

Cooperativas e madalenas

Cooperatives and madeleines

Guilherme Krueger¹
Instituto dos Advogados do Brasil (Brasil)

doi: <http://dx.doi.org/10.18543/baidc-50-2016pp241-283>

Recibido: 27.05.2016
Aceptado: 05.09.2016

Sumario: 1. Introdução: a racionalidade está em jogo. 2. A importância do imaginário social instituinte no jogo da axiologia para o Direito Cooperativo em sua correlação com o Direito Penal Econômico. 2.1. O Princípio das portas abertas posto em xeque pelo Direito Concorrencial e a possível repercussão disso no Direito Penal Econômico. 2.2. O Problema posto para o Direito Cooperativo em face ao Direito Penal Econômico. 2.3. A Hipótese. 3. Identidade, diferença e empatia. 3.1. A importância da fenomenologia para o Direito Cooperativo no atual estado das artes. 3.2. A empatia na fenomenologia dos valores. 3.3. As madalenas de Proust: sua importância para a ideia de normalidade na análise de estruturas. 3.4. Importância da mimese para a função hermenêutica do Direito. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

Summary: 1. Introduction: rationality is at stake. 2. The importance of instituting social imaginary in the game of axiology to Cooperative Law in its correlation with Economic Criminal Law. 2.1. The principle of open doors put in check by the Competition Law and its possible impact in the Economic Criminal Law. 2.2. The problem for the Cooperative Law in relation to Economic Criminal Law. 2.3. Hypothesis. 3. Identity, difference and empathy. 3.1. The current importance of phenomenology for Cooperative Law. 3.2. Empathy in phenomenology of values. 3.3. The madeleines in Proust: its importance to the Idea of normality in the analysis of structures. 3.4. Importance of mimesis to the hermeneutical function of Law. 4. Conclusion. 5. References.

Resumo: Apresentando as diferenças em julgamentos ocorridos num intervalo de 10 anos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre as mesmas matérias aplicadas às sociedades cooperativas, o artigo recorre ao conceito de *empatia* proposto por Max Scheler. Mesmo reconhecendo

¹ Instituto dos Advogados do Brasil, Comissão de Filosofia do Direito. Correo electrónico: guilherme@gomeskrueger.adv.br

que as cooperativas sejam um meio sustentável para a felicidade, a atitude informativa presente nos argumentos usuais a esse respeito é limitada para uma resposta fenomenológica ao problema implícito de identidade nos julgamentos ocorridos nos Tribunais. Outrossim, sem o primado da consideração sincrônica, qualquer análise diacrônica não encontra garantia para seu rigor. Este é um sentido diacrítico das madalenas de Marcel Proust com relação às literaturas jurídica e econômica predominantes que abordam as cooperativas.

Palavras chave: Cooperativa - hermenêutica - argumentação - narrativa.

Resumen: La introducción de las diferencias en los juicios que se producen en una gama de 10 años de la Corte Superior y el Tribunal Supremo sobre las mismas cuestiones se aplican a las sociedades cooperativas, el artículo se refiere al concepto de empatía propuesto por Max Scheler. Si bien se reconoce que las cooperativas son una forma sostenible para la felicidad, una actitud informativa presente en los argumentos habituales en este sentido no es llena a una respuesta fenomenológica al problema de la identidad en los juicios que tuvieron lugar en los tribunales. Por otra parte, sin la primacía de la consideración sincrónica, cualquier análisis diacrónico se queda sin garantía de su rigor. Este es un sentido diacrítico de las madalenas de Proust en relación con las literaturas legales y económicas predominantes que abordan las cooperativas.

Palabras clave: Cooperativa - hermenéutica - argumentación - crónica.

Abstract: Presenting the differences in trials occurring in a range of 10 years of the Superior Court and the Supreme Court on the same issues applied to cooperative societies, the article refers to the concept of empathy proposed by Max Scheler. Even recognizing that cooperatives are a sustainable way to happiness, informative attitude present in the usual arguments in this regard is limited to a phenomenological response to the implicit problem of identity in the trials that took place in the courts. Moreover, without the primacy of synchronic consideration, any diachronic analysis is no guarantee for its accuracy. This is a diacritical sense of madeleines of Marcel Proust in relation to legal and economic literatures that address prevalent cooperatives.

Key words: Cooperative - hermeneutics - argumentation - narrative.

«Quando se analisa o empreendimento cooperativo pode-se entender que há a necessidade de crescimento intrínseco dessas organizações em consequência da 'mão invisível do mercado' e em razão da lógica econômica explicada e modelada pela economia neoclássica.

«Assim, percebe-se que cooperativas que se formaram como importantes coalizões de interesses em um mesmo grupo étnico, solidário e voluntário, com um forte código de ética, crescem economicamente impulsionadas pelo mercado e pela necessidade de geração de renda e riquezas, e nesta trajetória internalizam necessariamente a lógica econômica de maximização de resultados».

Sigismundo Bialoskorski

«Em breve, maquinalmente, acabrunhado com aquele triste dia e a perspectiva de mais um dia sombrio como o primeiro, levei aos lábios uma colherada de chá onde deixara amolecer um pedaço de madalena. Mas, no mesmo instante em que aquele gole de envolta com as migalhas do bolo tocou meu paladar, estremei, atento ao que se passava extraordinário em mim. Invadira-me um prazer delicioso, isolado, sem noção de sua causa. Esse prazer logo me torna indiferente às vicissitudes da vida, inofensivos os seus desastres, ilusória sua brevidade, tal como faz o amor, enchendo-me de uma preciosa essência: ou, antes, essa essência não estava em mim, era eu mesmo. Cessava de me sentir medíocre, contingente, mortal. De onde me teria vindo aquela poderosa alegria? Senti que estava ligada ao gosto do chá e do bolo, mas que o ultrapassava infinitamente e não devia ser da mesma natureza. De onde vinha? Que significava? Onde apreendê-la? Bebo um segundo gole que me traz um pouco menos que o primeiro. É tempo de parar, parece que está diminuindo a virtude da bebida. É claro que a verdade que procuro não está nela, mas em mim. A bebida a despertou, mas não a conhece, e só o que pode fazer é repetir indefinidamente, cada vez com menos força, esse mesmo testemunho que não sei interpretar e que quero tornar a solicitar-lhe daqui a um instante e encontrar inato a minha disposição, para um esclarecimento decisivo. Deponho a taça e volto-me para meu espírito. É a ele que compete achar a verdade. Mas, como? Grave incerteza, todas as vezes em que o espírito se sente ultrapassado por si mesmo, quando ele, o explorador, é ao mesmo tempo o país obscuro a explorar e onde todo o seu equipamento de nada lhe servirá. Explorar? Não apenas explorar: criar. Está diante de qualquer coisa que ainda não existe e a que só ele pode dar realidade e fazer entrar em sua luz.»

