrou-se que, no âmbito das relações privadas, notadamente no Brasil, o entendimento que vem se assentando, em virtude de julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Contudo, o que se verifica é que a doutrina - a partir da decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, no que concerne à eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas - ao analisar a problemática, via de regra vincula tal eficácia à demonstração de características públicas – ou no caso, “pública não estatal” – das relações ou vinculam-se as relações onde há disparidades de poder entre as partes, no que se denomina de relações “indivíduo-poder”. Dessa forma, o que se verifica é que, não obstante ao fato de se referir uma eficácia nas “relações privadas”, a efetiva análise da questão se dá a partir de uma característica “semi-pública” de uma das partes ou de uma relação de desigual de poder entre elas.

Nesse sentido, não obstante a um quase consenso na doutrina pátria acerca da matéria quando verificados os pressupostos referidos, no caso de relações igualitárias – entendidas como relações onde não está presente a relação indivíduo-poder – há sérias controvérsias quanto à aplicação dos Direitos Fundamentais, como aponta Sarlet:

⁴⁰⁸ “Por outro lado, o monismo jurídico, fundado no monopólio da produção de normas pelo Poder Público, abre espaço para o pluralismo, através do reconhecimento das fontes não estatais do Direito, cujo campo de regulação tende a ser ampliado com a crise do Estado, catalizada pelo processo de globalização [...]. O Direito pós-moderno pretende-se também mais flexível e adaptável às contingências do que o direito coercitivo e sancionatório, próprio da modernidade”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 41.

Relativamente à intensidade, sustenta a doutrina majoritária que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – em se tratando de detentores de poder social – será também equivalente à que se verifica no caso dos órgãos estatais. Pelo contrário, quando se trata de relações igualitárias, o problema não se revela de fácil solução, registrando-se acentuada controvérsia nesta seara.⁴⁰⁹

No caso das Relações Cooperativo-Comunitárias não se está, evidentemente, diante de uma relação indivíduo-poder. Efetivamente, conforme demonstrado, tais relações são estabelecidas de forma democrática, não havendo a configuração de um poder econômico a subjugar a outra “parte”. Mesmo que, sob o prisma de uma relação entre Sócio e Cooperativa, a entidade possa ser considerada, a parte “mais forte”, não se está diante de uma típica relação indivíduo-poder, na medida em que as regras são estabelecidas democraticamente pelos sócios e não arbitrariamente por uma das partes que detém o poder econômico.

Nesse sentido, no que concerne à eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Cooperativo-Comunitárias não se apresentam adequados os pressupostos tradicionalmente utilizados a justificar tal aplicação nas relações privadas de cunho conflitivo, notadamente a característica “pública não estatal” da entidade, ou a existência da clássica relação indivíduo-poder. Dessa forma, mister se faz analisar a problemática à luz da característica própria das sociedades cooperativas que as diferencia nesse particular: o estabelecimento democrático das regras às quais os sócios se vinculam.

Com efeito, a característica chave das Relações Cooperativo-comunitárias para a análise da questão reside, justamente, em seu cariz democrático, na medida em que a espécie de controle, adequada ao atual paradigma constitucional é, evidentemente, o Controle Democrático pelos próprios associados, o que não afasta o dever de proteção do Estado, em relação aos Direitos Fundamentais.

4.2.2.3 A Liberdade de Associação Cooperativa como Direito Fundamental e suas Implicações

Ressalta-se que o núcleo das Relações Cooperativo-comunitárias, **a liberdade de associação cooperativa**⁴¹⁰, se consubstancia, efetivamente, em Direito Fundamental,

⁴⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 389.

⁴¹⁰ “A partir da simples leitura do texto constitucional, é possível perceber a relevância das cooperativas como particular modo de organização social e meio de exercer a liberdade de associação. Já por tal razão a liberdade de associação cooperativa há de ser compreendida no contexto mais amplo da liberdade de associação, desde que, à evidência, consideradas as suas particularidades, o que também se verifica em outras manifestações da liberdade de associação, como é o caso da livre associação sindical e da liberdade de associação político-partidária [...]”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Liberdade de associação cooperativa, direitos e*

importando, nesse primeiro momento, examinar os direitos que dela decorrem e seus respectivos titulares.

Todavia, a partir da atribuição de sentido à Liberdade de Associação Cooperativa verifica-se que nem todos os direitos que dela decorrem situam-se no campo das Relações Cooperativo-comunitárias. Verifica-se tal situação, na medida em que o referido Direito Constitucional apresenta reflexos em relações que ainda não se caracterizam como relações estabelecidas entre sócios (ou pretendidos sócios) e a Sociedade Cooperativa, bem como em relações em que o titular do Direito Fundamental é a Sociedade Cooperativa e não seu sócio.

Com efeito, Sarlet⁴¹¹, ao analisar a Liberdade de Associação Cooperativa em sua função como direito negativo apresenta um rol – não exaustivo – de direitos dela decorrentes. Nas suas palavras:

A liberdade de associação cooperativa, todavia, na sua condição de direito fundamental, cumpre, em primeira linha, uma função como direito ‘negativo’ (direitos de defesa, como preferem os alemães), no sentido de abarcar posições subjetivas que têm por objeto a não afetação (intervenção) mesmo a não eliminação de posições jurídicas, que, a despeito de serem habitualmente decompostas em quatro faculdades (liberdades), podem ser ampliadas, de acordo com a listagem [...]: a) Direito de constituir associações e cooperativas [...]; b) Direito de não constituir uma associação; c) Direito de ingressar [...]; d) Direito de não ingressar e de retirar-se; e) Direito de manter a condição de associado [...]; f) Direito de gozar dos direitos derivados da lei ou nas normas estatutárias [...]; g) A proibição de afetar a autonomia, a autogestão e a auto-organização da associação, direito este da associação como pessoa jurídica, mas não da pessoa natural (associado). Importa averbar que a liberdade de auto-organização e de autogestão não prejudica a fixação de normativa de regras gerais de organização e gestão, desde que não afetem substancialmente a liberdade de associação, nomeadamente os requisitos mínimos de uma organização democrática interna; h) Direito a não dissolução arbitrária da própria associação [...]; i) É possível também falar de um direito de aquisição da personalidade jurídica como pessoa coletiva, mas no sentido de um direito condicionado pela legislação que fixa requisitos para a criação de pessoas jurídicas, desde que tal legislação não afete a consecução dos fins sociais lícitos e não deixe a criação da pessoa jurídica recair no âmbito da discricionariedade arbitrária.

Em síntese ao seu entendimento, podem se apontar, genericamente, os seguintes direitos: (1) direito, de titularidade das pessoas físicas, de constituir associações e cooperativas, bem como o direito de não constituí-las; (2) direito, de titularidade de uma

garantias fundamentais e relações privadas na perspectiva do Supremo Tribunal Brasileiro. In: MEIRA, Deolinda Aparício *Jurisprudência cooperativa comentada*. Lisboa: INCM, 2012. p. 27.

⁴¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de associação cooperativa, direitos e garantias fundamentais e relações privadas na perspectiva do Supremo Tribunal Brasileiro. In: MEIRA, Deolinda Aparício *Jurisprudência cooperativa comentada*. Lisboa: INCM, 2012. p. 33.

pessoa física ou jurídica, de ingressar em uma sociedade cooperativa, bem como o direito de não ingressar e de retirar-se; (3) direito, de titularidade do sócio, de manter a condição de associado; (4) direito, de titularidade do sócio, de gozar dos direitos derivados da lei ou nas normas estatutárias; (5) direito, de titularidade da Sociedade Cooperativa, no que concerne à proibição de “afetar a autonomia, a autogestão e a auto-organização da associação [...]” (6) direito, de titularidade do sócio e da Sociedade Cooperativa, à não dissolução arbitrária da própria associação e, por fim (7) direito, de titularidade da Sociedade, de aquisição da personalidade jurídica como pessoa coletiva.

Em uma primeira análise, resta evidente que as Sociedades Cooperativas apresentam-se como destinatárias naturais do direito de “ingressar em uma sociedade cooperativa, bem como o direito de não ingressar e de retirar-se”; do direito de “manter a condição de associado”, bem como do direito de “gozar dos direitos derivados da lei ou nas normas estatutárias” que, caracterizadas como Relações Cooperativo-comunitárias, abarcam todas as relações que são estabelecidas entre o sócio e a Cooperativa, durante todo o período em que o mesmo integra o quadro social.

Por outro lado, os direitos referidos de “constituir associações e cooperativas, bem como o direito de não constituí-las”; “à proibição de “afetar a autonomia, a autogestão e a auto-organização da associação [...]”, “à não dissolução arbitrária da própria associação” e, por fim o direito “de aquisição da personalidade jurídica como pessoa coletiva”, não se configuram, efetivamente, como Relações Cooperativo-Comunitárias, mas como Direitos Fundamentais cujos titulares são pessoas físicas ou jurídicas, possuindo como destinatários o Estado, a quem incumbe os deveres de proteção. Nesse particular, Schneider cita, como hipóteses de ingerência estatal na autonomia das Cooperativas⁴¹² a proibição de associação em Cooperativas de certas pessoas ou grupos; a vedação de persecução, pelas cooperativas, de determinados objetivos sociais; limitação de sua autonomia de gestão e de estabelecimento de seus Estatutos Sociais, bem como o estabelecimento de limites para a sua autocalcapitalização, estratégia, como referida, já utilizada por regimes totalitários, mas que não se apresente constitucionalmente adequada no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, inicialmente, no atual paradigma constitucional, a criação de

⁴¹² “Podem ser exemplos de ingerência na autonomia: proibir certas pessoas ou grupos de filiar-se a cooperativas, vetar a criação de cooperativas para determinados objetivos, limitar sua autonomia para a redação de Estatutos, interferir na escolha de dirigentes e na forma de administração, estabelecer dificuldades ou limites para a possibilidade de autocalcapitalização deas cooperativas ou para a criação de um sistema financeiro próprio e forte, tornando-as permanentemente dependentes dos recursos e subsídios oficiais, etc”. SCHNEIDER, José Odelso. *Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 204.

associações ou de cooperativas independe de autorização do Estado⁴¹³, motivo pelo qual tal Direito, em sua face negativa, importa em uma abstenção estatal de intervenção em tal liberdade do particular, importando, ao Estado, uma proibição de excesso.

Em sentido oposto, refere Sarlet que a Liberdade de Associação Cooperativa ainda possui uma face positiva, que possui como destinatário o Estado, no sentido de proteção ao Cooperativismo o que, como referido, se trata de disposição constitucional expressa:

A liberdade de associação (incluindo as cooperativas) tem também uma face positiva e, em certo sentido, assume a condição de um direito a prestações, especialmente de cunho normativo. A dimensão positiva se revela particularmente relevante no contexto dos assim chamados deveres de proteção do Estado, mas particularmente no campo dos deveres e direitos a organização e procedimento, visto que também a liberdade de associação depende, pelo menos em parte, de normas que disciplinam o direito de sociedade, regulam as relações dos associados, mas especialmente dizem respeito às relações da associação com outras instituições, apenas para mencionar os aspectos mais relevantes.⁴¹⁴

Em suma, a partir da concepção de um Direito Fundamental – a Liberdade de Associação Cooperativa – verifica-se que decorrem uma série de direitos que, de um lado possuem como titulares indivíduos e a própria cooperativa e por outro, como destinatários, as Cooperativas e o próprio Estado. Pode-se dizer, inclusive, que ao considerar-se uma eficácia direta dos Direitos Fundamentais às Cooperativas, considerando-se o seu caráter instrumental, se está claramente referindo sua eficácia perante os sócios da Cooperativa, na medida em que sua autonomia para a tomada de decisões em Assembleias Gerais está, claramente, limitada pela observância dos Direitos Fundamentais.

4.2.2.4 A Liberdade de Associação Cooperativa e Relações Cooperativo-Comunitárias

A partir da análise dos direitos decorrentes da Liberdade de Associação Cooperativa, verifica-se que as Sociedades Cooperativas tratam-se das naturais destinatárias dos direitos de (1) ingressar em uma sociedade cooperativa, bem como o direito de não ingressar e de retirar-se, (2) de manter a condição de associado e de (3) gozar dos direitos derivados da lei ou nas normas estatutárias. Verifica-se que tais hipóteses abarcam as todas as relações

⁴¹³ “Art. 5º [...] XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013

⁴¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de associação cooperativa, direitos e garantias fundamentais e relações privadas na perspectiva do Supremo Tribunal Brasileiro. In: MEIRA, Deolinda Aparício *Jurisprudência cooperativa comentada*. Lisboa: INCM, 2012. p. 33.

estabelecidas desde o ingresso em uma sociedade cooperativa até a retirada do sócio, configuram-se, efetivamente, em Relações Cooperativo-comunitárias, em clara hipótese de eficácia dos Direitos Fundamentais em tais relações.

Obviamente, tais direitos devem ser observados pelo Estado, notadamente se considerada a hipótese de atos estatais, por exemplo, determinando a obrigatoriedade de associação em Cooperativas ou, de maneira oposta, a perda da qualidade de associado, como na experiência de regimes totalitários⁴¹⁵, porém, efetivamente, trata-se de uma questão da eficácia de tais direitos fundamentais perante a Sociedade Cooperativa, entidade privada.

Ocorre que, como demonstrado, tal eficácia não decorre de uma característica “pública não estatal” da Cooperativa ou de uma relação indivíduo-poder. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Cooperativo-comunitárias (entendidos como aportes democráticos, em sua dimensão objetiva) decorre justamente do caráter democrático das Sociedades Cooperativas, que impõe às mesmas a não discriminação, a garantia de igualdade de seus associados e a garantia contra arbitrariedades. Nesse sentido, na concepção da Democracia Cooperativa, a liberdade dos associados encontra-se diretamente vinculada à igualdade e a não discriminação, o que introduz os Direitos Fundamentais diretamente nas regras estatutárias, como refere André Rufino do Vale:

A idéia de um ordenamento jurídico invadido pela Constituição faz transparecer a noção de associações privadas responsáveis pelos direitos fundamentais de seus associados. Constitucionalizar a ordem jurídica privada significa também submeter o ordenamento jurídico interno dos organismos privados aos princípios constitucionais. Não se trata de restringir ou anular a autonomia privada das associações, mas de reafirmar que a liberdade de associação, assegurada pelo art. 5o., incisos XVII a XX da Constituição, não pode e não deve ser absoluta, mas sim precisa estar em harmonia com todo o sistema de direitos fundamentais.⁴¹⁶

Efetivamente, é o caráter democrático da Sociedade Cooperativa que se apresenta decisivo ao considerar a eficácia dos Direitos Fundamentais nessas relações. A noção clássica de autonomia privada, em uma Sociedade Cooperativa, é radicalmente modificada com o ingresso da democracia, em uma “autonomia coletiva”⁴¹⁷ que é limitada⁴¹⁸, no caso do

⁴¹⁵ “Este aspecto do princípio tem especial importância, por exemplo, como garantia de que um regime autoritário não possa, legitimamente, forçar as pessoas a serem membros de uma cooperativa”. NAMORADO, Rui. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 20.

⁴¹⁶ VALE, André Rufino do. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. *Direito Público*, [S.l.], v. 9, p. 64-65, jul./set. 2005.

⁴¹⁷ “Por autonomia se entende o direito dos associados para determinar por si mesmos para que e como sua cooperativa deve ser organizada nas condições sócio-econômicas existentes, de acordo com a lei cooperativa vigente e a política governamental, referente ao desenvolvimento cooperativo. Esta noção de autonomia significa:

ordenamento jurídico brasileiro, pela eficácia dos Direitos Fundamentais.

Nesses termos, quanto ao direito de ingressar em uma sociedade Cooperativa, tem-se a pessoa física (ou jurídica), desde que preencha os requisitos estatutários de ingresso na sociedade cooperativa possui, efetivamente, o Direito Fundamental de associar-se. Com efeito, a própria Lei 5764/71, que rege as sociedades cooperativas, dispõe acerca da liberdade de adesão (sujeita somente ao cumprimento dos requisitos estatutários e à possibilidade, pela Cooperativa, de prestação de serviços), bem como sobre sua neutralidade política e discriminação religiosa, racial e social⁴¹⁹.

