

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (MESTRADO)

Flávio Lívio de Melo Marroquim

O Cooperativismo como instrumento de concretização de direitos fundamentais sociais

Maceió/AL

2010

Flávio Lívio de Melo Marroquim

O Cooperativismo como instrumento de concretização de direitos fundamentais sociais

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, sob orientação do Professor Doutor Andreas J. Krell, no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Federal de Alagoas - UFAL.

Maceió/AL

2010

Flávio Lívio de Melo Marroquim

O Cooperativismo como instrumento de concretização de direitos fundamentais sociais

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, sob orientação do Professor Doutor Andreas J. Krell, no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade Federal de Alagoas - UFAL.

Maceió/AL ____ de _____ de 2010.

Aprovação: _____

Prof. Dr. Andreas J. Krell
Orientador

BANCA EXAMINADORA

1º Examinador

2º Examinador

3º Examinador

RESUMO

Este trabalho analisa o papel do Cooperativismo na Constituição de 1988. Trata-o como instrumento de concretização de direitos fundamentais sociais. Os direitos fundamentais sociais, apesar de serem efetivos direitos fundamentais e, portanto gozarem de aplicabilidade direta e imediata, nos termos do § 2º do Art. 5º da Constituição de 1988, dispõem de eficácia social bastante reduzida. Basta verificar o distanciamento entre os direitos sociais outorgados constitucionalmente e a realidade brasileira. Diante disso, é comum seus titulares ajuizarem ações, tanto individuais quanto coletivas, reclamando ao Poder Judiciário a efetivação de algum direito social. Entretanto, a atuação do Judiciário nessa seara é seriamente questionada com base em uma suposta falta de legitimidade e na sua incompetência técnica para elaborar políticas públicas. Assim, tendo em vista a inação dos Poderes Executivo e Legislativo e os entraves postos à atuação do Judiciário, é preciso encontrar uma alternativa para concretizar os direitos fundamentais sociais. O art. 174, § 2º da Constituição de 1988 assevera que a lei apoiará e estimulará o Cooperativismo. Esse dispositivo está no capítulo destinado à ordem econômica, que é comprometida com o desenvolvimento nacional equilibrado. Dessa maneira, se conclui que o Cooperativismo auxiliará nesse desenvolvimento. O motivo para tanto é o fato de que sua aplicação prática resultará sempre na concretização, direta ou indiretamente, de pelo menos um direito social. Assim, é possível dizer que o Cooperativismo funciona como um instrumento sócio-econômico valioso na busca da justiça social, concretizando direitos fundamentais sociais, melhorando a qualidade de vida da população e auxiliando na busca pelos objetivos fundamentais da República brasileira.

Palavras-chave: Cooperativismo. Direitos sociais – Concretização.

ABSTRACT

This paper looks into the role of cooperativism as set out in the 1988 Constitution. It addresses it as a tool to attain fundamental social rights. These fundamental social rights are socially quite ineffective, in spite of being actual fundamental rights and of therefore enjoying immediate and direct applicability, in accordance with provisions of Paragraph 2 of Article V of the 1988 Constitution. It suffices to take notice of the rift between constitutionally granted social rights and the Brazilian reality. Individual as well as class action lawsuits are commonly filed to demand the enforcement of one particular social right. However, serious doubts have been raised as to the role of the judicial branch in view of its alleged illegitimacy and lack of technical competence when it comes to the making of public policy. Moreover, inaction on the part of the Executive and Legislative Branches as well as legal roadblocks to court rulings call for an alternative way to implement fundamental social rights. Article 174, Paragraph 2 of the 1988 Constitution states that the law shall support and foster Cooperativism. It is found in the chapter that addresses the economic framework, which itself subscribes to balanced national development. Accordingly, one can reach the conclusion that Cooperativism furthers such development. The reason thereof is the fact that its practical application will always bring, either directly or indirectly, at least one social right to bear. It can thus be said that Cooperativism works as a valuable socio-economic instrument towards attaining social justice, bringing fundamental social rights into being, improving quality of life for the population, and helping to meet the fundamental goals of the Brazilian Republic.

Key-words: Cooperativism. Social rights – Achievement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
Capítulo 1	
O COOPERATIVISMO	
1 A Cooperação	10
2 Cooperativismo: um esboço histórico	11
3 Os princípios do Cooperativismo	15
3.1 Adesão livre e voluntária	17
3.2 Controle democrático pelos sócios	17
3.3 Participação econômica dos sócios	18
3.4 Autonomia e independência das cooperativas	20
3.5 Educação, treinamento e formação	21
3.6 Cooperação entre cooperativas	22
3.7 Preocupação com a comunidade	23
4 O Cooperativismo no cenário internacional	23
5 O Cooperativismo no cenário nacional	24
Capítulo 2	
A COOPERATIVA	26
1 A Cooperativa: conceito e características básicas	26
2 Natureza jurídica da cooperativa	27
2.1 Características da cooperativa	29
2.1.1 Dupla qualidade	29
2.1.2 Identidade de interesses	30
2.1.3 Retorno	31
2.2 Conclusões	32
3 O ato cooperativo	33
4 Classificação das cooperativas	36
4.1 Classificação de acordo com a forma de organização	37
4.2 Classificação de acordo com a atividade exercida	38
Capítulo 3	
O PROBLEMA DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	39
1 A constitucionalização do direito	39
2 Os Direitos fundamentais sociais	42
2.1 Tipo normativo dos direitos fundamentais	43
2.2 Direitos a prestações em sentido estrito	45
2.3 O problema de efetividade dos direitos a prestações em sentido estrito	47
Capítulo 4	
O COOPERATIVISMO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	54
1 A constitucionalização do Cooperativismo	54
2 O Cooperativismo na Ordem Econômica	57
2.1 A Ordem Econômica na Constituição de 1988	57
2.2 O Cooperativismo na Ordem Econômica	61

3 Da intervenção estatal na atividade econômica como direito prestacional normativo	62
4 A modalidade de eficácia agregada ao apoio e estímulo devidos ao Cooperativismo	63
5 Cooperativismo e direitos sociais em espécie	70
5.1 Ramo agropecuário	71
5.2 Ramo consumo	72
5.3 Ramo crédito	72
5.4 Ramo educacional	73
5.5 Ramo especial	73
5.6 Ramo habitacional	74
5.7 Ramo infra-estrutura	74
5.8 Ramo mineral	75
5.9 Ramo produção	76
5.10 Ramo saúde	76
5.11 Ramo trabalho	77
5.12 Ramo transporte	77
5.13 Ramo turismo e lazer	78
CONCLUSÃO	79
BIBLIOGRAFIA	82

INTRODUÇÃO

O objeto que constitui os direitos fundamentais sociais e sua forma de positivação levam a discussões acerca de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade¹.

Nessa senda, a despeito da fundamentalidade social desses direitos, ou seja, do grau de importância e relevância social de que dispõem², enfrentam na prática obstáculos aparentemente intransponíveis, o que ocasiona uma sensação de que não passam de normas jurídicas desprovidas de aplicabilidade.

Daí advém a corrente que defende que as constituições compromissárias e dirigentes encontram-se mais ligadas a ideologias demagógicas, onde a eficácia normativa encontra-se em plano secundário, sendo mais importante a predominância dos valores sociais de determinado grupo envolvido nos debates³ e, via de consequência, apenas criam expectativas irrealizáveis nos pretensos beneficiários dos direitos proclamados.

Conquanto isto, não parece ser essa a melhor forma de visualizar o tema, uma vez que a positivação constitucional dos direitos fundamentais sociais exerce outros papéis além do normativo, especialmente um papel conscientizador⁴, além do que se convencionou nomear de eficácia negativa ou eficácia meio das normas constitucionais, seja revogando as normas anteriores ao texto constitucional não compatíveis com ele, seja proibindo o retrocesso⁵.

Entretanto, é lugar comum a negativa de aplicabilidade aos direitos fundamentais sociais com esboço em seu aspecto positivo, com a sustentação de que demandam políticas públicas que se encontram sob a liberdade de conformação do legislador. Acionado o Poder Judiciário, a defesa do Estado é realizada tendo basicamente como pano de fundo a “reserva do possível” e um suposto conflito dos direitos perseguidos pelo

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 296.

² BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 136.

³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 33.

⁴ KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 28.

⁵ MORAES, Guilherme Pena. **Direito Constitucional. Teoria da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 89.

jurisdicionado e a possibilidade de o Judiciário conformá-los em razão dos princípios democrático e da separação dos poderes.

No entanto, é preciso ressaltar que, de fato, a característica prestacional que envolve os direitos fundamentais sociais, mormente no aspecto fático da prestação, demanda uma análise desses direitos com os limites e restrições oriundos dos argumentos mencionados, quais sejam a disponibilidade de recursos financeiros e a possibilidade de sua conformação pelo Poder Judiciário em virtude de eventual conflito com outros princípios fundamentais.

Todavia, não é possível simplesmente negar aplicabilidade e eficácia a tais direitos, sob pena de torná-los letra morta e dar densidade ao sentimento e correntes doutrinárias acerca de uma suposta característica utópica da Constituição Federal de 1988, pois “uma constituição somente adquire dignidade quando garante os Direitos Fundamentais em face do Estado, e o Estado os respeita e implementa”⁶.

É preciso realizar um estudo de nosso ordenamento constitucional para que possamos tirar algumas conclusões a respeito da aplicabilidade e, quiçá, encontrar um novo mecanismo que confira certo grau de concreção aos direitos fundamentais sociais outorgados por meio dos dispositivos constitucionais.

Nessa linha é que se desenvolverá o trabalho, com o objetivo de perquirir o papel do Cooperativismo na concretização desses direitos.

No primeiro capítulo se tratará a noção de cooperação e Cooperativismo, um breve panorama histórico com o intuito de apresentar o contexto histórico em que foi pensado e implementado, com o fito de deixar claros seus fundamentos filosóficos e sociológicos para ao final expor os princípios que o norteiam atualmente, assim como apresentar sucintamente seus dados no mundo e no Brasil.

O capítulo segundo é destinado a explicar a forma de realização prática dos ideais do Cooperativismo. Tratará das cooperativas, explicitando suas peculiaridades, que lhe conferem uma natureza jurídica singular. Também será feita uma análise do ato cooperativo e expostas as formas de classificação das cooperativas.

⁶ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais:** Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 52.

O terceiro capítulo é destinado aos problemas relacionados à efetivação dos direitos fundamentais sociais, demonstrando a necessidade de se encontrar uma alternativa para tanto.

No quarto capítulo será analisada a constitucionalização do Cooperativismo, com realce para sua disposição na ordem econômica constitucional. Tentará se explicar os motivos de sua disposição neste Título da Constituição, o papel que exerce em virtude disto e os deveres do Estado em relação a ele. Serão apresentadas também as dificuldades que enfrenta na prática, decorrentes basicamente do desconhecimento a seu respeito. Por derradeiro, será explicado o papel do Cooperativismo no Estado brasileiro, especialmente no tocante a sua estreita relação com os direitos sociais, fazendo um paralelo entre a prática cooperativista e tais direitos com o escopo de descobrir se aquela efetivamente funciona como um instrumento de concretização destes.

Capítulo 1

O Cooperativismo

1 A Cooperação

A cooperação, entendida como o auxílio recíproco, é inata aos seres, pertençam ao mundo vegetal ou animal, sejam racionais ou irracionais. O motivo para a cooperação nos dois mundos, vegetal e animal, é distinto. No vegetal a cooperação decorre de relações objetivas, orgânicas e, portanto, independentes da vontade, enquanto no animal o gregarismo é que a desencadeia, conquanto seu objetivo seja, em todos os casos, o de melhorar as condições de sobrevivência dos seres.

No âmbito vegetal, a árvore e o cogumelo, por meio de uma atividade parasitária de mão dupla, cooperam para atingir cada qual um objetivo específico⁷. É o que se denomina simbiose⁸. O fenômeno também se dá entre seres de mundos distintos, como no caso da simbiose entre plantas e insetos⁹, cujo exemplo da abelha e das flores é emblemático.

No mundo animal, os irracionais claramente exercem a cooperação ao trabalharem em conjunto para empreender a caça, defender a prole e o grupo, dentre tantas outras situações¹⁰. O ser humano, ao viver em sociedade já exerce uma espécie de cooperação, a despeito de inconsciente e involuntária.

Dessa maneira, a cooperação entre seres humanos existe independente de qualquer tipo de organização ou regulamentação formal, uma vez que advém do instinto de cooperar. Portanto, seu exercício pressupõe somente a existência de pessoas com um ou mais objetivos comuns e que se unem para colaborar reciprocamente e viabilizar seu intento. Neste caso, estamos diante de uma cooperação de caráter espontâneo, decorrente da natureza humana e exercida de maneira desinteressada¹¹.

⁷ LUZ FILHO, Fábio. **Teoria e Prática das Sociedades Cooperativas**. 5. ed, Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1961. p. 16.

⁸ Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Simbiose>>. Acesso em 10/02/2010.

⁹ LUZ FILHO, 1961, p. 17.

¹⁰ LUZ FILHO, 1961, p. 18.

¹¹ Desinteressada no sentido de com fim não econômico.

O ato de cooperar implica necessariamente em solidariedade e mutualidade, uma vez que um indivíduo se dispõe a ajudar outro com esmero em um fim maior, que é o alcance de um objetivo comum. O indivíduo até poderia alcançar o objetivo sozinho, ou deixar que outro o fizesse, mas ambos teriam dificuldade para tanto, pelo que a união de suas forças facilita o alcance do objetivo comum e, assim, os interesses anteriormente individuais passam a ter um caráter coletivo. Portanto, ao exercer a cooperação se pratica a solidariedade.

O uso da cooperação com fins econômicos ocorre desde tempos imemoriais, havendo relatos de formas associativas com características assemelhadas às práticas cooperativas atualmente existentes que remontam ao antigo Egito e à Babilônia¹². Eram basicamente associações que representavam interesses de membros de comunidades e classes, sem alinhamento, cujo estabelecimento do modo de proceder e respectivas regras cabia ao chefe do clã ou tribo¹³.

A percepção de que a união de um grupo de pessoas em torno de um objetivo comum poderia propiciar seu alcance de forma mais facilitada assaltou o espírito de pensadores que, a partir do final do século XVIII empreenderam estudos e tentativas de sistematização e implementação dos ideais mutualísticos e solidaristas da cooperação para fins econômicos, estabelecendo as bases do que viria a ser a doutrina do cooperativismo.

Portanto, cooperação não se confunde com cooperativismo. Aquela é o mecanismo social de que este se utiliza e no qual busca seu fundamento filosófico com vistas a alcançar seu fim, que é propiciar mudança social¹⁴.

2 Cooperativismo: um esboço histórico

O cooperativismo surge com uma missão bastante clara, que é promover pacificamente a mudança social por meio da cooperação exercida de forma economicamente organizada. Seu ponto central é o ser humano, seu bem estar, sua qualidade de vida, sua dignidade, tudo isto proporcionado por uma melhor distribuição das

¹² LUZ FILHO, 1961. p. 11.

¹³ LUZ FILHO, 1961, p. 21.

¹⁴ PINHO, Diva Benevides. **A Doutrina Cooperativa nos Regimes Capitalista e Socialista: Suas modificações e sua utilidade.** 2. ed. Livraria Pioneira: [S.d], p. 7.

riquezas produzidas, promovendo um equilíbrio justo entre os processos social e econômico¹⁵.

Portanto, filosoficamente o alicerce do cooperativismo é a cooperação, por meio da solidariedade e ajuda mútua que lhe são inerentes, enquanto que sociologicamente, seu fundamento consiste na tentativa da classe operária de melhorar as condições sociais e econômicas a que estava submetida¹⁶.

Nesse sentido, o desafio estava em construir uma forma de exercer a cooperação economicamente organizada. As tentativas para tanto foram intensificadas diante da realidade instalada pela revolução industrial em detrimento de direitos da classe operária, que foi literalmente oprimida em razão da ausência de regulamentação das relações de trabalho aliada com o exercício arbitrário das liberdades outorgadas pelo ideário liberal.

Nesse ambiente social desfavorável, foram pensadas e formuladas alternativas para melhorar a qualidade de vida dos socialmente excluídos do desenvolvimentismo capitalista. Essas alternativas se consubstanciaram na tentativa de acabar com a própria industrialização; no engajamento pela democracia; e na criação de estruturas de organização social para luta por direitos – sindicalismo – ou estruturas de organização da produção e distribuição – cooperativismo¹⁷.

O cooperativismo teorizado tinha em sua base a solidariedade e a ajuda mútua, ideais retirados da ideia de cooperação. No entanto, a realização prática do ideal cooperativista demandou experiências e tentativas que, no mais das vezes, resultaram em fracasso e conseqüente descrédito a respeito da possibilidade de sucesso de um empreendimento econômico nestes moldes.

Isso em razão da própria natureza humana conjugada com o contexto histórico da época, em que o individualismo liberal gozava de adesão quase que unânime. Como os industriais e o sistema capitalista que os apoiava não tinham interesse em alterar o regime que lhes garantia progresso, ainda que individual e à custa do sofrimento e miséria alheios,

¹⁵ LUZ FILHO, 1961, p. 52.

¹⁶ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Cooperativismo: à luz dos princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 34.

¹⁷ ROSSI, 2005. p. 33. *Apud* SINGER, Paul. **Uma Utopia Militante: repensando o socialismo**. 2. ed. Petropolis: Vozes, 1999. p. 68.

os próprios operários eram obrigados a criar os meios para sair da condição de opressão a que estavam submetidos.

As mazelas sociais, a realidade posta, demandavam a busca urgente por meios capazes de promover a melhoria das condições sócio-econômicas dos operários que, não podendo modificar o regime capitalista solidificado, pensaram em criar sociedades de um tipo novo, tendo a cooperação como base¹⁸.

Atentos a esta realidade teóricos formularam as bases do que viria a se tornar a estrutura ideal para exercício da cooperação economicamente organizada, ou seja, as bases do que viria a ser o cooperativismo e a sociedade cooperativa.

É nesse contexto histórico social que surgem as experiências pré-cooperativas¹⁹ levadas a cabo pelos chamados “socialistas utópicos”, que foram os precursores do cooperativismo moderno. A utopia que a eles se refere é originária de seu ideal de construção de novas sociedades à margem da sociedade existente à época, independentes e fundadas em formas societárias ultrapassadas e já desaparecidas²⁰, o que obviamente não poderia resultar em sucesso, tendo em vista a solidez do regime capitalista.

Podem ser considerados precursores do cooperativismo P.C. Plockboy, John Bellers, William King, Louis Blanc, Philippe Buchez, Michel Derrion²¹, dentre outros; tiveram especial destaque nas contribuições para o desenvolvimento da doutrina do cooperativismo Robert Owen e Charles Fourier²², a despeito do fracasso de suas experiências práticas.

Mas foi com base nas lições destes precursores que nasceu o primeiro empreendimento econômico organizado cooperativamente que obteve sucesso. Rochdale,

¹⁸ LUZ FILHO, 1961, p.31.

¹⁹ Denominação cunhada por Diva Benevides Pinho em PINHO, Diva Benevides. **A Doutrina Cooperativa nos Regimes Capitalista e Socialista**. Suas modificações e sua utilidade. 2 ed. Revista e ampliada. Livraria Pioneira Editora: [S.d], p. 34.

²⁰ LUZ FILHO, 1961, p. 31.