Marcel Proust

1. Introdução: a racionalidade está em jogo

Num movimento de redefinição da identidade, entes cooperativos passaram a reivindicar para si uma terminologia própria: *cooperativas financeiras*, *cooperativismo financeiro* e *sistema financeiro cooperativo*². Essa mudança no «cartão de visita» explicitou razões mercadológicas e não evidenciou interesse por fundamentação, pois o *logos* esteve voltado a um projeto funcional. É claro que isso não denotou, por si mesmo, algum desprezo à principiologia corrente desde as formulações da Aliança Cooperativa Internacional³. Ao contrário, é ilustrativo um «*feixe de diferenciais estruturais e de propósitos [que] projeta uma clara distinção entre as instituições financeiras cooperativas e bancos*» tal como proclamado por Enio Meinen e Ronaldo Gaudio em coautoria do artigo intitulado *Sobre o diferencial estrutural e desafios das instituições financeiras cooperativas no ambiente regulatório brasileiro*.⁴ Não é por alguma deficiência que o artigo demonstre muito mais diferenças de propósito do que de estrutura, se se entende por isso o que aparece, «dissolvido» o homem. Pela expressão «dissolução do homem», admite-se que o aparecimento de uma estrutura só acontece para o pensamento, se esse ente (ser humano), enquanto tal, não for o tema central, mas antes aquilo que se apresenta e que escapa à consciência. Uma estrutura (inconsciente) aparece para o pensamento, quando o ser humano nele se retrai. O aparecimento de estrutura, dissolvido o homem no Direito, foi reivindicado por Günter Teubner, citado pelo Min. do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes em seu voto proferido na ADI-MC 1923-5/DF:

«Quiçá devêssemos ouvir o conselho do talvez maior especialista da reconstrução do direito privado, Jacques Derrida, que nos oferece a seguinte fórmula epigramática: «o laço da obrigação ou a relação de obrigação não existe entre aquele que dá e aquele que recebe, mas entre dois textos (entre dois *produtos* ou *criações*)». Essas *ipsissima verba* são novas versões da teoria do contrato relacional (*relational contracting*), que entende o contrato não mais como um

² Conferir: *Portal do Cooperativismo Financeiro*, acesso em 19 de fevereiro de 2016. www.cooperativismodecredito.coop.br

³ Uma análise axiológica da principiologia da Aliança Cooperativa Internacional foi empreendida por Juan Luis Moreno e publicada em forma de artigo pela Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa, editada pela CIRIEC-Espanha em 2014 (n.º 25) sob o título «*Los valores según la Alianza Cooperativa Internacional*».

⁴ *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 49 (2015), Bilbao, pp. 161

mero consenso entre duas partes, mas sim como uma relação social complexa. De fato, gostaria de defender a tese de que o direito contratual deve ser reconstruído de forma relacional, mas não apenas no sentido comunitário, hoje predominante, da palavra, como uma relação cooperativa, simpática, calorosa de inter-humanismo no mercado, mas sim como uma relação fria e impessoal da intertextualidade. Gostaria de desenvolver um argumento estritamente antiindividualista, estritamente antieconômico para as muitas autonomias do direito privado, pelo qual o contrato não aparece mais como transação meramente econômica entre dois agentes, mas como espaço de compatibilidade entre vários projetos discursivos - entre dois mundos contratuais. Ao mesmo tempo, gostaria de desenvolver o argumento normativo de que os direitos de discursos que aparecem nesses contratos como meros fenômenos sociais, apenas de forma rudimentar e sem contornos fixos, necessitam de institucionalização jurídica. Dito de forma mais genérica: gostaria de colocar esses argumentos no contexto maior de um direito privado contemporâneo, que necessita de transformação em um direito constitucional de sistemas de regulação global.»⁵

Se a legitimação da cooperativa financeira aparece, por exemplo, em sua diferença aos bancos pelo propósito da inclusão financeira de pessoas de alguma região sem acesso pleno a serviços dessa natureza, trata-se de uma solução *pela* cooperativa. Mas, a otimização da eficácia competitiva das cooperativas no mercado financeiro para aqueles que já estão incluídos por iniciativa de gerações passadas à ordem econômica desde a existência centenária de cooperativas de crédito no Brasil⁶, aí já é uma solução *para* cooperativa. Não é acaso que a terminologia *cooperativa financeira*, em seu próprio *logos*, reforça o alinhamento concorrencial desses entes com os empresariais diversos que fazem funcionar o mercado financeiro e são usualmente denominados como instituições financeiras —universo em que os fundos globais de investimentos ocupam uma posição mais que proeminente— verdadeiramente se revestem de uma imagem icônica. Mais do que uma questão de diversidade de propósitos, há uma questão de imaginário que se mostra numa descontinuidade de discursos cuja diacronia se apresenta como explicação no texto de Sigismundo Bialoskorski na epígrafe deste artigo⁷.

⁵ Julgamento em 01.08.2007, acórdão publicado no DJ 21.09.2007.

⁶ É o caso da SICREDI Pioneira RS.

⁷ Sigismundo Bialoskorski, *Economia e Gestão de Organizações Cooperativas*. (2.ª ed. São Paulo : Atlas, 2012), p. 148

Longe de criticar essa opção estratégica pela mudança no cartão de visita, o propósito deste artigo é indagar pelas implicações de racionalidade nas relações de identidade e diferença que tensionam o fazer de uma justiça possível e que podem ser ilustradas no quicá mais relevante julgamento da década passada em Tribunal para esses entes cooperativos. Este julgamento se deu por causa de um litígio em que o último voto proferido foi memorável por um jogo de palavras entre pães, gatos, cooperativas e bancos. É que o Ministro ocupou significativa parte de seu pronunciamento dissertando sobre gatos em seus contextos doméstico e arquetípico. Isso para se conduzir à culminância de seu voto através das reminiscências de sua infância: nas madrugadas frias, seu gato buscava conforto na cozinha. Conclusão: «*Não por um gato dormir num forno quente que amanhece pão. Cooperativa é cooperativa; banco é banco.*» Importa questionar: o que estava em jogo e suscitou o então decano da 1.ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da divergência entre seus pares sobre o tratamento jurídico adequado ao caso, a partir de uma narrativa, sintetizar seu voto numa formulação argumentativa $A = A \cdot B = B \rightarrow A \neq B$?⁸

Tanto mais relevante para o Direito Cooperativo se torna a indagação, quando a posição jurisprudencial uniformizada por aquele famoso julgamento, dez anos após, foi abalada por um outro julgamento no plenário do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral sobre a mesma matéria de lei, no qual a singularidade das cooperativas face aos agentes de mercado foi colocada em xeque no que se refere aos seus significados operacionais. O Min. Luiz Fux, presente em ambos os julgamentos, votou favoravelmente em ambas as teses opostas. E como ele justificou isso? «*Trago uma mudança de concepção (...) na gênese do cooperativismo havia realmente essa ideia de solidariedade, mas que já avançou e muito. (...) Embora eu tenha achado muito sugestiva aquela afirmação (...) de que gato é gato, pão é pão; banco é banco e cooperativa é cooperativa, a verdade é que hoje há uma cortina de fumaça que não nos permite ver aquela velha cooperativa de outrora nas cooperativas de hoje.*»⁹

Ora, uma evidência de que uma questão de imaginário social instuitivo¹⁰ perpassa ambos os julgamentos é o aparecimento da neolo-

⁸ REsp 591.298/MG e REsp 616.219/MG. Sessão de julgamento em 27.10.2004.

⁹ RE 598.085-RG e RE 599.362-RG. Sessão de julgamento em 05.11.2014

¹⁰ «*É impossível manter uma distinção intrínseca do social e do histórico... O social é isso mesmo, auto-alteração, e nada é senão isso. O social faz-se e só pode fazer-se como história... O histórico é isso mesmo, auto-alteração desse modo específico de 'coexistência' que é o social e nada fora disso.*» [Cornelius Castoriadis, *A instituição imagi-*

gia *neocooperativismo*¹¹, que no tempo em que se reivindica a identidade *cooperativa financeira*, expressa com ela uma relação tensa, eis que o neologismo se presta à reivindicação de alteridade por entes cooperativos que recusam uma subordinação de sua própria identidade ao *logos* do mercado financeiro, quando assumem sua afinidade com a economia solidária. Sintomático que o neocooperativismo se afirme resgatando uma identidade originária que, de certo modo, é perdida pelas cooperativas que mudam seu cartão de visita¹².