Portanto, apresentar-se-ia inadmissível, em uma Sociedade Cooperativa, a estipulação de regras estatutárias de ingresso que realizassem “distinção de qualquer natureza”, justamente em face desse caráter da Cooperativa, como refere Rui Namorado:

Como segundo aspecto da vertente da liberdade, surge a proibição de que se possam erguer barreiras à adesão a uma cooperativa, com base numa atitude discriminatória. E entre as discriminações, que se proíbem, são expressamente nomeadas: as que se radicam no sexo, as que tem natureza social, as políticas, as raciais e as religiosas. Deve dizer-se que, em certas circunstâncias, pode não ser evidente se estamos perante uma opção radicada no tipo de cooperativa, ou se perante uma discriminação dirigida a certos grupos sociais.⁴²⁰

Relevante que se refira, nesses termos, que esse é, evidentemente um traço distintivo

a) autonomia dos associados para determinar os objetivos de suas ações comuns, sem nenhuma imposição ou ingerência externa; b) a autonomia dos mesmos para redigir e modificar os estatutos, em conformidade com o que a lei permite; c) a autonomia para escolher os mandatários que serão os administradores, aos quais os associados delegarão os poderes necessários para uma administração e um controle democráticos; d) a autonomia do Conselho Executivo para executar a política da Cooperativa e para dirigir os negócios segundo os estatutos e segundo os critérios de uma administração ágil, flexível e eficiente; e) a autonomia das cooperativas singulares frente às estruturas integradas, já que estas estruturas nas cooperativas se constituem organicamente das bases em direção à cúpula e não vice-versa; portanto, objetivos, diretrizes, etc, não podem ser impostos “de cima para baixo”, mas devem ser o resultado da livre discussão e decisão que parte das cooperativas de primeiro grau em relação a suas estruturas integradas (federações, centrais, confederações, organizações cooperativas estaduais, nacionais e internacionais)”. SCHNEIDER, *José Odelso. Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 202.

⁴¹⁸“Porém a autonomia cooperativa não pode ser concebida como absoluta: as diversas formas de autonomia estão submetidas às leis gerais, à lei cooperativa, bem como à política governamental referente ao cooperativismo. O espaço de autonomia em relação ao Estado varia de uma cultura e economia para outra, de um país para outro. Por isso, é muito difícil traçar uma clara delimitação e universalmente válida entre as restrições toleráveis e as limitações indevidas da autonomia cooperativa”. *Ibid.*, p. 203.

⁴¹⁹“Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; [...] IX - neutralidade política e discriminação religiosa, racial e social [...]”. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁴²⁰ NAMORADO, Rui. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 22.

entre as Cooperativas e demais entidades associativas: ao passo em que se constituem Associações (com finalidades diversas) que restringem seu ingresso a associados que professem determinada crença religiosa, ou oriundos de determinada etnia ou pertencentes a determinados grupos sociais, no caso das Sociedades Cooperativas tal distinção se apresenta inviável, na medida em que se caracterizam por sociedades onde não há discriminação religiosa, racial e social. Trata-se, evidentemente, de restrição ao direito dos sócios, no momento da estipulação, em suas cláusulas estatutárias, dos requisitos de ingresso de novos associados.

Essa lógica da discriminação se aplica, da mesma forma, quando considerado o direito do associado de se manter no quadro social, usufruindo com igualdade dos direitos⁴²¹ e cumprindo com suas obrigações⁴²² perante a sociedade. Refere-se, especialmente, ao direito de não ser eliminado do quadro social arbitrariamente. A Lei 5764/71, ao dispor a respeito da hipótese de eliminação do quadro social, aplicada “em virtude de infração legal ou estatutária, ou por fato especial previsto no Estatuto”, não prevê a hipótese de defesa do associado, em face da eliminação, tão somente o Recurso da decisão, à Assembleia Geral, que tem a competência final, para julgamento de tal Recurso⁴²³.

Nesse particular, verifica-se que, como observância da igualdade que a Cooperativa deve primar nas suas relações com seu associado e, notadamente, como já referido, do seu caráter democrático, é imperiosa a realização de um Processo Administrativo que possibilite, ao associado, sua defesa, em todas as instâncias. Nesse sentido, como um imperativo da

⁴²¹ Henry aponta como Direitos: “Each member has the right to: ask for those services which form the objective of the cooperative; ask for education and training by the cooperative according to the bylaws/statutes or the decisions of the general assembly; use the installations and services of the cooperative; participate in the general assembly, propose a motion therein, and vote; elect or be elected for an office in the cooperative or in that of a higher level; structure to which his cooperative is affiliated; obtain at all reasonable times from the elected responsible persons in the cooperative information on the situation of the cooperative and have the books and registers inspected by the supervisory council, if any; jointly (necessary number to be determined) the members can also convene a general assembly and/or have a question inscribed on the agenda of a general assembly and; ask for an (additional) audit”. HENRY, Hagen. *Guidelines for cooperative legislation*. Geneva: ILO, 2012. p. 77.

⁴²² Henry aponta como Obrigações: “By belonging to a cooperative, members commit themselves to: respect the bylaws/statutes, the decisions taken by the general assembly, whether they voted for their adoption or not, as well as the decisions taken by the management which are in line with the decisions of the general assembly; abstain from any activity detrimental to the objective of their cooperative. Frequently, membership in several cooperatives having the same objective is considered as harming the cooperative(s). However, this need not be the case; participate in the activities of the cooperative”. *Ibid.*, p. 76

⁴²³ Art. 33. A eliminação do associado é aplicada em virtude de infração legal ou estatutária, ou por fato especial previsto no estatuto, mediante termo firmado por quem de direito no Livro de Matrícula, com os motivos que a determinaram. Art. 34. A diretoria da cooperativa tem o prazo de 30 (trinta) dias para comunicar ao interessado a sua eliminação. Parágrafo único. Da eliminação cabe recurso, com efeito suspensivo à primeira Assembleia Geral. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Cooperativo-comunitárias tem-se que a Cooperativa, deve assegurar, em todas as instâncias, a garantia constitucional do Contraditório e da Ampla Defesa⁴²⁴.

Por fim, no que concerne ao Direito de gozar dos direitos derivados da lei ou nas normas estatutárias tem-se, efetivamente, a questão da igualdade. A Lei 5764/71 já estabelece que a Cooperativa deve assegurar a igualdade entre seus associados⁴²⁵. Dessa forma, aplicando-se a ideia de um Direito Fundamental a igualdade, verifica-se que são restritos, em sociedades cooperativas, a estipulação de regras que contrariem o princípio democrático – criando, por exemplo, direito de voto diferenciados para associados ou mesmo, restringindo a possibilidade de participação na gestão da sociedade, notadamente vinculados a ideia do controle democrático pelos sócios.

Sendo assim, diferentemente de outras espécies associativas – que, segundo sua natureza jurídica podem ter tais regras mitigadas – em sociedades cooperativas o que se verifica é que as mesmas estão plenamente vinculadas a não distinção⁴²⁶, de qualquer natureza de seus sócios (ou candidatos a sócios), seja em razão de gênero, orientação sexual ou religiosa, etnia ou de pertencimento a grupo social.

Em suma, a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações Cooperativo-comunitárias decorre de seu caráter democrático e vincula, portanto, as decisões que são tomadas pelos sócios. A autonomia, em uma sociedade cooperativa, se trata de uma

⁴²⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁴²⁵ Art. 37. A cooperativa assegurará a igualdade de direitos dos associados sendo-lhe defeso: I - remunerar a quem agencie novos associados; II - cobrar prêmios ou ágio pela entrada de novos associados ainda a título de compensação das reservas; III - estabelecer restrições de qualquer espécie ao livre exercício dos direitos sociais. BRASIL. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

⁴²⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional [...]”. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

“Autonomia Coletiva” que pressupõe a democracia na tomada de decisões mediante a igualdade entre seus sócios e que é restrita, manifestando-se, justamente, na coexistência de Liberdade e Igualdade. A Eficácia dos Direitos Fundamentais em tais relações, nesse sentido, faz-se sentir como aportes democráticos do Estado em todas as organizações que se caracterizam por tal cariz democrático.

4.3 O ESTADO DA ARTE E A INSERÇÃO DA NOÇÃO DE RELAÇÕES COOPERATIVO-COMUNITÁRIAS COMO FORMA DE ATRIBUIÇÃO DE SENTIDO AO FENÔMENO

A partir da constatação de que a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações Cooperativo-comunitárias decorre de seu caráter democrático e vincula, as decisões que são tomadas pelos sócios parte-se para a análise do Estado da Arte, referentemente a julgados estrangeiros e patrios em referencia as relacoes estabelecidas entre associados e Cooperativas, com o intuito de verificar, ao final, o contributo da noção de Relações Cooperativo-comunitárias para o desvelamento do fenómeno.

4.3.1 O Estado da Arte nos Tribunais Constitucionais

Considerando-se a proximidade dos ordenamentos jurídicos da Espanha e Portugal, no que concerne ao estímulo ao desenvolvimento do Cooperativismo, apresentam-se decisões envolvendo as relações entre Cooperativas e Associados, julgados por seus tribunais constitucionais.

4.3.1.1 Tribunal Supremo Espanhol

O Tribunal Constitucional Espanhol, ao denegar o Recurso de Amparo n. 482/1992 (Sentença 96/1994), interposto por associado de Cooperativa que havia sido eliminado de Cooperativa Habitacional (Cooperativas de Viviendas), reconhece a eficacia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, não obstante ao direito de auto-organização das sociedades, conforme ementa que se transpõe:

1. Si bien las asociaciones no forman «una zona exenta del control judicial», los Tribunales, como todos los poderes públicos, «deben respetar el derecho de autoorganización» de aquéllas. **De suerte que si se impugna ante los órganos judiciales la expulsión de un socio, por causa prevista en los Estatutos de la Asociación, los Tribunales habrán de aplicar en primer**

término, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a la ley, dichos Estatutos; y aunque en este caso el control judicial siga existiendo, su alcance no consiste «en que el Juez pueda entrar a valorar, con independencia del juicio que ya han realizado los órganos de la Asociación, la conducta del socio, sino en comprobar si existió una base razonable para que los órganos de las Asociaciones tomaran la correspondiente decisión» (STC 218/1988) [F.J. 2].⁴²⁷

2. La potestad de organización que comprende el derecho de asociación ha de entenderse «en el marco de la Constitución y de las leyes que, respetando el contenido esencial de tal derecho, lo desarrollen o lo regulen (art. 53.1)» como se ha dicho en la mencionada STC 218/1988. Por lo que aun debiendo respetar los Tribunales dicha potestad -y, consiguientemente, aplicar en primer término **los Estatutos de la Asociación-**, el alcance del control judicial habrá de modularse, en cada caso, según lo previsto en la legislación específica que regule cada modalidad asociativa siempre que esta legislación salvaguarde las exigencias que se deriven del art. 22 C.E. [F.J. 2].

3. Sin necesidad de entrar a considerar la naturaleza y el régimen jurídico de las **sociedades cooperativas, sí conviene al menos señalar, de un lado, que en las mismas existe una aportación económica por parte de los socios al capital social [arts. 14.2 e) y 34 y 35 de la Ley 3/1987], aportación que, en el caso de las Sociedades Cooperativas de viviendas, es el presupuesto para la adjudicación al socio de una de ellas.** De otro, que esta legislación expresamente prevé la posibilidad de impugnación ante los Tribunales de los Acuerdos sociales, incluidos los de expulsión de los socios cooperativistas, sin limitación alguna en el conocimiento judicial (arts. 38.4 y 52 de la misma Ley 3/1987). Con la particularidad, conviene señalarlo, que el procedimiento para la impugnación de los Acuerdos sociales, según lo dispuesto en el art. 52.4 de la Ley General de Cooperativas, es el previsto, con ciertas salvedades, en el art. 70 de la Ley de Sociedades Anónimas [F.J. 2].

No julgado, o Tribunal Constitucional Espanhol reconhece que o Poder Público deve respeitar o poder de auto-organização das associações, todavia, estas **não estão imunes ao Controle Judicial de seus atos, que devem se revestir da forma legal, respeitando os ditames constitucionais.** Nesse sentido, há o reconhecimento da autonomia e independencia da Cooperativa em relação ao Estado, bem como desta autonomia na estipulação de regras estatutárias que, todavia, encontram limitações constitucionais.

4.3.1.2 Tribunal Constitucional Português

O Tribunal Constitucional Português analisou o Recurso nos autos do Processo nº 1059/05, cujo Relator foi o Conselheiro Pamplona de Oliveira, em que analisa a questão de **ferimento à ampla defesa em processo administrativo de exclusão** de associado de sociedade cooperativa:

⁴²⁷ ESPANHA. Tribunal Supremo. *Recurso de amparo n. 482/1992* (Sentença 96/1994).

2. Pretende o Recorrente ver apreciada a inconstitucionalidade dos Artigos 37º, n.º 3 e 5 e 50º do Código Cooperativo e do Artigo 56º do Código das Sociedades Comerciais face ao que se dispõe no art. 32º, n.º 10 da CRP já que, em seu entender, a interpretação e aplicação dada às invocadas disposições legais, sustentada pelo Acórdão sub judice, viola frontal e ostensivamente o disposto no mencionado preceito constitucional; [...] 4. No entender do Recorrente - e porque, embora precedida de processo escrito, foram neste omitidas diligências fundamentais para a descoberta da verdade (tendo sido recusadas todas as diligências de prova por si requeridas, designadamente de prova testemunhal - cfr. al. I) da matéria de facto assente, fls. 5 do Acórdão Recorrido), além do que não lhe foi, tão-pouco, possível apresentar a sua defesa na mencionada Assembleia Geral -, a invalidade decorrente dos vícios assacados à Deliberação em apreço, quer em face do que se dispõe no C. Cooperativo, quer atento o regime da invalidade das deliberações decorrente do CSC, não pode deixar de ser a nulidade sendo a mencionada Deliberação, por esse motivo, impugnável a todo o tempo.

Os principais argumentos expendidos pelo Recorrente foram no sentido de que haviam sido omitidas diligências necessárias à apuração dos fatos em processo administrativo⁴²⁸. Nesse sentido, tratando-se de procedimento sancionatório, a referida omissão atentou contra dispositivo constitucional, importando em sua nulidade⁴²⁹.

A decisão, ao constatar a observância do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo que culminou na exclusão de associado, foi no sentido da inexistência de qualquer espécie de nulidade⁴³⁰. Cabe ressaltar que, no ordenamento jurídico português há um

⁴²⁸ 1. O Reclamante era, até 1998, Cooperante da Cooperativa de Habitação...; 2. Por Deliberação desta Cooperativa datada de 18/12/1998 foi aprovada a sua exclusão; 3. Em 5/04/1999 o ora Reclamante intentou acção declarativa com processo comum, na forma ordinária, contra a mencionada Cooperativa tendo pedido, para o que ora releva, fosse declarada a nulidade desta Deliberação atenta a preterição da mesma do disposto no art. 37º, n.º 5 do Cód. Cooperativo (omissão de diligências essenciais à descoberta da verdade); 4. Entre outros fundamentos alegou, para o efeito, terem sido indeferidas - no processo escrito que precedeu e no qual se funda tal Deliberação - todas as diligências de prova por si requeridas, o que constitui matéria de facto assente nestes autos; [...].

⁴²⁹ A') De facto, o processo ou procedimento que culminou com a deliberação expulsiva em apreço não pode deixar de ser tido como um processo sancionatório nos termos e para os efeitos previstos no citado art. 32º n.º 10 da CRP; B') As garantias consagradas nas diversas alíneas do art.º 37 n.º 5 do C. Coop., v.g. nas suas alíneas a) e d), constituem uma concretização do direito de audiência e defesa dos arguidos, consagrado no invocado Art.º 32º n.º 10 da Constituição pelo que, atenta a protecção e garantia dada pela Lei Fundamental, só a cominação da nulidade da Deliberação sub judice se compagina com a violação de tais direitos; C') A Deliberação da Cooperativa Recorrida não se limita, pois, a ofender um preceito legal (Art.º 37º, n.º 5 do C. Coop.), ela ofende frontalmente o disposto numa norma constitucional pelo que, seja por via da aplicação directa do disposto no Art.º 37 n.º 5 do C. Coop., seja por via da aplicação do preceituado na al. d) do Art. 56º do CSC, em qualquer caso, tal deliberação sempre será nula por ferir, de forma manifesta, o art. 32º n.º 10 da CRP; [...] E') É designadamente patente a inconstitucionalidade dos artigos 37º n.º 5 e 50º do C. Coop. e, ainda, do art. 56º do CSC, em face interpretação e aplicação que aos mesmos é emprestada pelo Acórdão aqui Recorrido; [...].