²¹ Para uma análise completa da contribuição e das realizações práticas de cada um, veja-se: MLADENATZ, Gromoslav. **História das Doutrinas Cooperativistas**. Trad: José Carlos Castro, Maria da Graça Leal e Carlos Potiara Castro. Brasília: Confabras, 2003; LUZ FILHO, Fábio. **Teoria e Prática das Sociedades Cooperativas**. 5ª ed, Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1961.

²² Robert Owen trabalhava basicamente com a idéia de “comunidades baseadas na idéia da propriedade coletiva, que deviam manter-se por seus próprios meios e produzir tudo aquilo que os membros tinham necessidade”, enquanto Fourier com a de “grupos que organizam sua vida em comum”, conforme MLADENATZ, Gromoslav. **História das Doutrinas Cooperativistas**. Trad: José Carlos Castro, Maria da Graça Leal e Carlos Potiara Castro. Brasília: Confabras, 2003, p. 37 e 51.

na Inglaterra, no ano de 1844, foi o palco de seu nascimento. Vinte e oito tecelões se organizaram para adquirir bens de consumo de primeira necessidade por meio de uma sociedade coletiva organizada em consonância com as ideias e ideais formulados pelos ditos teóricos, nominada “Sociedade dos Probos Pioneiros de Rochdale”.

No Estatuto, no programa de trabalho e nos almanaques dos Probos Pioneiros de Rochdale, é possível vislumbrar nitidamente princípios e regras que balizam o cooperativismo atual, como por exemplo: (i) portas abertas; (ii) gestão democrática; (iii) valorização do trabalho; (iv) abolição do lucro; (v) distribuição das sobras proporcionalmente às operações realizadas com a cooperativa; (vi) neutralidade política e religiosa; (vii) responsabilidade social²³.

Os preceitos estatuídos pelos Probos Pioneiros de Rochdale se consolidaram como dogmas do Cooperativismo e da sociedade cooperativa moderna, determinando uma função econômica impregnada de valores sociais, representando um regime que não nega o Capitalismo, uma vez que possui finalidade econômica, mas também não representa o Socialismo em sua concepção clássica. É um meio termo, possuindo finalidades econômicas e sociais, com ideologia particular²⁴.

Ideologicamente, sob a perspectiva jurídica, afirma Walmor Franke:

A posição ideológica do cooperativismo, como doutrina da Solidariedade, equidistante do individualismo capitalista e das diversas formas em que se expressa o coletivismo, é reafirmada, na problemática cooperativista moderna, como uma das características fundamentais do movimento. “O mais alto princípio ao que se subordina, inalteravelmente, a ação cooperativa”, adverte o Prof. Dr. Hanz-Jurgen Seraphim, “é o de que a cooperativa não existe para explorar serviços no seu próprio interesse; mas para prestá-los desinteressadamente aos seus membros, os cooperados. Essa atitude básica pressupõe um ideário sócio-econômico, a que se tem chamado, com muito acerto, de Solidarismo, entendido como expressão de um comportamento comum em que o interesse da cooperativa se identifique com o do cooperado. É exatamente esse ideário que distingue as cooperativas, por forma inequívoca, de outras orientações econômicas, tais como o individualismo lucrativista e o coletivismo comunista, e, bem assim, do altruísmo econômico”²⁵.

²³ MLADENATZ, 2003, p. 78.

²⁴ Mladenatz relata a existência de teóricos que viam no cooperativismo o fundamento de um novo regime econômico, citando Werner Sombart, Charles Gide, A.Daudé-Bancel, Ernest Poisson e Bernad Lavergne.

²⁵ FRANKE, Walmor. **Direito das Sociedades Cooperativas**. São Paulo: USP, 1978. p. 07.

No aspecto econômico, a ideologia do Cooperativismo se assemelha ao conceito de Economia Social. Bialoskorski Neto assevera:

As discussões da economia social procuram explicar a lógica de funcionamento das atividades econômicas que atendem às demandas sociais, isto é, como possibilitar à parcela social excluída do bem-estar o acesso a benefícios sociais básicos como educação, saúde, trabalho e, portanto, renda. Assim, quando se faz referência à Economia Social – no conceito europeu –, fala-se não só de organizações com funções públicas de atendimento social, como as OSCIPs no Brasil, como também incluem-se nesse conceito as cooperativas, uma vez que estão são empreendimentos sem fins lucrativos, mas com objetivo econômico, social e re-distributivo implícito em sua atividades.²⁶

Essa experiência prática foi um divisor de águas, iniciando a atividade cooperativa moderna, com a criação de um conjunto organizado de princípios e regras procedimentais para funcionamento de uma sociedade cooperativa²⁷. Estes, até os dias de hoje são, essencialmente, o “núcleo duro” da principiologia do cooperativismo.

3 Os princípios do cooperativismo

Inicialmente é preciso fazer um breve esclarecimento. Apesar dos princípios do Cooperativismo falarem em cooperativa, por enquanto só se mencionará empreendimento cooperativo, tendo em vista que no próximo capítulo é que se tratará do conceito e natureza do instrumento de concretização *prática* do cooperativismo, que é a *cooperativa*.

A sistematização das regras que regeriam a atividade cooperativa e sua defesa tenaz fez com que o empreendimento cooperativo de Rochdale obtivesse resultados satisfatórios. Por conseguinte, essa experiência e seu modelo operacional foram copiados e se tornaram referência para a viabilização dos ideais do cooperativismo na prática. Suas regras operacionais, resultantes do conhecimento dos desafios da práxis cooperativa, especialmente quanto aos equívocos cometidos em experiências anteriores²⁸, constituíram a base dos princípios do cooperativismo.

²⁶ BIALOSKORSKI NETO, Sigismundo. **Aspectos Econômicos das Cooperativas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 188/189.

²⁷ MLADENATZ, 2003, p. 77.

²⁸ NAMORADO, Rui. **Os Princípios Cooperativos**. Coimbra: Fora do Texto, 1995. p. 8.

Em 1895 foi fundada a Aliança Cooperativa Internacional – ACI, entidade não governamental e supra-estatal incumbida de zelar pela doutrina do cooperativismo, reunindo, servindo e representando entidades cooperativas em todo o mundo²⁹ e que, inicialmente, considerou como princípios do cooperativismo àquelas regras estabelecidas pelos pioneiros de Rochdale³⁰.

Entretanto, o debate a respeito de quais seriam efetivamente os princípios do cooperativismo se estendeu ao longo do século XX e a ACI, em 1919, desencadeou um processo de formulação explícita dos princípios do cooperativismo, resultando na primeira de suas formulações, ocorrida no congresso de Paris de 1937³¹.

Em 1963, no congresso de Bournemouth, foi sugerida uma avaliação da formulação de 1937 e sua reformulação, sendo designada comissão para empreender os estudos necessários. No ano de 1966, o relatório foi apresentado e aprovado no congresso de Viena, restando como princípios cooperativos: adesão livre; administração democrática; juro limitado ao capital; um certo destino para os excedentes; desenvolvimento da educação e da intercooperação³².

O congresso de Manchester, de 1995, promoveu a última alteração no elenco dos princípios cooperativos explicitamente postos pela ACI, ficando definido que estes são os seguintes: adesão livre e voluntária; controle democrático pelos sócios; participação econômica dos sócios; autonomia e independência das cooperativas; educação, treinamento e formação; cooperação entre cooperativas; preocupação com a comunidade³³.

Mas estes princípios não são textualizados da forma como posto, sendo esta somente uma espécie de abreviação, já que a exposição de todo seu conteúdo não tinha como ser expressa por meio de uma ou duas palavras, mas sim por pequenos textos³⁴.

Nesse ínterim, torna-se necessário transcrever os textos relativos a cada um dos princípios e tecer comentários acerca de sua significação e aplicação prática.

²⁹ Disponível em <<http://www.ica.coop/al-ica/>>. Acesso em 22/02/2010.

³⁰ LUZ FILHO, 1961, p. 63.

³¹ NAMORADO, 1995, p. 10-1. *Apud* BOOK, Sven Ake. **Co-operative Values in a Changing World**. Genebra, ICA.

³² NAMORADO, 1995, p. 15s.

³³ ROSSI, 2005, p. 86s.

³⁴ NAMORADO, 1995, p. 57.

3.1 Adesão livre e voluntária

Ela resulta do seguinte texto: “Cooperativas são organizações voluntárias e abertas a todas as pessoas aptas a usar seus serviços e dispostas a aceitar responsabilidades de sócio, sem discriminação social, racial, política, religiosa ou de gênero”.

Este princípio significa que a participação em um empreendimento cooperativo é voluntária, o que denota que uma pessoa só se utiliza do cooperativismo como modelo associativo, só ingressa em um empreendimento cooperativo se quiser, sem qualquer tipo de imposição ou coação. Por outro lado, a adesão deve ser livre, não sendo possível a proibição despropositada de acesso de qualquer interessado no quadro social, conquanto deste se possa exigir a possibilidade de uso dos serviços do empreendimento cooperativo e aceitação das regras e responsabilidades relativas à sua adesão³⁵.

Assim, a prática da cooperação por meio do cooperativismo é uma opção de cada um, exercendo-a de forma livre e voluntária, atuando exclusivamente de acordo com seus interesses, avaliando se sua participação em um empreendimento cooperativo trará ou não resultados que lhe assegurem uma melhor qualidade de vida.

Por outro prisma, o princípio em referência deve ser entendido como uma via de mão dupla, uma vez que a liberdade e voluntariedade necessárias para adesão a um empreendimento cooperativo existem também e na mesma medida para deixá-lo. Não se pode impor a qualquer participante sua permanência no empreendimento, e muito menos seu desligamento contra sua vontade³⁶.

3.2 Controle democrático pelos sócios

É a síntese deste enunciado: “As cooperativas são organizações democraticamente controladas por seus sócios, os quais participam ativamente no estabelecimento de suas políticas e tomadas de decisões. Homens e mulheres eleitos como representantes, são responsáveis para com os sócios. Nas cooperativas singulares os sócios têm igualdade de

³⁵ NAMORADO, 1995, p. 58.

³⁶ NAMORADO, 1995, p. 64.

votação (um sócio – um voto); as cooperativas de outros graus também são organizadas de maneira democrática”.

O princípio em comento é muito caro aos cooperativistas, uma vez que representa o interesse concentrado no ser humano, em seu trabalho, e não no capital que eventualmente tenha aportado ao empreendimento. Isso significa que cada participante tem direito somente a um voto, independente do capital investido, já que a gestão do empreendimento cooperativo é democrática. Os participantes tomam as principais decisões diretamente, por meio do exercício do direito de voto nas assembleias gerais.

As decisões do dia a dia são confiadas a um órgão gestor, encarregado de executar em nome do empreendimento as ações necessárias ao seu funcionamento e os componentes de tal órgão são, em regra, alguns participantes do empreendimento cooperativo, podendo ser também empregados contratados para tanto e que, em ambos os casos, prestam contas e estão subordinados às decisões da maioria, tomadas por meio das assembleias gerais.

O modelo democrático é utilizado tanto para os empreendimentos cooperativos singulares³⁷, quanto para os de grau superior³⁸. No entanto, deixa-se uma abertura para que, neste último caso, em razão das peculiaridades que o envolvem, os próprios participantes do empreendimento estabeleçam as regras que melhor se adequem à realidade prática, conquanto tais regras devam sempre resultar na prática democrática³⁹.

O curial a ser compreendido a respeito deste princípio é que ele representa a valorização do ser humano em detrimento do capital, que possui a mera função de auxiliar na consecução do objetivo maior do Cooperativismo, que é promover a dignidade da pessoa humana. Inexiste qualquer distinção entre os participantes do empreendimento em razão do capital que detenham.

3.3 Participação econômica dos sócios

Esta refere-se à seguinte formulação: “Os sócios contribuem de forma equitativa e controlam democraticamente o capital de suas cooperativas. Parte deste capital é

³⁷ Empreendimentos formados majoritariamente por pessoas físicas.

³⁸ Empreendimentos formados por vários empreendimentos cooperativos, como por exemplo centrais, federações e confederações.

³⁹ NAMORADO, 1995, p. 72.

propriedade comum das cooperativas. Usualmente, os sócios recebem juros limitados (se houver algum) sobre o capital, como condição de sociedade. Os sócios destinam as sobras aos seguintes propósitos: desenvolvimento das cooperativas, possibilitando a formação de reservas, parte dessas podendo ser indivisíveis, retorno aos sócios na proporção de suas transações com a cooperativa e apoio a outras atividades que forem aprovadas pelos sócios”.

Os participantes de um empreendimento cooperativo devem colaborar economicamente para o alcance do objetivo comum que os levou a se organizar cooperativamente. Essa meta traduz-se no aporte de capital inicial, quando necessário; na limitação dos juros atribuídos ao capital; e na participação de cada um nas sobras e nas perdas, por meio do mecanismo conhecido como retorno.

No empreendimento cooperativo o capital é visto como *instrumento* para consecução de seu objetivo maior. Assim, só existirá se necessário, conquanto difícil imaginar situação em que não o seja. Mas existindo não deve necessariamente ser remunerado, como acontece nas empresas de cunho capitalista. Se o for, deverá haver uma limitação dos juros, com vistas a conceder ao capital subalternidade em relação ao trabalho.

Na medida em que parte do capital integralizado é propriedade comum do empreendimento, sua remuneração implicará em um autofinanciamento, o que é bom, pois possibilitará seu crescimento e, por conseguinte, a melhoria nos serviços prestados aos participantes.

A limitação dos juros é crucial para que não se ultrapasse o limite entre o necessário e justo autofinanciamento e intenções especulativas, que destoam completamente do próprio ideal do cooperativismo⁴⁰. Quanto às sobras financeiras necessário precisar que não constituem o objetivo do empreendimento cooperativo, mas sim uma consequência possível de sua atividade⁴¹.

As sobras são o resultado operacional positivo, que deve ser objeto de deliberação da assembléia geral dos participantes, podendo ser-lhe dado um dos seguintes destinos: desenvolvimento do empreendimento; devolução aos participantes proporcionalmente às operações; e apoio a outras atividades definidas pelos participantes.

⁴⁰ NAMORADO, 1995, p. 78.

⁴¹ NAMORADO, 1995, p. 80.

No primeiro caso, as sobras serão reinvestidas no empreendimento, possibilitando seu crescimento e melhoria dos serviços prestados aos seus participantes.

No segundo, devem ser distribuídas aos participantes em razão diretamente proporcional as operações de cada um com o empreendimento. Ou seja, aquele que mais se utilizou da cooperação, mais sobra gerou e, por conseqüência, faz jus a uma parte maior da sobra total. É o chamado *retorno*, regra prática que bem demonstra a supremacia no cooperativismo do elemento humano em face do econômico. Estabelece-se uma igualdade material entre aqueles que integram o empreendimento, pois a participação de cada um, tanto nas sobras como nas perdas, se dá em razão das operações que realizou e não do capital investido.

Já no terceiro caso, é dada aos participantes de um empreendimento cooperativo a possibilidade de optar em apoiar outras atividades. Isso demonstra claramente que o resultado positivo, tecnicamente nominado *sobra*, como já salientado, não é o objetivo do empreendimento, mas somente uma possibilidade.

Vale destacar a complementaridade existente entre os princípios do cooperativismo, como se conclui da forma democrática utilizada para decidir a destinação das eventuais sobras, por meio de assembléia geral onde cada participante detém igualdade de condições decisórias, expressando assim a prática do princípio exposto no item anterior, qual seja o controle democrático do empreendimento por seus participantes.

3.4 Autonomia e independência das cooperativas

Esta traduz o sentido deste texto: “As cooperativas são organizações autônomas para ajuda mútua, controladas por seus membros. Entrando em acordo operacional com outras entidades, inclusive governamentais, ou recebendo capital de origem externa, elas devem fazê-lo em termos que preservem o seu controle democrático pelos sócios e mantenham sua autonomia”.

Em geral, o movimento cooperativo se preocupa bastante com a possibilidade de ser utilizado pelo Estado ou por outra organização qualquer como instrumento de promoção política ou de assistencialismo, desvirtuando o ideal cooperativo, mormente em virtude de experiências pretéritas neste sentido.

O objetivo é garantir a autonomia e liberdade do empreendimento cooperativo, evitando a ingerência externa em seu âmbito interno, o que propiciaria a influência de interesses diversos na condução dos negócios, com eventual abuso do cooperativismo para fins que não o que lhe é inerente, que é garantir a melhora da condição sócio-econômica dos que o elegeram como forma associativa.

Especificamente no Brasil, o Cooperativismo pode ser dividido em dois momentos distintos, o *intervencionista* e o *não intervencionista*.

No período intervencionista, o Estado exercia ingerência e controle diretos sobre as cooperativas, inclusive em seus assuntos internos, manipulando a atividade cooperativa de acordo com interesses governamentais, causando insegurança jurídica permanente, desestimulando o surgimento de novas cooperativas e desnaturando as próprias cooperativas em si, que passavam a atender interesses que não o de seus cooperados.

Isso ocorria por meio da fraude ao princípio do cooperativismo da administração democrática pelos cooperados, posto que as decisões internas eram influenciadas por atores externos com interesses próprios, distintos do que seria melhor para a própria cooperativa.

O processo de intervenção estatal nas cooperativas inicia na década de 30 e se estende até a Constituição de 1988. Neste período, a constituição e o funcionamento de cooperativas estavam condicionados aos interesses do Estado e, dessa maneira, o Cooperativismo foi utilizado ao sabor dos interesses político-governamentais de cada época.

Assim sendo, a autonomia e independência do empreendimento cooperativo são essenciais para que o cooperativismo se desenvolva plena e livremente, de acordo com as necessidades e ocorrências práticas de seu exercício, sem vinculação política com quem quer que seja.

3.5 Educação, treinamento e formação

Expressa o conteúdo do seguinte texto: “As cooperativas proporcionam educação e treinamento para os sócios, dirigentes eleitos, administradores e funcionários, de modo a contribuir efetivamente para o seu desenvolvimento. Eles deverão informar o público em

geral, particularmente os jovens e os líderes formadores de opinião, sobre a natureza e os benefícios da cooperação”.

A promoção da educação é um ideal cooperativo desde Rochdale. Os pioneiros se preocupavam com a educação de seus membros e de suas famílias, bem como da comunidade em que estavam inseridos, especialmente em virtude do ideal solidarista que os acompanhava.

Vale destacar que a educação que o cooperativismo tem como princípio não se resume à exaltação dos conceitos relativos ao próprio cooperativismo. Isso também é visado, posto que é necessário para seu crescimento, mas seu significado vai além, abrangendo a educação em sentido amplo⁴², almejando a evolução intelectual como um todo, de forma a proporcionar melhores oportunidades para os cooperativistas.

É uma peculiaridade que distingue este princípio dos demais que ele não se resume a uma forma procedimental, mas sim a uma *política* do movimento cooperativista, funcionando como uma condicionante para a efetiva aplicação dos demais princípios⁴³.

3.6 Cooperação entre cooperativas

Representa o sentido da seguinte formulação: “As cooperativas atendem seus sócios mais efetivamente e fortalecem o movimento cooperativo, trabalhando juntas através de estruturas locais, regionais e internacionais”.

O exercício economicamente organizado da cooperação é o mote para o desenvolvimento do cooperativismo. Assim, os empreendimentos cooperativos devem seguir a mesma lógica, pois se as pessoas físicas se unem para melhorar sua condição sócio-econômica, não há razão para que os próprios empreendimentos, enquanto pessoas jurídicas, também não o façam.