Se lembrarmos que Parmênides e Heráclito têm em comum a identidade e diferença como preocupação com a qual erigiram há 26 séculos uma linguagem que deslizou dos mitos para dizerem verdades, o sintoma insinua que a racionalidade está em jogo¹³.

nária da sociedade. Trad. por Guy Reynaud (São Paulo: Paz e Terra, 1995), 252]. O imaginário é a *margem de indeterminação* característica do ente social-histórico (instituição) em sua compreensão diacrônica. O acesso cognitivo e formal a essa margem só é possível por significação (relações sincrônicas entre significado e significante) imbricadas no que «*se dá como sentido indiscutível e indiscutido, suporte das articulações e das distinções do que importa e do que não importa, origem do aumento da existência dos objetos de investimento prático, afetivo e intelectual*» (Castoriadis, *A instituição...*, 175).

¹¹ Everton José Helfer Cf. de Borba, «*A natureza jurídica especial do ato cooperativo solidário como forma de realização de políticas públicas de inclusão social realizadoras de direitos fundamentais: Um estudo de intersecções entre o público e o privado*» (Tese doutoral depositada no Programa de Pós-Graduação em Direito; Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas; Linha de Pesquisa em Diversidade e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Orientador: Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. Defesa: 2013).

¹² No REsp 1.141.667/RS, declarado representativo de controvérsia, as hipóteses tributárias objetos das decisões nos REsp 591.298/MG e REsp 616.219/MG voltaram à pauta da 1.ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no dia 27/04/2016, agora para interpretar a repercussão dos julgamentos dos RE 598.085 e 599.362 pelo Supremo Tribunal Federal. Foi fixada a tese de que não incide a contribuição destinada ao PIS/COFINS sobre os atos cooperativos *típicos* realizados pelas cooperativas. A expressão *típico* indica um esforço de compatibilização entre os precedentes do próprio STJ e a reviravolta do STF. Por que o STJ preferiu esforçar-se numa interpretação de compatibilização dos precedentes para manter afastada a tributação, ao invés de simplesmente reconhecer na reviravolta do STF uma mudança de orientação jurisprudencial em sentido inverso? O que pode significar o *lead case* escolhido ter como contribuinte uma cooperativa de citricultores ecológicos? O Min. Napoleão Nunes Maia Filho, para proferir seu voto condutor, encontrou na diferença entre *Sovkhoz* e *Kolkhoz* uma introdução para polarizar essa expressão *típico*.

¹³ A respeito do percurso da filosofia para a compreensão da identidade e da diferença, Martin Heidegger proferiu três conferências entre 1955 e 1957. A primeira conferência é uma resposta à pergunta *O que é isto - a Filosofia?* A segunda conferência, a partir da expressão de Platão *oukoun autòn hékaston toin mèn dyoin héterón estin, autò d'heautò tautón*, discorre sobre o princípio da identidade. E a terceira conferência aborda as diferenças entre sua própria escrita e a de Hegel a partir de três perguntas:

2. A importância do imaginário social instituinte no jogo da axiologia para o Direito Cooperativo em sua correlação com o Direito Penal Econômico

2.1. O Princípio das portas abertas posto em xeque pelo Direito Concorrencial e a possível repercussão disso no Direito Penal Econômico

O sintoma que insinua a axiologia em jogo também aparece em significativa reviravolta na jurisprudência brasileira que trata da cláusula de unimilitância contida (há alguns anos atrás) nos estatutos de cooperativas operadoras de planos de saúde. Por ela, um médico cooperado não poderia ser infiel à sua cooperativa, isto é, credenciar-se para o atendimento de usuários de planos de saúde ofertados em concorrência aos da sua cooperativa sem ser passível de sanção ético-disciplinar (no limite, sua eliminação dos quadros da cooperativa). A 2.^a Seção do Superior Tribunal de Justiça (que uniformiza a jurisprudência acerca da legislação de direito privado) declarou reiteradamente a legalidade da cláusula¹⁴. Entretanto, a 1.^a Seção do STJ (que decide sobre matéria de direito público) posteriormente não só firmou entendimento oposto¹⁵, como impactou as decisões posteriores proferidas pela 2.^a Seção¹⁶. Essa mudança de orientação jurisprudencial suscitou perplexidade como se fosse um problema de incompreensão (pela magistratura brasileira) da sociedade cooperativa «*enquanto extensão de seu associado*»¹⁷. Em todo caso, o desfecho do conflito foi

Qual é o objeto do pensamento? Qual a medida para o diálogo com a história do pensamento? Qual o caráter deste diálogo? As três conferências foram traduzidas para o português por Ernildo Stein e publicadas reunidas [Martin Heidegger, *Que é isto – a filosofia; identidade e diferença*. Trad. por Ernildo Stein. (São Paulo: Duas Cidades, 1978)]. Especificamente sobre Parmênides e Heráclito, um brasileiro orientado pessoalmente por Heidegger se tornou notável leitor do grego arcaico [Emmanuel Carneiro Leão, *Filosofia grega* (Teresópolis: Daimon, 2010), 119-192].

¹⁴ É o caso do REsp 367.627-SP, pela Terceira Turma, em votação unânime, em acórdão publicado em 24/06/2002.

¹⁵ REsp 1.172.603 RS, 2.^a Turma, decisão unânime, publicado em 12/03/2010.

¹⁶ EREsp n. 191.080/SP, Corte Especial, publicado em 8/4/2010

¹⁷ O comentário de Mario de Conto intitulado *A Cláusula de exclusividade nos estatutos sociais das cooperativas no Direito brasileiro*, [Deolinda Aparício Meira (coord.). *Jurisprudência cooperativa comentada*. (Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 2012), 38] traz a seguinte conclusão: «*a doutrina e jurisprudência pátrias [brasileiras] têm dificuldades de compreender a sociedade cooperativa enquanto extensão de seu associado, onde as relações jurídicas são comunitárias, e não bilaterais; onde os interesses são convergentes, e não conflitantes*»

este: a Unimed do Brasil Confederação Nacional das Cooperativas Médicas e mais 38 cooperativas operadoras de planos de saúde firmaram em 20.03.2013 um Termo de Cessaçao de Conduta homologado pelo plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE (autoridade antitruste) em sua 18.^a Sessão Ordinária de Julgamento, no qual essas cooperativas renunciaram à cláusula estatutária de unimili-tância.

Trata-se tanto de incompreensão essa mudança de orientação jurisprudencial, quanto de autopoiese do Direito¹⁸ nos regimes de *private governance* e de policontextualidade. Em outras palavras, dessa descontinuidade da orientação jurisprudencial emerge uma diferença no Nada¹⁹ entre as expressões *cooperativa* e *empresa cooperativa* e cujo vestígio pode se encontrar na citação de Sigismundo Bialoskorski posta como epígrafe deste artigo. Desse abismo sem fundo na identidade das cooperativas, surge a percepção de que as *empresas cooperativas* podem obter domínio de um mercado local de prestação de serviços essenciais à população (saúde), que não é cooperada, mas é usuária dos seus respectivos planos de saúde. Nessa percepção, a cooperação tem invertida a sua polaridade axiológica pela aplicação da teoria econômica dos oligopólios. A cooperação passa a ser expressão de desvalor e então é percebida como um comportamento perigoso mais preocupante que um cartel (conduta tipificada criminalmente) para o bem estar social. Pelo princípio das portas abertas, as *empresas cooperativas*, no limite, se bem sucedidas em seus propósitos, constituem-se então num comportamento de concentração econômica tendente ao monopólio ou monopsônio: a convergência de interesses se refere ao grau de aproximação entre o interesse estritamente individual e o interesse coletivo em que a colusão tácita é resultado dessa convergência²⁰.

Esta questão axiológica aponta para um potencial desajuste entre o Direito Cooperativo, o Direito Concorrencial e o Direito Penal Econô-

¹⁸ «A teoria da Autopoiese não busca 'fundamento' do direito: fornece um 'modelo' de organização do direito positivo. Esse modelo é a auto-organização de uma ordem sistêmica. Tal postura não deixa de evocar a metáfora proposta por R. Dworkin do 'romance escrito em corrente': aí a regra de ouro é respeitar o 'princípio de unidade do todo', aquela que constitui a 'corrente do direito» (Simone Goyard-Fabre, *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. por Claudia Berliner. (São Paulo: Martins Fontes, 2007) 224-225.