⁴³⁰ “4. Apesar da sua extensão, a reclamação não rebate, substancialmente, os argumentos invocados na decisão sumária para decidir não conhecer do recurso. Na verdade, a questão essencial em causa no recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, era a da qualificação do vício de que pretensamente padeceria a deliberação social impugnada. Ora, na análise da questão, o Supremo Tribunal de Justiça socorreu-se de determinados factos, adquiridos no processo, que imporiam, em seu julgamento, a não verificação dos vícios invocados; assim, no acórdão recorrido, começou-se por reconhecer que em causa estava apenas a análise de duas

“Código Cooperativo” que regula tais relações e consagra o contraditório e a ampla defesa como princípios de observância obrigatória em tais sociedades⁴³¹.

4.3.2 Tribunais Brasileiros

4.3.2.1 Quanto ao Direito de Ingressar em Sociedades Cooperativas

Analisando-se as decisões judiciais referentes à liberdade de associação cooperativa, verifica-se que a estipulação de critérios objetivos para o ingresso em sociedades cooperativas tem sido objeto de julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Com efeito, analisam-se duas decisões paradigmáticas em relação ao tema, envolvendo uma Cooperativa de Trabalho médico cujo Estatuto determina a observância de critérios objetivos para a admissão de associados.

A primeira decisão analisada, foi prolatada pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que por unanimidade de votos, deu provimento ao Recurso da UNIMED Curitiba – Sociedade Cooperativa de Médicos, no sentido de dar validade às cláusulas estatutárias da sociedade que estabelecem critérios objetivos a serem cumpridos pelos candidatos, para associarem-se à Cooperativa, nos termos da ementa:

matérias: a relativa à alegada omissão de diligências essenciais para a descoberta da verdade, que inquinaria o processo disciplinar, e a relativa à alegada impossibilidade de apresentação de defesa na assembleia geral que deliberou o acto expulsivo. Pois bem.

Quanto à primeira, o acórdão diz o seguinte: "Está, como quer que seja, por demonstrar – e o ónus dessa prova recai indubitavelmente, consoante artigo 342º n.º 1 do Código Civil, sobre o A. – a essencialidade das diligências por ele requeridas, sempre, na realidade, a avaliar em concreto." O que significa este trecho não oferece dúvida, quanto a saber se o Tribunal deu ou não como provado o facto nuclear da invocação do correspondente vício: não deu. Quanto à segunda, diz o mesmo aresto: "Vale, a esse respeito, o considerado na 1ª instância: a sede própria para a apresentação da defesa em toda a sua extensão é o processo disciplinar, não se podendo afirmar que o A. ficou impossibilitado de apresentá-la na assembleia geral [...] improcede, pois, este fundamento". Em consequência, por mais que se diga que as normas agora impugnadas ofendem a Constituição, por qualificarem erradamente os vícios invocados, sempre se imporia a solução já consagrada no aresto recorrido, mercê da constatação de que os factos dados por assentes na decisão recorrida, que o Tribunal Constitucional não pode, nessa parte, sindicá-los, levam a concluir pela não verificação de qualquer um dos aludidos vícios de que alegadamente padecia a deliberação em crise".

⁴³¹ Artigo 37. Exclusão 1 - Os cooperadores podem ser excluídos por deliberação da assembleia geral. 2 - A exclusão terá de ser fundada em violação grave e culposa do Código Cooperativo, da legislação complementar aplicável ao respectivo ramo do sector cooperativo, dos estatutos da cooperativa ou dos seus regulamentos internos. 3 - A exclusão terá de ser precedida de processo escrito, do qual constem a indicação das infracções, a sua qualificação, a prova produzida, a defesa do arguido e a proposta de aplicação da medida de exclusão. 4 - O processo previsto no número anterior não se aplica quando a causa de exclusão consista no atraso de pagamento de encargos, tal como estiver fixado nos estatutos, sendo, porém, obrigatório o aviso prévio, a enviar para o domicílio do infractor, sob registo, com indicação do período em que poderá regularizar a sua situação. Lei no 51/96 de 7 de setembro - Código Cooperativo (v).

6ª CÂMARA CÍVEL - APELAÇÃO CÍVEL Nº 1026724- 6, DA 2ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA. APELANTE: UNIMED CURITIBA - SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS. APELADO: ANDRÉ REINS. RELATOR: CARGO VAGO (DES. IVAN BORTOLETO). RELATORA CONVOCADA: JUÍZA ANA LUCIA LOURENÇO. APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA - PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE - INGRESSO DE MÉDICO NA COOPERATIVA - INSTITUIÇÃO DE CRITÉRIOS (SELEÇÃO PÚBLICA DE PROVAS E TÍTULOS) - LEGALIDADE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Refere, o Acórdão, que “a questão do número ilimitado de associados, prevista no inciso I do art. 4º da Lei nº 5.764/71, não é absoluta, sendo necessário ao ingresso de novos cooperados a observância dos requisitos de admissão”. Nesse sentido, considerando-se que o Estatuto Social da Cooperativa prevê uma série de requisitos⁴³² para o ingresso (inclusive a aprovação prévia em seleção pública), a decisão reconhece a validade do dispositivo, referindo que “o requisito de admissão consubstanciado na aprovação em processo de seleção pública de provas e títulos não se revela ilegal”.

Em outra decisão, dessa vez da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o entendimento foi análogo, resultando na decisão que, também por unanimidade, deu provimento à Apelação Cível, nos termos da ementa:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1058559-6, DE FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA - 14ª VARA CÍVEL APELANTE: UNIMED CURITIBA SOCIEDADE COOPERATIVA DE MÉDICOS DE CURITIBA APELADO: ANDREA MARÇAL SZPAK ZRAIK RELATOR: DES. AUGUSTO LOPES CÔRTEZ
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE. INGRESSO DE MÉDICO NA COOPERATIVA. LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE COOPERADOS. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. COMPROVAÇÃO. DISPOSIÇÕES QUE CONSTAM NO ESTATUTO SOCIAL DA ENTIDADE. ANÁLISE DE CRITÉRIOS ECONÔMICO-FINANCEIROS. PRINCÍPIO DA LIVRE ADESÃO. PRINCÍPIO NÃO ABSOLUTO. INSTITUIÇÃO DE CRITÉRIOS, SELEÇÃO PÚBLICA DE

⁴³² No caso em apreço, prevê o Estatuto Social da Unimed Curitiba que: “Art. 3º. Poderá ingressar na Cooperativa, salvo se houver impossibilidade técnica de prestação de serviços, todo médico que exerça a sua atividade como profissional autônomo na área geográfica de ação da Sociedade, determinada pelo artigo 1º, possa livremente dispor de se e de seus bens, concorde com o presente Estatuto e satisfaça as condições técnicas e legais comprovadas através dos seguintes elementos: I apresentação dos seguintes documentos: a) diploma de Médico expedido por instituição reconhecida pelo Ministério da Educação; b) título de Especialista devidamente registrado em Conselho Regional de Medicina; c) comprovantes de inscrição no Conselho Regional de Medicina do Paraná e nos órgãos municipais e previdenciários como autônomo; II dois anos de exercício profissional após a titulação, na especialidade médica proposta, devidamente comprovados; III aprovação prévia em seleção pública de provas e títulos promovida pela Cooperativa, a qual será realizada por instituição idônea reconhecida nacionalmente”.

PROVAS E TÍTULOS E EXERCÍCIO PROFISSIONAL DE DOIS ANOS NA ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO PROPOSTA. POSSIBILIDADE. LEI 5.764/71, ART. 4º, INCISO I E ART. 29. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA. SENTENÇA MODIFICADA. APELO PROVIDO.

O Acórdão, ao analisar dispositivos da Lei 5764/71 atinentes à adesão de associados⁴³³, refere que “muito embora estabeleçam que o ingresso nas sociedades cooperativas é livre, condiciona-o ao atendimento das exigências estatutárias, além de excepcionar expressamente as hipóteses de ausência de viabilidade técnica”. Ao final, refere o julgado, in verbis:

Diante disso, é certo afirmar que os candidatos a cooperados não têm um direito subjetivo puro e simples à admissão, nem as cooperativas estão jungidas a um dever jurídico de aceitarem todas as candidaturas. O que não se admite é a restrição imotivada ou proveniente do dissabor das entidades, devendo a negativa de novos associados resultar da própria natureza da cooperativa, e não de um juízo arbitrário.

No caso específico dessa faceta da Liberdade de Associação Cooperativa – o direito de ingresso – verifica-se em uma primeira análise que a situação é diferenciada, notadamente em virtude de que o titular do referido direito ainda não é um associado da Cooperativa. Todavia, considerando-se que as regras estatutárias que tratam do ingresso de novos associados são estabelecidas em Estatuto Social previamente, verifica-se que se está a tratar, objetivamente, de hipótese de limitação à autonomia coletiva dos sócios.

Com efeito, não obstante ao reconhecimento da autonomia dos sócios na estipulação das regras que estabelecem os requisitos de ingresso de novos associados na Cooperativa, o entendimento é o de que tais requisitos devem ser estabelecidos de forma objetiva, não comprometendo o caráter democrático da Cooperativa, notadamente no que concerne à não discriminação de novos associados, seja por critérios sociais, religiosos, étnicos, de gênero ou aspectos subjetivos.

⁴³³ “Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características: I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; [...] Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no artigo 4º, item I, desta Lei.” Vê-se que os dispositivos supra, muito embora estabeleçam que o ingresso nas sociedades cooperativas é livre, condiciona-o ao atendimento das exigências estatutárias, além de excepcionar expressamente as hipóteses de ausência de viabilidade técnica. Contudo, a legislação cooperativista não define os critérios e requisitos ensejadores da aludida impossibilidade técnica, cabendo, a meu ver, ao estatuto da respectiva entidade fazê-lo”.

4.3.2.2 Quanto ao Direito à Permanência no Quadro Social de Sociedades Cooperativas

Se, no que concerne ao ingresso em sociedades cooperativas são raras as decisões, no que concerne à permanência do associado no quadro social as demandas são numerosas. Nesse sentido, parte-se da análise de algumas decisões de Tribunais Estaduais para a verificação de seus pressupostos.

A primeira decisão abordada, trata-se de Acórdão da 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, à unanimidade de votos, negou provimento ao recurso da demandante, mantendo a decisão de origem que considerou válido o procedimento administrativo realizado pela UNIMED Porto Alegre, ao aplicar penalidades em associado. O associado pretendia a anulação do processo administrativo que culminou com a aplicação da pena de suspensão pelo prazo de 90 dias, sob o fundamento de que este teria descumprido normas estatutárias, como refere a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. unimed. médico cooperado. processo disciplinar.

1. Infração, pelo médico cooperado, das normas regimentais/estatutárias que regem a cooperativa demandada. Conduta prevista no tipo infracional estabelecido § 1º do art. 3º do Estatuto Social. Penalidade devidamente estabelecida no art. 2º do Regimento Disciplinar, Técnico e Ético. Penalidade aplicada pela Comissão Disciplinar em conformidade com o devido processo legal. Observação da ampla defesa e do contraditório, bem como das regras estabelecidas no Regimento Disciplinar, Técnico e Ético. Irregularidades procedimentais não caracterizadas. Inaplicabilidade do disposto nos arts. 34 e 38 da Lei nº 5.764/71, pois não se trata de exclusão/eliminação de cooperado. 2. A fixação da verba honorária deve ser em **patamar condizente com o zelo e labor profissional e com a complexidade da demanda (art. 20, § 4º, do CPC)**. Assim, cotejando o grau de zelo dos profissionais que laboraram no processo, a natureza e importância da causa, impende a majoração dos honorários fixados na sentença.

APELAÇÃO DO DEMANDANTE IMPROVIDA. APELAÇÃO DA DEMANDADA PROVIDA.

Com efeito, a decisão considerou, por um lado, que restou caracterizada a infração estatutária e, por outro, que foram observados, por parte da Cooperativa, referindo a “inexistência de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como legalidade da pena aplicada, pois caracterizada a responsabilidade”. Não há análise, todavia, no que concerne à aplicabilidade de Direitos Fundamentais em relações estabelecidas entre particulares.

Nesse mesmo sentido – no da legalidade de eliminação de associado do quadro – desde que realizada com a observância das normas estatutárias e, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, há precedentes nos Tribunais de Justiça do Estado de Santa Catarina⁴³⁴ e de Minas Gerais⁴³⁵.

Relevante salientar que decisões mais recentes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais⁴³⁶ tem feito menção expressa à aplicabilidade dos Direitos Fundamentais em

⁴³⁴ Apelação Cível n. 2008.068454-9, de São Miguel do Oeste Relator: Des. RESPONSABILIDADE CIVIL. ALEGADO ABALO MORAL EM DECORRÊNCIA DA ELIMINAÇÃO DO AUTOR DO QUADRO DE ASSOCIADOS DA COOPERATIVA RÉ. INOCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE A DEMONSTRAR OS FATOS NARRADOS NA INICIAL. ÔNUS DA PROVA QUE COMPETIA AO AUTOR. EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO DA COOPERATIVA RÉ. AUTOR QUE DESCUMPRIU SEUS DEVERES DE ASSOCIADO, ATRAVÉS DA EMISSÃO DE 16 CHEQUES SEM FUNDOS EM NOME DA ENTIDADE. HIPÓTESE DE EXCLUSÃO CLARAMENTE PREVISTA NO ESTATUTO. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. REQUISITOS DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL NÃO CONFIGURADOS NA HIPÓTESE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA INCENSURÁVEL. RECURSO DESPROVIDO. Não há que se cogitar em responsabilidade civil por ato ilícito e reparação de danos sem comprovação dos requisitos esculpido no art. 186 do atual Código Civil. Ademais, é da dicção do art. 333, I, do Código de Processo Civil que incumbe ao autor o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2008.068454-9*. São Miguel do Oeste/1ª Vara Cível. Apelante: Ademir Perondi. Apelado: Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados de São Miguel do Oeste – SICOOB. Relator: des. Marcus Tulio Sartorato.

⁴³⁵ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ELIMINAÇÃO DOS QUADROS DA COOPERATIVA MÉDICA - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - CONTROLE DE LEGALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO - AUSÊNCIA DE NULIDADES - NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO - REGULARIDADE - OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - DECISÃO FUNDAMENTADA - ILEGITIMIDADE DA COOPERATIVA PARA REGULAMENTAÇÃO DE CONSULTA E RETORNO - MATÉRIA INTERNA CORPORIS - EXAME PELO JUDICIÁRIO - VEDAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - INOCORRÊNCIA. - No controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade do procedimento sem, contudo adentrar o mérito administrativo. - Embora o §1º, do art. 86, do Regimento Interno da Cooperativa Médica preveja que o encaminhamento de cópia da decisão do Conselho Administrativo que deliberou pela eliminação dos cooperados se processará por notificação registrada no Cartório de Títulos e Documentos, tal formalidade não invalida a notificação realizada pessoalmente aos processados, visto que apresentaram defesa técnica, através de seu advogado, e lhes foi concedida nova oportunidade para se manifestarem tão logo corrigida a falha. Não há nulidade por ausência de fundamentação, quando a decisão tomada pelo Conselho de Administração discrimina os atos violadores dos deveres funcionais, aponta os dispositivos legais e regimentais afrontados e discorre fundamentadamente sobre as razões que motivaram a aplicação da pena de eliminação do cooperado dos quadros da Cooperativa Médica. - Não compete ao Poder Judiciário proceder ao exame da dita ilegitimidade da Cooperativa Médica, por se tratar de matéria interna corporis, que foge ao controle de legalidade a que está adstrito o Poder Judiciário. - Recurso não provido. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 1.0027.11.009139-7/002* - Comarca de Betim - Apelantes: Alan Lopes Antunes e outro(a)(s), Celma Lima Antunes - Apelado: UNIMED BETIM Cooperativa de Trabalho Médico Relator (a): Des.(a) Alvimar de Ávila, 12ª Câmara Cível, julgamento em: 12 de dezembro de 2012.