A cooperação entre os empreendimentos cooperativos é salutar para o desenvolvimento de cada empreendimento e do movimento cooperativista em si, pois o crescimento de um implica no reconhecimento e posterior crescimento dos demais.

⁴² ROSSI, 2005, p. 95.

⁴³ NAMORADO, 1995, p. 90.

Essa cooperação pode ser exercida por meio de negócios jurídicos firmados entre empreendimentos cooperativos e da formação destes de grau superior, como as centrais, federações e confederações⁴⁴. Trata-se, basicamente, de um dever de auxílio mútuo entre os empreendimentos cooperativos⁴⁵.

3.7 Preocupação com a comunidade

É a síntese deste texto: “As cooperativas trabalham pelo desenvolvimento sustentado de suas comunidades, através de políticas aprovadas por seus membros”.

Este princípio representa a consciência do movimento cooperativista a respeito de seu papel de mecanismo de mudança social, encampando-o formalmente por meio do estabelecimento do princípio em comento.

Os benefícios que a prática do cooperativismo gera não atingem somente a esfera econômica e social dos que o praticam, mas da comunidade internacional como um todo, posto que a melhoria das condições e qualidade de vida de uma pessoa em qualquer parte do mundo trará, diante do panorama global da economia, vantagens para outros indivíduos.

4 O Cooperativismo no cenário internacional

Internacionalmente, o cooperativismo tem seus interesses resguardados e representados pela Aliança Cooperativa Internacional, que se subdivide em mais quatro entidades: ACI-Américas, ACI-África, ACI-Ásia e Pacífico, ACI-Europa.

Estas entidades, conjuntamente e sob a coordenação da ACI, representam os interesses cooperativistas em todo o mundo, especialmente a fim de manter a prática cooperativista fiel aos princípios universais do Cooperativismo. Existem também entidades nacionais ligadas a estas entidades internacionais com o objetivo de acompanhar mais de perto a prática cooperativa.

O cooperativismo atua hoje nas mais diversas áreas, seja facilitando o acesso dos participantes de um empreendimento cooperativo a gêneros alimentícios e de vestuário de

⁴⁴ NAMORADO, 1995, p. 95.

⁴⁵ ROSSI, 2005, p. 96.

primeira necessidade; colocando no mercado de trabalho sua mão de obra; propiciando acesso a moradia; colocando os produtos feitos pelos participantes no mercado, dentre tantas outras situações, envolvendo, no mundo, direta e indiretamente, cerca de 800 milhões de pessoas⁴⁶.

5 O Cooperativismo no cenário nacional

A representação do cooperativismo no Brasil é feita pela Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) resultado da fusão, em 1970, das duas entidades que exerciam a representação das cooperativas anteriormente: a Aliança Brasileira de Cooperativismo (Abcoop) e a União Nacional das Associações de Cooperativas (Unasco).

Tal união decorreu da vislumbrada necessidade de unidade de pensamento e ações em prol do Cooperativismo, sob pena de enfraquecimento da doutrina e desvirtuamento de sua prática.

Em 1974, por meio da Lei 5.764, foi instituída a Política Nacional do Cooperativismo, ficando a OCB como entidade representativa oficial e incumbida de zelar pela doutrina do Cooperativismo, mediante a manutenção do registro de todas as cooperativas, integração dos ramos cooperativistas, manutenção de serviços gerais de apoio as cooperativas dentre outras atividades elencadas no art. 105 do citado diploma legal.

O Cooperativismo envolve hoje, no Brasil, direta e indiretamente, cerca de 25 milhões de pessoas, ou seja, mais de dez por cento de toda população do país, contando com 7.261 cooperativas que congregam 8.252.410 cooperados, além de 274.190 empregados⁴⁷, respondendo por 6% do Produto Interno Bruto nacional, contando ainda com exportações no montante de U\$\$ 4 bilhões e faturamento de R\$ 84,9 bilhões⁴⁸. Outrossim,

⁴⁶ Dados da Aliança Cooperativa Internacional. Disponível em <<http://www.ica.coop/coop/statistics.html>>. Acesso em 03/03/2010.

⁴⁷ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras.

⁴⁸ Dados referentes ao exercício de 2008. Disponível em <http://www.brasilcooperativo.com.br/GERENCIADOR/ba/arquivos/0209_parte3_apresentacaoOCB2.pdf>. Acesso em 03/03/2010.

vale destacar que o Índice de Desenvolvimento Humano nas cidades em que existem cooperativas atuando é melhor do que naquelas em que não o há⁴⁹.

⁴⁹ IDH dos municípios onde não há cooperativas atuando: 0,666; IDH dos municípios onde há cooperativas atuando: 0,701. Fonte: Organização das Cooperativas Brasileiras. Agenda Legislativa do Cooperativismo 2007. p. 11.

Capítulo 2

A Cooperativa

1 A Cooperativa: conceito e características básicas

O Cooperativismo surgiu numa época de crise como mecanismo para propiciar a melhoria da qualidade de vida das classes mais atingidas pelos efeitos da revolução industrial. Como dito, o liberalismo exacerbado e a falta de regulamentação das relações entre empregadores e empregados geraram uma situação de miserabilidade que oprimia e retirava do operariado todas as possibilidades de exercício dos direitos e liberdades conquistados após a revolução burguesa. Esta, sem dúvida, foi extremamente importante, mas fracassou na proposta de, por si só, propiciar a felicidade e o bem estar de todos.

A solidariedade de que está imbuída a cooperação deu o norte para a construção de uma doutrina que se utilizou da ajuda mútua para orientar a produção por meio de uma empresa de caráter coletivo: a cooperativa. Esta é o mecanismo de realização prática dos ideais do Cooperativismo que, por seu turno, é baseado na cooperação exercida por meio da mutualidade e solidariedade entre as pessoas que almejam objetivos comuns e que o elegem como forma de associação.

Em síntese, cooperativa é uma “sociedade democrática de pessoas, organizada em bases rochdaleanas, tendo em vista fins econômico-sociais”⁵⁰. Como já foi mencionado, a primeira cooperativa de sucesso e que serviu como modelo para o desenvolvimento de outras experiências em todo mundo foi a dos Probos Pioneiros de Rochdale, fundada 1844 com o objetivo inicial de possibilitar o acesso facilitado de seus cooperados a gêneros alimentícios e de vestuário de primeira necessidade.

A forma de atuação e os interesses da cooperativa eram inéditos à época. Dessa maneira, suas peculiaridades impediam seu enquadramento jurídico em quaisquer modelos societários existentes. Tratava-se de uma manifestação social singular que precisou ser

⁵⁰ PINHO, Diva Benevides. **Cooperativas e Desenvolvimento Econômico**: o cooperativismo na promoção do desenvolvimento econômico do Brasil. São Paulo: [S.ed.], 1962. p. 26.

posteriormente reconhecida e regulada pelo Direito. Isto se confirma com a verificação de que a cooperativa de Rochdale foi inicialmente regulada pelas disposições da *Friendly Societies Act*, de 1793, tendo sua legislação específica sido formulada somente no ano de 1852, por meio da *Industrial and Provident Societies Act*⁵¹.

No Brasil, a doutrina é vacilante ao referir a primeira norma a tratar sobre Cooperativismo e cooperativa, oscilando entre 1890 (Decretos nº 706 e 896) e 1907 (Decreto nº 1637), não sendo necessário entrar no mérito da questão⁵².

O fato é que o Cooperativismo e a atuação das cooperativas no Brasil atualmente são regulados pela Lei 5.764/71, que criou a Política Nacional do Cooperativismo e estabeleceu o Regime Jurídico das Sociedades Cooperativas, seguindo uma tendência universal de considerar e regular a cooperativa nos moldes rochdaleanos, restando basicamente os princípios do cooperativismo nela positivados, especialmente no art. 4º, e pelo Código Civil em seus arts. 1.093 a 1.096, que não revogou nem alterou substancialmente a lei especial.

Dessa forma, inicialmente é preciso saber o que é, para o Direito, uma cooperativa, o que só é possível por meio de análise de sua natureza jurídica. Para tanto é preciso perscrutar seu âmago.

2 Natureza Jurídica da Cooperativa

A cooperativa é um misto de associação e sociedade empresarial⁵³ mas não se confunde com nenhuma das duas, utilizando-se de elementos de ambas para construir sua própria forma de atuação e natureza jurídica. Possui características que a diferenciam de quaisquer outras formas jurídicas existentes, necessitando, portanto, de uma

⁵¹ CRACOGNA, Dante. **O Ato Cooperativo na América Latina**. In: KRUEGER, Guilherme (coord.). **Ato Cooperativo e seu Adequado Tratamento Tributário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 47.

⁵² Para uma análise completa da evolução da legislação sobre cooperativismo e cooperativas no Brasil ver, por todos, BULGARELLI, Waldirio. **As Sociedades Cooperativas e a sua Disciplina Jurídica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 63 a 76.

⁵³ NAMORADO, Rui. **Introdução ao Direito Cooperativo**: para uma expressão jurídica da cooperatividade. Coimbra: Almedina, 2000. p. 16.

regulamentação específica e que atenda a suas peculiaridades, especialmente em virtude de sua atuação prática estar fundamentada nos princípios doutrinários do Cooperativismo⁵⁴.

O Código Civil de 1916 não tratou das sociedades cooperativas. Entretanto, o de 2002, ao incorporar as disposições relacionadas com as sociedades, tipicamente tratadas na legislação comercial, dedicou quatro artigos (1.093 a 1.096) às sociedades cooperativas, sem no entanto revogar inteiramente a Lei Especial. Pelo contrário, faz ressalva a ela na parte final do art. 1.093.

Na realidade o Código Civil de 2002 não trouxe mudanças substanciais para as sociedades cooperativas, e em nada alterou suas características peculiares, decorrentes do seu papel de mecanismo de concretização dos ideais do Cooperativismo. Tanto assim é que as características da sociedade cooperativa postas no art. 1.094 coincidem, salvo pequenas variações⁵⁵, com a disposição do art. 4º da Lei 5.764/71.

No entanto, uma disposição que está fora do capítulo destinado à sociedade cooperativa no Código Civil de 2002 merece maior atenção, tendo em vista que trata da natureza jurídica deste tipo de sociedade. É o parágrafo único do art. 982, que dispõe que a sociedade cooperativa, independente de seu objeto, sempre será *sociedade simples*.

A cooperativa é uma pessoa jurídica de direito privado. Pessoas desta natureza em nosso ordenamento são somente as fundações, associações e sociedades, estas podendo ser simples ou empresárias. Assim, a sociedade cooperativa deve ter a natureza jurídica de uma delas.

Sinteticamente, a fundação é um patrimônio destinado por alguém para instrumentar o cumprimento de determinado fim, comumente altruístico, previamente definido por seu instituidor, sem finalidade econômica. Uma associação é a reunião de pessoas com objetivo comum não econômico. E a sociedade é a pessoa jurídica destinada basicamente à busca do lucro ou, no mínimo, da remuneração do capital investido pelos sócios, podendo ser *simples*, quando destinada ao exercício de atividade técnica e intelectual de seus sócios, e *empresária* quando existe para exercer a prática de empresa, ou seja, atividade mercantil.

⁵⁴ BULGARELLI, Waldirio. **As Sociedades Cooperativas e a sua Disciplina Jurídica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20.

⁵⁵ Como, por exemplo, a possibilidade de sociedade cooperativa sem capital social e a discussão acerca do número mínimo de pessoas necessárias à sua constituição, sendo oportuno lembrar que tais matérias não estão pacificadas na doutrina especializada.

Analisando as características da cooperativa e comparando-as com as das fundações, associações e sociedades, não é possível realizar seu enquadramento jurídico em nenhuma delas. Isso porque a sociedade cooperativa enquanto instrumento de execução prática dos ideais do Cooperativismo se reveste de peculiaridades únicas que impedem sua identificação com quaisquer das demais pessoas jurídicas de direito privado.

Nessa linha, é preciso analisar suas principais características, quais sejam a dupla qualidade assumida pelo cooperado, a identidade de interesses entre o empreendimento cooperativo e o cooperado bem como o mecanismo do retorno, das quais decorrem todas as demais especificidades encontradas na cooperativa.

2.1 Características da Cooperativa

2.1.1 Dupla qualidade

A dupla qualidade significa que o cooperado estabelece ao mesmo tempo duas relações distintas com a cooperativa, mas incidíveis. São as relações de *dono* e *usuário*.

O cooperado, ao se associar à cooperativa, passa a ser seu dono, e ao operar com ela, seu cliente, ou seja, usuário dos serviços por ela prestados. A dupla qualidade deixa claro o papel a que se destina a cooperativa na vida do cooperado, qual seja atender suas necessidades, prestando-lhe um serviço⁵⁶.

Uma pessoa adere a uma cooperativa com o objetivo único de utilizar os serviços por ela prestados, e a cooperativa só existe para prestar tais serviços, sem interesse próprio.

Atento a isto, Pontes de Miranda afirma ser ela uma “sociedade em que a pessoa do sócio passa à frente do elemento econômico e as conseqüências da pessoalidade da participação são profundas, a ponto de torná-la espécie de sociedade”⁵⁷.

A cooperativa se reveste de natureza estritamente instrumental. Ela somente existe como uma extensão dos cooperados. Seu único intuito é prestar serviço aos cooperados para que esses atinjam o objetivo que os levou a se associar em cooperativa, qual seja a

⁵⁶ BULGARELLI, 2000. p. 21.

⁵⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Parte especial. Contrato de Sociedade. Sociedades de pessoas. Tomo XLIX.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. p. 429.

melhoria de sua condição econômico-financeira, seja facilitando a aquisição de bens e serviços ou proporcionando a colocação no mercado dos bens e serviços dos cooperados. Segundo Franke “a obtenção de vantagens econômicas em favor das economias associadas é o escopo fundamental das sociedades cooperativas”⁵⁸.

Para caracterizar ainda melhor a natureza instrumental da sociedade cooperativa, é preciso fazer distinção entre seu fim e seu objeto. O fim de uma cooperativa é sempre prestar serviços para os cooperados, enquanto seu objeto se constitui na atividade econômica que desenvolve.

A lei federal que estabelece o regime jurídico das sociedades cooperativas (art. 4º da Lei 5.764/71) não discrepa nesse sentido e dispõe que as cooperativas são constituídas para prestar serviços aos cooperados:

Portanto, o fim da cooperativa será sempre o de prestar serviços aos cooperados para que eles melhorem sua condição sócio-econômica, destacando assim sua natureza instrumental.

Dessa maneira, se conclui que a cooperativa é uma sociedade de serviços. E o tomador desses serviços será sempre um cooperado. Em uma empresa comum a relação entre o sócio e a pessoa jurídica é em regra somente societária. Ele é o dono da sociedade, não seu cliente. O cliente é o mercado. O fato de um banqueiro ter uma conta na sociedade bancária de sua propriedade não desautoriza a conclusão de que isso ocorre por outras circunstâncias que não as que o levaram a constituir a sociedade bancária⁵⁹.

Na cooperativa, o que levou o cooperado a se associar foi justamente a possibilidade de ser cliente dela, de utilizar seus serviços para melhorar sua condição econômico-social. Eis aí uma condição inafastável para se caracterizar uma cooperativa: ser o cooperado ao mesmo tempo dono e usuário do empreendimento cooperativo.

2.1.2 Identidade de interesses

Os interesses da cooperativa e do cooperado são idênticos. Por isso, não há qualquer tipo de vantagem em favor da cooperativa na realização de seu objeto social. A cooperativa

⁵⁸ FRANKE, 1978, p. 9.

⁵⁹ BULGARELLI, 2000, p. 23-4.

existe somente para funcionar como um mecanismo capaz de auxiliar o cooperado, que é seu dono e utente, a melhorar sua condição de vida. Os interesses não se opõem, pois a cooperativa não intenta lucrar na operação realizada com o cooperado. Caso isso ocorra, desnatura.

A identidade de interesses é corolário lógico da instrumentalidade de que se reveste a cooperativa e a junção destas idéias fundamenta o chamado “princípio do retorno”, que é o mecanismo operacional usado na cooperativa como forma de devolver ao cooperado os valores excedentes que despendeu para utilizar o serviço prestado pela cooperativa.

2.1.3 Retorno

O serviço prestado pela cooperativa em favor do cooperado custa, e é o cooperado, na qualidade de seu usuário, que o paga.

O fato de a cooperativa ser uma sociedade instrumental, de serviços, que não visa o lucro, faz com que a diferença positiva entre o que o cooperado pagou e a despesa que a cooperativa teve para prestar o serviço não seja lucro, mas sim *sobra*, pois é uma quantia que sobrou na operação realizada entre cooperativa e cooperado. Dessa maneira, a sobra é do cooperado, e para ele volta por meio do “princípio do retorno”. O entendimento a respeito dos ideais da cooperativa é que proporciona a compreensão da distinção entre sobra e lucro.

A ausência de lucro é melhor entendida quando se vê que a cooperativa incorre em despesas para prestar serviços aos cooperados. E são os cooperados que suportam essas despesas na proporção de suas operações com a sociedade. O custo do serviço é anualmente previsto pela administração da cooperativa e abatido do valor da produção realizada pelo cooperado junto à cooperativa. O mencionado custo é acertadamente nomeado *despesa*, visto que de fato constitui uma despesa realizada pela cooperativa para efetivar o serviço a que se destina.

Todavia, o que existe é uma previsão do valor da despesa, e não seu exato valor, uma vez que isso seria impossível. Assim, ao fim do exercício social se verificará se o valor atribuído à despesa com a prestação do serviço corresponde à realidade e, portanto, se o cooperado pagou à maior ou a menor do que o necessário para a prestação do serviço.

Portanto, tendo em vista a inexistência de interesse lucrativo na cooperativa, caso o valor pago pelo cooperado seja maior do que o necessário para prestação do serviço, ele terá direito ao retorno dos valores pagos a maior; caso contrário, deverá completar o custo real do serviço, ou seja, arcar com as perdas⁶⁰.

O fato de operar ou não com a cooperativa é que determinará a participação do associado na construção tanto de sobras como de perdas. Por isso é que o retorno das sobras ou o rateio das perdas é realizado proporcionalmente às operações, uma vez que aquele que mais se utilizar da cooperativa irá gerar mais sobras ou perdas, conforme o acerto ou não da previsão de custos realizada pela administração da cooperativa.

A valorização da participação pessoal do cooperado fica evidente, posto que são suas operações com a cooperativa que determinarão a dimensão de seus direitos e/ou deveres no que concerne a sobras e/ou perdas resultantes do negócio-fim (ato cooperativo) do empreendimento cooperativo. Esta é a idéia do retorno que, segundo Franke, citando Charles Gide, “constitui no quadro das conquistas sociais contemporâneas uma das criações mais geniais do século XIX, legada ao mundo pelos equidosos pioneiros de Rochdale”⁶¹.

2.2 Conclusões

Algumas conclusões a respeito da natureza jurídica da cooperativa podem ser deduzidas do que foi articulado a respeito de suas peculiaridades. Como dito, por ser uma pessoa jurídica de direito privado, a cooperativa deveria se enquadrar juridicamente como uma das espécies deste tipo de pessoa jurídica previstas no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, deveria ser uma associação, uma fundação ou uma sociedade, simples ou empresária.