¹⁹ Não se trata de uma simples ausência, mas de um velamento do ser em um horizonte de indistinção. Daí porque grafado com uma letra maiúscula.

²⁰ Ivo Teixeira Gico Jr, *Cartel: Teoria unificada da colusão* (Lex: São Paulo, 2007), 304.

mico na percepção de diferentes significados axiológicos do princípio das portas abertas.²¹ O cartel é crime contra a ordem econômica tipificado no Brasil pela Lei 8.137/1990, art. 4.º com redação dada pela Lei 12.529/2011. Há dois incisos para dar redação ao tipo: abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas; e formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas ou em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

O fato da redação do tipo ter sido dada pela Lei 12.529/2011 já o remete ao conjunto dos ilícitos caracterizados no Direito Concorrencial. Afinal, essa Lei reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Pertinente então indagar pelos sentidos da criminalização de um único tipo de conduta dentre as várias condutas antinormativas sujeitas às sanções administrativas ministráveis pelo Sistema de Defesa da Concorrência. E por esses sentidos investigar a ambiguidade da cooperação, ora como um bem jurídico reconhecido pela Constituição Federal Brasileira em cláusula pétreia (art. 5.º, XVIII²²) na ordem econô-

²¹ «La afiliación abierta a todas las personas implica que no debe existir un umbral muy alto para convertirse en miembro. (...) Las responsabilidades de la afiliación requieren un énfasis constante, aunque los miembros deberán asumirlas libre y voluntariamente. Por ejemplo, una cooperativa agrícola puede exigir a sus miembros que firmen contratos de uso exclusivo por los que se obligan a comercializar las cosechas, a comprar insumos de la cooperativa y a utilizar su maquinaria agrícola. Estas responsabilidades del usuario refuerzan la competitividad de las cooperativas al generar poder de mercado. Las cooperativas tendrán que cumplir con la legislación nacional en materia de competencia y antimonopolio, pero esas mismas leyes que restringen la competitividad de las cooperativas pueden, a su vez, distorsionar la libertad de los mercados.» «Notas para orientación para los principios cooperativos» Alianza Cooperativa Internacional, acceso em 17 de fevereiro de 2016, 2015:5-6, <http://ica.coop/sites/default/files/attachments/Guidance%20Notes%20ES.pdf>.

²² Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XVIII-a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independentes de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

mica (arts. 174, §2.º, 187, VI e 192²³) e ora como desvalor, conquanto seja suportado por condutas anticoncorrenciais, já que a concorrência também é um bem jurídico (arts. 146-A, 170, IV e 173, §4.º)²⁴.

A questão se torna tormentosa para o Direito Penal Econômico na medida em que sociedades cooperativas, agentes típicos da cooperação na ordem econômica, mercedores do fomento e estímulo programado pela norma constitucional brasileira, podem visar e obter domínio de

²³ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

.....
 § 2.º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

.....
 VI-o cooperativismo;

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

²⁴ Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

.....
 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....
 IV-livre concorrência;

Art. 173.....

§ 4.º lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

mercado mediante atos cooperativos (CF, art. 146, III, c)²⁵ com os quais se consubstanciam acordos que, na prática, mitigam rivalidades entre agentes situados num corte horizontal de um mercado local ou regional, de modo que estes agentes, na condição de cooperados, potencial ou efetivamente logram a obtenção de resultados econômicos superiores aos que obteriam nesse mesmo mercado sem a presença da cooperativa, quando esta precifica por conta de seus sócios e adota estratégias para oferta de bens produzidos por seus cooperados ou por serviços por eles prestados (cooperativas de vendas em comum, seja de produção ou serviços, particularmente as previstas na Lei 12.690/2012, inclusive aquelas mencionadas no parágrafo único de seu art. 1.º)²⁶.

Ora, a obtenção de resultados econômicos superiores é exatamente o objetivo de toda e qualquer cooperativa; objetivo esse legitimado

²⁵ Art. 146. Cabe à lei complementar:

.....
 III-estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

.....
 c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

²⁶ Art. 1º A Cooperativa de Trabalho é regulada por esta Lei e, no que com ela não colidir, pelas Leis nºs 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002-Código Civil.

Parágrafo único. Estão excluídas do âmbito desta Lei:

- I. as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde suplementar;
- II. as cooperativas que atuam no setor de transporte regulamentado pelo poder público e que detenham, por si ou por seus sócios, a qualquer título, os meios de trabalho;
- III. as cooperativas de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividades em seus próprios estabelecimentos; e
- IV. as cooperativas de médicos cujos honorários sejam pagos por procedimento.

Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

.....

Art. 4º A Cooperativa de Trabalho pode ser:

- I. de produção, quando constituída por sócios que contribuem com trabalho para a produção em comum de bens e a cooperativa detém, a qualquer título, os meios de produção; e
- II. de serviço, quando constituída por sócios para a prestação de serviços especializados a terceiros, sem a presença dos pressupostos da relação de emprego.

pela ordem econômica constitucional. Evidentemente num sentido próprio que o emérito Prof. Pontes de Miranda percebeu. Ainda quando da vigência do vetusto Decreto 22.239/32, primeiro diploma jurídico rochdaleano no Brasil, ele já expunha a eidética da cooperação na ordem econômica:

Há algo de defensivo, de pré-eliminatório dos que teriam por fito ganhar, por falta de cooperação entre os sócios da cooperativa. O que caracteriza a cooperativa é essa função de evitamento do que outros ganham com o que o sócio da cooperativa paga a mais, ou recebe de menos.(....)

«O que a cooperativa consegue eliminar é vantagem para os sócios, quer eles paguem o que resultou da atividade cooperativa, isto é, preço abaixo do preço corrente do mercado, ou recebam acima do preço corrente do mercado; quer eles paguem o preço corrente, ou recebam pelo preço corrente, e lhes seja prestado, por divisão do ativo, o que lhes toca pelas diferenças. (...)

«O método de atividade na sociedade cooperativa, consiste na prática de atos que diminuam o custo da produção, de jeito a haver vantagem para os sócios, que são os consumidores, ou que levem à obtenção de melhor preço para os produtores, pois os produtores são os sócios, ou a conclusões de empréstimos com menores interesses.»²⁷

Em outras palavras, importa perguntar: quais os sentidos de identidade e diferença entre cooperativas e cartéis? A teoria do delito, quando aplicada à tipificação do cartel contribui para a sua distinção de condutas cooperativas mais do que toleradas pela ordem econômica, porque garantidas expressamente por cláusula pétrea, bem como os comandos constitucionais estão voltados para o adequado tratamento, fomento e estímulo? Se positivas as respostas às indagações, então em que medida a tipificação é capaz de discernir essa conduta de modo a preservar os probos da sombra de um estigma, ao mesmo tempo em que protege a concorrência como bem jurídico acolhido junto à seara criminal?

De todas as manifestações da cooperação suportada por condutas ilícitas, há aquelas que aparecem em regras disciplinares adotadas estatutária e regimentalmente pelo quadro societário de sociedades cooperativas que podem potencialmente exercer domínio de mercado

²⁷ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*. Vol 49. (Rio de Janeiro, Borsoi, 1972), 431-432.

por força do princípio das portas abertas²⁸. Essa disciplina atenua as rivalidades entre os integrantes do grupo²⁹. Nesta seara, a cooperação é encarada como colusão - o desvalor da concorrência como bem jurídico.