⁴³⁶ No mesmo sentido a Apelação Cível da qual se apresenta a ementa: “AÇÃO ANULATÓRIA DE SANÇÃO APLICADA POR COOPERATIVA DE TAXISTAS. NULIDADE DA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. Não havendo contradição entre as sentenças, não há falar em nulidade pelo fato de a cautelar ter sido pensada posteriormente. Sendo observada a aplicação dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição para a proteção dos particulares contra os poderes privados, não há que se falar em anulação de penalidade imposta por

tais relações, referindo a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal quanto a matéria, sem contudo, aduzir argumentos quanto a sua aplicabilidade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - COOPERATIVA – AFASTAMENTO COOPERADO - DIREITOS FUNDAMENTAIS - INOBSERVÂNCIA – TUTELA ANTECIPADA - REINTEGRAÇÃO - DEFERIMENTO. Assim como o processo de exclusão, o afastamento de associado não poderá ocorrer sem a observância dos direitos fundamentais, notadamente o contraditório e a ampla defesa, conforme art. 5º, LV, da CF/88. Restando evidenciado nos autos que o afastamento do cooperado não observou os ditames constitucionais, mormente nos casos em que a existência de penalidade anterior é o critério de escolha, é de se manter a tutela antecipada para reintegração nos quadros na cooperativa. Recurso não provido.⁴³⁷

A decisão refere que “o processo de exclusão não pode ocorrer sem a observância dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente” e verifica a inexistência, nos autos, de “qualquer elemento que demonstre ter a agravante oportunizado o contraditório e a ampla defesa ao recorrido”, concluindo portanto, que o afastamento deu-se de forma irregular.

Com efeito, as decisões apontam um quadro jurídico em que, não obstante a não teorização a respeito da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, há o entendimento acerca do direito do sócio de não ser eliminado da Cooperativa de forma arbitrária, à revelia do Direito Fundamental ao contraditório e a ampla defesa.

4.3.2.3 O Discurso Decisório do Superior Tribunal de Justiça e Problemática das Cláusulas Estatutárias Restritivas

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, matéria extremamente controversa concerne à possibilidade de estipulação, por parte de associados de uma Cooperativa, de cláusula estatutária que não permita que o associado opere com outra empresa que atua no mercado como concorrente da Cooperativa. Com efeito, trata-se de verificar, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, se os associados dispõem de autonomia para, através do estabelecimento de disposições estatutárias, limitar a liberdade do associado na realização de operações com outras empresas que, na ordem prática, disputam mercado com a sociedade cooperativa da qual o associado é membro.

descumprimento ao constante de estatuto o qual aceita. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 1.0210.09.061590-2/001* - Comarca de Pedro Leopoldo - Apelante: Viviane Silva Fonseca. Apelado: COOPERFINS COOP transp individual coletivo confins reg metop belo horizonte”. 29 de março de 2012.

⁴³⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo De Instrumento CV n. 1.0313.12.011969-5/001* – Comarca De Ipatinga. Agravante: COMOVEL - Cooperativa De Motoristas com Veiculos Ltda. Agravado: Adailton Sousa Godoi. Relator: Des. Amorim Siqueira. Julgamento em 16 de fevereiro de 2012.

Os casos paradigma apresentam-se em dois julgados que tem por objeto a análise de tal cláusula em Cooperativas de Trabalho Médico do Sistema UNIMED que, de certa forma, tratam-se de decisões paradigmáticas considerando-se sua grande relevância no contexto da saúde privada no Brasil.

O primeiro Acórdão analisado fora prolatado nos autos do Recurso Especial n. 126.391/SP, em 18 de janeiro de 1999, em que foi recorrente UNIMED Rio Claro Cooperativa de Trabalho Médico e recorridos Ibrahim Georges Buttros Neto e outros, sócios da Cooperativa. Efetivamente, a demanda refere-se a uma Ação Ordinária de Anulação de Assembleia em que os sócios da Cooperativa buscavam a anulação da decisão assemblear que determinou a exclusão dos mesmos do quadro social, considerando-se que haviam violado dispositivos estatutários, notadamente pelo fato de que “também prestavam serviços a outra clientela ou organizações congêneres”.

Com efeito, o Estatuto Social da Cooperativa determinava sanções aos associados que exercessem atividades prejudiciais à cooperativa, notadamente, àqueles que se dispusessem à prestação de serviços a entidades congêneres, que operam, no mercado, como concorrentes da Cooperativa. A decisão recorrida, do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi no sentido de que “cláusulas restritivas de direitos, tais as normas da Lei 5.764/71, não podem ser ampliadas para justificar a exclusão dos médicos dos quadros da Cooperativa que se cuida”.

A decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, foi no sentido do provimento ao recurso da Cooperativa, nos termos da ementa:

COMERCIAL – COOPERATIVA (UNIMED) – ATO DA ASSEMBLEIA – ESTATUTOS.

I – No direito cooperativo, assentou a doutrina que os estatutos contém as normas fundamentais sobre a organização, a atividade dos órgãos e os direitos e deveres dos associados rente a associação. **São disposições que valem para todos os partícipes (cooperativas) por isso que de natureza geral e abstrata, tal como a constituição reguladora da vida do estado rege o comportamento das sociedades personificadas. Tais normas não assumem uma característica contratual, mas regulamentar ou institucional.**

II – O associado que adere a Cooperativa Médica **sujeita-se a seu estatuto. Não está obrigado a não atuar livremente no atendimento a pacientes que o procurem. Todavia não pode vincular-se a outra entidade congênere, provocando concorrência à cooperativa e desvirtuando a finalidade com que instituída.**

III – Recurso conhecido e provido.⁴³⁸

⁴³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 126.391-SP*, Relator: Min. Waldemar Zveiter. Julgamento em: 3 de agosto de 1999.

O voto vencido, da lavra do Ministro Ari Parengler, no sentido de confirmar a decisão recorrida, refere que “os estatutos da cooperativa não podem tudo; ‘as condições de admissão, demissão, eliminação e exclusão’ de associados não podem se sobrepor às leis e à Constituição, só estas podendo estabelecer que o descumprimento da cláusula estatutária da exclusividade constitui motivo para a exclusão de associados”.

No que concerne à posição majoritária, como se depreende do voto do Relator, Ministro Waldemar Zveiter, que cita outros precedentes jurisprudenciais do STJ⁴³⁹, a matéria se resolve considerando-se que a associação a uma sociedade cooperativa pressupõe a observância de seus Estatutos que regem a organização, bem como os direitos e deveres dos associados. Nesse mesmo sentido, acompanhando o Relator, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito ainda refere que “aquele médico que ingressa na Cooperativa faz uma opção pessoal de trabalho sob tal regime, o que cria o impedimento de prestar serviços da mesma natureza a outra entidade concorrente, sob pena de gerar prejuízo para o conjunto dos cooperados”. Ao finalizar seu voto, o Ministro Carlos Alberto refere de forma veemente:

Não é crível, com todo respeito, entender-se que a exclusividade do cooperado fere qualquer dispositivo legal. E assim é pelo simples fato de ser a própria natureza do regime jurídico das cooperativas. Cercear a cooperativa de exigir que os seus cooperados mantenham exclusividade de serviços seria atingir a essência das cooperativas, enquanto sociedades de pessoas.

A segunda decisão paradigma, no Superior Tribunal de Justiça, trata-se do Acórdão prolatado nos autos do Recurso Especial n. 11.172.603-RS⁴⁴⁰, em que foi recorrente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e recorrida a UNIMED Santa Maria – Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos Ltda., cuja ementa se transcreve:

⁴³⁹ “I – No direito cooperativo, assentou a doutrina que os Estatutos contém as normas fundamentais sobre a organização, a atividade dos órgãos e os direitos e deveres dos associados frente à associação. São disposições que valem para todos os partícipes (cooperados) por isso que de natureza geral e abstrata, tal como a Constituição reguladora da vida do Estado rege o comportamento das sociedades personificadas. Tais normas não assmem uma característica contratual, mas regulamentar ou institucional”. Recurso Especial n. 6.003/PR. DJ 04/02/1991. Cita o voto do Ministro Eduardo Ribeiro, no Recurso Especial n. 83.713/RS: “Tenho que correto o acórdão. Com efeito, do fato de as normas internas da recorrida vedarem a participação de associados vedarem a participação de seus associados em organizações consideradas concorrentes, não se haverá de concluir que realizada a previsão contida no primeiro daqueles dispositivos. Não se vislumbra, com efeito, possa daí resultar a dominação do mercado nacional ou mesmo a eliminação, ainda que parcial, da concorrência. As empresas que se dediquem ao mesmo ramo de atividade poderão valer-se de outros médicos, ou mesmo atrair os profissionais ligados à recorrida e que considerem interessante dela se desvincularem. De notar-se, aliás, que não se menciona haja reclamação daquelas empresas, cuja atividade, segundo se alega, seria prejudicada”.

⁴⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal. *Recurso Especial n. 11.172.603-RS*.

DIREITO ECONÔMICO–LIVRE CONCORRÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – UNIMED – COOPERATIVA DE SAÚDE – SUBMISSÃO IRRESTRITA ÀS NORMAS JURÍDICAS QUE REGULAM A ATIVIDADE ECONÔMICA – **CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE PARA MÉDICOS COOPERADOS – IMPOSSIBILIDADE TANTO SOB O ASPECTO INDIVIDUAL QUANTO SOB O ASPECTO DIFUSO** – INAPLICABILIDADE AO PROFISSIONAL LIBERAL DO § 4º DO ARTIGO 29 DA LEI N. 5.764/71, QUE EXIGE EXCLUSIVIDADE – CAUSA DE PEDIR REMOTA VINCULADA A LIMITAÇÕES À CONCORRÊNCIA – VIOLAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DO ART. 20, INCISOS I, II E IV; DO ART. 21, INCISOS IV E V, AMBOS DA LEI N. 8.884/94, E DO ART. 18, INCISO III, DA LEI N. 9.656/98 – INFRAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA PELO AGENTE ECONÔMICO CONFIGURADAS.

1. [...]

2. A Constituição Federal de 1988, ao tratar do regime diferenciado das cooperativas não as excepcionou da observância do princípio da livre concorrência estabelecido pelo inciso IV do art. 170.

3. A causa de pedir remota nas lides relativas a cláusula de exclusividade travadas entre o cooperado e a cooperativa é diversa da causa de pedir remota nas lides relativas a direito de concorrência. No primeiro caso, percebe-se a proteção de suposto direito ou interesse individual; no segundo, a guarda de direito ou interesse difuso. Portanto, inaplicáveis os precedentes desta Corte pautados em suposto direito ou interesse individual.

4. Ao médico cooperado que exerce seu labor como profissional liberal, não se aplica a exigência de exclusividade do § 4º do art. 29 da Lei n. 5.764/71, salvo quando se tratar de agente de comércio ou empresário.

5. A cláusula de exclusividade em tela é vedada pelo inciso III do art. 18 da Lei n. 9.656/98, mas, ainda que fosse permitida individualmente a sua utilização para evitar a livre concorrência, através da cooptação de parte significativa da mão-de-obra, encontraria óbice nas normas jurídicas do art. 20, I, II e IV, e do art. 21, IV e V, ambos da Lei n. 8.884/94. Portanto, violados pelo acórdão de origem todos aqueles preceitos.

6. Ainda que a cláusula de exclusividade não fosse vedada, a solução minimalista de reputar lícita para todo o sistema de cláusula contratual, somente por seus efeitos individuais serem válidos, viola a evolução conquistada com a criação da Ação Civil Pública, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, com o fortalecimento do Ministério Público, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, com a revogação do Código Civil individualista de 1916, com a elaboração de um futuro Código de Processos Coletivos e com diversos outros estatutos que celebram o interesse público primário.

Recurso especial provido.

A decisão recorrida (do Tribunal Regional da Quarta Região) e que fora objeto de reforma pelo Superior Tribunal de Justiça – deu validade à cláusula de exclusividade, como se verifica da ementa:

ADMINISTRATIVO. MÉDICOS COOPERADOS. UNIMED. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. VALIDADE.

É válida a cláusula do estatuto social que impõe aos médicos cooperados o dever de exclusividade, já que de acordo com a natureza do cooperativismo, na medida em que o cooperado é sócio e não vai concorrer com ele mesmo. Entendimento do STJ. (fls. 735e/740e).

Inicialmente verifica-se que a referida decisão modificou o posicionamento até então majoritário no âmbito do STJ, migrando do entendimento até então adotado pelo Tribunal (o de conferir validade à cláusula estatutária de exclusividade) para negar sua validade considerando-se dispositivos legais atinentes à Livre Concorrência.

Com efeito, os argumentos apresentados pelo recorrente - o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) - foram no sentido de que a cláusula de exclusividade impede a entrada e a permanência de concorrentes no mercado, visto que os outros agentes econômicos não conseguem manter um número aceitável de médicos conveniados. A partir de tal tese do recorrente, analisam-se os pressupostos da decisão com vistas a sua análise a partir do Direito Cooperativo. A decisão centra-se no entendimento de que a cláusula de exclusividade fere o Princípio Constitucional da Livre Concorrência insculpido no art. 170, inciso IV da Constituição Federal e que as Cooperativas – a despeito das disposições constitucionais no sentido de que o Estado deve apoiar e estimular o Cooperativismo - estão, igualmente, subordinadas a sua observância.

Chama a atenção que, segundo a decisão, a Cláusula de Exclusividade é vedada pelos arts. 18 da Lei 9.656/98 e pelos arts. 20, I, II e IV, e 21, IV e V, ambos da Lei n. 8.884/94, o que não nos parece compatível com a disciplina jurídica das sociedades cooperativas, consideradas enquanto sociedades democráticas, em que os médicos são seus associados (donos e usuários), a quem incumbem as decisões mais relevantes da sociedade, tomadas em Assembléia Geral.

Veja-se, nesse sentido, o que dispõe o art. 18 da Lei 9.656/98, que dispõe sobre os “planos e seguros privados de assistência à saúde”, o comando legal pretensamente infringido pelas Cooperativas Medicas que atuam como Operadoras de Planos de Saúde Privados. Segundo o dispositivo:

Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) [...] III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de

exclusividade ou de restrição à atividade profissional⁴⁴¹. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).⁴⁴²

Segundo preconiza o dispositivo supracitado, as Operadoras não podem impor contratos de exclusividade aos profissionais (no caso, os médicos associados). Percebe-se, nesse ínterim, que a Cooperativa, considerando-se sua característica instrumental, não possui, enquanto pessoa jurídica, a competência de impor tais cláusulas aos seus associados, notadamente no que tange a cláusula de exclusividade, que se trata de uma disposição estatutária, sempre aprovada em Assembléia Geral Extraordinária, em que os médicos associados é que tomam tal decisão.

Nesses termos, parece-nos evidente o equívoco em considerar a relação estabelecida entre a Cooperativa e seus associados como análoga a estabelecida entre uma Operadora (não cooperativa) e seus contratados-conveniados. Se na relação estabelecida entre estes últimos e uma Operadora não Cooperativa se estabelece uma relação de subordinação pura e simples, em que o médico contratado-conveniado não possui qualquer poder de decisão, cabendo-lhe unicamente acatar as imposições da Operadora, no caso da relação entre a Cooperativa e seu médico associado, este é o dono do negócio, decidindo democraticamente acerca das regras. Nesse caso, há convergência de interesses da Cooperativa e do Médico associado, não havendo relação de conflito de interesses.

Isso demonstra o desconhecimento das peculiaridades das sociedades cooperativas, notadamente do que denominamos de Relações Cooperativo-Comunitárias que, como referido, tratam-se de relações em que o interesse do associado é convergente, na medida em que o fim buscado pelo associado é semelhante ao fim da Cooperativa, considerando-se o já referido princípio da identidade.

Considerando-se as peculiaridades das Relações Cooperativo-Comunitárias, verifica-se a inaplicabilidade do dispositivo às Sociedades Cooperativas. Não pelo fato de que o Princípio da Livre Concorrência não as alcance – já que se trata de Princípio Constitucional atinente a toda a ordem econômica – mas pelo motivo de que, segundo a sua própria disciplina jurídica, as decisões não são impostas aos associados, mas deliberadas pelos mesmos, considerados enquanto donos e usuários do empreendimento coletivo.

A problemática apresentada nessa análise, todavia, perscruta outro prisma: o fato de que a autonomia dos associados feriria pretensão Direito Coletivo – que não o Direito dos

⁴⁴¹ Sem grifos no original.

⁴⁴² BRASIL. *Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

Associados. Dito de outra forma: a decisão optou por restringir um Direito Fundamental – a autonomia privada dos associados da Cooperativa – em detrimento de “direitos coletivos lato sensu” ou de um “interesse público primário”, que seria garantir o Direito de Concorrência.