O Código Civil a equiparou, para todos os efeitos, a uma sociedade simples, conquanto esta não seja a melhor solução. Não podem ser associações, posto terem fins econômicos; fundações, em razão de além de possuírem fins econômicos, não são patrimônios afetados para determinados fins; sociedade, seja simples ou empresária, especialmente em virtude de não objetivarem e não terem lucro.

⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, 1965, p. 432.

⁶¹ FRANKE, 1978, p. 21.

Dessa maneira, as cooperativas configuram uma entidade específica, única, singular, devendo ser considerada como uma espécie de pessoa jurídica, finalizando as discussões a respeito de sua natureza jurídica. A cooperativa é pessoa jurídica específica, que não se confunde com associação, fundação ou sociedade, seja simples ou empresária. Cooperativa é cooperativa.

As peculiaridades de que é revestida a cooperativa conferem contornos próprios e inconfundíveis a ela e, por conseguinte, aos seus atos que, por tal razão, devem ser denominados de *atos cooperativos*⁶², a fim de diferenciá-los dos demais atos jurídicos e dar-lhes o tratamento jurídico a que fazem jus em virtude destas diferenças.

Nesse ínterim, é preciso explicar os atos praticados pelas cooperativas e como devem ser compreendidos.

3 O Ato Cooperativo

A atividade operacional de uma cooperativa se distingue sobremaneira da realizada em outros tipos de pessoas jurídicas, em virtude dos aspectos únicos de que se reveste, especialmente de seu objetivo. Apesar disso, e de operações dessa natureza se realizarem nos mesmos moldes desde o surgimento da cooperativa moderna, o estudo específico e sistematizado de seu ato é recente, em torno de quatro décadas.

A formulação da teoria do ato cooperativo é atribuída ao mexicano Antônio Salinas Puente⁶³, que analisando as especificidades que integram o sistema operacional da cooperativa logrou esquematizá-lo e realçar suas peculiaridades.

O conceito de ato cooperativo não é pacífico em todo o mundo, apesar de as atividades operacionais das cooperativas, em razão do universalismo dos princípios que norteiam o cooperativismo e, por via de consequência, os atos praticados pelas cooperativas, ocorrerem quase da mesma maneira em todo empreendimento cooperativo existente no mundo.

A Lei Argentina 20.337/73, que trata das cooperativas naquele país, conceitua o ato cooperativo da mesma forma que a nossa legislação e acrescenta que os atos realizados pela

⁶² BULGARELLI, 2000, p. 22.

⁶³ BECHO, Renato Lopes. **Tributação das Cooperativas**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 124.

cooperativa com terceiros também são cooperativos, desde que tendentes à realização dos objetivos sociais⁶⁴. Dessa maneira, alberga os chamados “negócios-meio” realizados pelas cooperativas para consecução dos objetivos sociais.

A uniformização do conceito do ato cooperativo já foi objeto de estudos e discussões que redundaram em um projeto de lei marco para América Latina, elaborado por iniciativa das Organizações das Cooperativas da América (OCA), com a finalidade de funcionar como guia para os legisladores nacionais⁶⁵. Contudo, o projeto de lei marco continua sendo um projeto e não possui a força de impor aos legisladores nacionais que adotem sua conceituação. Portanto, as legislações nacionais continuam utilizando critérios diferentes para o estabelecimento do conceito de ato cooperativo, de acordo com necessidades e interesses próprios.

A legislação brasileira não dispõe que as cooperativas só poderão operar com cooperados. Pelo contrário, autoriza a operação com terceiros⁶⁶, apesar de a cooperativa poder em seu estatuto social regular de forma contrária, adotando o exclusivismo.

As operações da cooperativa se distinguem nas realizadas com os cooperados em busca do objeto social e as praticadas com terceiros alheios ao quadro social. Os primeiros são considerados atos internos e os segundos externos. A regra é que as operações da cooperativa sejam realizadas com os cooperados, porém em regra não existe exclusividade. Quando a cooperativa, por meio de seu estatuto social ou da legislação, somente está autorizada a operar com cooperados, se diz que existe o exclusivismo.

Contudo, o conceito legal de ato cooperativo posto no art. 79 da Lei 5.764/71 diz que somente são atos desta natureza os realizados entre cooperado e cooperativa, entre a cooperativa e o cooperado e entres cooperativas quando associadas. Dessa maneira se conclui que, apesar de poder operar com terceiros alheios ao quadro social, pela conceituação legal somente serão cooperativos os atos internos, também chamados de “negócios-fim”, o que caracteriza a opção legislativa pela *Teoria Pura do Ato Cooperativo*.

Franke assevera que “o negócio interno (negócio-fim), comumente, só pode realizar-se em benefício do cooperado se precedido ou sucedido de um negócio externo, ou

⁶⁴ CRACOGNA, 2004, p. 54.

⁶⁵ CRACOGNA, 2004, p. 58.

⁶⁶ Arts. 85, 86 e 111 da Lei 5.764/71.

de mercado, denominado ‘negócio com terceiros’ ‘ou negócio-meio’⁶⁷, demonstrando assim que a Teoria Pura, que considera somente cooperativos os atos qualificados de acordo com seus atores (cooperativa e cooperado), não atende a própria realidade da operação que pretende explicar.

Transpondo o foco de atenção para a consecução do objetivo social da cooperativa, com menos dependência dos sujeitos, se chega a um resultado mais satisfatório que o alcançado pela Teoria Pura. A assertiva de que os chamados “negócios-meio”, desde que imprescindíveis para consecução do objetivo social, também constituem ato cooperativo, é à base da *Teoria Mista do Ato Cooperativo*, que melhor atende às necessidades das cooperativas e explica o próprio ato cooperativo.

Entretanto, como já dito, nossa legislação assim não prevê. A interpretação literal do art. 79 da Lei 5.764/71 denota, por exemplo, que a operação que a cooperativa de consumo realiza no mercado para adquirir gêneros alimentícios de primeira necessidade para seus cooperados não é ato cooperativo, a despeito de ser imprescindível para a consecução do negócio-fim da cooperativa, que é o acesso do cooperado a tais gêneros a um custo reduzido.

A necessidade de realização de negócios-meio para viabilizar o negócio-fim é questão lógica. Para prestar o serviço que constitui seu objeto a cooperativa precisa realizar outros negócios com pessoas que não os cooperados. Esta lógica é demonstrada pelo seguinte excerto da obra Franke:

O negocio interno ou *negócio-fim* está vinculado a um negócio externo, negócio de mercado ou *negócio-meio*. Este último condiciona a plena satisfação do primeiro, quando não a própria possibilidade de sua existência (como, por exemplo, nas cooperativas de consumo, em que o negócio-fim, ou seja, o fornecimento de artigos domésticos aos associados, não é possível sem que antes esses artigos tenham sido comprados no mercado).⁶⁸

Este liame entre o negócio-meio e o negócio-fim é decorrência da própria natureza instrumental da cooperativa.

⁶⁷ FRANKE, 1978, p. 24.

⁶⁸ FRANKE, 1978, p. 26.

Imaginemos uma cooperativa de produção agropecuária, constituída com o objetivo de proporcionar de forma mais facilitada e menos onerosa para o cooperado a oferta de seu produto no mercado, seja somente distribuindo-o em grosso, seja o beneficiando para depois distribuir. Para prestar este serviço é imprescindível que a cooperativa realize o chamado negócio-meio, que nesse caso será a venda do produto no mercado. Caso contrário, inócua se torna sua existência, sua própria razão de ser.

Vale ressaltar que a cooperativa não pratica unicamente negócios-fim e negócios-meio. Realiza outros negócios, não diretamente relacionados com seu objetivo, como os negócios auxiliares e secundários ou supérfluos, segundo proposição formulada por Renato Lopes Becho da seguinte maneira:

- negócio-fim ou principal: aqueles realizados para atingir os objetivos da cooperação. Estão expressamente previstos no art. 79 da Lei nº 5.764/71. Neles se incluem os atos cooperativos;
- negócio-meio ou, para nós, negócios essenciais: aqueles imprescindíveis para a realização dos negócios-fim ou principais. Não estão expressamente previstos no conceito legal de ato cooperativo, mas este não se realiza sem tais negócios-meio;
- negócios auxiliares: servem de apoio à cooperativa. Não fazem parte da cadeia produtiva, mas dão sustentação e possibilidade de existência à cooperativa. Todas as pessoas, físicas ou jurídicas, necessitam desses negócios auxiliares; e,
- negócios secundários ou supérfluos: não são necessários à vida da sociedade, mas podem ser úteis e permitir algum ganho não substancial.⁶⁹

Os negócios realizados por uma cooperativa poderão ou não ser atos cooperativos. Contudo, os negócios-fim e os negócios-meio sempre o serão, vez que diretamente voltados para a consecução do objetivo social da cooperativa.

4 Classificação das Cooperativas

Uma cooperativa pode se destinar à prestação de qualquer serviço aos seus cooperados, tendo em vista que sua atuação é definida pelas necessidades dos homens, que são as mais diversas possíveis⁷⁰. Assim, os tipos de cooperativa são vários, tendo em conta a infinidade de interesses econômicos e sociais que pode atender.

⁶⁹ BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 164.

⁷⁰ PINHO, [S.d], p. 9.

Dessa forma, diante das inúmeras possibilidades de atuação de uma cooperativa, se torna difícil uma única classificação. Considerando isto, Fauquet elaborou uma teoria que entende o cooperativismo como uno e ao mesmo tempo variável⁷¹. Será variável no que concerne às pessoas que se utilizam da associação em cooperativa, desde pequenos produtores sem instrução até integrantes da classe média alta, como por exemplo, médicos; bem como em virtude das necessidades que atende, que são as mais variadas. Ao mesmo tempo é uno, visto que, apesar da diversidade de pessoas que dele se podem valer e da gama de atividades que pode atender, se realiza na prática com base em princípios únicos e universais, sendo a observância desses princípios o que confere autenticidade a uma cooperativa.

Diva Pinho elabora classificação que toma por base a forma da atividade econômica exercida pela cooperativa e a organização das cooperativas. Nestes termos, classifica-as em cooperativas de primeiro e segundo graus, sendo as primeiras as de produção agropecuária e industrial, de consumo de bens e serviços, de crédito e mistas; e as segundas federações, uniões, armazéns e centrais de cooperativas de primeiro grau⁷².

Em síntese, as cooperativas de primeiro grau seriam aquelas que prestam serviço diretamente as pessoas físicas que as compõem, sendo de segundo grau as que congregam as cooperativas de primeiro grau, com vistas a prestar serviço em seu favor⁷³. Esta será a classificação que adotaremos para análise do tema, sempre em cotejo com a formulação de Fauquet.

4.1 Classificação de acordo com a forma de organização – Cooperativas de primeiro e segundo graus

São de primeiro grau ou singulares as cooperativas formadas, em regra⁷⁴, unicamente por pessoas físicas interessadas em melhorar sua condição sócio-econômica por meio da prestação direta de serviços da cooperativa em seu favor.

⁷¹ BULGARELLI, 2000, p. 50.

⁷² PINHO, 1962, p. 49.

⁷³ PINHO, 1962, p. 47.

⁷⁴ É admitida excepcionalmente a participação de pessoas jurídicas. No Brasil, tal possibilidade está inscrita no art. 6º, I da Lei 5.764/71.

De segundo grau são as cooperativas formadas por outras cooperativas, com o intuito de organizar em comum e em maior escala os interesses econômicos e sociais das cooperativas de primeiro grau a ela filiadas.

4.2 Classificação de acordo com a atividade exercida

A cooperativa pode servir para facilitar o acesso ao consumo, ao trabalho, à saúde, à moradia, à comercialização de produtos dos cooperados, ao crédito, dentre outros. Especialmente no Brasil, a Lei 5.764/71, em seu art. 5º, assevera que as cooperativas podem adotar como objeto qualquer tipo de serviço, operação ou atividade.

Quanto à classificação da cooperativa de acordo com a atividade econômica que desenvolve, o art. 10 da referida lei a assevera, conquanto inteligentemente não elabore um rol, deixando ao alvitre da necessidade dos homens e da evolução social os tipos de cooperativa a serem constituídas.

No entanto, a prática cooperativa fez com que a Organização das Cooperativas Brasileiras, com apoio na Aliança Cooperativa Internacional, elaborasse um rol meramente exemplificativo das cooperativas quanto ao seu objeto, ou seja, no que concerne às atividades que desenvolvem. São os chamados “ramos” do cooperativismo. Segundo essa formulação, as cooperativas podem ser dos seguintes ramos ou setores de atividade: agropecuário, consumo, crédito, educacional, especial, habitacional, infra-estrutura, mineral, produção, saúde, trabalho, transporte, turismo e lazer.

Outrossim, além da classificação em virtude da atividade desenvolvida pela cooperativa, é possível sua organização vertical, com a constituições das chamadas cooperativas de segundo grau, que são na realidade cooperativas formadas por outras cooperativas.

Capítulo 3

O problema de efetividade dos direitos fundamentais sociais

1 A constitucionalização do Direito

A ideia do positivismo clássico de que a lei posta mediante um procedimento formal adequado era a expressão do Direito “puro”, completamente separado da Ética e da Moral⁷⁵, se esfacelou com a pós-modernidade, especialmente após desastrosos acontecimentos históricos que se valeram dessa teoria para justificar práticas atentatórias aos direitos, liberdades e garantias mais comezinhas.

A partir daí, se verificou um movimento constante de reaproximação entre Direito e Moral, ressurgindo ideais do jusnaturalismo, com o paulatino reconhecimento de direitos inerentes a pessoa humana enquanto tal⁷⁶. Na ordem internacional, a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 representa o ápice desse movimento. As ordens internas passaram então a reconhecer e outorgar em seus textos constitucionais tais direitos, liberdades e garantias.

Outros documentos internacionais foram sendo formulados, contendo especificamente o reconhecimento de direitos humanos de caráter distinto dos direitos de liberdade, como os direitos políticos, sociais e culturais, os chamados direitos de “segunda dimensão”.

Mas o simples reconhecimento e outorga constitucionais de tais direitos não garante sua efetividade, mormente em virtude da linguagem necessária à sua positivação, com o uso de expressões abertas, indeterminadas e polissêmicas com forte carga axiológica, especialmente quando representados por meio de princípios.

Daí a importante contribuição de Dworkin⁷⁷ com o estabelecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios, onde as primeiras são aplicadas por meio da

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 314 e 315.

⁷⁶ BARROSO, 2009, p. 328.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

subsunção, ao modo tudo ou nada⁷⁸; enquanto os segundos não, pois possuem *prima facie* o mesmo peso e importância no ordenamento, requerendo uma análise do caso concreto para a decisão a respeito de sua aplicação⁷⁹, especialmente em virtude dos possíveis e inevitáveis conflitos entre princípios⁸⁰.

A normatividade dos princípios e sua forma de expressão positiva demonstraram que o modelo subsuntivo, por si só, não atendia às necessidades hermenêuticas deste tipo normativo⁸¹.

Exatamente nesta medida que o positivismo clássico passou a não ser suficiente para a interpretação e aplicação dessas novas normas constitucionais, que necessitam de um papel construtor do intérprete, não se limitando unicamente ao processo subsuntivo.

O papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos humanos cresce, uma vez que passa da condição de “boca da lei” para a de construtor diuturno do Direito, conferindo sentido aos enunciados normativos abertos e indeterminados postos nas normas principiológicas.

Portanto, a positivação dos direitos humanos nos textos constitucionais não se mostra suficiente para sua realização na prática, sendo preciso à intermediação do intérprete para atribuir-lhes o sentido.

Diante dos inúmeros sentidos possíveis, mister atender o que mais se coaduna com um outro sentido maior, qual seja o que emana de todo o texto constitucional. Assim, para a aplicação correta de qualquer dispositivo da Constituição, é necessário ter em mente o conjunto normativo desta, a fim de satisfazer de maneira ótima seus objetivos fundamentais.

Entretanto, para que tudo isto seja possível, inicialmente se faz necessário reconhecer o caráter normativo das normas constitucionais, o que até bem pouco tempo não ocorria, na idéia de que a constituição representava unicamente um documento político, exercendo um papel estruturante, contando com regras meramente procedimentais que estabeleciam a estrutura do Estado e a forma de produção legislativa, sem outorgar direitos subjetivos.

⁷⁸ DWORKIN, 2007, p. 39.

⁷⁹ DWORKIN, 2007, p. 41.

⁸⁰ BARROSO, 2009, p. 330.

⁸¹ BARROSO, 2009, p. 347.

A disposição em textos constitucionais de enunciados evidentemente prescritivos e geradores de direitos subjetivos precisou da construção de um novo entendimento da Constituição, que passasse a considerá-la como texto normativo em sua integralidade e, por conseguinte, seus dispositivos saíssem da condição de meros programas à de outorgantes de direitos passíveis de justiciabilidade.

Ademais, era imperioso um conjunto de regras hermenêuticas que tornassem possível a aplicação dos direitos constitucionalmente outorgados de maneira racional. Com esse desiderato surgiram teorias que estabeleceram procedimentos específicos a serem observados na interpretação constitucional⁸².

No Brasil não foi diferente. É possível vislumbrar na Constituição de 1988 um forte aspecto histórico-ideológico que determinou toda sua postura enquanto instituidora do Estado e limitadora de seu poder, tanto no âmbito social quanto econômico, onde se procurou realizar uma construção normativa constitucional conforme a vontade do povo, que ao menos formalmente era o titular do poder.

Editada após um longo período de exceção e baixa participação popular no cenário político, ela redemocratizou o País e criou uma ordem jurídica impregnada de caráter social e garantias individuais⁸³, criando um Estado Social onde o regime econômico capitalista subsiste⁸⁴, todavia, com limites e condições de exercício definidas.

A Constituição Federal de 1988 coloca o Brasil em uma condição de Estado Social de Direito⁸⁵, partindo da premissa de que nosso País não passou pela etapa do Estado Social e, em virtude disso é que o texto possui um conteúdo dirigente e compromissário⁸⁶.

O maior exemplo disto é a instituição de uma ordem econômica fundada na livre iniciativa e ao mesmo tempo comprometida com a realização de justiça social,

⁸² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁸³ BARROSO, 2009, p. 342; SARLET, 2007, p. 75.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 777-8.

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 313; SARLET, 2007, p. 73.

⁸⁶ STREK, Lenio; MORAIS, J. L. Bolzan. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 104 e 105.

demonstrando uma convergência de ideologias na construção do texto constitucional⁸⁷. A Carta de 1988 outorga direitos fundamentais e revela um compromisso com sua efetividade⁸⁸, dispondo no parágrafo primeiro do art. 5º que os direitos fundamentais por ela prescritos gozam de aplicabilidade direta e imediata.

Contudo, a realidade brasileira se distancia em muito do texto constitucional, visto que apesar de a educação ser um direito de todos e dever do Estado, são visíveis as deficiências e insuficiências do ensino público; a saúde pública padece do mesmo mal; dentre tantos outros exemplos.

Mas a despeito disto, não há como negar que nossa Constituição assumiu seu posto de mais alto diploma normativo do País e seus mandamentos se irradiam, direta e indiretamente, em todas as lides jurídicas, desde as que envolvem situações simples até naquelas mais complexas⁸⁹. Todos os Poderes do Estado devem a ela submeter-se, sob pena de inconstitucionalidade de seus atos. Ademais, todas as normas jurídicas anteriores devem estar consonantes com a ordem jurídica por ela instituída⁹⁰.