O que há em comum entre a cooperativa e o cartel é a convergência de interesses como sentido da cooperação. A aproximação possível entre o cartel e a sociedade cooperativa que logra domínio de mercado coloca em xeque a caracterização jurídica de um acordo entre concorrentes, pois a sociedade cooperativa é constituída mediante um contrato (Lei 5.764/71, art. 3.º)³⁰. Em outras palavras, num contexto oligopolístico, como distingui-la com segurança da colusão expressa, sobretudo quando é posta pela legislação brasileira a possibilidade de criminalização da conduta *hard core*³¹?

O cartel é sempre uma conduta tendente à dominação de mercado praticada conjunta e coordenadamente por concorrentes. Essa prática

²⁸ Ver nota de rodapé 20.

²⁹ «(...) As regras de concorrência alteradas induzem modificações anticoncorrenciais no equilíbrio não-cooperativo de mercado. Em resumo, as regras da concorrência são alteradas e o escopo da concorrência é restringido. (...)»

«Tais práticas envolvem a adoção de restrições endógenas, isto é, sobre o próprio corpo coludente. (...) A experiência internacional mostra que tais condutas podem ser elaboradas e impostas por poucos ou milhares de agentes econômicos (...)»

«As condutas colusivas nesses casos permitem que os agentes cartelizados isolem-se parcialmente uns dos outros, estabelecendo microsegmentos de mercado dentro dos quais cada integrante terá maior liberdade para impor preços. Esse isolamento parcial, ainda que não represente a aquisição de poder de monopólio, como no caso das colúses diretas sobre preços, resulta em benefícios anticompetitivos similares aos obtíveis com a aquisição coletiva e artificial de poder de mercado.»

«(...) [A] colusão sobre regras é altamente danosa ao consumidor e à sociedade por:

- a) gerar perdas estáticas decorrentes do menor nível de produção em relação ao mercado competitivo;
- b) resultar na potencialização da expropriação do consumidor;
- c) gerar perdas dinâmicas representadas pela alocação de recursos em práticas excludentes, bem como pelos custos envolvidos na implementação e manutenção do mecanismo de discriminação e prevenção da arbitragem» Gico Jr, *Cartel: Teoria ...*, 469-471; 492-493.

³⁰ Art. 3.º Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

³¹ No PA 08012.002127/2002-14, o então Conselheiro do CADE Luiz Carlos Deltorre Prado definiu os cartéis *hard core* como aqueles institucionalizados (com um propósito permanente e que contam com um suporte substancial para uma prática sistemática), o que aumenta a ofensividade em virtude da sua maior eficácia instrumental na prática do ilícito.

interessada, convergente, conjunta e coordenada pode ser tomada por cooperação ilícita. Assumindo que o objetivo do cartel é uma conduta uniforme, mas não confusa dos agentes econômicos no mesmo horizonte (acordo horizontal), o cartel se diferencia da cooperativa, quando esta «absorve» seus cooperados. Ou seja, a cooperativa é a personalidade jurídica de uma estrutura organizacional resultante da cooperação dos agentes nela organizados. O cooperado deixa de existir como ente autônomo e, assim, a cooperativa se reveste de um modo próprio de concentração, embora não prevista na legislação brasileira como sujeita ao controle prévio da autoridade antitruste³². Porém, comportamento e estrutura podem ser conceitos conjugados de uma mesma realização econômica. Portanto, diante de casos concretos sob exame, nem sempre será bastante distinguir uma conduta de uma estrutura com um argumento lógico-formal. A incerteza continuará aproximando a cooperativa do cartel.

Do ponto de vista teórico-conceitual, um critério distintivo do cartel de uma cooperativa poderia ser operacionalizado a partir da tendência à dominação do mercado por fundamento. Por essa lógica argumentativa, uma cooperativa não poderia lícitamente levar à dominação de mercado. Ainda que lograsse alguma eficiência econômica, ela seria anulada por um comportamento semelhante ao oligopólio e os cooperados não teriam incentivo racional que os levassem necessariamente a compartilhar as eficiências com os demais atores do mercado. Em particular, aqueles que estivessem na ponta oposta da cadeia produtiva (oposição mercadológica de interesses econômicos). Nessa toada, cartel é acordo expresso entre concorrentes envolvendo parte

³² Lei 12.529/2011:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

- I. pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e
- II. pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

.....
§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

substancial do mercado relevante por meio do qual esses entes econômicos se apoderam de variáveis concorrenciais relevantes (restringem a concorrência) com efeito potencial ou efetivo no aumento de preços ou ganhos marginais em níveis mais próximos do oligopólio. Neste caso, a cooperativa, ou envolve apenas parte pouco relevante dos atores horizontais de um mercado relevante, ou se restringe à agregação de eficiências produtivas ou tecnológicas. Porém, o princípio das portas abertas pode ser facilmente tomado como evidência de uma tendência à dominação do mercado, se, por exemplo, os cooperados atuarem em um mercado que por suas características seja inelástico (demanda tendente à maior estabilidade que a variação de preços); ou apresente significativas barreiras para a entrada de novos agentes; admita uma estrutura simples de custos; ou lide com produtos ou serviços tendentes à homogeneidade; permita que o quadro social da cooperativa seja homogêneo (os cooperados tenham muitas características em comum), pequeno (integrado por poucos cooperados, mas que têm conjuntamente uma participação significativa no mercado), ou estejam em contato frequente uns com os outros ou simultaneamente em diferentes mercados.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vem lidando frequentemente com o comportamento cooperativo na defesa profissional em mercados locais verificados em todo o território nacional. O Relatório de gestão e correição da Procuradoria-Geral do CADE no biênio 2006/2007 dá conta de que quase três quartos dos processos administrativos punitivos julgados no CADE referiam-se, de um modo ou de outro, a cooperativas³³.

Há dois temas recorrentes nesses processos: a imposição da exclusividade operacional a cooperados à guisa de fidelidade societária, mais especificamente uma unimilitância profissional (médicos) e a uniformização de preços, mais especificamente a adoção da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos-CBHPM, editada pelo Conselho Federal de Medicina (um ente da administração pública na forma de autarquia federal) em conjunto com a Associação Médica Brasileira, entidade de vocação científica e a Federação Nacional dos Médicos, entidade de vocação sindical.

Em 2015, o CADE publicou um caderno institucional com sua análise das condutas no mercado da saúde suplementar que se constituem como potenciais ilícitos. Das três condutas analisadas, duas se referem especificamente a cooperativas e uma é inerente à sua própria condi-

³³ Ricardo Cueva, *Cooperativas na ordem econômica constitucional* (Belo Horizonte: Mandamentos, 2008), 73.

ção de existência nesse mercado. Nestes casos, a maioria dos médicos de determinada especialidade se organizam como cooperativa e passam a negociar com operadoras de planos de saúde ou o SUS apenas por meio da entidade, definindo valores homogêneos dos serviços médicos prestados por todos os cooperados. Apesar de reconhecer que o texto constitucional apoia e estimula a constituição e a atividade das sociedades cooperativas, afirma ser rotineira a imputação de responsabilidade por condutas anticompetitivas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a entidades assim organizadas.

Entre jun/1996 e mai/2015, dos processos administrativos concluídos no CADE, 40% resultaram em condenações e apenas 20% foram arquivados. Os outros 40% terminaram sem julgamento, porque as cooperativas firmaram Termos de Compromisso de Cessação. Da Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE n.º 55/2014, que instaurou o procedimento administrativo 08700.001830/2014-82, se extrai a seguinte anotação do comportamento dos anestesiológicos

O ponto fulcral da prática ora investigada versa sobre as supostas condutas da Febracan —Federação Brasileira de Cooperativas de Anestesiologistas e da SBA— Sociedade Brasileira de Anestesiologia, relativa à coordenação, em âmbito nacional, de um complexo esquema de acordos de não agressão entre grandes cooperativas estaduais e locais de anestesiologistas, bem como outras medidas incoercitivas e formadoras de conduta uniforme entre cooperativas, no sentido de diminuir a concorrência no mercado. Tal esquema teria como objeto e efeito uma cartelização, em âmbitos locais, estaduais e nacional, dos serviços médicos de anestesiologia, na forma de fixação de preços, divisão de mercados e outros.