Ora, a Ordem Econômica, que deve observar a Livre Concorrência, também deve ser, como preconiza o art. 170 da Constituição, “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, que, *a priori*, não justifica a restrição da Autonomia Privada dos Médicos associados de Cooperativas.

Nesse sentido, a atividade regulatória do Estado na economia, no contexto do Estado Democrático de Direito, deve ser no sentido de apoiar e estimular o Cooperativismo⁴⁴³. E qual seria o sentido desse mandamento constitucional? Justamente que o Cooperativismo serve à consecução de objetivos do Estado Democrático de Direito e que visa a proteção, sim, de Direitos Coletivos. A proteção que a Constituição Federal assegurou ao Cooperativismo se coaduna com a consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito, ao estimular um modelo econômico que, através da gestão democrática pelos associados, garante a distribuição justa das riquezas, através de critérios que valorizam o trabalho dos associados em detrimento do capital.

A segunda consideração, é a de que a Livre Concorrência – não obstante ser princípio constitucional atinente à Ordem Econômica – não pode ser interpretada isoladamente, deixando de considerar outros princípios da Ordem Econômica, como o de Apoio e Estímulo ao Cooperativismo e outras formas de Associativismo. Desconsiderar as peculiaridades das sociedades cooperativas, aplicando-lhe normas que não se coadunam com sua natureza jurídica e com isso deixar de conceder-lhe o estímulo e apoio preconizados pela Constituição Federal importa em uma Proteção Deficiente pelo Estado.

4.3.3 Da análise do Estado da Arte e do Contributo da Noção de Relações Cooperativo-comunitárias para o Desvelamento do Fenômeno

Analisando-se o estado da arte, mormente nos tribunais pátrios, verifica-se que as controvérsias que envolvem sociedades cooperativas não são adequadamente tratadas,

⁴⁴³ Tal interpretação é reforçada analisando-se o texto da própria Constituição da República, em seu art. 174, § 2º, determina que: Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. [...] § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

notadamente em face da não percepção das peculiaridades que envolvem as sociedades cooperativas e, conseqüentemente, das relações que se estabelecem entre ela e seus sócios.

Essa não percepção se traduz, evidentemente, no velamento de sentido que o Cooperativismo pode ter, inserido no contexto do constitucionalismo compromissário instaurado pela Constituição de 1988. Portanto, ao se referir a singularidade das referidas Relações Cooperativo-comunitárias é que se verifica a importância de sua autonomização em relação as demais relações que são estabelecidas entre particulares.

Com efeito, foi referido que as relações econômicas estabelecidas entre sócio e Cooperativa, que se consubstanciam no chamado “Ato Cooperativo” são aquelas relações que se estabelecem – não obstante ao seu caráter econômico – se objetivo de lucro. Essa noção de Ato Cooperativo se apresenta extremamente pertinente para o reconhecimento das características próprias das sociedades cooperativas e é reconhecido, no direito pátrio, fazendo jus, inclusive, à proteção constitucional. Conforme demonstrado, todavia, a no direito europeu, a ausência de previsão legal, nas legislações, acerca do Ato Cooperativo provoca uma série de problemas, a ponto de Rui Namorado referir, em sua obra, que tal omissão legislativa se trata, no ordenamento jurídico português, de uma “ausência que confunde”. Essa “confusão” se traduz no fato de que o Ato Cooperativo, no contexto do direito europeu, enquanto fenômeno, não fora nominado, podendo-se dizer, nesses termos, que permanece oculto, velado.

Esse velamento da noção de Ato Cooperativo, no âmbito do Direito Europeu, é semelhante ao que ocorre, no ordenamento jurídico brasileiro, em relação às Relações Cooperativo-comunitárias: ao passo em que essas não são reconhecidas, não são nominadas no âmbito das discussões jurídicas no direito pátrio, estão passíveis de “confusão” com as demais relações privadas de cunho conflitivo, que partem de pressupostos completamente diferentes. É nesse sentido que se verifica, ao tratar de relações estabelecidas entre sócios e cooperativas, a utilização de categorias como “relações indivíduo-poder” que, não obstante estarem presentes na maioria das relações privadas conflitivas, não se reproduzem – ao menos não da maneira clássica – nas relações Cooperativo-comunitárias.

O que se percebe é que, no que concerne às Relações Cooperativo-comunitárias, no âmbito do Direito pátrio, observa-se o mesmo fenômeno de velamento que encontra suas razões mais profundas no movimento de subalternização das Sociedades Cooperativas pela economia de mercado e na conseqüente influência que o modelo capitalista exerce sobre o Direito. Portanto, em conseqüência do não reconhecimento das peculiaridades das

Cooperativas há reflexos diretos na incompreensão das relações estabelecidas entre sócios e Cooperativas como relações *sui generis*.

Nesses termos, o contributo da noção de Relações Cooperativo-comunitárias é, justamente, o de des-velar o fenómeno, no sentido de caracterizar uma relação estabelecida no âmbito de uma entidade privada, com fins económicos, de forma democrática, em que as regras que vinculam a todos os sócios são estipuladas pelos mesmos, em situação de igualdade.

Dessa forma, se apresenta inaplicável, em tais relações, a incorporação, pelas cooperativas, de uma característica “pública não estatal”, uma vez que não obstante a complementariedade entre os interesses público e privado, as Cooperativas são autónomas em relação ao Estado. Não se vislumbra necessária a configuração de uma característica “semi-pública” das sociedades cooperativas para a consideração da eficácia direta dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações mantidas com os sócios.

Outro ponto importante a ser salientado é que, como referido, em tais relações não se está diante de uma relação indivíduo-poder. Efetivamente, em tais relações não se configura um poder económico a subjugar a outra “parte”, mas a estipulação democrática das regras que serão aplicadas ao quadro social.

Caracterizam-se pelo fato de que a Autonomia, em uma sociedade cooperativa, se trata de uma “Autonomia Coletiva”, rompendo com a noção clássica de autonomia privada, uma vez que incorpora o elemento democrático na tomada de decisões. Nesse sentido, além de não se estar diante de uma relação indivíduo-poder, em face da igualdade na tomada de decisões se verifica que a liberdade é mitigada pela igualdade ou podem-se dizer interdependentes. Portanto, em tais relações sociais (não económicas, ao menos diretamente) é que se manifestam os Direitos Fundamentais, não como expressão de uma característica “semi-pública” da sociedade cooperativa, tampouco pela existência de relações “indivíduo-poder”, mas justamente em razão de seu carácter democrático e igualitário.

Em suma, os Direitos Fundamentais ingressam, nas Relações Cooperativo-comunitárias, como aportes democráticos do ordenamento jurídico em um contexto de autonomia dos associados, para o estabelecimento das regras que regerão as relações entre Cooperativa e Associados e, mais do que isso, nas regras que regerão a relação da Cooperativa com a sociedade

5 CONCLUSÃO

A abordagem realizada na presente pesquisa revela a dificuldade do tratamento, pelo ordenamento jurídico pátrio, das relações estabelecidas entre associados e Cooperativas, por uma série de fatores ligados à concepção liberal do Direito. Nesses termos, a partir de um viés hermenêutico, iniciou-se com a desconstrução da concepção tradicional acerca das Sociedades Cooperativas no ideário liberal para, em seguida, lançar as bases do paradigma do Estado Democrático de Direito e do papel do Cooperativismo e – das Relações Cooperativo-comunitárias – no atual paradigma constitucional. Dessa forma, o reconhecimento das Relações Cooperativo-Comunitárias, em suas peculiaridades e, notadamente, a Eficácia dos Direitos Fundamentais nessas relações, implica a observação dos seguintes apontamentos lançados como conclusão:

1. A partir da Crítica Hermenêutica do Direito foi possível desconstruir a visão tradicional acerca das Sociedades Cooperativas e das relações estabelecidas entre as Cooperativas e seus associados. Ao partir da fusão de horizontes entre a filosofia hermenêutica, a hermenêutica filosófica e a teoria integrativa de Dworkin, a Crítica Hermenêutica do Direito possibilitou uma análise abrangente, possibilitando a criação das bases para a atribuição de sentido ao fenômeno na contemporaneidade.

2. Dessa maneira, a referida matriz teórica perpassou a presente pesquisa como instrumento de análise dos velamentos provocados pelo pensar metafísico que caracterizou a modernidade iluminista, em especial como forma de suspender os pre-juízos inautênticos, na contemporaneidade, ainda arraigados nos conceitos de Direito, Estado e Sociedades Cooperativas na modernidade, buscando a atribuição de sentido no contexto da contemporaneidade.

3. Com efeito, foi possível verificar que os legados da modernidade presentes, ainda na contemporaneidade, estão vinculados a dois fatores principais: de um lado, a **concepção de indivíduo moderno; de outro, as dicotomias modernas que possuem o objetivo de imunizar determinadas searas (notadamente identificadas com interesses privados), da regulação pública**. De fato, **verificou-se que** a modernidade deixou como legado a concepção de um indivíduo não altruísta, orientado à busca de seus próprios interesses e que o bem comum da sociedade seria resultado dessa busca individual. Tal concepção não abre espaço para a busca de soluções a questões sociais, uma vez que é justamente através das atitudes individuais que adviria o bem comum. Essa concepção de indivíduo, autocentrado,

contribuiu para uma visão pessimista do caráter dos seres humanos, ao considerar o outro como mero instrumento para o alcance de seus objetivos.

4. Restou demonstrado que **o pensar da modernidade direcionava-se no sentido de que cabia à razão e à ciência o papel de autonomizar o homem, através da técnica**, rompendo com uma concepção orgânica de sociedade, com seus laços comunitários e com as regras costumeiras. **Trata-se da noção de indivíduo moderno, um “sujeito assujeitador”, cindido nas suas características sociológica e econômica, cuja teorização buscou, em efetivo, criar searas de total liberdade dos particulares, imunes à intervenção estatal.** Evidentemente, tal compreensão se apresenta diretamente vinculada à criação de condições que possibilitassem o desenvolvimento da economia, do ainda incipiente modelo capitalista e o progresso econômico da burguesia nascente.

5. Essa visão dicotômica – própria da Modernidade – restou por uma segregação entre o Estado (locus do homem sociológico) e o Mercado (locus do homem econômico), em que o primeiro, identificado com a esfera pública, marca uma relação em que o indivíduo se encontra em situação de igualdade com os demais e possibilita, portanto, o exercício de seus Direitos Fundamentais e da própria democracia e o segundo é identificado como um espaço privado onde, não deve haver qualquer intervenção do Estado, tratando-se de um espaço não democrático, onde cada um busca seus próprios interesses. **Verificou-se que tal segregação entre o Estado e o Mercado buscou, efetivamente, afastar a democracia das relações de mercado possibilitando a exposição à exploração nas relações particulares, abrindo caminho para o déficit social e o déficit democrático legados pela modernidade.**

6. Nesse sentido, trata-se de um modelo que, se de um lado permitiu a consideração do indivíduo, dotado de uma autonomia privada quase absoluta, por outro não resolveu - ou asseverou - a questão social. **Não obstante ao fato de que o ideário da Revolução Francesa consignava “liberdade, igualdade e fraternidade”, a fraternidade – ou a solidariedade, como se prefere utilizar – restou relegada no ideário político da modernidade. Efetivamente, tal velamento da solidariedade, se coaduna com a predominância do individualismo** que, mesmo em termos da defesa da liberdade e da igualdade, se consubstanciou, na modernidade, mais como um simulacro permitindo a exposição à exploração, do que exatamente a materialização de tais direitos.

7. Tal **velamento da solidariedade** resta evidente ao dar-se conta de que a teorização da modernidade, ao estabelecer o mito do indivíduo racional, autocentrado e livre para buscar seus próprios interesses em uma sociedade de iguais, parte, obviamente, do pressuposto de que os mesmos encontram-se em situações de potencial conflito, cabendo ao Estado e – no

caso – ao **Direito Moderno** – o papel de servir de suporte à referida concorrência, permitindo o desenvolvimento econômico.

8. Dessa forma, verifica-se que o **Direito Moderno é concebido como um instrumento de resolução de conflitos, como um instrumento de suporte da concorrência e não da solidariedade**. Com surgimento do Estado Moderno e de um “monismo jurídico”, em contraposição à ordem medieval, há uma disciplina jurídica do indivíduo, a ponto de considerar que este indivíduo autônomo possa, através de sua autonomia, se autodeterminar, de maneira livre. Todavia, essa penetração do Direito no terreno das relações privadas, entre tais indivíduos autônomos, não se faz de forma imparcial: o Direito Moderno é um Direito que nasce comprometido com os anseios da burguesia, que perpassam pela atribuição de segurança às relações estabelecidas, como condição de desenvolvimento do sistema capitalista. A partir da concepção de um indivíduo dotado de liberdade para contratar, cuja liberdade era limitada somente pela lei e pela liberdade dos demais, logicamente, o direito moderno, ex-surge como instrumento do Estado para tratar com os potenciais conflitos gerados pela busca, individual, de seu próprio bem.

9. **Nesses termos, o Direito Moderno não só não possuía preocupações com a questão social como, inclusive, se consubstanciava em um fator de legitimação da exploração dos mais vulneráveis**. Portanto, no que tange especificamente ao surgimento dos **Direitos Fundamentais, se a teorização moderna acerca do indivíduo se polarizou, como referido, entre o cidadão (nas relações estabelecidas com o Estado) e o indivíduo (nas relações estabelecidas entre particulares), no que concerne a tal dicotomia, estabeleceram-se regramentos específicos para cada uma das situações**. Os Direitos Fundamentais surgidos nessa fase tratam-se, dessa forma, de direitos exercidos em face do Estado, denominadas liberdades individuais ou negativas. É nesse sentido que, na teorização do Estado Liberal, em que os direitos do indivíduo são exercidos em face do Estado, **resta evidente a relação dicotômica – e oposicionista - entre Estado e Sociedade**.

10. **As insuficiências do Estado Liberal** – que levariam, mais tarde, à teorização do Estado Social – **criaram as condições de possibilidade de surgimento das Sociedades Cooperativas, que surgiram como instrumento de materialização de direitos** (notadamente da Liberdade de Associação, de Igualdade na distribuição de resultados e na forma democrática de gestão. Portanto, **pode-se dizer que a história do surgimento das Cooperativas coincide com a luta pela concretização dos Direitos Fundamentais**.

11. Dessa forma, em um momento histórico em que a Economia, identificada com o mercado, como uma seara iminentemente privada, é imune à democracia – as Cooperativas

rompem com tal dicotomia, introduzindo no mercado mecanismos democráticos e de gestão que subvertem a lógica do capital.

12. As Sociedades Cooperativas, surgem, então, em contraposição ao individualismo da modernidade, todavia, sem deixar de considerar o papel do indivíduo e da autonomia privada que é, efetivamente, o pressuposto para o desenvolvimento de qualquer atividade. Todavia, tal autonomia, nas sociedades cooperativas, não possui um caráter solipsista, mas surge em um contexto de auto-ajuda.

13. Nesse sentido, o Cooperativismo ex-surge na modernidade sob a forma das Sociedades Cooperativas que, ao mesmo tempo em que operam em uma plataforma capitalista, possuem princípios próprios que em certo sentido negam a própria lógica do sistema capitalista. **Essa inadequação, nesses termos, explica a subalternização ocorrida com o Cooperativismo no contexto da modernidade. As Sociedades Cooperativas, ao contraporem-se diametralmente ao modelo capitalista, sofrem os efeitos do velamento da solidariedade no contexto do Direito Moderno.**

14. Demonstrou-se, dessa forma, a inadequação dos primados da modernidade para a atribuição de sentido ao Direito Contemporâneo, notadamente no que concerne à hermenêutica dos Direitos Fundamentais e a atribuição de sentido às Sociedades Cooperativas. O Direito Moderno, estruturado como suporte ao modelo apresentado, caracteriza-se como um direito individualista, que desconsidera a solidariedade e nasce para regular os conflitos entre tais indivíduos, desconsiderando a necessidade de estabelecimentos de critérios de igualdade material ou de democracia, na seara privada. Nesses termos, o papel do Direito, nesse paradigma, é o de ser o suporte à concorrência e garantia da ampla liberdade de contratar. A teorização dos Direitos Fundamentais, nesse paradigma, afigura-se por direitos exercidos em face do Estado. No que se refere a relações entre particulares, o único Direito Fundamental que poderia receber algum tipo de intervenção do Estado, era justamente o direito de “autodeterminar-se”, ou seja, o direito de estar livre da intervenção do Estado, que se configura, tradicionalmente, nos chamados “direitos de defesa”.