2 Os Direitos Fundamentais Sociais

O exercício arbitrário das liberdades asseguradas pelos direitos fundamentais de primeira dimensão corresponde à mola propulsora dos direitos fundamentais de segunda dimensão, os denominados direitos sociais, especialmente em razão das condições de miserabilidade e marginalidade a que estava exposta a classe operária durante o ápice da Revolução Industrial nos países “centrais” (industrializados).

A realidade social imposta pela exacerbação no exercício das liberdades reposicionou o Estado na condição intervencionista, conquanto uma intervenção visualizada sob outro prisma, qual seja o da promoção do bem-estar social.

Esse novo posicionamento estatal exigiu textos constitucionais condizentes com o novo modelo. A Constituição do México de 1917 é o primeiro deles, seguida da Alemã de

⁸⁷ REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51.

⁸⁸ BARROSO, 2009, p.340.

⁸⁹ BARROSO, 2009, p. 341 e 342.

⁹⁰ BARROSO, 2009, p. 61.

1919, conquanto a disposição constitucional dos direitos fundamentais sociais não tenha automaticamente os concretizado, tendo em vista características peculiares das normas que dispunham a seu respeito⁹¹.

Assim, o Estado passa a não ser mais um mero garantidor das liberdades, mas sim um agente ativo de promoção social, incumbido de conceber e implementar políticas públicas voltadas para o bem estar social⁹², com o escopo de propiciar condições de vivência digna para seus cidadãos.

A Constituição Federal de 1988 assegura os direitos fundamentais sociais, apesar de em dispositivos esparsos, pelo que é possível afirmar que, apesar de não posto expressa e textualmente, o Estado Brasileiro é Democrático e Social de Direito⁹³, que “não caracteriza mais um fim em si mesmo, mas sim um meio para alcançar os fins exigidos pela cidadania”⁹⁴. O instrumento para tanto são as políticas públicas em áreas determinadas constitucionalmente, tais como saúde, educação, trabalho, assistência social, habitação, dentre outros⁹⁵.

2.1 Tipo normativo dos direitos fundamentais

O tipo normativo de direito fundamental é um conceito que engloba a totalidade de uma consequência jusfundamental definitiva⁹⁶. A norma de direito fundamental possui um âmbito de proteção amplo, donde não podem ser retiradas sem uma prévia restrição legítima, todas as situações fáticas que se subsumam em sua previsão abstrata. Destarte, as normas de direito fundamental possuem um suporte fático amplo, com um âmbito de proteção que pode ser delimitado *prima facie*, ou seja, um conteúdo semântico que deve ser visualizado amplamente.

⁹¹ KRELL, 2002, p. 19.

⁹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. Ed. Saraiva. São Paulo: 2004. p. 56.

⁹³ GRAU, 2008, p. 313.

⁹⁴ PORTO, 2006, p. 51.

⁹⁵ KRELL, 2002, p. 20.

⁹⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 65.

Disso decorre que todas as situações fáticas que se enquadrem no suporte fático previsto na norma jurídica instituidora de um direito fundamental, independentemente de características peculiares do caso concreto, estão, *prima facie*, protegidas⁹⁷.

Contudo, ao se adotar essa posição, é preciso aceitar que dela advém logicamente à conclusão de que, no caso concreto, é possível a restrição do âmbito de proteção do direito fundamental, desde que existam circunstâncias que a justifiquem, tendo em vista a possibilidade de existência de situações fáticas que se enquadrem concorrentemente no âmbito de proteção de mais de um direito fundamental, pelo que necessário estabelecer, no caso concreto, qual deles prevalecerá, sem, no entanto, negar validade ao outro.

Dessa maneira, tratando sobre características dos princípios, que são, em regra, o tipo de norma que dispõe sobre direitos fundamentais na Constituição, Robert Alexy afirma que não representam direitos definitivos, mas sim “mandados que exigem sua realização na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”⁹⁸.

Diante disso, se conclui que os direitos fundamentais são direitos que conferem posições jurídicas *prima facie* que, portanto, podem ser restringidas quando diante de outras posições jurídicas também garantidas por um Direito Fundamental que em um caso concreto, de acordo com elementos racionais de convicção, restringem seu âmbito de proteção primário.

Contudo, uma vez que as normas de direitos fundamentais são previsões constitucionais, sua restrição somente seria possível caso levada a efeito por meio de outra norma constitucional ou por norma infraconstitucional autorizada pela constituição.

Considerando que as normas de direitos fundamentais possuem um suporte fático e um âmbito de proteção que devem ser estendidos ao máximo possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas, é possível, e até certo ponto previsível, que um fato se enquadre ao mesmo tempo na hipótese fática descrita em mais de uma norma de direito fundamental. Daí se estará diante de um conflito normativo onde uma norma de direito fundamental terá seu âmbito de proteção inicial restringido em virtude das circunstâncias

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 322.

⁹⁸ ALEXY, 2008, p. 104.

peculiares do caso concreto. Ou seja, o seu âmbito de proteção não foi abstratamente reduzido, mas sim concretamente e, por isso, não se invalida seu comando.

A consequência definitiva da aplicação da norma de direito fundamental somente ocorrerá se for satisfeito seu suporte fático e uma eventual cláusula restritiva não o seja⁹⁹.

A norma de direito fundamental definitiva será sempre, portanto, o resultado da análise do caso concreto diante de seu âmbito de proteção *prima facie* e respectiva restrição, que poderá advir direta ou indiretamente da constituição.

2.2 Direitos a prestações em sentido estrito

A determinação de quais disposições constitucionais representam direitos fundamentais pode ser alcançada com base em critérios materiais, estruturais e/ou formais, constituindo o critério formal o mais seguro para conferir a resposta que se procura, uma vez que abarca e soluciona todos os problemas eventualmente existentes¹⁰⁰.

Dessa maneira, direitos fundamentais seriam aqueles que a constituição diz que são, apesar de não ser possível olvidar da existência de outros direitos fundamentais implícitos, decorrentes de uma interpretação de acordo com todo contexto normativo constitucional que, conforme Alexy, constitui as normas de direito fundamental atribuídas¹⁰¹. Na Constituição Federal de 1988 essa possibilidade está explícita no § 2º do Art. 5º, com a abertura material dos direitos fundamentais.

Por meio da adoção do referido critério se pode afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, uma vez que dispostos expressamente no Título III do texto constitucional, intitulado dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Os direitos fundamentais sociais constituem direitos a prestações positivas pelo Estado em favor dos cidadãos, em contraponto aos direitos individuais, que reclamam um absentismo estatal.

⁹⁹ LEIVAS, 2006, p. 65.

¹⁰⁰ ALEXY, 2008, p. 66 e 69.

¹⁰¹ ALEXY, 2008, p. 69.

Contudo, essa distinção não é de todo verdadeira, uma vez que todos os direitos, sejam positivos ou negativos, exigem prestações estatais¹⁰². Ou seja, o que existe é uma preponderância de prestações positivas nos direitos de segunda dimensão, conquanto não se possa olvidar que os de primeira dimensão também demandem prestações dessa natureza.

No entanto, a classificação dos direitos fundamentais é normalmente feita de acordo com a *função* que exercem, sendo considerados negativos os que exigem uma omissão estatal e positivos os que exigem uma ação positiva do Estado¹⁰³. Os direitos que exigem uma ação positiva do Estado são direitos de cunho prestacional e divididos de acordo com a natureza da prestação, uma vez que a referida prestação pode ser normativa ou fática.

Nessa senda, os direitos a prestações possuem um caráter amplo ou estrito, posto que dentre eles estão os direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos fundamentais sociais¹⁰⁴. Portanto, é preciso distinguir entre os direitos a prestações positivas em sentido amplo e estrito, com o fito de enquadrar definitivamente os direitos que serão objeto desse ensaio.

O elemento material da prestação ganha relevo, pois ele é quem irá necessariamente determinar diante de que tipo de direito fundamental se está. Vale destacar que, em regra, os direitos de defesa estão ligados a uma prestação normativa e os direitos sociais a uma prestação fática¹⁰⁵.

Nos direitos à proteção e nos direitos à organização e procedimento o Estado está obrigado para com os administrados a editar normas que regulem as condutas a fim de que esses direitos sejam garantidos. Nesse caso, não há, normalmente, necessidade de prestação material pelo Estado. O que se exige é que ele exerça seu papel institucional.

O que interessa no presente trabalho é o conceito de direito a prestação em sentido estrito, relacionado diretamente com prestações fáticas devidas pelo Estado em favor do cidadão.

¹⁰² GALDINO, Flávio. **O custo dos Direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo. (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 209-291.

¹⁰³ LEIVAS, 2006, p. 84.

¹⁰⁴ ALEXY, 2008, p. 444.

¹⁰⁵ LEIVAS, 2006, p. 84.

Entretanto, é preciso destacar que as prestações fáticas que se impõem à idéia de direitos a prestações em sentido estrito não são quaisquer prestações, mas sim aquelas que o indivíduo poderia por si só promover se dispusesse dos meios financeiros necessários.

O Estado está obrigado, de acordo com nosso texto constitucional, a promover essas prestações em sentido estrito, pondo todos os cidadãos brasileiros, sem exceção, na condição de credores do Estado. Essas prestações fáticas são ligadas aos direitos sociais, tais como saúde, educação e moradia.

2.3 O problema de efetividade dos direitos a prestação em sentido estrito

A realidade social do Brasil, os indicadores sócio-econômicos intensamente distanciados dos objetivos fundamentais constitucionalmente postos, e as características de nosso Estado, conferem aos direitos a prestações fáticas em sentido estrito um aspecto peculiar, qual seja o de serem instrumentos para efetivação de justiça social e alcance dos objetivos fundamentais dispostos no art. 3º, CF. Instrumentos que, se levados a efeito, possuem a capacidade de transformar a realidade social do País.

Daí o elevado grau de fundamentalidade social desses direitos, entendida aqui como a importância e relevância que dispõe para a sociedade, necessitando assim que lhes seja agregada uma modalidade de eficácia jurídica e social que otimize universalmente seus mandamentos¹⁰⁶, especialmente quando se verifica que o exercício pleno dos direitos de primeira dimensão depende da efetividade dos direitos de segunda dimensão. A efetividade destes representa uma forma de alcance dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, principalmente a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária e a diminuição das desigualdades sociais.

Conquanto saibamos que a Constituição de 1988 nos autoriza a afirmar peremptoriamente que se devem promover todos os direitos postos nela, independentemente da dimensão e característica, é impossível olvidar que existem realmente limites fáticos e jurídicos que impedem a concretização de alguns direitos

¹⁰⁶ BARCELLOS, 2008, p. 136.

fundamentais – vez que nenhum deles é absoluto – e, ademais, que são os direitos sociais os que mais sofrem com essa constatação.

Assim, a efetivação desses direitos a prestações em sentido estrito, apesar de constituírem direitos fundamentais com aplicabilidade imediata (§ 1º do Art. 5º, CF), esbarra em elementos fáticos e jurídicos que servem de justificativa para sua não implementação. São os limites ou restrições a que estão submetidos os direitos fundamentais sociais.

Os direitos a prestações em sentido estrito são direitos fundamentais e, portanto, com tipo normativo amplo, com suporte fático amplo e, por não serem definitivos, assim como todos os demais direitos fundamentais, possuem um caráter *prima facie* passível de restrição.

Assim, forçoso reconhecer que os direitos a prestações fáticas constituem posições jurídicas que devem ser, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, implementados na maior medida possível.

Entretanto, como dito, elementos externos podem restringir seu âmbito de proteção e, dessa forma, pode ocorrer de alguns direitos a prestações fáticas terem suas hipóteses de incidência completamente preenchidas, porém não cheguem a constituir situações definitivas, em razão de restrições de natureza externa, ou seja, não inseridas no próprio conteúdo do direito fundamental.

A abertura material das constituições direciona a necessidade de uma interpretação construtiva dos conceitos nelas postos, que imprescindem de uma construção racional do intérprete consoante suas pré-compreensões a respeito dos fatos levados ao seu conhecimento¹⁰⁷.

A abertura semântica representa os ideais políticos e ideológicos que nortearam inicialmente o Constituinte e variarão no tempo, pelo que é preciso um texto que permita sua adequação de acordo com a realidade existente no momento da aplicação do preceito¹⁰⁸.

Contudo, em geral as normas que preveem direitos a prestações fáticas em sentido estrito são expressas por meio de princípios, normas que, em regra, são dotadas de grande amplitude semântica e baixa densidade normativa exigindo, por conseguinte, interposição

¹⁰⁷ PEREIRA, 2006, p. 43.

¹⁰⁸ PEREIRA, 2006, p. 43.

legislativa que confira a elas normatividade suficiente para aplicação direta e imediata de seus preceitos, o que as deixa no âmbito da livre conformação do legislador.

Dessa maneira, a abertura semântica e possibilidade de adaptação do texto constitucional à realidade fática posta se volta para o Poder Legislativo, e não para o Judiciário, uma vez que é o primeiro que detém a legitimidade para fazê-lo.

Contudo, é comum que o Poder Legislativo não crie os mecanismos necessários à efetivação dos direitos a prestações em sentido estrito. Assim, o Poder Judiciário pode impor ao Legislativo que edite norma que contemple o programa estabelecido constitucionalmente. Mas os mecanismos constitucionais para tanto não desfrutam da força necessária para obrigar o legislador a exercer seu mister e, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais são posições jurídicas tão importantes que é impensável que sua viabilização fique única e exclusivamente nas mãos da maioria parlamentar¹⁰⁹.

Diante da omissão do Poder Legislativo, inúmeras demandas individuais e coletivas relacionadas com a efetivação dos direitos fundamentais sociais batem à porta do Judiciário para que ele as solucione. A partir daí surgem outros aspectos que são comumente destacados para negar efetividade aos direitos a prestações em sentido estrito, particularmente as críticas à atuação do Judiciário na concretização de direitos fundamentais sociais. Elas podem ser principiológicas e institucionais¹¹⁰.

As principiológicas se relacionam com a separação de poderes e com a democracia. Referem-se à legitimidade do Poder Judiciário para concretizar direitos fundamentais sociais¹¹¹.

No que concerne a separação de poderes se afirma que a concretização de direitos fundamentais sociais é matéria afeta aos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao Judiciário somente a aplicação das normas legais, enquanto que a respeito do princípio democrático se assevera que as escolhas a respeito de direitos cabem ao povo e como o Judiciário não é eleito, suas decisões nesse sentido resultariam antidemocráticas¹¹².

¹⁰⁹ LEIVAS, 2006, p. 88.

¹¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A justiciabilidade dos direitos sociais**: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. pp. 519 e 525.

¹¹¹ SOUZA NETO, 2008, p. 519.

¹¹² SOUZA NETO, 2008, pp. 520 e 522.

Assim, os espaços deixados pelo texto constitucional para concretização legislativa posterior estão dentro da liberdade de conformação do legislador e, portanto, não haveria nada a se fazer no caso da omissão legislativa, a não ser promover a propositura dos mecanismos judiciais garantidos para esses casos que, na prática, pouco ou nada contribuem para a resolução das questões.

As críticas institucionais são de caráter financeiro, administrativo, técnico e econômico¹¹³. Se relacionam com problemas de ordem prática, como a escassez de recursos e a falta de capacidade técnica do Judiciário para escolher adequadamente as políticas públicas necessárias para a concretização de direitos fundamentais sociais. Outra crítica dessa natureza se refere à desigualdade quanto ao acesso à justiça, o que implicaria em favorecimento àqueles que possuam meios para custear advogados particulares¹¹⁴.

De bastante importância é a discussão a respeito da existência de direitos a prestações fáticas além do orçamento. O problema se relaciona, inicialmente, com sua característica positiva, ou seja, da necessidade, para sua efetivação, de prestações positivas por parte do Estado em favor dos cidadãos. Essas prestações positivas acarretam necessariamente custos para o Estado e, destarte, sua efetivação encontraria uma barreira na existência ou não dos recursos necessários.

Dessa forma, os custos seriam um fator limitador da efetividade dos direitos a prestações fáticas. Entretanto, os custos existem para todos os direitos, inclusive para os de defesa, posto que para garanti-los o Estado precisa manter toda uma estrutura administrativa que pressupõe inversão de recursos financeiros¹¹⁵. Os custos são elementos que integram todos os direitos fundamentais, independente da dimensão a que pertençam, e não somente dos relacionados com prestações fáticas, pelo que a inexistência de recursos não parece fundamento plausível para justificar sua ineficácia social, mas tão somente uma forma de escusa pretensamente justificada de seu cumprimento.

Pretensa porque revela não uma impossibilidade financeira para fazê-lo, mas sim a opção do Estado em privilegiar a efetivação de determinados direitos em detrimento de outros. Assim, quando se realizam políticas públicas destinadas à garantia da liberdade e

¹¹³ SOUZA NETO, 2008, pp. 525 a 534.

¹¹⁴ SOUZA NETO, 2008, p. 533.

¹¹⁵ GALDINO, 2002, p. 209-291.

não à saúde, se demonstra o compromisso do Estado com um direito de defesa ao invés de um direito social, e não a inexistência fática de recursos, posto que ambos demandam custos.

Essa prática é atualmente denominada de *trade-off*, ou seja, a escolha sobre o que atender e o que não atender em sede de direitos a prestações¹¹⁶. Com base nisso, alguns autores asseveram que de fato os recursos financeiros constituem óbices intransponíveis para a concretização dos direitos a prestações e a resolução do problema da efetividade estaria no controle das políticas públicas, no controle do citado *trade-off*¹¹⁷, e não na busca pelo Poder Judiciário, uma vez que as ações individuais para satisfação de direitos a prestações não representam de fato um tratamento igualitário a todos, um mandado de otimização universal¹¹⁸.

Nesse passo, a despeito de os custos serem inerentes à efetivação dos direitos de todas as dimensões, com o objetivo de se promover à justificação da inexistência de direitos acima dos custos, se importou a idéia da “reserva do possível”, que vem sendo diuturnamente utilizada como argumento para inviabilizar a efetivação de direitos a prestações em sentido estrito, partindo basicamente da premissa de que é necessária a existência de recursos financeiros para sua concretização. Contudo, o descumprimento por parte do Estado de qualquer direito de primeira dimensão gera um direito subjetivo contra o Estado e a reserva do possível normalmente nem é aventada nessas situações.

Exatamente o contrário ocorre com os direitos a prestações em sentido estrito, onde a “reserva do possível” assume especial relevo, uma vez que nessa seara ela é comumente levantada pelo Estado como motivo para, apesar de obrigado, não realizar a promoção dos direitos fundamentais sociais¹¹⁹, sendo nessas situações onde se reveste efetivamente do caráter de limite.

¹¹⁶ AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. **Há direitos acima dos orçamentos?** In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 101.

¹¹⁷ AMARAL, 2008, p.107.

¹¹⁸ TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais:** uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55/68.

¹¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da “reserva do possível”**. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 173.

A idéia básica concerne à necessidade de recursos financeiros suficientes para prover os referidos direitos, conferindo-lhes efetividade, eficácia social. Os recursos financeiros são de fato elemento essencial para a realização dos direitos fundamentais sociais, mormente em face de sua natureza positiva, de exigência de uma prestação estatal que, obviamente, demanda custos.