As práticas anticompetitivas denunciadas:

- Buscar o monopólio os serviços de anestesiologia em mercados relevantes, cooptando parcela significativa dos médicos da localidade;
- Cooptar, inclusive, pessoas jurídicas e outras cooperativas e dificultar a formação de cooperativas independentes;
- Firmar acordos de não agressão de caráter impositivo com outras cooperativas, evitando a concorrência de cooperativas de outros estados e dificultando a contratação de anestesiologistas individualmente pelas operadoras de planos de saúde;
- Inviabilizar a concorrência na prestação de serviços médicos ao SUS, garantindo a inexigibilidade de licitações em razão da monopolização do mercado e dificultando a contratação de serviços de anestesiologia por meio de concursos públicos;

- Promover ameaças de descredenciamento em massa de planos de saúde e do serviço público de saúde, bem como paralisações, de forma abusiva, a fim de barganhar por honorários mais altos;
- Tabelar preços, inclusive para os serviços médicos prestados por fora da cooperativa, impedindo a concorrência efetiva entre a cooperativa e os médicos individualmente considerados.

O descritivo da Nota Técnica indica a possível existência de práticas criminosas dentre os vários ilícitos listados. Essas práticas são notadas com maior ênfase no PA 08012.003893/2009-64, no qual há o enquadramento no art. 36, §3.º, I da Lei 12.529/2011³⁴. No Procedimento Administrativo 08012.000855/2010-93, é encontrado um parecer assinado pelo Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (quadriênio 1996-2000), Gesner de Oliveira, no qual ele parte da seguinte premissa (fl. 3241):

A caracterização da coordenação horizontal de preços é imediata em Cooperativas que têm como finalidade estatutária ou orientação majoritária a imposição de honorários e condições de prestação de serviços. De fato, sempre que estas Cooperativas obtiverem posição dominante em mercado relevante de sua atuação, seus estatutos e decisões cooperativas pela negociação concentrada e uniforme de

³⁴ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I. limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II. dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III. aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV. exercer de forma abusiva posição dominante.

.....
 §3.º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

- I. acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
 - a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
 - b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
 - c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
 - d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

honorários médicos se confundem com acordos explícitos de prática de cartel que, em condições normais, seriam suficientes para a condenação de *per se* pelo referido ilícito.

A acusação de cartel envolvendo cooperativas de especialidades médicas foi progressivamente assumindo relevância para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na medida em que avolumavam as evidências de que esses especialistas conquistaram poder de mercado através de suas cooperativas, conquanto ocupam uma posição de força particularmente sensível na prestação de um serviço essencial (e portanto tendente à inelasticidade) à população numa prática tendente ao monopólio, se estes profissionais cooperados se desinteressam por quaisquer outros meios contratuais para o exercício da respectiva atividade profissional.

Enquanto isso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica quedava oscilante entre duas teses aparentemente opostas, quanto ao comportamento dos médicos organizados em cooperativas de especialidades médicas. Uma tese enxerga uma incoerência entre a aplicação antitruste e o próprio objetivo da política de defesa da concorrência na repressão ao comportamento, que pode ser entendido como o de mitigar assimetrias de poder na negociação entre os agentes³⁵:

Fossem todos os agentes —fornecedores, processadores, distribuidores e consumidores— numerosos e equivalentes em sua capacidade de influenciar os mercados, não haveria motivos para o controle do poder de mercado. Porém, raramente este é o caso. As organizações associativas que têm como propósito primário a coordenação de esforços de negociação —e conseqüentemente aumento do poder de barganha na compra e venda junto a grandes empresas— são arranjos que permitem equilibrar o poder de negociação entre as partes. Dessa forma, tais organizações respondem ao mesmo problema que deu origem às instituições de defesa da concorrência, a assimetria de poder, e, como estas, podem resultar em melhorias do bem-estar social. Como conseqüência, tais formas de cooperação não deveriam ser objeto de condenação *prima facie*, visto que podem atenuar os efeitos de poder de mercado pré-existente.

A outra tese enfatiza a insegurança em admitir em mercados já marcados pela presença de oligopsônios um comportamento orientado pelo princípio das portas abertas que identifica universalmente as

³⁵ Silvia F. de Almeida e Paulo F. de Azevedo, *Aspectos jurídicos e econômicos das cooperativas de saúde*, (Belo Horizonte: Del Rey, 2012), 189.

cooperativas. Pois a observância do princípio das portas abertas é percebida pelas autoridades antitruste como comportamento tendente ao monopólio, uma vez que a cultura de cooperação se dissemina entre médicos especialistas de modo a não formarem, na prática, sociedades rivais entre si.³⁶

Em resposta a questões como essas, a Federal Trade Commission e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos elaboraram diretrizes que permitem identificar uma 'zona de segurança antitruste' para certas modalidades de associações entre médicos. Tal zona de segurança é definida consoante os seguintes critérios: a) imposição ou não de cláusula de exclusividade aos médicos cooperados; b) o compartilhamento de risco financeiros entre os cooperados; c) o poder de mercado da entidade. Não causam preocupações concorrenciais, salvo em casos extraordinários as associações de médicos que compartilhem riscos financeiros e, alternativamente, detenham 20% de participação no mercado relevante geográfico, sem impor exclusividade a seus membros, ou detenham 30% de participação no mercado relevante geográfico, mas não imponham exclusividade a seus associados.

(...) Acordos que não se enquadrem na zona de segurança, desde que não sejam entendidos como ilícitos *per se*, são submetidos a uma análise estrutural segundo a regra da razão. Nessa análise a avaliação das eficiências leva em conta, mais uma vez, a partilha ou não dos riscos financeiros decorrentes do acordo de concorrentes. Compartilhar riscos significativos é entendido como forte indício de que o acordo tende a gerar eficiências.

O debate no interior do Conselho Administrativo de Defesa Econômica com relação às cooperativas de especialidades médicas então sofreu o impacto do confronto franco entre este órgão, e o Conselho Federal de Medicina, também uma autarquia federal. Os objetos da controvérsia foram as formas de edição e aplicação da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos-CBHPM³⁷:

Embora a complexidade do problema esteja patente pelo volume de investigações e condenações já concluídas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, as autoridades brasileiras não foram capazes de orientar os profissionais e as entidades de classe quanto às condutas permitidas e vedadas à luz da legislação de defesa da concorrência.

³⁶ Cueva, *Cooperativas na...*, 82

³⁷ Ana Maria Melo Netto; Alessandra Lopes da Silva e Tainá Leandro, *CBHPM: A conciliação...*, 209-210.

A segunda [reflexão] é que, num cenário em que a elaboração de tabelas de preços mínimos configura, em regra, violação à concorrência, a sobrevida da tabela CBHPM depende fundamentalmente de ajustes que eliminem suas características potencialmente anticompetitivas, tais quais (i) a supressão das bandas que estabelecem limites inferiores de remuneração (deflator de 20%); (ii) a exclusão dos valores monetários dos portes e das UCO definidos e publicados pela Comissão Nacional de Honorários Médicos. A hierarquização, tão comemorada pela categoria médicas, possivelmente subsistirá licitamente à fúria antitruste como o principal atributo da CBHPM, já que não tem o condão de uniformizar preços praticados no mercado, uma vez que os portes e as UCO não expressam valores monetários, estabelecendo, apenas, uma ordenação dos procedimentos de acordo com as qualificações médicas necessárias para a sua realização.

A terceira reflexão é quanto à necessidade de as entidades médicas buscarem alternativas mais seguras para a sua atuação. As articulações da categoria, quer sejam de composição, quer de confronto, devem ser feitas com cautela, evitando-se especialmente as paralisações conjuntas, as rescisões coletivas e as deliberações que resultem em punição ou ameaça a médicos que decidirem não participar dos movimentos organizados.