15. Verificou-se que os desafios da Pós-modernidade se consubstanciam na superação dos legados modernos, notadamente no que concerne à superação “*Déficit Social*” e ao “*Deficit Democrático*”, e que passam a ser pré-ocupação do novo paradigma instaurado pelo Estado Democrático de Direito.

16. Referiu-se que os desafios do Estado se complicam, a partir da constatação do fenômeno da globalização que, não obstante ao fato de apresentar pontos positivos, acaba por acirrar a exclusão social e a crise democrática.

17. Trabalhou-se nesses termos, na ideia de dois tipos de Globalização – uma Globalização Hegemônica, que se vislumbra nas grandes empresas transnacionais, baseada na ética individualista e uma Globalização Alternativa (ou contra-hegemônica), forjada a partir da exclusão social internacionalizada pela globalização capitalista. Referiu-se que o Cooperativismo, nesses termos, se insere no âmbito de uma Globalização Alternativa, considerando-se que os reflexos continentais da globalização hegemônica capitalista forcem a essa lógica da alternatividade. Nesse sentido, a universalização do capitalismo como modelo hegemônico e a exclusão social que o mesmo gera leva, inevitavelmente, a universalização do Cooperativismo que, se no seu surgimento, esteve ligado ao movimento operário da Revolução Industrial, hoje se reproduz em outras searas onde o capitalismo gerou excluídos.

18. A consideração de uma globalização alternativa, baseada na ética da solidariedade, exige a superação da noção de indivíduo tradicionalmente preconizada pela economia hegemônica (que, em termos hermenêuticos, busca velar as demais possibilidades do ser, contribuindo para a perpetuação do modelo). A configuração de uma “outra economia”, também gera a concepção de um “outro indivíduo” de uma “outra racionalidade”, demonstrando que os pressupostos liberais ligados à concepção do Estado Moderno apresentam-se anacrônicos e inadequados à solução das questões da contemporaneidade.

19. Referiu-se, inclusive, que o próprio Estado, na contemporaneidade, há de ser concebido não como o único centro de poder, mas efetivamente, como um dos principais atores responsáveis pelo fomento ao desenvolvimento econômico e social e como um dos importantes agentes de proteção social. Portanto, há que se referir que, além de não ter havido a morte do Estado (não obstante à modificação de suas características clássicas), as próprias indeterminações caracterizadas pela contemporaneidade surgem como mecanismos de suas (re)afirmação.

20. Dessa maneira, a pré-ocupação do Estado passa a ser a democratização da sociedade, em especial com a democratização da Economia e do Direito.

21. Como condição a democratização da Economia, apresenta-se necessário dar-se conta de que a Economia Moderna, ao autonomizar-se dos demais saberes e identificar-se com a ideia moderna de Mercado, consubstanciou-se no *locus* de proteção da intervenção do Estado e, portanto, onde se poderia desfrutar da mais absoluta liberdade, erigida a dogma sob a denominação de “autonomia privada”. **Com efeito, democratizar a Economia é percebê-la, mais que simplesmente um locus da concorrência, como um locus da solidariedade.** Se a postura metafísica da modernidade orientou-se no sentido da entificação da economia como o espaço da liberdade para a exploração, na contemporaneidade, sob o paradigma do

Estado Democrático de Direito, esse perfil muda, para uma economia voltada à transformação social, na qual a democracia apresenta seu relevante papel.

22. As Cooperativas apresentam-se plenamente adequadas a tal objetivo estatal, na medida em que, não possuem finalidade lucrativa, sua eficiência é medida pelos serviços que prestam a seus associados e as decisões, são democraticamente tomadas pelos mesmos, por critérios que atribuem o mesmo poder de decisão a todos os associados, independentemente do valor do capital que cada um possui investido na Cooperativa e que repartem os resultados proporcionalmente às operações dos associados. **Dessa forma, as Cooperativas apresentam-se completamente compatíveis com essa noção de ordem econômica democrática**, já que conseguem conciliar critérios de igualdade que efetivamente contribuem para a participação democrática do sócio nas decisões e na divisão dos resultados.

23. O desafio do Direito no paradigma do Estado Democrático de Direito, nesses termos, concerne à incorporação da solidariedade e da democracia, notadamente em um contexto em que o Direito deixa de ser um instrumento de manutenção do “status quo”, para ser um instrumento de transformação social.

24. Buscou-se demonstrar que a **democratização do Direito** perpassa pela atribuição de sentido ao Direito no contexto do Estado Democrático de Direito, a partir da **superação da epistemologia** e do positivismo jurídico; da **superação de uma ideia de Direito como suporte unicamente da concorrência**; da compreensão do Direito como **plural e do diálogo das fontes e da compreensão dos Direitos Fundamentais** como **aportes democráticos** e de sua irradiação para toda a ordem jurídica.

25. Com efeito, **verificou-se que a superação da discricionariedade positivista**, ainda presente (por vezes, sob nova roupagem) no direito contemporâneo, mais do que representar uma mera superação metodológica, trata-se de um imperativo para a consecução do caráter transformador e democrático do Direito. **Demonstrou-se que nesse novo paradigma há uma aposta na Constituição, enquanto Direito democraticamente produzido** e, notadamente, enquanto instrumento dirigente que aponta para a transformação social. Nesse contexto e que se insere a problemática em relação à interpretação da Constituição: ao par de um relativo consenso acerca da importância atribuída às Constituições no contexto da contemporaneidade, há visões distintas a seu respeito. Essa constatação está diretamente ligada ao denominado “Neoconstitucionalismo enquanto “justificador” da epistemologia jurídica na contemporaneidade ou como instrumento de superação da relação sujeito-objeto. **A relevância da Crítica Hermenêutica do Direito apresenta-se, nesses termos, como possibilidade de superação da relação sujeito-objeto.** Efetivamente, a partir

de seus pressupostos, é possível atribuir sentido compromissário e transformador à Constituição, no Estado Democrático de Direito, rompendo com o discricionarismo que, afinal, é antidemocrático. O rompimento com a discricionariedade positivista, nesses termos, se trata de um imperativo de democratização do Direito e de uma tarefa da Heremênutica Filosófica enquanto instrumento de desvelamento e cuidado.

26. Apresentou-se, nessa esteira, a ideia de que **o Direito Privado evolui de sua visão liberal e patrimonialista, para um paradigma onde a pessoa humana (e não mais o tradicional sujeito de direitos) deve ser respeitada em sua dignidade**. No caso do direito contratual, por exemplo, a constatação de que os contraentes não se encontram em igualdade de condições para o estabelecimento das cláusulas contratuais leva à constatação de que a liberdade de contratar não se apresenta mais como realidade estanque, mas como uma prerrogativa que está ligada à parte mais forte da relação contratual, diminuindo a autonomia do outro contraente. Nesses termos, demonstrou-se que a evolução do instituto contratual perpassa pelo necessário dar-se conta das vicissitudes do paradigma do Estado Democrático de Direito e das modificações decorrentes do estabelecimento de uma sociedade de consumo de massa. As situações de prevaricação contratual, nesse contexto, necessitam da intervenção estatal, não no sentido de eliminar o papel da autonomia dos contraentes, mas como limitadores que objetivam a proteção da pessoa humana, em sua dignidade.

27. **O Estado, inserido no contexto do que se denomina contemporaneamente de “Pluralismo Jurídico”, perde a exclusividade na produção de normas jurídicas, o que leva ao inevitável “Diálogo das Fontes”**. Nesse sentido, como uma das grandes características da contemporaneidade, o Estado deve adaptar-se, evoluindo da ideia de um Direito imposto por um Estado autocentrado, para um Direito negociado e flexível. Em suma, compreender o Direito como um instrumento de democratização é reconhecer a existência de um Direito Plural (extra-estatal e infra-estatal), decorrente, justamente, do processo de democratização da sociedade, bem como pela consequente compreensão do necessário diálogo com tais fontes.

28. **A apresentação da ideia de um Direito Plural, que supera a dicotomia publico privado para a proteção a pessoa humana se apresenta extremamente pertinente para a atribuição de sentido a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares**.

29. **Para analisar a problemática no Direito Pátrio, partiu-se da desconstrução do discurso decisório do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Com efeito, da análise, verificou-se que, não obstante ao fato de que o tema tenha sido tratado como a Eficácia**

dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, a decisão em comento pressupõe, para a aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, a existência de desigualdades entre as partes, notadamente verificada em relações indivíduo-poder. Tal entendimento é coerente com o argumento apresentado, no caso em exame, no sentido de que embora a recorrente possua natureza jurídica de direito privado, enquadra-se no que se denomina de “espaço público não estatal”, característica considerada “decisiva” para legitimar **a aplicação direta dos direitos fundamentais.**

30. A análise do discurso decisório do Supremo Tribunal Federal, revelou, a par da tensão entre a negação/afirmação da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, a não superação da dicotomia público X privado na análise de controvérsias tratando do tema.

31. A partir da análise do discurso decisório do Supremo Tribunal Federal, analisaram-se as teorias a respeito do tema, desde o discurso de negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (difundido no sistema jurídico da Common Law), bem como as teorias, originárias do ordenamento jurídico alemão, que afirmam a sua eficácia nas relações privadas, todavia com diferentes intensidades.

32. Com efeito, demonstrou-se que as teorias clássicas – da Eficácia Direta e Indireta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas - divergem no que concerne ao alcance da autonomia privada, bem como da forma que tal autonomia deve ser objeto de proteção estatal. Se, para os defensores da eficácia direta de tais direitos, a intervenção estatal está direcionada, justamente, a garantir uma efetiva autonomia privada (no sentido de proteger a parte mais frágil da relação indivíduo-poder), para os defensores da eficácia indireta tal intervenção afetaria o núcleo da autonomia privada. Nesse sentido, a discussão – centrada, nesse caso, no sentido de autonomia privada – perpassará a contemporaneidade, motivo pelo qual, marcados os pressupostos das teorias, mister se faz a análise de sua (in)adequação no paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito.

33. Demonstrou-se que em sentido oposto à doutrina alemã contemporânea, grande parcela da doutrina luso-brasileira filia-se à corrente da Eficácia Direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Tal concepção é elaborada a partir de uma noção de Estado Democrático de Direito que rompe com os pressupostos liberais clássicos, no sentido da supremacia do caráter público em detrimento do privado e passa a ser calcado na proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização

e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

34. **Com efeito, tal concepção teórica, ao dar-se conta do “déficit social” e do “déficit democrático” legados pelo paradigma liberal e, sob um viés compromissário, tornados pré-ocupação do paradigma do Estado Democrático de Direito, aproxima-se mais da consecução de uma Ética da solidariedade – que considera a proteção a pessoa humana compreendida em seus vínculos comunitários - e do conseqüente abandono da perspectiva individualista - que compreende o ‘sujeito’ abstratamente, isolado e exposto à exploração.** Dito de outro modo, a pessoa humana deixa de ser compreendida apenas como o ‘sujeito de direitos’ apto a livremente ‘adquirir direitos e contrair obrigações’ na concepção de detentor de sua absoluta autonomia privada, mas como pessoa cuja dignidade deve ser objeto de proteção do Estado,

35. Ainda, reforçando a problemática que se insere no contexto de “déficit social” já referido, a doutrina é recorrente, ao analisar a questão, na referência aos poderes privados que se impõe, aduzindo as desigualdades que, mesmo nas relações privadas, caracterizam-se como relações poder-indivíduo. **Todavia, não obstante à importância da consideração de tais relações ‘indivíduo-poder’ para a referida teorização, considerar uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas também requer a análise de relações ‘igualitárias’.**

36. **Concluiu-se, nesse sentido, que a vinculação direta e imediata dos particulares aos Direitos Fundamentais é justamente a construção que permite que a Autonomia Privada, no paradigma do Estado Democrático de Direito, possa ser um instrumento de transformação da sociedade e não um mero simulacro.** A dignidade da pessoa humana, nesses termos, passa a transformar os fundamentos individualistas do Direito Civil inspirado no ideário liberal, para a adequada atribuição de sentido à Autonomia Privada no paradigma do Estado Democrático de Direito

37. Analisou-se, nesses termos, **as Sociedades Cooperativas no Direito Internacional contemporâneo, no âmbito dos organismos internacionais, verificando-se que tais sociedades são reconhecidas, no âmbito do Direito Internacional, como instrumento de desenvolvimento econômico e social, que devem ser estimulados pelos Estados. Realizou-se, igualmente, análise das Sociedades Cooperativas no Direito comparado, notadamente em países que em que o Cooperativismo é referido, constitucionalmente, como um modelo de desenvolvimento** que, ao lado da chamada Economia Social, tem se evidenciado como uma das alternativas para resolver os problemas

sociais do modelo capitalista, verificando-se que as Cooperativas rompem com a tradicional dicotomia público e privado e recebem tratamento jurídico próprio, distinguindo-as das demais sociedades mercantis, por sua característica específica: a ausência de finalidade lucrativa.

38. Analisou-se o tratamento jurídico das Sociedades Cooperativas no ordenamento jurídico brasileiro, onde verificam-se três momentos na relação entre o Estado e as Sociedades Cooperativas. Inicialmente, **apresentou-se o momento de constituição das Cooperativas no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do Decreto 22.239/32**, em que não obstante à inexistência de regra explícita de fomento, tratava-se de paradigma estimulador das Sociedades Cooperativas, na medida em que garantia tratamento tributário privilegiado às Cooperativas.

39. Posteriormente, analisou-se o início do **momento de intervenção estatal em sociedades cooperativas**, marcado pelo advento da Constituição de 1937 - produto de um momento histórico conturbado no país - e que culminou com o Decreto-Lei No 581/1938, que estabeleceu o Registro obrigatório, para as sociedades cooperativas, sendo que as mesmas ficavam sujeitas à fiscalização do Estado, distribuída a Órgãos da Administração Direta, momento em que o Estado, estabelece um aparato de controle, avocando a competência de ser o garantidor do processo democrático em sociedades cooperativas, mediante controle prévio. **Nesse período, foi promulgada a Lei 5764/71 que ainda hoje rege as sociedades cooperativas, e estabelecia três tipos de controles em Sociedades Cooperativas: o Controle Democrático; o Controle Oficial e o Controle Operacional.** Dessa forma, o Controle Democrático se estabelece através das Assembleias Gerais de Sócios e da estruturação de um Conselho Fiscal formado por Sócios; o Controle Oficial, exercido pelo Estado desde a autorização para funcionamento da Cooperativa pelo Estado até sua dissolução e o Controle Operacional, cujas atividades são exercidas pelos sócios, sob a fiscalização estatal, no que concerne às operações econômicas, na consecução dos objetivos sociais - os denominados "Atos Cooperativos".

40. **Por fim, apresentou-se o paradigma constitucional instaurado pela Constituição Federal de 1988 que encerrou, efetivamente, o período de intervenção do Estado em Sociedades Cooperativas, que perdurou entre 1938 e 1988, encerrando-se a fase do "Controle Oficial" de Sociedades Cooperativas pelo Estado**, mantendo-se, contudo, o "Controle Operacional", no que concerne às operações econômicas realizadas entre associado e Cooperativa, no sentido da segregação entre os chamados Atos Cooperativos e Atos não Cooperativos, (notadamente para efeitos tributários) e o "Controle

Democrático”, realizado, como referido, pelos próprios sócios, que concerne então às relações associativas estabelecidas entre sócios e Cooperativas, apresentadas como Relações Cooperativo-Comunitárias.

41. A partir da análise do papel do Cooperativismo na Constituição Federal de 1988, foi apresentada a Cooperativa como **uma “terceira” via de desenvolvimento social, caracterizada por** sua vocação para o desenvolvimento social através da propriedade comum de um empreendimento democrático. Foi referido que as Cooperativas compreendidas no contexto de um Estado Democrático de Direito que as considera como vetores de desenvolvimento social e econômico se apresentam como alternativa a muitos grupos que o capitalismo tornou subalternos. Todavia, se por um lado pode-se perceber a relevância das Sociedades Cooperativas no contexto da atual ordem constitucional, por outro, no que concerne ao modelo econômico dominante, verifica-se que as Sociedades Cooperativas ocupam papel secundário, configurando-as, nesse sentido, como sociedades com ideologia própria, caracterizada pela resistência ao capitalismo tradicional.