A “reserva do possível” representa, pois, uma limitação fática à efetivação dos direitos fundamentais sociais, com espeque única e exclusivamente nos custos¹²⁰. Na realidade, o argumento da reserva do possível se tornou a forma mais fácil e prática para negar a sua efetividade (prestações fáticas), vez que representa uma situação a primeira vista plausível para tanto¹²¹. Assim, doutrina e jurisprudência nacionais adotaram a reserva do possível como uma forma de argumentar a ineficácia social do texto constitucional, de maneira prática e bastante sedutora e, supostamente, racional.

Outrossim, como cláusula restritiva de direito fundamental, a “reserva do possível” deve ser visualizada no caso concreto, com o escopo de saber quando ela de fato terá peso suficiente para funcionar como uma restrição a um direito fundamental que, no caso de nossa constituição, tem aplicabilidade imediata. A despeito de todo o exposto, não parece ser a reserva do possível argumento, nem fático nem jurídico, dotado da plausibilidade desejada quando em cotejo com o contexto geral de nossa Constituição¹²².

Mas realmente o Poder Judiciário não deve, a princípio, se imiscuir nas competências atribuídas constitucionalmente a outros poderes, a menos que se perceba que a desídia do legislador configure um descumprimento do próprio texto constitucional¹²³.

Destarte, sempre que haja uma inação inconstitucional dos poderes obrigados a promover as ações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais sociais é possível que o Judiciário o faça, exatamente no cumprimento de uma de suas funções institucionais, promover a justiça, nesse caso, social.

Isso em razão de que em um país como o Brasil que, além de “periférico” possui sofríveis indicadores sociais, não se pode fazer opção sobre o que atender e o que não atender. Nossa constituição não faz essa distinção. De acordo com o texto e contexto da Lei

¹²⁰ KRELL, 2002, p. 51.

¹²¹ KRELL, 2002, p. 52.

¹²² KRELL, 2002, p. 53.

¹²³ KRELL, 2002, p. 22.

Maior, o que se deve é promover tudo, independente dos limites fáticos e jurídicos existentes¹²⁴.

Um texto constitucional que confere, independente de qualquer outra coisa, direitos fundamentais sociais com possibilidade de aplicabilidade imediata não pode ficar incondicionalmente ligado, por exemplo, a uma ponderação entre sua aplicação e os princípios democrático e da separação dos poderes. Tais princípios não possuem, em abstrato, força suficiente para negar aplicabilidade aos direitos fundamentais sociais, conquanto em concreto o panorama possa ser outro.

Sem procurar aqui um “mínimo existencial”, se pode afirmar que todos os direitos sociais dispostos na Constituição Federal de 1988 são pressupostos para que as pessoas possam buscar a realização de quaisquer outros direitos¹²⁵, principalmente as liberdades asseguradas pelos direitos fundamentais de primeira dimensão, consistindo em condição *sine qua non* para que exerçam a cidadania de forma plena, livrando-se da indignidade e indigência¹²⁶. Independente de qual seja o “mínimo existencial”, a efetivação de qualquer direito social contribui para seu alcance.

Mas diante de toda problemática que envolve a concretização dos direitos sociais, especialmente dos direitos a prestações em sentido estrito, é necessário buscar uma alternativa para sua efetivação. Nesse momento é que a relação entre os direitos sociais e o Cooperativismo ganha relevo.

¹²⁴ KRELL, 2002, p. 53.

¹²⁵ BARROSO, 2009, p. 337.

¹²⁶ BARCELLOS, 2008, p. 29 e 30.

Capítulo 4

O Cooperativismo como instrumento de concretização de Direitos Fundamentais Sociais

1 A constitucionalização do Cooperativismo

O reconhecimento da relevância econômico-social do Cooperativismo com sua inserção em textos constitucionais ocorreu no mundo de formas variadas, especialmente de acordo com o regime econômico de cada país. Nos países coletivistas, a hegemonia estatal diminuía a importância dada ao Cooperativismo, enquanto naqueles em desenvolvimento sua importância como mecanismo de desenvolvimento social era valorizada¹²⁷. A Constituição da República Portuguesa previu o setor cooperativo da propriedade dos meios de produção, paralelo aos setores público e privado¹²⁸.

Constituições de outros países também trataram, cada uma a seu modo e de acordo com os interesses do Estado, do Cooperativismo, dentre elas a Constituição da República da Venezuela; da Espanha; de Cuba; da China; da Polônia; da Hungria¹²⁹.

O importante é notar que a constitucionalização do Cooperativismo em outros países representa a força mundial do movimento cooperativista e o reconhecimento de seu potencial transformador da realidade, o que o levou a ser alçado à condição de importante instrumento de melhoria das condições sócio-econômicas da população.

No Brasil, os dispositivos da Lei Maior que dispõem sobre o Cooperativismo podem ser divididos em *gerais*, pois se aplicam a todos os ramos do Cooperativismo, e *específicos*, que se destinam exclusivamente a um determinado ramo.

Os específicos são os seguintes: art. 21, XXV; art. 174, §§ 3º e 4º; art. 187, VI; art. 192, VII; e art. 199, §§ 1º, 2º e 3º.

¹²⁷ NAMORADO, 2000, p. 133.

¹²⁸ Art. 80, b da CRP, que assim dispõe: “A organização econômico-social assenta nos seguintes princípios: (...) b) Coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção. (...)”

¹²⁹ ROSSI, 2005, p. 162 e 163.

O art. 21, XXV, deve ser analisado em cotejo com o art. 174, §§ 3º e 4º, pois ambos se destinam ao ramo mineral. São dispositivos que estabelecem o Cooperativismo como a forma organizacional a ser fomentada pelo Estado nas políticas destinadas à atividade garimpeira, garantindo às cooperativas prioridade na obtenção de autorização ou concessão para pesquisa e lavra de recursos e jazidas minerais.

A disposição do art. 187, VI, se destina ao Cooperativismo agropecuário, determinando que a criação da política agrícola nacional o terá em consideração, o que revela o reconhecimento do papel que exerce no setor agrícola nacional. A Lei a que se refere este dispositivo já existe, é a 8.171/1991, que em várias oportunidades trata sobre o Cooperativismo.

O art. 192 reconhece expressamente que as cooperativas de crédito fazem parte do sistema financeiro nacional, estabelecendo, inclusive, que sejam reguladas por meio de Lei Complementar que, neste caso, é a de número 130/2009, que cria e regula o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo.

Os dispositivos constitucionais que são gerais, aplicando-se indistintamente a quaisquer ramos do Cooperativismo são o art. 5º, XVIII, art. 146, III, “c”, e art. 174, § 2º.

O art. 5º, XVIII assevera que a criação de cooperativas, na forma da lei, independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Ele consagra constitucionalmente um dos princípios do Cooperativismo, especificamente o da autonomia e independência, livrando o Cooperativismo da submissão a interesses estatais e viabilizando o pleno exercício da cooperação economicamente organizada em nosso País. Mas como expresso no próprio dispositivo constitucional, a criação e o funcionamento de cooperativas é livre, desde que na forma da lei. Assim, é preciso que a iniciativa de constituir uma cooperativa esteja em consonância com a legislação que regula a matéria, especificamente a Lei 5.764/71, devidamente recepcionada pela Constituição de 88. Por óbvio, menos nas partes em que prevê a necessidade de autorização estatal para funcionamento de cooperativas.

O art. 146, III, “c” dispõe que cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

Como já visto, o ato praticado pelas cooperativas em busca de seu objetivo social se reveste de algumas especificidades. É o chamado “ato cooperativo” e está constitucionalmente previsto, sendo-lhe reconhecida a especificidade e garantido um tratamento adequado, ou seja, que se adapte às peculiaridades de que é revestido.

Apesar das inúmeras controvérsias a respeito do real significado do que seja tratamento adequado ao ato cooperativo, trata-se somente do reconhecimento constitucional das peculiaridades intrínsecas desse ato jurídico.

O tratamento deve ser adequado em razão da natureza jurídica da relação existente entre cooperativa e cooperado e do ato jurídico decorrente de tal relação, especialmente a inexistência de caráter lucrativo, a qualidade de sócio-usuário de que se reveste o cooperado e o princípio da identidade de interesses entre as partes do negócio jurídico cooperativo. Por isso, a operação realizada entre cooperativa e cooperado não caracteriza operação de mercado (Parágrafo único do art. 79 da Lei 5.764/71), uma vez que nas operações mercadológicas o escopo lucrativo é essencial, assim como inexistente convergência de interesses entre as partes do negócio jurídico.

O reconhecimento das peculiaridades do ato cooperativo e seu tratamento adequado, diga-se, de acordo com tais especificidades, acarreta benefícios que se traduzem em estímulo para as cooperativas, pois, no mais das vezes, encerrará o reconhecimento da não ocorrência em sua prática da hipótese de incidência de vários tributos.

O art. 174, § 2º reza que, 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, devendo a lei apoiar e estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo.

Toda essa disposição constitucional a respeito do Cooperativismo terminou por constitucionalizar um sistema cooperativista¹³⁰, mas o dispositivo mais importante para esse trabalho é o art. 174, § 2º, pois é do papel do Cooperativismo na ordem econômica que decorre sua mais destacada função em nossa ordem constitucional, que é auxiliar na

¹³⁰ BECHO, 1999, p. 95.

concretização de direitos fundamentais sociais e, por conseguinte, no alcance dos objetivos fundamentais da República.

2 O Cooperativismo na Ordem Econômica

2.1 A Ordem Econômica na Constituição de 1988

Ordem econômica é o conjunto normativo que institucionaliza a opção econômica do Estado e regula a forma de exercício da atividade econômica¹³¹.

A Constituição de 1988 posicionou o Brasil formalmente como um Estado Social e Democrático de Direito, adotando um modelo econômico capitalista. Dessa maneira, seu próprio texto, com o objetivo de respeitar sua indispensável coerência sistêmica, ao tratar sobre a ordem econômica fixou princípios que nessa seara devem ser observados para que o exercício da atividade econômica se coadune com o modelo estatal adotado.

A ordem econômica brasileira garante a livre iniciativa, porém a condiciona a auxiliar na constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo, portanto, justiça social (art. 3º, I, CF), com a criação de instrumentos de controle destinados a melhoria da condição econômico-social-financeira da população por meio da intervenção *direta* ou *indireta* do Estado na economia¹³².

A intervenção direta se consubstancia na atuação estatal *no* domínio econômico¹³³, exercendo diretamente atividade econômica, desde que atendidos os requisitos constitucionais que a justifiquem. O Estado poderá monopolizar uma atividade econômica, situação em que exercerá uma intervenção por absorção; ou exercer economicamente determinada atividade em concorrência com o setor privado, onde a intervenção será por participação¹³⁴.

¹³¹ GRAU, 2008, p. 70.

¹³² GRAU, 2008, p. 24 e 146.

¹³³ GRAU, 2008, pp. 103 e 147.

¹³⁴ GRAU, 2008, p. 147.

Indiretamente, a intervenção estatal se dá *sobre* o domínio econômico por meio de sua qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, podendo se qualificar como por direção ou por indução¹³⁵.

Na intervenção por direção o Estado estabelece comportamentos compulsórios a serem seguidos pelos destinatários da norma, enquanto que na por indução incentiva a adoção de comportamentos considerados socialmente relevantes¹³⁶.

Nesse mister, o Estado tem o dever-poder¹³⁷ de normatizar e regular a atividade econômica de maneira que seu exercício se coadune com os demais princípios que a norteiam constitucionalmente, assim como com o restante do texto constitucional, especialmente com vistas a garantir e efetivar da melhor forma possível os direitos fundamentais.

Porém, sua atuação é restrita à regulação, não importando em regência¹³⁸. Essa regulação é realizada por meio de fiscalização, incentivo e planejamento, donde resultam competências de caráter fiscalizatório, repressivo e supletivo¹³⁹. Exemplificando, caso o exercício da livre iniciativa se demonstre dissonante do espírito constitucional, caracterizando, *e.g.*, abuso do poder econômico, o Estado pode promover a análise da situação por meio de sua competência fiscalizatória¹⁴⁰ e, sendo o caso, aplicar sanções tendentes a garantir seu exercício regular, ou seja, de acordo com os ditames constitucionais, por meio de sua competência repressiva¹⁴¹.

A competência supletiva consiste na atuação estatal com vistas a incentivar e fomentar setores econômicos não atendidos pela iniciativa privada ou de qualquer maneira importantes para o desenvolvimento do País¹⁴². Trata-se de típico caso de intervenção por indução¹⁴³.

Efetivando seu dever-poder normativo na atividade econômica, o Estado possui funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

¹³⁵ GRAU, 2008, p. 147.

¹³⁶ GRAU, 2008, p. 148.

¹³⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 231.

¹³⁸ REALE, 2005, p. 48.

¹³⁹ REALE, 2005, p. 50.

¹⁴⁰ GRAU, 2008, p. 303; REALE, 2005, p. 49.

¹⁴¹ REALE, 2005, p. 50.

¹⁴² REALE, 2005, p. 50.

¹⁴³ GRAU, 2008, p. 303.

Esta assertiva conduz à conclusão de que o Estado elaborará normas que lhe garantam o poder de fiscalizar a atividade econômica. A prerrogativa de fiscalização é necessária para que o Estado tenha acesso a informações e dados que eventualmente explicitem práticas econômicas dissonantes dos princípios que a regem e, assim, possa prontamente coibi-las. Não é desnecessário afirmar que a fiscalização em si deve ser exercida de forma a preservar a livre iniciativa.

No que tange ao incentivo, fica claro que o Estado deverá editar normas que alavanquem setores estratégicos da atividade econômica. A concessão de incentivos, independente de sua natureza, por vezes se mostra necessária para evitar maiores males e preservar a estabilidade econômica do País¹⁴⁴.

Quanto ao planejamento, é de se notar não se trata de intervenção propriamente dita, mas um instrumento para determinar o tipo de intervenção a ser utilizado¹⁴⁵. Dessa maneira, o Estado deve planejar sua política econômica de forma a maximizar a possibilidade de acerto na modalidade de intervenção de que se utilizará.

O objetivo do planejamento é o desenvolvimento nacional equilibrado, que incorporará e se compatibilizará com os planos nacionais e regionais de desenvolvimento, a teor do art. 174, § 1º.

Do exposto se denota o compromisso do Estado brasileiro com a promoção do desenvolvimento e consequente diminuição das desigualdades sociais, por meio do exercício de seu dever-poder normativo.

Especificamente na ordem econômica, toda política pública deve ser balizada pelas formas de atuação do Estado *no e sobre* o domínio econômico previstas na constituição, sob pena de inconstitucionalidade.

Políticas públicas são “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹⁴⁶. Dworkin define política como o

¹⁴⁴ Relembre-se a recente isenção do IPI concedida ao setor industrial, especificamente o automotivo e da chamada “linha branca”, com o escopo de incentivar o consumo e, por conseguinte alavancar a economia e aplacar os efeitos da crise econômica mundial.

¹⁴⁵ GRAU, 2008, pp. 149 e 150.

¹⁴⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p 241.

“tipo padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”¹⁴⁷.

A política pública é o instrumento utilizado pelo Estado para alcançar seus fins¹⁴⁸. A ideia de que função administrativa do Estado se resume apenas ao cumprimento de comandos legais postos pelo legislador é ultrapassada. Atualmente, o Estado continua obrigado a executar suas funções de acordo com a lei, mas com vistas a um fim maior, que é a efetiva satisfação do interesse público, otimizando as políticas públicas derivadas do texto constitucional¹⁴⁹. O conteúdo e forma de operacionalização das políticas públicas é que, em regra, cabem a administração, que promoverá estudos e discussões para delimitar os meios necessários à consecução do objeto constitucionalmente previsto¹⁵⁰.

A regulação constitucional da ordem econômica por meio da determinação dos objetivos a serem atingidos e princípios a serem observados no exercício da atividade econômica constituem o regramento que delinea a opção política estatal adotada no campo econômico, na qual devem se fundamentar as políticas públicas de governo voltadas para a área econômica.

As possibilidades de atuação do Estado *no* domínio econômico são expressamente previstas no texto constitucional¹⁵¹. Mas em sua atuação *sobre* o domínio econômico o que existe é uma moldura na qual podem ser enquadradas várias possibilidades¹⁵², de acordo com necessidades e condições que variarão no tempo e no espaço, em consonância com o contexto histórico, com a economia mundial, dentre outros fatores. Caberá aos governos a formulação de políticas públicas¹⁵³ destinadas a setores da economia que em determinada época e local exijam a atuação estatal em seu âmbito.

¹⁴⁷ DWORKIN, 2007, p. 36.

¹⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. Revista de Direito do Estado. Ano 1. N° 3: 17-54. Jul/Set 2006. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 23.

¹⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Políticas públicas e parcerias**: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual. Revista de Direito do Estado. Ano 1. N° 1: 105-117. Jan/Mar 2006. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 108 e 111.

¹⁵⁰ BUCCI, 2002, p. 266.

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre “serviço público” e “atividade econômica”**. Revista de Direito do Estado. Ano 1. N° 1: 119-135. Jan/Mar 2006. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 121.

¹⁵² BARROSO, 2009, p. 348.

¹⁵³ BUCCI, 2002, p. 249.

2.2 O Cooperativismo na ordem econômica

A ordem econômica, como já dito, caracteriza o conjunto de normas jurídicas que institucionaliza o modelo econômico adotado pelo Estado e regula a atividade econômica. Esse modelo não está sujeito a políticas governamentais, uma vez que se trata de uma opção política de Estado, devendo os programas de governo a ela se adaptarem, e não o contrário¹⁵⁴.

Portanto, as formas de atuação do Estado *no* e *sobre* o domínio econômico são opções estatais imunes a interesses governamentais. Certo é que essa atuação se dará sempre para propiciar o desenvolvimento nacional equilibrado.

Uma das formas de atuação do Estado *sobre* o domínio econômico é por meio do apoio e estímulo ao Cooperativismo, conforme disposição expressa do art. 174, § 2º da CF. O destinatário dessa norma é o Estado, uma vez que ela dispõe que o apoio e estímulo se darão por meio de lei e somente ele é titular do poder legiferante.

Nessa linha, o interesse nacional exige a atuação estatal *sobre* todos os setores econômicos, dentro da mencionada moldura constitucional.

Entretanto, um setor da economia já está constitucionalmente contemplado como destinatário permanente da atuação estatal *sobre* o domínio econômico, independente de qualquer outro fator. É o setor cooperativista. Esse setor não está sujeito às opções governamentais a respeito de se o Estado atuará ou não em seu benefício. Ele faz parte da moldura constitucional, não cabendo ao governo optar em intervir ou não em seu favor. Os governos são obrigados constitucionalmente a fazê-lo, e sempre para apoiá-lo e estimulá-lo. Portanto, o apoio e estímulo devidos ao Cooperativismo caracterizam uma opção política do Estado brasileiro.

A regulação da atividade econômica pelo Estado tem o escopo de garantir seu exercício livre e propiciar a distribuição equânime de riquezas, com vistas a diminuir as desigualdades sociais e erradicar a pobreza, propiciando uma existência minimamente digna para todos.

¹⁵⁴ GRAU, 2008, p. 45.

A simples atividade econômica capitalista não é suficiente para tanto, especialmente em virtude da necessidade de capital e detenção dos meios de produção para seu exercício, condições inatingíveis para a maioria da população brasileira.