A atenção do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência voltada às cooperativas de especialidades médicas no contexto do dissenso com o Conselho Federal de Medicina se deu, porque é do conhecimento do CADE através de seus procedimentos investigatórios levados a cabo por sua Superintendência-Geral que tais sociedades foram pontas de lança na adoção da CBHPM para a formação de preços em mercados locais de modo generalizado por todo o território nacional.

A posição reativa do CADE a essa conjugação da CBHPM e cooperativas médicas na estratégia de defesa profissional ficou patente então na decisão proferida no procedimento administrativo 08012.005101/2004-81, conforme consta do voto da relatora Conselheira Ana Frazão:

Com maior razão, então, não há como admitir a incidência do poder compensatório para justificar a conduta da FEMCOM-Federação Mineira de Cooperativas Médicas (atual Federação Nacional de Cooperativas Médicas-FENCOM) que, de acordo com seu site, reúne 44 cooperativas de especialidades e/ou de trabalho médico.

Ausente a disparidade na relação entre cooperativas e OPs, é forçoso reconhecer que, ao negociar honorários médicos em nome de suas filiadas, a FENCOM praticou infração à ordem econômica.

De fato, como ficou amplamente demonstrado quando da análise do conjunto probatório, a FENCOM era uma das entidades que

integrava a Comissão Estadual de Honorários Médicos, não apenas negociando coletivamente o valor dos honorários, mas também participando da imposição da CBHPM e da coordenação de movimentos de boicote.

No processo administrativo 08012.001790/2004-55, julgado na 53.ª sessão, aliás, a participação de cooperativas de especialidades nos movimentos de implantação da CBHPM e nos credenciamentos foi um dos critérios levados em consideração para concluir que a conduta dos representados havia extrapolado os limites do poder compensatório. Na ocasião, destaquei que o papel assumido por essas cooperativas na implantação da CBHPM, por orientação da própria Comissão Estadual de Honorários Médicos agravava a conduta dos representados, justamente por não haver qualquer assimetria que justificasse a intermediação do conselho profissional e das demais entidades médicas representadas na negociação dos valores cobrados por essas cooperativas.

Alinhados os conselheiros no sentido de inadmitir a coexistência de ações táticas coordenadas entre entidades de representação da categoria médica para a aplicação da CBHPM em mercados onde já operam cooperativas de especialidades médicas, considerando o avançado estágio de congregação dos especialistas nos quadros de suas cooperativas, em 2014, a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica opinou aos conselheiros não somente pela aplicação de multas, mas pela adoção de medidas estruturais, como por exemplo, foi o caso no procedimento administrativo 08012.004420/2004-70:

Considerando-se o histórico de análise sobre a constituição e o funcionamento das cooperativas médicas, as atuais e constantes denúncias de abuso de posição dominante por essas entidades, bem como os efeitos negativos decorrentes das práticas das cooperativas médicas de anestesiologia, se faz necessário reavaliar o nível atual de enforcement contra as cooperativas que continuam a praticar condutas anticompetitivas, apesar das diversas condenações do CADE.

As condenações impostas até recentemente pelo Tribunal se limitavam, basicamente, na aplicações de multas às cooperativas e na obrigação de informar aos seus cooperados e à sociedade da pena imposta. Apesar dessas condenações, observa-se que continuam a chegar ao CADE, de forma contínua, diversas denúncias de práticas anticompetitivas envolvendo cooperativas de diversas áreas médicas. Portanto, torna-se imperiosa a adoção de outras medidas punitivas de forma a impedir que as condutas relatadas ao longo da nota não sejam reiteradas pelos agentes do mercado. Neste sentido, em vista da gravidade das condutas ora praticadas e da ineficácia de sanções meramente pecuniárias, recomenda-se ao Tribunal do CADE que, em

eventualmente entendendo pela condenação da Representada, considere a possibilidade de aplicar outras sanções, com vistas a obstar de forma mais perene e efetiva práticas anticompetitivas tais como aqui relatadas. Eventuais sanções adicionais podem, inclusive, a depender das necessidades do caso, incluir a cisão da cooperativa condenada, além de outras medidas possíveis.

Neste contexto deflagrado entre as autoridades antitruste e as comunidades médicas por conta de suas práticas de defesa profissional, a criminalização da conduta (a atuação por meio de cooperativas) é uma hipótese que cabe numa estratégia de dissuasão implícita na expressão *outras medidas possíveis*, tal como empregada no P.A. 08012.004420/2004-70.

2.2. *O Problema posto para o Direito Cooperativo em face ao Direito Penal Econômico*

Os riscos devastadores de impacto em escala global para a qualidade de vida e dignidade de cidadãos e suas famílias asseguram a legitimidade do Direito Penal Econômico para que incrimine preventivamente condutas, isto é, antes mesmo que se consume um dano. Entretanto, resta em aberto os limites constitucionais a serem conformados na formatação desse Direito.

Em que medida, na prática, a cooperação pode ser tratada como ameaça pelo Direito Penal Econômico, sendo um bem jurídico reconhecível na ordem econômica constitucional particularmente manifesto em cooperativas, mesmo quando elas assumem uma posição de domínio de mercado a atrair uma preocupação a partir de uma leitura de tais realizações com o socorro da teoria dos oligopólios?

Essa é uma questão particularmente inquietante no contexto de um Direito Penal de Perigo, na qual a imputação objetiva é aplicável. Pois, por outro lado, pode ser bastante duvidoso esse emprego se se tem por preocupação a integridade do texto constitucional.

A Constituição positiva a consideração penal em face a bens jurídicos, em particular a concorrência, para a qual se pode propor a antecipação da tutela penal. Restam relativizadas as garantias de intervenção mínima, subsidiariedade ou de *ultima ratio* pela necessidade de prevenção ao dano ante a sua lesividade. Nem por isso pode-se descartar a ideia de que, sendo a pena essencialmente um estigma, o Direito Penal lida com um mal a ser administrado em situações carentes de resolução de outra maneira. Ou seja, o confronto entre liberdade e segurança só

torna admissível a criminalização, se o bem jurídico que prestigia for posto em risco. Mas, e quando o bem jurídico, no caso, a concorrência, é encarada em risco pelo comportamento que se crê, em outra perspectiva do Direito, também validado como bem jurídico, a cooperação?

A ponderação entre a cooperação e a concorrência na ordem econômica constitucional coloca então em xeque o conceito abstrato em formulação *ex ante*, em favor da permanência de uma abordagem *ex post*, de modo que a incriminação só possa ser legitimada quando, de fato, a conduta, num caso, for manifestamente lesiva, o que recupera a culpabilidade para o problema.

Em outras palavras, assumindo a lesividade como essência axiológica constitucional do delito, para a atividade jurisdicional isso importa em um dever de excluir a subsistência do crime, quando o fato, ainda que aparente em conformidade ao tipo, concretamente é inofensivo porquanto a conduta já se mostre consagrada, *in abstracto*, como tal³⁸.

Essa consideração é relevante, uma vez que o Direito Penal Econômico se utiliza de tipos de perigo em sua esfera de proteção. Isto é, se cria um anteparo criminal prévio à ocorrência do dano. Mas, por outro lado, é forçoso admitir que isso facilita, na prática, uma imputação de crime. Aí, diante da cooperativa, surge um problema: quais os limites a serem impostos à política criminal econômica-protetiva? Aí, o referendo de um Direito Penal de Perigo pode gerar discrepância quanto à verificação da lesividade da conduta incriminada.

2.3. A Hipótese

A confluência da fenomenologia e do estruturalismo acerca da normalidade contrasta e introduz uma desconstrução³⁹ da aborda-

³⁸ Francesco Palazzo, *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. Por Gérson Pereira dos Santos (Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989), 79.