42. Referiu-se, nesses termos, que a Cooperativa se trata de uma sociedade que visa a consecução de fins econômicos, todavia sem escopo de lucro, vinculando-se tal característica ao Controle Operacional e ao chamado Ato Cooperativo. Com efeito, foi referido que no caso do ordenamento jurídico brasileiro, em que há o reconhecimento – inclusive constitucional do Ato Cooperativo - o tratamento jurídico às Sociedades Cooperativas é peculiar. Nesses termos, não se verifica, na hipótese, qualquer perda de autonomia da Cooperativa em relação ao Estado, em face do controle operacional que se estabelece a respeito dos Atos Cooperativos praticados: o referido controle objetiva, justamente, que o Ato Cooperativo praticado pelas Sociedades Cooperativas, ao qual é conferido tratamento tributário diferenciado constitucionalmente, esteja realmente vinculado ao atingimento dos objetivos do Estado, ao reconhecer sua importância como ato que não visa a obtenção de lucro, baseado na ética da solidariedade.

43. Referiu-se, por outro lado, que a Cooperativa se trata de uma sociedade que visa a consecução de fins econômicos, porém Democrática, vinculando-se tal característica as Regras Estatutárias e ao Controle Democrático. Com efeito, desenvolveu-se a idéia de que a **Democracia Cooperativa, que se consubstancia na igualdade entre os associados**, seja na fruição de serviços, na distribuição dos excedentes, se trata da consecução da própria idéia de Democracia Econômica. A partir da concepção de Dworkin, da igualdade enquanto direito a igual tratamento e enquanto direito de tratamento como igual, buscou-se desenvolver a idéia de que a Cooperativa busca conciliar os dois

direitos, notadamente ao analisar-se a igualdade na distribuição dos excedentes (distribuídos na proporção das operações do associado para com a Cooperativa) e a igualdade na tomada de decisões (em que a singularidade de voto determina que os votos dos associados possuem o mesmo peso nas decisões da sociedade, mesmo que o valor do capital social seja diferente). Nesse sentido, concluiu-se que o Controle Democrático se apresenta adequado no que concerne às relações as Regras Estatutárias, apresentando-se, nesse caso, incompatível com a intervenção estatal que, segundo o paradigma constitucional instaurado em 1988, deve abster-se de interferir no funcionamento de sociedades cooperativas. Por outro lado, a inserção dos Direitos Fundamentais nas Sociedades Cooperativas se estabelecem, justamente, a partir de sua configuração como empreendimento democrático, demandando, o dever de proteção do Estado.

44. Vinculando-se as Relações Cooperativo-Comunitarias ao Controle Democrático, compreendidas como as relações privadas estabelecidas entre a Cooperativa e seus sócios, **são as mesmas apresentadas em seu caráter solidário em que os interesses do sócio e da Cooperativa são convergentes e não antagônicos, como ocorre nas relações privadas de cunho conflitivo.** Justamente essa característica – da convergência de interesses dos associados – e apontada como a responsável pela incompreensão de tais sociedades – e das relações estabelecidas com seus sócios - pelo Direito Moderno, notadamente estruturado para regular relações de conflito.

45. Nesse sentido, para a atribuição de sentido **as Relações Cooperativo-Comunitarias exige-se uma concepção de Direito que também abrigue a consecução da solidariedade compreendendo o indivíduo como portador de necessidades que, individualmente não consegue suprir, portanto vê na atuação coletiva e na gestão democrática de um empreendimento comum uma oportunidade de satisfação de suas necessidades.** Nesses termos, exige-se uma concepção de Direito que compreenda que um indivíduo que não vê no outro como instrumento, mas que vê no outro um indivíduo dotado das mesmas necessidades e que, portanto, não são relações de conflito, mas relações complementares (de auto-ajuda), em que o interesse dos associados e da sociedade são convergentes.

46. **Além disso, apresenta-se necessária a compreensão, por parte do Direito, de uma concepção que contemple a possibilidade do estabelecimento democrático de regras em relações econômicas o que – como demonstrado – fora tratado historicamente como uma impossibilidade, na medida em que o mercado seria o lócus da liberdade e da eficiência e não um ambiente democrático.** Na mesma trilha, exige-se, para o

reconhecimento de tais relações, que o Direito contemple e dê validade a tais regras, considerando-se que se tratam de regramentos estabelecidos no âmbito privado que, em certa medida, regulam tais relações em complementação ao Direito emanado pelo Estado.

47. A partir do reconhecimento do Cooperativismo pela Constituição de 1988 e da consagração do Direito Fundamental de “**liberdade de associação cooperativa**”, verificou-se o incentivo constitucional, à constituição de associações e de Cooperativas que, em seus objetivos, ao congregarem associados com interesses convergentes, possam, através da ética da solidariedade, atendê-los, em suas necessidades, que podem ser de cunho social, econômico, cultural, etc. A compreensão da necessidade de tais entidades como consecutoras dos objetivos de seus associados é evidente ao dispor a Constituição Federal, efetivamente, sobre a legitimidade de tais entidades, inclusive para representação judicial ou extrajudicial dos interesses dos seus associados.

48. Especificamente, no caso das sociedades cooperativas e outras formas associativas, há determinação constitucional no sentido do apoio e estímulo ao “cooperativismo e outras formas de associativismo”, o que é interpretado no sentido de que cabe a tais entidades serem um dos instrumentos, nesse novo paradigma de Estado, de atingimento dos objetivos Estatais. Efetivamente, essa constatação – da adequação das Sociedades Cooperativas e, conseqüentemente, das Relações Cooperativo-comunitárias ao paradigma do Estado Democrático de Direito – apresenta reflexos no que concerne a sua importância no contexto da ordem econômica e social preconizada pelo Estado, bem como na forma com que o ordenamento constitucional e, notadamente, os Direitos Fundamentais terão sua eficácia sobre elas.

49. Se, com o paradigma instaurado pela Constituição Federal foi vedada a interferência estatal nas Cooperativas, o que, evidentemente, acarretou na não recepção, pelo atual ordenamento constitucional, dos dispositivos legais que previam a intervenção em sociedades cooperativas, desenvolveu-se a questão acerca das possibilidades de limitação – ou mesmo de autolimitação - de autonomia dos associados de Cooperativas. Efetivamente, o caráter democrático das sociedades cooperativas se reflete na aprovação, pelos próprios associados, das regras a que os mesmos estarão submetidos. Trata-se, nesses termos, a partir da concepção de um Direito Plural na pós-modernidade, de um Direito que não depende, diretamente do Estado.

50. **Lançadas tais bases, buscou-se responder ao problema proposto, nos seguintes termos: partindo-se do pressuposto que o controle que se estabelece considerando-se o novo paradigma instaurado pela Constituição Federal de 1988, em**

que condições é possível se falar em uma eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações Cooperativo-comunitárias?

51. **Concluiu-se que, no caso das Relações Cooperativo-Comunitárias não se está, evidentemente, diante de uma relação indivíduo-poder.** Efetivamente, conforme demonstrado, tais relações são estabelecidas de forma democrática, não havendo a configuração de um poder econômico a subjugar a outra “parte”. Mesmo que, sob o prisma de uma relação entre Sócio e Cooperativa, a entidade possa ser considerada, a parte “mais forte”, não se está diante de uma típica relação indivíduo-poder, na medida em que as regras são estabelecidas democraticamente pelos sócios e não arbitrariamente por uma das partes que detém o poder econômico.

51. **No que concerne à eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Cooperativo-Comunitárias não se apresentam adequados os pressupostos tradicionalmente utilizados a justificar tal aplicação nas relações privadas de cunho conflitivo, notadamente a característica “pública não estatal” da entidade, ou a existência da clássica relação indivíduo-poder.** Dessa forma, mister se faz analisar a problemática à luz da característica própria das sociedades cooperativas que as diferencia nesse particular: o estabelecimento democrático das regras às quais os sócios se vinculam.

52. **Com efeito, a característica chave das Relações Cooperativo-comunitárias para a análise da questão reside, justamente, em seu cariz democrático, na medida em que a espécie de controle, adequada ao atual paradigma constitucional é, evidentemente, o Controle Democrático pelos próprios associados, o que não afasta o dever de proteção do Estado, em relação aos Direitos Fundamentais.**

53. **Buscou-se analisar os direitos decorrentes do Direito Fundamental de Liberdade de Associação Cooperativa,** concluindo-se que alguns desses direitos possuem como destinatário o Estado e outros a própria sociedade Cooperativa.

54. **Apresentou-se, portanto, a ideia de que as Sociedades Cooperativas apresentam-se como destinatárias naturais do direito de “ingressar em uma sociedade cooperativa, bem como o direito de não ingressar e de retirar-se”; do direito de “manter a condição de associado”, bem como do direito de “gozar dos direitos derivados da lei ou nas normas estatutárias” que, caracterizadas como Relações Cooperativo-comunitárias, abarcam todas as relações que são estabelecidas entre o sócio e a Cooperativa, durante todo o período em que o mesmo integra o quadro social.**

55. **Por outro lado, os direitos referidos de “constituir associações e cooperativas, bem como o direito de não constituí-las”; “à proibição de “afetar a autonomia, a autogestão e**

a auto-organização da associação [...]”, “à não dissolução arbitrária da própria associação” e, por fim o direito “de aquisição da personalidade jurídica como pessoa coletiva”, não se configuram, efetivamente, como Relações Cooperativo-Comunitárias, mas como Direitos Fundamentais cujos titulares são pessoas físicas ou jurídicas, possuindo como destinatários o Estado, a quem incumbe os deveres de proteção, possuindo, inclusive, uma face positiva.

56. Dessa forma, concluiu-se, a partir da concepção de um Direito Fundamental – a Liberdade de Associação Cooperativa – que decorrem uma série de direitos que, de um lado possuem como titulares indivíduos e a própria cooperativa e por outro, como destinatários, as Cooperativas e o próprio Estado. Pode-se dizer, inclusive, que ao considerar-se uma eficácia direta dos Direitos Fundamentais às Cooperativas, considerando-se o seu caráter instrumental, se está claramente referindo sua eficácia perante os sócios da Cooperativa, na medida em que sua autonomia para a tomada de decisões em Assembleias Gerais está, claramente, limitada pela observância dos Direitos Fundamentais.

57. Apontou-se as Sociedades Cooperativas como naturais destinatárias dos direitos de (1) ingressar em uma sociedade cooperativa, bem como o direito de não ingressar e de retirar-se, (2) de manter a condição de associado e de (3) gozar dos direitos derivados da lei ou nas normas estatutárias.

58. Argumentou-se no sentido de que tal eficácia não decorre de uma característica “pública não estatal” da Cooperativa ou de uma relação indivíduo-poder. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Cooperativo-comunitárias (entendidos como aportes democráticos, em sua dimensão objetiva) decorre justamente do caráter democrático das Sociedades Cooperativas, que impõe às mesmas a não discriminação, a garantia de igualdade de seus associados e a garantia contra arbitrariedades. Nesse sentido, na concepção da Democracia Cooperativa, a liberdade dos associados encontra-se diretamente vinculada à igualdade e a não discriminação, o que introduz os Direitos Fundamentais diretamente nas regras estatutárias.

59. Dessa maneira, o caráter democrático da Sociedade Cooperativa que se apresenta decisivo ao considerar a eficácia dos Direitos Fundamentais nessas relações. A noção clássica de autonomia privada, em uma Sociedade Cooperativa, é radicalmente modificada com o ingresso da democracia, em uma “autonomia coletiva” que é limitada, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, pela eficácia dos Direitos Fundamentais.

60. Referiu-se que em virtude de tal caráter democrático, se afigura incompatível com a figura jurídica da Cooperativas as discriminações de qualquer

natureza, o que se apresentou como um traço distintivo entre as Cooperativas e demais entidades associativas: ao passo em que se constituem Associações (com finalidades diversas) que restringem seu ingresso a associados que professem determinada crença religiosa, ou oriundos de determinada etnia ou pertencentes a determinados grupos sociais, no caso das Sociedades Cooperativas tal distinção se apresenta inviável, na medida em que se caracterizam por sociedades onde não há discriminação religiosa, racial e social. Trata-se, evidentemente, de restrição ao direito dos sócios, no momento da estipulação, em suas cláusulas estatutárias, dos requisitos de ingresso de novos associados.

61. Referiu-se que tal lógica da indiscriminação se aplica, da mesma forma, quando considerado o direito do associado de se manter no quadro social, usufruindo com igualdade dos direitos e cumprindo com suas obrigações perante a sociedade. Nesse particular, verifica-se que, como observância da igualdade que a Cooperativa deve primar nas suas relações com seu associado e, notadamente, como já referido, do seu caráter democrático, é imperiosa a realização de um Processo Administrativo que possibilite, ao associado, sua defesa, em todas as instâncias. **Portanto, como um imperativo da eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Cooperativo-comunitárias tem-se que a Cooperativa, deve assegurar, em todas as instâncias, a garantia constitucional do Contraditório e da Ampla Defesa.**

62. Por fim, no que concerne ao Direito de gozar dos direitos derivados da lei ou nas normas estatutárias tem-se, efetivamente, a questão da igualdade. **Dessa forma, aplicando-se a ideia de um Direito Fundamental a igualdade, verifica-se que são restritos, em sociedades cooperativas, a estipulação de regras que contrariem o princípio democrático – criando, por exemplo, direito de voto diferenciados para associados ou mesmo, restringindo a possibilidade de participação na gestão da sociedade, notadamente vinculados a ideia do controle democrático pelos sócios.**

63. Em suma, conclui-se no sentido de que a eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações Cooperativo-comunitárias decorre de seu caráter democrático e vincula, portanto, as decisões que são tomadas pelos sócios. **A autonomia, em uma sociedade cooperativa, se trata de uma “Autonomia Coletiva” que pressupõe a democracia na tomada de decisões mediante a igualdade entre seus sócios e que é restrita, manifestando-se, justamente, na coexistência de Liberdade e Igualdade. A Eficácia dos Direitos Fundamentais em tais relações, dessa forma, faz-se sentir como aportes democráticos do Estado em todas as organizações que se caracterizam por tal cariz democrático.**

64. Por fim, analisou-se o Estado da Arte, referentemente a julgados estrangeiros e

patrios em referencia as relacoes estabelecidas entre associados e Cooperativas.

65. No que tange aos tribunais estrangeiros, inicialmente, abordou-se decisão do Tribunal Constitucional Espanhol, que reconhece que o Poder Público deve respeitar o poder de auto-organização das associações, todavia, estas **não estão imunes ao Controle Judicial de seus atos, que devem se revestir da forma legal, respeitando os ditames constitucionais**. Portanto, há o reconhecimento da autonomia e independencia da Cooperativa em relação ao Estado, bem como desta autonomia na estipulação de regras estatutárias que, todavia, encontram limitações constitucionais. Posteriormente, analisou-se jugado do Tribunal Constitucional Português que determina, não obstante ao consignado nos Estatutos Sociais, **a necessária observância do contraditório e da ampla defesa em processos administrativos que culminem na exclusão de associados**. Nesse sentido, apresenta-se o entendimento de que as Sociedades Cooperativas restam configuradas como destinatárias de tais Direitos Fundamentais.

66. No que tange aos tribunais pátrios, buscou-se apresentar decisões referentes aos desdobramentos apresentados em relação ao Direito Fundamental de Liberdade de Associação Cooperativa.

67. **Em relação ao Direito a ingressar em uma Sociedade Cooperativa, apresentou-se a peculiaridade de que o titular do referido direito ainda não é um associado da Cooperativa. Todavia, considerando-se que as regras estatutárias que tratam do ingresso de novos associados são estabelecidas em Estatuto Social previamente, verificou-se que os associados estão limitados, em sua autonomia, na estipulação das regras que estabelecem os requisitos de ingresso de novos associados na Cooperativa.** Referiu-se que, segundo o entendimento jurisprudencial, tais requisitos devem ser estabelecidos de forma objetiva, não comprometendo o caráter democrático da Cooperativa, notadamente no que concerne à não discriminação de novos associados, seja por critérios sociais, religiosos, étnicos, de gênero ou aspectos subjetivos.

68. **Em relação ao Direito de permanecer em uma sociedade cooperativa,** apresentaram-se decisões que apontam um quadro jurídico em que, não obstante a não teorização a respeito da aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, há o entendimento acerca do direito do sócio de não ser eliminado da Cooperativa de forma arbitrária, à revelia do Direito Fundamental ao contraditório e a ampla defesa.