Assim, a prática cooperativa levada a efeito sob um autêntico espírito cooperativo e obediente aos princípios do Cooperativismo exerce um papel sócio-econômico digno de reconhecimento, oferecendo uma alternativa em relação a atividade econômica capitalista, pois viabiliza de fato a melhoria das condições de vida das pessoas, com grande alcance social¹⁵⁵, emancipando a pessoa, assegurando uma melhoria na sua condição de vida, retirando-a de uma condição muitas vezes de indigência e lhe conferindo uma qualidade de vida mais consentânea com a dignidade da pessoa humana.

Essa capacidade do Cooperativismo de propiciar desenvolvimento sócio-econômico foi reconhecida pela Organização das Nações Unidas, que elegeu em sua 64ª Assembléia Geral o ano de 2012 como o ano das Cooperativas¹⁵⁶.

3 Da intervenção estatal na atividade econômica como direito prestacional normativo

Os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro na Constituição de 1988 demandam uma ação positiva em relação à economia, tendo em vista que a simples não intervenção estatal, ainda que mínima, resultaria em liberdade completa e retorno ao que se tentou modificar com a própria normatização constitucional da matéria.

Constitucionalmente, a atividade econômica está regulada por meio do estabelecimento no art. 170 dos princípios a que está subordinada. O Estado poderá intervir direta ou indiretamente na economia, sempre com o escopo de manter íntegros os princípios que a norteiam¹⁵⁷, assim como para promovê-la com o objetivo de que auxilie na prática a consecução dos objetivos fundamentais da República Brasileira.

Esse dever-poder é concretizado por meio da edição de normas, o que caracteriza uma prestação estatal. Um dever estatal gera um correspondente direito para a sociedade,

¹⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 116.

¹⁵⁶ Disponível em <<http://www.un.org/News/Press/docs/2009/ga10905.doc.htm>>. Acesso em 22/02/2010.

¹⁵⁷ GRAU, 2008, p. 303.

qual seja o de exigir a edição de normas que regulem a atividade econômica, caracterizando um direito à prestação.

4 A modalidade de eficácia agregada ao apoio e estímulo devidos ao Cooperativismo

O § 2º do Art. 174 é uma norma de eficácia limitada de princípio programático, decorrente da compreensão do Cooperativismo como um instrumento de inclusão social que tem a possibilidade de auxiliar a construção de uma sociedade mais justa e igualitária do ponto de vista econômico-social.

As normas constitucionais possuem certas especificidades em relação as demais que compõem o ordenamento jurídico, especialmente a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político¹⁵⁸.

A disposição de qualquer matéria no texto constitucional confere a ela qualidades inexistentes nas normas infraconstitucionais, como a irradiação de seus efeitos por toda ordem jurídica e social¹⁵⁹. Destarte, apesar da norma em comento não dispor de aplicabilidade direta e imediata, não é desprovida de qualquer eficácia, uma vez que simplesmente de sua disposição constitucional emanam certos efeitos, como por exemplo, o condicionamento da interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais e a proibição do retrocesso.

No que diz com o referido condicionamento, se relaciona a legislação futura e a atividade discricionária da administração, do legislador e do judiciário.

Quanto à proibição do retrocesso, se constitui em uma obrigação de não fazer do Estado, consubstanciada na abstenção de atentar contra direitos fundamentais implementados por meio de atos de quaisquer dos poderes do Estado¹⁶⁰.

Assim, sendo o Cooperativismo titular de um direito prestacional normativo em face do Estado, é possível concluir que o Estado, além do dever de materializar a prestação a que está obrigado, possui o dever de se abster da prática de quaisquer atos que não o apoiem ou estimulem, sob pena de inconstitucionalidade.

¹⁵⁸ BARROSO, 2009, p. 111.

¹⁵⁹ PEREIRA, 2006, P. 49.

¹⁶⁰ DE CONTO, Mário. **O princípio da proibição do retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p 83.

No entanto, o Estado, seja por desconhecimento ou por falta de vontade política, vem seguidamente descumprindo o preceito constitucional, por meio de seus três poderes.

O Judiciário pouco conhece do Cooperativismo e em diversas oportunidades trata as cooperativas em desconformidade com sua natureza específica, interpretando o texto constitucional de forma a não garantir, por exemplo, o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo.

Isso é um efetivo problema, pois para interpretar as disposições constitucionais que tratam sobre o Cooperativismo e adequar à interpretação da legislação infraconstitucional a esta realidade, é preciso conhecer o Cooperativismo e seus fundamentos, bem como o modelo operacional cooperativo.

Isso não é o que ocorre na prática. E não é somente o Poder Judiciário que desconhece ou pouco conhece a respeito do Cooperativismo e cooperativas, mas a imensa maioria da comunidade jurídica, pelo que até mesmo a representação de interesses das cooperativas junto ao Judiciário se torna deficiente, pois os advogados desconhecem tal realidade e terminam por prejudicar os próprios clientes.

As teses jurídicas iniciam sempre por meio dos advogados e, caso um equívoco de interpretação de uma matéria relacionada ao Cooperativismo seja realizada já na petição inicial, pode ser que se perpetue em todo o restante do processo, uma vez que tanto o Judiciário quanto o Ministério Público e o advogado da parte contrária não terão, em regra, conhecimento suficiente a respeito da matéria para corrigir o erro.

Isto é prejudicial para o Cooperativismo e as cooperativas, visto que várias teses equivocadas passam à condição de posicionamento jurisprudencial majoritário, que necessita de um trabalho argumentativo extremamente maior para ser modificado do que para ser criado.

Exemplo típico é decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região¹⁶¹ que, ao julgar uma reclamação trabalhista ajuizada por um ex cooperado de uma cooperativa educacional, restou por reconhecer o vínculo empregatício ao argumento, com base em doutrina de um conhecido autor de direito do trabalho, de que o único serviço prestado pela cooperativa ao cooperado era a manutenção de um convênio com uma rede de farmácias

¹⁶¹ RO 0177100-38.2004.5.19.0004

para que seu cooperado tivesse desconto na compra de remédios, fato que não caracterizaria a dupla qualidade.

Dessa maneira, asseverou, com espeque na doutrina que cita, que uma cooperativa existe para trazer benefícios aos cooperados, e somente este citado, qual seja o convênio com a rede de farmácias, não era suficiente para caracterizar uma relação cooperativa e cooperado, pelo que existiria vínculo empregatício.

Ocorre que a cooperativa educacional em questão efetivamente é uma cooperativa, obediente aos preceitos e princípios do Cooperativismo, constituída para propiciar aos seus cooperados, que são professores, o acesso ao mercado de trabalho.

Assim, mantém estrutura física, um colégio, e oferece o serviço educacional no mercado. Os alunos se matriculam e os cooperados professores ministram as aulas, recebendo um valor de hora aula especificado pela própria cooperativa em assembléia geral.

A cooperativa recebe o valor pago pelos alunos, retém os eventuais tributos incidentes e repassa para os cooperados o valor de todas as horas aula ministradas por cada um, fazendo o abatimento de um determinado percentual, previamente estabelecido, para custear as despesas que tem para manter o serviço prestado em favor dos cooperados.

Caso o valor cobrado ao cooperado pela cooperativa para custear suas despesas seja maior do que o necessário, o resíduo poderá ser a ele devolvido, posto que é sobra, ou seja, um valor pago pelo cooperado maior do que o necessário para que a cooperativa preste o serviço. Poderá também ser reinvestido, conforme decisão da assembléia geral.

O que esta cooperativa faz em favor dos cooperados resulta finalisticamente em um benefício, mas é essencialmente um serviço e, a celebração de um convênio com uma rede de farmácias não é em hipótese alguma seu objetivo maior, mas tão somente uma possibilidade com vistas a melhorar a vida do próprio cooperado.

Mas a qualificação doutrinária de que a cooperativa existe para trazer benefícios para os cooperados leva a uma conclusão equivocada, qual seja de que se trata de instituição beneficente, quando não o é. Assim, uma relação onde existe um cooperado mal intencionado ou, no mínimo, mal informado; um advogado na mesma situação; e um Poder Judiciário despreparado; redundam em uma decisão equivocada, ilegal, inconstitucional e

injusta, tendo como prejudicado todo o povo brasileiro, vez que desestimula o exercício da prática cooperativa.

Na órbita da Justiça comum, a título de exemplo se pode citar uma decisão de primeira instância do Poder Judiciário Alagoano¹⁶², em ação onde cooperados contendem com a cooperativa discutindo questões societárias, em que o magistrado declinou, com base no Art. 114, III da Constituição Federal, de sua competência em favor da Justiça do Trabalho, ao argumento de que se tratava de relação entre sindicato e trabalhadores, sendo necessária a apresentação de recurso de embargos de declaração para esclarecer o magistrado a respeito do tipo de relação estabelecida entre uma cooperativa e seus cooperados para fazer com que ele reconsiderasse a decisão, o que de fato ocorreu.

O panorama não é diferente nos tribunais superiores. Decisão de 23/02/2010 no REsp 1.141.763-RS julgou legal cláusula de edital que proibia a participação de cooperativas em licitação promovida pela Caixa Econômica Federal para contratação de empresa de prestação de serviços gerais, destacando a razoabilidade da medida com vistas a viabilizar que a Administração selecione a melhor proposta sob todos os aspectos e, no caso em comento, notadamente o da prevenção pelo pagamento de eventuais débitos trabalhistas e fiscais, citando inclusive acordos celebrados pela CEF e pela União na Justiça do Trabalho em que obrigam-se a não contratar cooperativas para serviços que impliquem existência de subordinação, bem como orientação do Tribunal de Contas da União no mesmo sentido.

A grande questão é saber a diferença entre uma cooperativa e uma empresa de prestação de serviços normal no caso de uma reclamação trabalhista posterior ou em sua administração fiscal. Absolutamente nenhuma. Trata-se de uma discriminação injustificada, baseada somente em conjecturas, que inobstante podem também ser aplicadas a uma Sociedade Limitada e qualquer outra espécie de sociedade.

As peculiaridades das cooperativas e os estímulos que faz jus não são motivos suficientes para impedir sua participação em licitações, haja vista que oriundos da própria lei e da constituição, portanto presumivelmente legais e legítimos.

¹⁶² Processo 001.05.006154-3, em trâmite na 6ª Vara Cível da Comarca de Maceió/AL.

A discriminação é autorizada quando existe uma correlação lógica entre o *discrímen* e a razão de *discrímen*. É preciso que exista uma justificativa plausível para o tratamento diferenciado. A diferença intrínseca das cooperativas em relação a outras sociedades não caracteriza substrato fático nem jurídico capaz de impossibilitar sua participação em licitação e posterior contratação com a Administração Pública.

Nesse norte, a simples afirmação de que a cooperativa é diferente das demais sociedades, não caracteriza motivo suficiente para uma discriminação.

No que tange aos supostos benefícios fiscais dos quais as cooperativas são em tese beneficiárias, não procede o argumento. Não se tratam de benefícios, isenções ou imunidades tributárias. Trata-se de não incidência, uma vez que os atos praticados pelas cooperativas não se subsumem as hipóteses de incidência de determinados tributos.

Essa não incidência de determinados tributos em nenhum momento atinge o princípio da isonomia. É preciso se levar em conta que esse tratamento advém de disposição legal (art. 79 Lei 5.764/71) e de mandamento constitucional, existente, como dito, exatamente com o fito de estimular o Cooperativismo. Não se pode punir as cooperativas com a impossibilidade de contratar com a Administração Pública com base em situações que foram criadas com outra finalidade.

Ademais, as cooperativas não praticam somente atos cooperativos, não tributados, mas também atos não-cooperativos, tributados normalmente. Outrossim, os resultados obtidos com a prática desses atos não-cooperativos são destinados obrigatoriamente ao FATES¹⁶³, o que leva a conclusão de que, diferentemente das sociedades mercantis, quando a cooperativa pratica atos aos dessas equiparados, o resultado obtido não reverterá nem em seu favor nem em favor dos cooperados. Portanto, nesse caso específico, a situação da cooperativa é mais gravosa que a de uma empresa mercantil.

Outro argumento comumente utilizado pelos contrários a participação de cooperativas em licitações é o de que elas não podem se habilitar nas licitações. É sabido que as licitações possuem duas fases, a de habilitação e a de análise das propostas. Na fase de habilitação se realiza uma análise, dentre outros pontos, da regularidade fiscal dos

¹⁶³ As cooperativas são por lei obrigadas a constituir no mínimo dois fundos, o de reserva e o de assistência técnica educacional e social, o FATES. O primeiro se destina a cobrir eventuais perdas e o segundo a promover o princípio universal de educação, formação e informação.

licitantes. Destarte, uma vez que as cooperativas, segundo os defensores desse argumento, não possuem empregados, e sim cooperados, não tem condições de juntar na habilitação a comprovação de regularidade com os encargos sociais, posto não existirem. Todavia, tal argumento se desfaz com a natureza jurídica própria das cooperativas, consoante explanação a respeito da razão de *discrímen* vista e, outrossim, as cooperativas em regra possuem empregados, em número pequeno, mas possuem. É o pessoal administrativo. Assim, não procede tal argumento.

Ademais, a vontade da Lei não se revela em nenhum momento no sentido de proibir a participação de cooperativas em licitações, mas sim o contrário, o que se conclui por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Toda controvérsia a respeito do tema deveria ter sido finalizada em 15 de junho de 2007, quando por meio da edição da Lei Federal nº 11.488, foi expressamente reconhecida a possibilidade de cooperativas participarem de licitações, especificamente quando dispõe em seu Art. 34 que os dispositivos do Capítulo V da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, se aplicam as cooperativas.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento a respeito das cooperativas é vacilante. Ao julgar casos em que empregados de cooperativas de crédito reclamam enquadramento como bancários, não existe pacificação, por vezes se entendendo possível e por outras não¹⁶⁴.

A despeito dos exemplos citados, existem vários julgados que dão interpretação correta aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais referentes ao Cooperativismo, inclusive em consonância com seus princípios universais e com o apoio e estímulo a que faz jus, auxiliando seu reconhecimento e crescimento e, por via oblíqua, o desenvolvimento nacional e a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Mas a confusão a respeito do Cooperativismo não ocorre somente no Poder Judiciário, pois também se instala no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, demonstrando o desconhecimento a respeito da matéria ou, quem sabe, a falta de interesse governamental em seu desenvolvimento.

¹⁶⁴ Ver E-ED-RR-9400-85.2006.5.03.0077 e [RR 1.939/2006-051-12-40.7](#).

Nesse norte é que ganha cada vez mais prestígio o quinto princípio universal da doutrina cooperativista, que dispõe que o Cooperativismo se importará com a educação, formação e informação das pessoas, especialmente quanto ao conhecimento de seus fundamentos filosóficos e sociológicos, tendo em vista que somente quando praticado sob a égide do verdadeiro espírito cooperativista pode o Cooperativismo exercer seu papel social de instrumento transformador da realidade.

Este desconhecimento e desinformação a respeito dos fundamentos desse princípio geram a adoção de medidas estatais dissociadas do tratamento constitucional conferido ao Cooperativismo no Brasil, cujo contexto de atuação deve sempre levar em conta o apoio e estímulo a ele devidos.

Dentro dessa linha de raciocínio, vê-se que o Cooperativismo não está (ou não deveria estar) submetido a opções ideológicas dos governantes. A assertiva, entretanto, nem sempre se conforma à realidade. O que se vê é que as medidas governamentais voltadas para o Cooperativismo se alternam entre boas e más. Para exemplificar, tomemos três medidas recentes adotadas pela União, quais sejam: (i) a destinação da contribuição social recolhida pelas cooperativas de crédito para o Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo; (ii) a cobrança do IOF nas operações entre cooperativas de crédito e seus cooperados, e (iii) a regulamentação do sistema nacional de crédito cooperativo.

A primeira denota o interesse governamental com a educação cooperativista, em plena consonância com o mandamento constitucional. A segunda demonstra o não reconhecimento das peculiaridades da atividade cooperativa, o que resulta em um gravame tributário inconstitucional, decorrente unicamente do insaciável apetite do governo por recursos. E a terceira mostra exatamente o contrário, ou seja, o reconhecimento das peculiaridades da atividade cooperativa, ao ponto de exigir uma regulamentação específica para as cooperativas de crédito, distinta das outras instituições financeiras. Essa contradição entre as medidas demonstra o desconhecimento a respeito do Cooperativismo e de sua função social.

Assim, é de concluir que a educação cooperativista continua a ser o maior desafio para o pleno desenvolvimento do Cooperativismo no Brasil e no mundo, uma vez que o desconhecimento acerca do Cooperativismo tem cada vez mais redundado em descumprimento do preceito constitucional de apoio e estímulo a que faz jus, sendo

imperioso o estudo acadêmico sério e comprometido para difundir as peculiaridades, objetivos, pontos fortes e fracos, do Cooperativismo e das cooperativas, a fim de fazer valer um dos princípios universais do Cooperativismo mais caros, qual seja o da educação, formação e informação que, sem dúvida elidirá este tipo de equívoco.

5 Cooperativismo e direitos sociais em espécie

Historicamente, o Cooperativismo é uma doutrina social que surgiu em razão dos mesmos fatos sociais e com os mesmos objetivos dos direitos sociais, funcionando na prática como um instrumento eficiente para efetivá-los, por meio de sua forma de aplicação prática, a cooperativa.

A prática do Cooperativismo quase sempre resultará na concretização direta de ao menos um direito fundamental social, pelo que se pode dizer que sua previsão constitucional possui o escopo de que funcione, em caráter geral como instrumento de contribuição para o desenvolvimento nacional e, em caráter específico para auxiliar na concretização dos direitos desta natureza.

Os argumentos fáticos e jurídicos comumente utilizados para inibir a concretização dos direitos fundamentais sociais, quais sejam a separação dos poderes e a reserva do possível, não se sustentam diante da prática cooperativa e do tipo de prestação devida em favor do Cooperativismo em virtude do Art. 174, § 2º da Constituição de 1988.

A possibilidade de realização prática de direitos sociais por meio da prática do Cooperativismo pode ser demonstrada com a análise de seus ramos em cotejo com os direitos sociais em espécie, a fim de que se demonstre definitivamente a coincidência de fundamentos e objetivos entre ambos.

É preciso recordar que o Cooperativismo é uno, sendo a divisão em ramos realizada com objetivos unicamente didáticos.

Assim, atualmente no Brasil existem treze ramos do Cooperativismo, e todos eles se relacionam, direta ou indiretamente, com os direitos fundamentais sociais assegurados pela Carta Constitucional. Esses ramos são os seguintes: agropecuário, consumo, crédito, educacional, especial, habitacional, infra-estrutura, mineral, produção, saúde, trabalho, transporte e turismo e lazer.

Nesse ínterim, é preciso explicitar com mais vagar a forma de atuação da cooperativa em cada um dos setores elencados como ramos, apresentando seus números no Brasil e como cada um pode, direta e indiretamente, concretizar determinado direito social para, posteriormente, demonstrar a inaptidão dos argumentos utilizados para inviabilizar a concretização dos direitos fundamentais sociais em relação ao Cooperativismo.

5.1 Ramo Agropecuário

Cooperativa agropecuária é aquela em que produtores rurais detentores dos meios de produção conjugam esforços com o objetivo de receber, comercializar, armazenar, industrializar a produção de todos, bem como prestar assistência técnica, educacional e social aos seus cooperados.

No Brasil este ramo conta com 1.615 cooperativas que congregam 942.147 cooperados e 138.829 empregados¹⁶⁵, respondendo por 38,4% do PIB agropecuário do país¹⁶⁶.

Este ramo propicia aos cooperados a inserção de seu produto no mercado sem a figura do intermediário, gerando um ganho em seu favor na operação, uma vez que o lucro que iria para aquele fica na cooperativa e posteriormente volta para o patrimônio do cooperado por meio do retorno.

Não possui relação direta com nenhum direito social, mas mantém com todos eles relação indireta, visto que proporciona a melhoria da condição sócio-econômica dos cooperados e, desta maneira, propicia melhor qualidade de vida e possibilidade fática de fruição de quaisquer direitos.

¹⁶⁵ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010.

¹⁶⁶ Dados referentes ao exercício de 2008. Disponível em <http://www.brasilcooperativo.com.br/GERENCIADOR/ba/arquivos/0209_parte3_apresentacaoOCB2.pdf>. Acesso em 03/03/2010.

5.2 Ramo Consumo

A cooperativa de consumo se destina a obtenção para seus cooperados de quaisquer itens pessoais e domésticos de que necessitem¹⁶⁷, mediante a compra em grosso e repasse aos cooperados dos gêneros pretendidos basicamente pelo preço de custo, acrescido unicamente de percentual necessário para sua própria atuação.

Conta com 128 cooperativas, 2.304.830 cooperados, gerando 9.702 empregos diretos¹⁶⁸.

Como no ramo agropecuário, não tem nenhuma relação direta com os direitos sociais, conquanto possibilite indiretamente a fruição deles e dos direitos de liberdade, em razão de viabilizar uma melhor condição de vida aos cooperados.

5.3 Ramo Crédito

Crédito é o ramo no qual a cooperativa atua com o objetivo de promover a poupança e financiar necessidades dos cooperados, promovendo o acesso facilitado e a um custo menor ao crédito.

Atuam no Brasil 1.100 cooperativas deste ramo, empregando diretamente 42.802 pessoas, congregando 3.497.735 cooperados¹⁶⁹, contando com 4.182 postos de atendimento e ativos somando R\$ 44,5 bilhões¹⁷⁰.

As cooperativas de crédito se destinam a viabilizar o acesso de seus cooperados ao crédito de forma facilitada e a um custo menor. Também não guarda relação direta com os direitos sociais, apesar de sua prática proporcionar aos cooperados uma melhoria de

¹⁶⁷ PINHO, [S.d], p. 15.

¹⁶⁸ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010.

¹⁶⁹ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010..

¹⁷⁰ Dados referentes ao exercício de 2008. Disponível em <http://www.brasilcooperativo.com.br/GERENCIADOR/ba/arquivos/0209_parte3_apresentacaoOCB2.pdf>. Acesso em 03/03/2010.

condição sócio-econômica, propiciando o gozo dos direitos fundamentais de todas as dimensões, conquanto especialmente os da segunda.

5.4 Ramo Educacional

A cooperativa educacional pode ser formada por profissionais de educação, por alunos, por pais de alunos, por empreendedores educacionais. Os números demonstram que são 304 cooperativas deste ramo, gerando 3.716 empregos diretos, beneficiando diretamente 55.838 cooperados¹⁷¹.

O objetivo de forma de operação da cooperativa deste ramos variará de acordo com o interesse dos cooperados.

Quando formada por profissionais de educação seu objetivo é propiciar meios para que tais pessoas ingressem no mercado de trabalho e recebem o preço justo pelo desenvolvimento de sua atividade profissional, denotando uma relação direta com a concretização do direito social ao trabalho, que será mais facilmente exercido por meio da cooperativa, bem como os cooperados receberão o preço justo pelo seu trabalho.

A cooperativa educacional formada por alunos e pais de alunos possui objetivo distinto, uma vez que almeja promover a facilitação do acesso à educação, por meio da manutenção de estrutura para realização das aulas e contratação de profissionais de educação capacitados, pagando-lhe o preço justo pelo seu trabalho. Nesse caso, se verifica uma relação direta com o direito social à educação, uma vez que o motivo da criação e funcionamento da cooperativa é especificamente propiciá-lo.

5.5 Ramo Especial

O ramo especial é constituído por cooperativas formadas por pessoas que se encontram em desvantagem, conforme situações elencadas na Lei 9.867/99. O objetivo deste tipo de cooperativa é propiciar a inserção social de pessoas em condições de

¹⁷¹ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010.

desvantagem, como por exemplo, condenados a penas alternativas e dependentes químicos que, como sabido, encontram barreiras e dificuldades para inserir-se socialmente, seja em que âmbito for, desde o profissional até o pessoal, mas especialmente cuidando de sua inserção no mercado de trabalho, gerando renda e propiciando a melhoria de sua condição sócio-econômica e, por conseguinte, de sua condição pessoal. O escopo é sempre o de facilitar a inserção social de pessoas consideradas socialmente em desvantagem.

Este ramo conta com 15 cooperativas, com 469 cooperados e nove empregos diretos gerados¹⁷².

Guarda relação direta com o direito social ao trabalho, uma vez que os cooperados constituem uma cooperativa deste ramo com o escopo de se (re) inserirem no mercado de trabalho, tendo em vista o pré-juízo que enfrentam nas tentativas de fazê-lo sozinhos.

5.6 Ramo Habitacional

O ramo habitacional é formado por pessoas que almejam o alcance de seu direito à moradia. Destinam-se à construção, reforma, manutenção e administração de conjuntos habitacionais para seus cooperados. Atende desde o acesso à habitação até sua melhoria.

Os dados consolidados pela OCB no ano de 2009 apontam que as cooperativas deste ramo são em número de 253, contando com 108.695 cooperados e gerando 1.406 empregos diretos¹⁷³.

Este ramo se relaciona diretamente com o direito social à moradia, pois tem como objetivo principal garantir o acesso dos cooperados a tal direito.

5.7 Ramo Infra-estrutura

Cooperativas de infra-estrutura possuem como objeto promover o acesso de seus cooperados a serviços essenciais, como energia e telefonia. Se constitui em um grupo de

¹⁷² Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010.

¹⁷³ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010.

pessoas que não tem acesso a determinado serviço essencial e se une para que a cooperativa preste tal serviço, seja repassando o serviço já prestado por alguém mas que até o momento não chegava a comunidade atendida pela cooperativa, seja a própria cooperativa prestando o serviço, como por exemplo criando e operando um sistema de água e esgoto, ou de energia elétrica.

As cooperativas deste ramo somam 154, contando com 715.800 cooperados e 6.045 empregados¹⁷⁴.

Não possui relação direta com nenhum direito social, conquanto indiretamente auxilie na concretização de todos eles, de acordo com os mesmos argumentos já postos.

5.8 Ramo Mineral

O ramo mineral se consubstancia em cooperativas que possuem como objeto pesquisar, extrair, lavar, industrializar e comercializar produtos minerais. Comumente são formadas por garimpeiros, que se utilizam da cooperativa para organizar sua atividade profissional e representá-los junto aos entes públicos responsáveis pela outorga de autorizações para lavra e extração de produtos minerais, bem como em relações comerciais objetivando a venda do produto conseguido pelo trabalho conjunto de extração desenvolvido pelos cooperados.

O ramo mineral conta com 58 cooperativas, 20.031 cooperados e 103 empregados¹⁷⁵.

Possui relação direta com o direito social ao trabalho, tendo em vista que cria meios para facilitar o exercício da atividade profissional de seus cooperados.

¹⁷⁴ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010.

¹⁷⁵ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010..

5.9 Ramo Produção

A cooperativa de produção é destinada a produção de bens e produtos. A cooperativa detém os meios de produção e a matéria prima para tanto é de propriedade dos cooperados. Pode funcionar somente como um mecanismo de melhoria da atividade própria dos cooperados, facilitando a aquisição dos insumos necessários para tanto; ou produzindo completamente determinado bem ou produto, ou seja, mantendo uma estrutura que englobe toda a cadeia produtiva, recebendo o produto fabricado ou cultivado pelo cooperado, industrializando-o e posteriormente o comercializando no mercado.

Em 2009, 11.396 cooperados se beneficiavam dos serviços prestados por 226 cooperativas deste ramo, empregando diretamente 2.936 pessoas¹⁷⁶.

Relaciona-se indiretamente com os direitos sociais, uma vez que sua atividade propicia a melhora da condição sócio-econômica dos cooperados.

5.10 Ramo Saúde

O ramo saúde é formado por cooperativas que se dedicam à preservação e promoção da saúde humana. Dados revelam que este ramo é representado por 871 cooperativas que contam com 225.980 cooperados, gerando 55.709 empregos diretos¹⁷⁷ e atendendo aproximadamente 16.300.000 pessoas¹⁷⁸.

O exercício da cooperação no ramo saúde pode se dar por meio de cooperativas que tenham como objeto a colocação do trabalho de seus cooperados no mercado de trabalho, guardando assim relação direta com o direito social ao trabalho; bem como por meio de cooperativas cujo objeto seja o acesso de seus cooperados a serviços de saúde, como por exemplo os serviços de medicina, enfermagem e odontologia.

¹⁷⁶ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010.

¹⁷⁷ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010.

¹⁷⁸ Dados referentes ao exercício de 2008. Disponível em <http://www.brasilcooperativo.com.br/GERENCIADOR/ba/arquivos/0209_parte3_apresentacaoOCB2.pdf> Acesso em 03/03/2010.

Desse modo, representa uma forma de propiciar diretamente o acesso aos direitos sociais ao trabalho e à saúde, dependendo do interesse dos cooperados.

5.11 Ramo Trabalho

Cooperativas de trabalho se dedicam à organização e administração da atividade profissional de trabalhadores autônomos, a fim de facilitar o acesso ao mercado de trabalho, bem como melhorar a remuneração e as condições de trabalho.

O ramo trabalho conta com 1.408 cooperativas, 260.891 cooperados, gerando 4.243 empregos diretos¹⁷⁹.

Este ramo tem relação direta com o direito social ao trabalho, uma vez que seu escopo maior é viabilizar aos cooperados o exercício de sua atividade profissional, promovendo os meios necessários para tanto.

5.12 Ramo Transporte

As cooperativas de transporte são formadas com o objetivo de prestar por meio de seus cooperados serviços de transporte para o público em geral. Este ramo conta com 1.100 cooperativas, congregando 107.109 cooperados e gerando 8.660 empregos diretos¹⁸⁰.

O ramo transporte se relaciona diretamente com o direito social ao trabalho, uma vez que é constituído de pessoas que atuam nessa área e precisam se inserir de forma facilitada no mercado de trabalho, bem como receber o justo preço por sua atividade profissional.

¹⁷⁹ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010.

¹⁸⁰ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010.

5.13 Ramo Turismo e Lazer

O ramo turismo e lazer se dedica a prestação de serviços turísticos, de lazer, entretenimento em favor dos cooperados. São 29 cooperativas atuando neste ramo, prestando serviços para 1.489 cooperados e empregando diretamente 30 pessoas¹⁸¹.

Este ramo pode ser visualizado sob duas perspectivas: a de pessoas que almejam o exercício do direito ao lazer e daquelas que almejam o direito ao trabalho.

No primeiro caso, o objeto da cooperativa será proporcionar uma forma de lazer aos cooperados, mantendo, por exemplo, um clube a ser utilizado por eles e seus familiares. No segundo, seria formada por profissionais da área turística com a finalidade de que a cooperativa facilite sua inserção no mercado de trabalho.

¹⁸¹ Dados referentes ao exercício de 2009 fornecidos pela Gerência de Apoio ao Desenvolvimento em Mercados da Organização das Cooperativas Brasileiras. Mensagem pessoal. Mensagem recebida por <flaviomarroquim@doriamarroquim.adv.br> em 03 de março de 2010.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais sociais exercem uma função instrumental para o alcance dos objetivos fundamentais do País, o que confere a eles uma fundamentalidade social e jurídica que demanda o estabelecimento de mecanismos capazes de possibilitar sua concretização.

Contudo, por demandarem prestações por parte do Estado, sua eficácia é comprometida, especialmente quando as prestações necessárias à sua concretização são de natureza fática, ou seja, que importam em custos.

Ademais, as normas constitucionais que os expressam são compreendidas como um programa, pendente, para realização plena de seu conteúdo, de norma infraconstitucional que lhes complete o sentido ou da instituição de políticas públicas.

Dessa maneira, os meios existentes para sua concretização dependeriam da “livre conformação do legislador” e da discricionariedade do Poder Executivo, não sendo possível a intervenção do Poder Judiciário para tanto, seja por estar invadindo a esfera de competência de outro Poder, seja por não deter capacidade técnica para formular políticas públicas.

A despeito desta discussão, o texto constitucional autoriza a conclusão de que o Estado deverá promover, sem distinção, todos os direitos fundamentais sociais, sejam explícitos ou implícitos, bem como que os direitos outorgados podem ser objeto de análise pelo Poder Judiciário, especialmente em virtude da força normativa da constituição e dos consequentes direitos subjetivos que dela emanam.

Porém, não se pode olvidar a existência de barreiras fáticas para a concretização, seja por qual Poder for, dos direitos a prestações em sentido estrito, especialmente os custos que envolvem sua efetivação.

Por outro lado, a Constituição positivou a ordem econômica de forma a comprometê-la com o desenvolvimento nacional, atuando o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica com vistas a propiciá-lo, detendo para tanto as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este último determinante para ele próprio (art. 174, CF).

Essa atuação estatal como agente normativo e regulador da atividade econômica se dá mediante sua atuação *no* e *sobre* o domínio econômico. As possibilidades de atuação do Estado *no* domínio econômico estão expressamente previstas no texto constitucional. No entanto, em sua atuação *sobre* o domínio econômico, o que existe é a disposição de que deve fazer, mas não exatamente onde e como o fará, tratando-se de norma destinada a todo o domínio econômico, cabendo ao Estado por meio de seu poder discricionário definir onde e como atuará *sobre* o domínio econômico.

No entanto, dentro desse quadro de possibilidade de atuação do Estado *sobre* o domínio econômico, um setor da economia já está contemplado. É o setor cooperativista, visualizado como instrumento eficaz para auxiliar no desenvolvimento nacional equilibrado perseguido pela ordem econômica (art. 174, § 1º, CF). Trata-se de uma opção política, não estando sujeita a interesses governamentais.

Dessa maneira, o Cooperativismo goza constitucionalmente da qualidade de opção política constitucional para auxiliar no desenvolvimento sócio-econômico nacional, pelo que deve ser apoiado e estimulado (art. 174, § 2º, CF).

A atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica representa um direito prestacional normativo, que não importa necessariamente em custos. O cooperativismo em si não reclama prestações positivas em sentido estrito, material; mas sim prestações normativas que reconheçam as peculiaridades de que é revestido e que revestem, por conseqüência, as cooperativas. Necessário é reconhecer sua identidade.

Mas na prática o desconhecimento a respeito do Cooperativismo e das cooperativas tem gerado decisões políticas e judiciais que não correspondem ao apoio e estímulo constitucionalmente assegurados e determinados a ele, o que denota a necessidade de uma realização cada vez maior do quinto princípio universal do Cooperativismo, qual seja a preocupação com a educação, formação e informação.

Em outra perspectiva, há uma nítida e íntima relação entre o Cooperativismo e os direitos sociais, tendo em vista a identidade histórica e de objetivo de ambos. Nessa linha, a prática do Cooperativismo sempre promoverá, direta ou indiretamente, algum direito social. A atuação de uma cooperativa de trabalho é voltada para propiciar aos seus cooperados o acesso ao trabalho. Portanto, nesse caso há uma promoção direta do direito social ao

trabalho. Uma cooperativa educacional é capaz de promover direta ou indiretamente tanto o direito ao trabalho quanto o direito à educação.

Não se exige muito, pois o simples reconhecimento das características inerentes ao cooperativismo é capaz de fomentá-lo e fazer com que exerça, por meio da cooperativa, seu verdadeiro papel constitucional, qual seja o de instrumento de concretização dos direitos fundamentais sociais, melhorando a condição sócio-econômica das pessoas que o adotam como forma de associação e viabilizando para elas o exercício pleno dos demais direitos fundamentais.

Por fim, é preciso responder a seguinte questão: por qual o motivo o Cooperativismo deve ser apoiado e estimulado? A resposta é: para que alcance seu objetivo enquanto doutrina social, propiciando a melhora da condição sócio-econômica de seus utentes e, por conseguinte, efetivando direta e indiretamente direitos fundamentais sociais, promovendo assim a concreção do princípio da dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008;

AMARAL, Gustavo; MELO Daniele. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

_____. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. Revista de Direito do Estado. Ano 1. N° 3: 17-54. Jul/Set 2006. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988;

BECHO, Renato Lopes. **Elementos de Direito Cooperativo**. Ed. Dialética. São Paulo: 2002;

_____. **Tributação das Cooperativas** 2ª ed, revista e ampliada. Ed. Dialética. São Paulo: 1999;

BIALOSKORSKI NETO, Sigismundo. **Aspectos Econômicos das Cooperativas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006;

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002;

BULGARELLI, Waldirio. **Regime Jurídico das Sociedades Cooperativas**. São Paulo: Livraria Pioneira, 1965;

_____. **As Sociedades Cooperativas e a sua Disciplina Jurídica**. 2ª ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

DE CONTO, Mário. **O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007;
- FRANKE, Walmor. **Direito das Sociedades Cooperativas**. São Paulo: USP, 1978;
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004;
- GALDINO, Flávio. **O custo dos Direitos**. In TORRES, Ricardo Lobo (org). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008;
- _____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008;
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre “serviço público” e “atividade econômica”**. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1. Nº 1: 119-135. Jan/Mar 2006. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (Des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002;
- KRUEGER, Guilherme (coord.). **Cooperativas na Ordem Econômica Constitucional: teoria e direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. Tomo I;
- _____. (coord.) **Cooperativas na Ordem Econômica Constitucional: cooperativas, concorrência e consumidor**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. Tomo II;
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006;
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo; TIMM Luciano Benetti (orgs.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;
- LUZ FILHO, Fábio Luz. **Teoria e Prática das Sociedades Cooperativas**. 5ª ed, Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1961;
- MIRANDA, André Branco de; KRUEGER, Guilherme (coords.). **Comentários à Legislação das Sociedades Cooperativas**. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007;
- MLADENATZ, Gromoslav. **História das Doutrinas Cooperativistas**. Trad: José Carlos Castro, Maria da Graça Leal e Carlos Potiara Castro. Brasília: Confedbras, 2003;

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Políticas Públicas e Parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração consensual.** Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº 1: 105-117 – jan/mar 2006;
- NAMORADO, Rui. **Introdução ao Direito Cooperativo: para um a expressão jurídica da cooperatividade.** Coimbra: Almedina, 2000;
- _____. **Os Princípios Cooperativos.** Coimbra: Fora de Texto, 1995;
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007;
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- PINHO, Diva Benevides. **A Doutrina Cooperativa nos Regimes Capitalista e Socialista.** Suas modificações e sua utilidade. 2. ed. Livraria Pioneira: [S.d];
- _____. **Cooperativas e desenvolvimento econômico.**[S.n.] São Paulo: [S.d.];
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado.** Parte especial. Contrato de Sociedade. Sociedades de pessoas. Tomo XLIX. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965;
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006;
- REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005;
- ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Cooperativismo à luz dos princípios constitucionais.** Curitiba: Juruá, 2009;
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001;
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros.** In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coords.).

Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (orgs.).

Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **Cooperativismo: nova abordagem sócio-jurídica.** Curitiba: Juruá, 2009.