69. Em análise ao discurso decisório do Superior Tribunal de Justiça, em relação a julgados acerca de regras estatutárias estabelecidas pelos associados, verificou-se o equívoco em **considerar a relação estabelecida entre a Cooperativa e seus associados como**

análoga a estabelecida entre uma empresa e seus contratados-conveniados. Buscou-se demonstrar que, se na relação estabelecida entre estes últimos e uma empresa se estabelece uma relação de subordinação pura e simples, em que o contratado-conveniado não possui qualquer poder de decisão, cabendo-lhe unicamente acatar as imposições da empresa, no caso da relação entre a Cooperativa e seu associado, este é o dono do negócio, decidindo democraticamente acerca das regras. Nesse caso, há convergência de interesses da Cooperativa e do Médico associado, não havendo relação de conflito de interesses. **Nesse sentido, restou demonstrado o desconhecimento das peculiaridades das sociedades cooperativas, notadamente do que denominamos de Relações Cooperativo-Comunitárias que, como referido, tratam-se de relações** em que o interesse do associado é convergente, na medida em que o fim buscado pelo associado é semelhante ao fim da Cooperativa, considerando-se o já referido princípio da identidade.

70. Analisando-se o estado da arte, mormente nos tribunais pátrios, verifica-se que as controvérsias que envolvem sociedades cooperativas não são adequadamente tratadas, notadamente em face da não percepção das peculiaridades que envolvem as sociedades cooperativas e, conseqüentemente, das relações que se estabelecem entre ela e seus sócios. Essa não percepção se traduz, evidentemente, no velamento de sentido que o Cooperativismo pode ter, inserido no contexto do constitucionalismo compromissário instaurado pela Constituição de 1988. Dessa forma, ao se referir a singularidade das referidas Relações Cooperativo-comunitárias é que se verifica a importância de sua autonomização em relação as demais relações que são estabelecidas entre particulares.

71. O que se percebe é que, no que concerne às Relações Cooperativo-comunitárias, no âmbito do direito pátrio, observa-se o mesmo fenômeno de velamento que encontra suas razões mais profundas no movimento de subalternização das Sociedades Cooperativas pela economia de mercado e na conseqüente influência que o modelo capitalista exerce sobre o Direito. Portanto, em conseqüência do não reconhecimento das peculiaridades das Cooperativas há reflexos diretos na incompreensão das relações estabelecidas entre sócios e Cooperativas como relações sui generis.

72. Dessa forma, o contributo da noção de Relações Cooperativo-comunitárias é, justamente, o de des-velar o fenômeno, no sentido de caracterizar uma relação estabelecida no âmbito de uma entidade privada, com fins econômicos, de forma democrática, em que as regras que vinculam a todos os sócios são estipuladas pelos mesmos, em situação de igualdade. Dessa forma, se apresenta inaplicável, em tais relações, a incorporação, pelas cooperativas, de uma característica “pública não estatal”, uma vez que

não obstante a complementariedade entre os interesses público e privado, as Cooperativas são autônomas em relação ao Estado. Não se vislumbra necessária, nesse sentido, a configuração de uma característica “semi-pública” das sociedades cooperativas para a consideração da eficácia direta dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações mantidas com os sócios, tampouco se está diante de uma relação indivíduo-poder. Efetivamente, em tais relações não se configura um poder econômico a subjugar a outra “parte”, mas a estipulação democrática das regras que serão aplicadas ao quadro social.

73. Nesses termos, os objetivos da presente pesquisa foram alcançados, na medida em que analisou-se a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Cooperativas-Comunitárias a partir da atribuição de sentido (hermenêutico) adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito, apresentando construção teórica adequada a tais peculiaridades. Com efeito, buscou-se verificar a relação existente entre a Autonomia Privada e os Direitos Fundamentais, a partir do paradigma do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito; a evolução da vinculação aos Direitos Fundamentais aos particulares, analisando-se as teorias a respeito; as sociedades cooperativas enquanto entes comunitários e da característica *sui generis* das relações estabelecidas entre estas e seus associados; a (in)adequação dos postulados do Direito Moderno para a tratar questões na contemporaneidade, notadamente para analisar as Relações Cooperativo-Comunitárias; analisar a autonomia privada dos associados de Cooperativas, enquanto “legisladores” das regras a que se submetem, comparando-se com a autonomia privada nas Relações Contratuais-Conflitivas.

74. Dessa forma, ao analisar-se o problema proposto, confirmou-se a hipótese lançada, no sentido de que nas denominadas Relações Cooperativo-comunitárias, ao par da vinculação aos Direitos Fundamentais, tem-se uma maior incidência da Autonomia Privada dos Sócios, em comparação a relações jurídicas de conflito.

75. Essa maior incidência se caracteriza pelo fato de que a Autonomia, em uma sociedade cooperativa, se trata de uma “Autonomia Coletiva”, rompendo com a noção clássica de autonomia privada, uma vez que incorpora o elemento democrático na tomada de decisões. Dessa maneira, além de não se estar diante de uma relação indivíduo-poder, em face da igualdade na tomada de decisões se verifica que a liberdade é mitigada pela igualdade ou podem-se dizer interdependentes. Nesse sentido, em tais relações sociais é que se manifestam os Direitos Fundamentais, não como expressão de uma característica “semi-pública” da sociedade cooperativa, tampouco pela existência de relações “indivíduo-poder”, mas justamente em razão de seu caráter democrático e igualitário.

REFERÊNCIAS

ALIANÇA COOPERATIVA INTERNACIONAL (ACI). Brussels, 2013. Disponível em: <<http://ica.coop/en/history-ica>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

ALIANÇA COOPERATIVA INTERNACIONAL PARA AS AMÉRICAS (ACI AMÉRICAS). *Lei marco para as cooperativas de América Latina*. San José, Costa Rica: Aliança Cooperativa Internacional para as Américas, 2009.

ALTHAUS, Alfredo A. *Tratado de derecho cooperativo*. Córdoba: Zeus, 1977.

ARENDDT, Hannah. *Da revolução*. São Paulo: Ática, 1988.

BARAK, Aharon. Constitutional human rights and private law. In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne. *Human rights and private law*. London: Hart Publishing, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Estudos Constitucionais*, Rio de Janeiro, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOMHOFF, Jacoo. Lüth's 50th anniversary: some comparative observations on the German Foundations of Judicial Balancing. *German Law Journal*, Lexington, v. 9. n. 2, p. 121-124. Disponível em: <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=900>>. Acesso em: 15 out. 2013.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 14 Set. 2013.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 set. 2013

_____. *Decreto n 22.239 de 19 de dezembro de 1932*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22239.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. *Decreto-lei n. 581, de 1º de agosto de 1938*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del581.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. *Lei complementar n.130, de 17 de abril de 2009*. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo e revoga dispositivos das Leis nos 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp130.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. *Lei n. 12.690, de 19 de julho de 2012*. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. *Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. *Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971*. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. *Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. *Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos, conforme especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9867.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 126.391-SP*, Relator: Min. Waldemar Zveiter. Julgamento em: 3 de agosto de 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 201.819-8*. Reorrente: União Brasileira de compositores – UB. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 15 set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 201.819-8*. Reorrente: União Brasileira de compositores – UB. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 15 set. 2013.

BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano. *Economia civil: eficiência, equidade, felicidade pública*. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2010.

BUONOCORE, Vincenzo. *Diritto della cooperazione*. Bologna: Il Mulino, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAROLEO, Anna. *Il movimento cooperative in Italia nel primo dopoguerra*. Milano: Franco Angeli, 1986.

CHEVALIER, Jaques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia – SCE*. [S.l.], 2003. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:207:0001:0024:PT:PDF>>. Acesso em: 31 out. 2013.

COSTA, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. *Autonomia e norma jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CRACOGNA, Dante. *Estudios de derecho cooperativo*. Buenos Aires: Intercoop, 1980.

_____. O ato cooperativo na América Latina. In: KRUEGER, Guilherme (Coord.). *Ato cooperativo e seu adequado tratamento tributário*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 51.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito privado e constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O transporte da teoria do diálogo das fontes para a teoria da Constituição. In: MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. In: DIREITOS fundamentais e direito privado, textos clássicos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando dos direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESPANHA. *Constituição Espanhola*. Disponível em <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/index.htm>>. Acesso em: 26 Set. 2013.

ESPANHA. *Ley 27/1999. Madrid, 16 de julio de 1999*. Disponível em: <<http://www.boe.es/boe/dias/1999/07/17/pdfs/A27027-27062.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2013.

_____. Preâmbulo. *Ley 5/2011, de 29 de marzo de 2011*. Disponível em: <<http://www.asociacion-eurojuris.es/publicaciones/ley-52011-de-29-de-marzo-de-economia-social/>>. Acesso em: 16 ago. 2013.

_____. Tribunal Supremo. *Recurso de amparo n. 482/1992* (Sentença 96/1994).

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FICI, A. Cooperative identity and the law. *Euricse Working Paper*, [S.l.], n. 023, 2012. Disponível em: <www.euricse.eu>. Acesso em: 14 ago. 2013.

FRANKE, Walmor. Influência Rochdaleana na legislação cooperativista brasileira e problemas atuais. In: FRANKE, Walmor. *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio, 1988.

FRANKE, Walmor. *Direito das sociedades cooperativas*. São Paulo: Saraiva, 1978.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

_____. *Verdade e método I*. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. *Verdade e método II*. Petrópolis: Vozes, 2007.

GALGANO, Francesco. *Il nuovo diritto societario*. Padova: CEDAM, 2003.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporâneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

GIDE, Charles. *O cooperativismo*. Brasília: Confebrás, 2008.

HARNECKER, Camila Piñeiro. Las cooperativas em el nuevo modelo económico cubano. In: VIDAL, Pavel; PÉREZ, Omar Everlén. *Miradas a la economía cubana*. El proceso de actualización. La Habana: Caminos, 2012.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. *Conceptos fundamentales*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

_____. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Introdução à metafísica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

HOLYOAKE, George Jacob. *Os 28 tecelões de Rochdale*. Porto Alegre: WS Editor, 2008.

http://www.parlamentodelmercosur.org/innovaportal/v/843/2/parlasur/estatuto_de_cooperativas_do_mercosul.html>. Acesso em: 14 ago. 2013.

ITALIA. *Código Civil italiano*. Disponível em: <<http://www.ilcodicecivile.it/>>. Acesso em: 26 set. 2013.

_____. *Constituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it/rapportiparlamento/normativa/costituzione.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luís. A era da desordem: o fenômeno da descodificação. In: LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: RT, 2009.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitucion*. Madrid: Tecnos, 1995.

MAGATTI, Mauro. Economia del generare. In: AGAMBEN, Giorgio et al. *Del cooperare*. Manifesto per una nuova economia. Milano: Feltrinelli, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método na nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MATTIONI, Fulvio. *Da svantaggiati a imprenditori: Risorse umane, mercato e sviluppo delle cooperative sociali di “tipo B” in Italia*. ANCST: Roma, 1998.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo De Instrumento CV n. 1.0313.12.011969-5/001* – Comarca De Ipatinga. Agravante: COMOVEL - Cooperativa De Motoristas com Veiculos Ltda. Agravado: Adailton Sousa Godoi. Relator: Des. Amorim Siqueira. Julgamento em 16 de fevereiro de 2012.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 1.0210.09.061590-2/001* - Comarca de Pedro Leopoldo - Apelante: Viviane Silva Fonseca. Apelado: COOPERFINS COOP transp individual coletivo confins reg metop belo horizonte”. 29 de março de 2012.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 1.0027.11.009139-7/002* - COMARCA DE Betim - Apelantes: Alan Lopes Antunes e outro(a)(s), Celma Lima Antunes - Apelado: UNIMED BETIM Cooperativa de Trabalho Médico Relator (a): Des.(a) Alvimar de Ávila , 12ª câmara cível, julgamento em: 12 de dezembro de 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MLADENATZ, Gromoslav. *História das doutrinas cooperativistas*. Confebrás: Brasília, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2002.

_____. Afinal: quem é o estado? Por uma teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. *Estudos Constitucionais*. Rio De Janeiro: Renovar, 2006.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um Sistema democrático? *Revista da Procuradoria do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, 2000. Edição especial.

MUSA, Orestes Rodríguez. *La cooperativa como figura jurídica*. Madrid: Dykinson, 2011.

NAMORADO, Rui. Acerca dos princípios cooperativos. In: NAMORADO, Rui. *Cooperatividade e direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Cooperativismo: um horizonte possível*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/229.pdf>> Acesso em 10 ago. 2013.

_____. *Estrutura e organização das cooperativas*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/138.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2013.

_____. *Estudos de direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Horizonte cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Introdução ao direito cooperativo*. Coimbra: Almedina, 2000.

NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. In: DIREITOS fundamentais e direito privado, textos clássicos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e ciência jurídica: gênese conceitual e distância temporal. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Applications for consultative status and requests for reclassification received from non-governmental organizations*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2011/dec%202011.228.pdf>> Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>> Acesso em: 14 ago. 2013.

_____. *Resolução 64/136. As Cooperativas no Desenvolvimento Social*. Disponível em: <<http://www.un.org>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Resolução 193 da Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-de-cooperativas>>. Acesso em: 14 ago. 2013.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

PARLAMENTO DO MERCOSUL. *Estatuto de cooperativas do Mercosul*. Disponível em: <

PERIUS, Vergílio Frederico. *Cooperativismo e lei*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2001.

_____. Atenuação ou eliminação estatal tendo em vista o projeto de autocontrole. In: ROSE, Marco Túlio de (Org.). *A interferência estatal nas cooperativas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

PERLINGIERI, Pietro. A autonomia na pluralidade e hierarquia das fontes e dos valores. In:

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Marcos Antonio Henriques. *Cooperativas de crédito: história da evolução normativa no Brasil*. Brasília: BCB, 2008.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <www.parlamento.pt/LEGISLACAO/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 14 ago. 2013.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer; Portugal: Coimbra Editora, 2010.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENN, Keith. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 2008.068454-9*. São Miguel do Oeste/1ª Vara Cível. Apelante: Ademir Perondi. Apelado: Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados de São Miguel do Oeste – SICOOB. Relator: des. Marcus Tulio Sartorato.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Liberdade de associação cooperativa, direitos e garantias fundamentais e relações privadas na perspectiva do Supremo Tribunal Brasileiro. In: MEIRA, Deolinda Aparício *Jurisprudência cooperativa comentada*. Lisboa: INCM, 2012.

_____. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

SCHNEIDER, José Odelso. *Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

_____. *Democracia, participação e autonomia cooperativa*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

SEMPERE, Carmen Pastor. Una aproximación al regimen jurídico de las cooperativas y las sociedades agrárias de transformación en España y Brasil. In: LÓPES, Daniel; BARBOSA, Maria José de S. (Org.) *Estratégias y acciones de desarrollo rural a través de cooperativas y emprendimientos solidarios*. Alicante: Uecid/UA/UFPA, 2012.

SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

_____. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2012.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *O seguro e as sociedades cooperativas: relações jurídicas comunitárias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, Rui Sampaio da. Gadamer e a herança Heideggeriana. *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga, v. 56, 2000.

SORENSEN, Georg. *La transformación del Estado*. Mas allá del mito del repliegue. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

STEIN, Ernildo. *Seis estudos HENRÿ, Hagen. Guidelines for cooperative legislation*. Geneva: ILO, 2012.

_____. *Seis estudos sobre “Ser e Tempo”*. Petrópolis: Vozes, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos: Uma resposta a partir do ontological turn. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: mestrado e doutorado*, 2003. São Leopoldo: UNISINOS, Centro de Ciências Jurídicas, 2003.

_____. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. In: ROSA, Alexandre et al. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Pós-fácio. In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites de atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 69-80, jul./set. 2007.

VALE, André Rufino do. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. *Direito Público*, [S.l.], v. 9, p. 64-65, jul./set. 2005.

VATTIMO, Gianni. *Introdução à Heidegger*. Lisboa: Edições 70, 1977.

_____. *Le Avventure della differenza*. Milano: Garzanti, 2001.

WEBER, M. *Ensaio de sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

ZAMAGNI, Stefano. *Economia del dono*. In: AGAMBEN, Giorgio et al. *Del cooperare: manifesto per una nuova economia*. Milano: Feltrinelli, 2012.

_____; ZAMAGNI, Vera. *La cooperazione*. Bologna: Il Mulino, 2008.