³⁹ «*Seja como for, na relação com outrem sempre estou em relação com o terceiro. Mas, ele também é meu próximo. A partir deste momento, a proximidade torna-se problemática: é preciso comparar, pesar, pensar, é preciso fazer justiça, fonte da teoria. Toda a recuperação das instituições — e a própria teoria — da filosofia e da fenomenologia — isto é, explicitar o aparecer — se faz, a meu ver, a partir do terceiro (...). O termo justiça aplica-se muito mais à relação com o terceiro do que à relação com outrem. Mas, na realidade, a relação com o outro nunca é só relação com o outro: desde já o terceiro está representado no outro; na própria aparição do outro, o terceiro já está a me olhar. Isto faz com que a relação entre responsabilidade para com o outro e a justiça seja extremamente estreita. (...)*

«*Se só houvesse o outro diante de mim, diria até o fim: devo-lhe tudo. Sou para ele. E isto vale inclusive para o mal que me faz: não sou semelhante, estou par sem-*

gem⁴⁰ que impregna a literatura e as operações do Direito Concorrencial e que acabam por óbvio influenciando o modo como a imputação objetiva da conduta de cidadãos se realiza em tutelas penais antecipadas num contexto que se utiliza da tipificação de condutas perigosas.

A organização de defesa coletiva por profissionais de alta qualificação (como é o caso de médicos especializados em procedimentos de alta complexidade em cooperativas de especialidades médicas com poder compensatório de mercado diante de um mercado imperfeito pelo oligopsônio na saúde suplementar e pela atuação do Estado no Sistema Único de Saúde) estabelecem uma ambigüidade que facilita a desconstrução ao tempo em que expõe o imaginário social instituinte existente no discurso de que o Direito Penal Econômico se mostra em tutela de um Direito Penal dos poderosos⁴¹.

Essa situação encontrada no mercado da saúde brasileira ilustra que *«o lícito e o ilícito parecem, de certa maneira. cada vez mais próximo e, justamente, a necessária linha divisória de tais situações é que*

pre sujeito a ele. Minha resistência começa quando o mal que me faz é feito contra um terceiro que também é meu próximo. É o terceiro que é a fonte da justiça e, por aí, da repressão justificada; é a violência sofrida pelo terceiro que justifica que se pare com violência a violência do outro. Emmanuel Levinas, *De Deus que vem à idéia*. Trad. por . Pergentino Stefano Pivatto et al. (Petrópolis, Vozes, 2002), 119; 120-121.

*«Não posso esperar gratidão nenhuma, caso contrário, não haveria nada de hospitaleiro ou acolhedor em minha atitude. Isto é que, em «Direitos do Homem e Boa Vontade», Lévinas chama de des-inter-essamento da bondade ou bondade para com o primeiro que vem, que configura o direito do outro homem. Assim tanto a bondade como a justiça, não se delinham na expectativa do retorno, pois este seria a confirmação do círculo do mesmo. A mais precisa descrição deste ato encontra-se no pensamento de Lévinas sobre a obra. O sentido da obra é o outro: a obra, como o filho, é algo que vai de mim para o mundo, é algo de tão meu, não me pertence. É, assim, a real fecundidade - fecundidade que exige ingratidão, pois só assim surge o novo, o terceiro. A obra, que me escapa, configura aquilo que Derrida chama de «mais forte que a morte». Derrida diz: ‘Não posso e nem quero tentar medir em poucas palavras a ‘Obra’ de Lévinas. De tão extensa, não se pode enxergar seus limites. E deveria começar-se por reaprender dele e de Totalité et Infini, por exemplo, a pensar o que é uma “Obra” - a fecundidade». Rafael Haddock-Lobo, *Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2.ª Região : Fenomenologia e Direito* (Rio de Janeiro; TRF 2.ª Região, 2008), 2011-2012:114.*

⁴⁰ *«Nessa linha, a aplicação da teoria econômica terá sempre caráter instrumental na tentativa de identificação das estruturas de incentivos dos agentes econômicos (para previsão de comportamentos) e resultados socialmente indesejáveis (exercício valorativo) envolvidos na s colusões horizontais, para, então, se avaliar a adequação dos mecanismos jurídicos adotados»* (Gico, Cartel..., 25.)

⁴¹ Bernd Schünemann, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Trad. por Teresa Rodríguez Montañéz (Madrid:Tecnos, 2002), 54.

acaba por incrementar o problema». ⁴² A possível criminalização da conduta dos médicos expõe a necessidade de uma atenta delimitação dogmática e constitucional ao Direito Penal de Perigo, a demandar mesmo o questionamento ⁴³ da validade do Direito Penal Econômico como Direito Penal de perigo.

Essa possibilidade portanto exige acuidade quanto ao desvalor da ação e do resultado. Se o Direito Penal Econômico, na esteira do Direito Concorrencial admitir na tipificação do cartel um anteparo criminal prévio à ocorrência de dano, acaba por se facilitar imputações. O contraponto do Direito Cooperativo parece indicar, e está é a hipótese, que o princípio da lesividade deve ser entendido como da ofensividade, o que leva a uma necessidade de se ter por base uma vinculação entre a incriminação e a lesão para o bem jurídico ⁴⁴. Ainda que a concorrência se mostre como bem supra-individual, o que demandaria figurações abstratas tão próprias da teoria econômica neoclássica, a cooperação na sociedade cooperativa é constitucionalmente tão importante quanto o bem que o Direito Penal, ao tipificar o cartel, pretende proteger.

Por isso, a conduta dos cooperados precisa ser apreciada consoante a sua lesividade no plano fático. Envolvendo cooperativas, a tipificação do cartel precisa ter lastro bastante seguro em regras de experiência. Nestes casos, a análise de um injusto típico *ex ante* só se completa com a comprovação *ex post* da lesividade, sob pena de sua invalidação.

A cooperação suportada por cooperativas demanda uma interpretação do art. 173 da Constituição Federal Brasileira que reserva para o Direito Penal situações de *ultima ratio*, diante do risco de excesso por

⁴² Renato de Mello Jorge Silveira, *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. (São Paulo:Revista dos Tribunais, 2006), 13.

⁴³ «Essa partitura toca-se num compasso a quatro tempos. Do lado do passado: a memória e o perdão; do lado do futuro: a promessa e o questionamento. A memória que liga o passado assegurando-lhe um registro, uma fundação e uma transmissão. O perdão que desliga o passado imprimindo-lhe um sentido novo portador de futuro, como quando no final de uma mudança de jurisprudência, o juiz se liberta de uma linhagem de precedentes tornados ultrapassados. A promessa que liga o futuro por compromissos normativos, desde a convenção individual à Constituição, que é essa promessa que a nação fez a si mesma. O questionamento que, em tempo útil, desliga o futuro com vista a operar as revisões que se impõem para que na hora da mudança as promessas sobrevivam. (...) [N]ão basta dizer que memória, perdão, promessa e questionamento estão envolvidos nas relações dialéticas, como se se tratasse de dimensões ligadas, mas, contudo, ainda separadas. É preciso ir mais longe e mostrar que é no próprio seio de cada uma delas que a dialética opera: há muito esquecimento na memória e muita memória no perdão; da mesma forma, há muita indeterminação na promessa e muita fidelidade na revisão.» François Ost, *O Tempo do Direito*. Trad. por Maria Fernanda Oliveira. (Lisboa : Instituto Piaget, 2001), 18-19.

⁴⁴ Jorge Silveira, *Direito Penal Econômico...*, 161.

parte do Estado a afetar um bem jurídico tão relevante quanto a concorrência a ser defendida. O que impõe, diante das cooperativas, a ponderação de princípios constitucionais como a culpabilidade e proporcionalidade.

3. Identidade, Diferença e Empatia

3.1. *A importância da fenomenologia para o Direito Cooperativo no atual estado das artes*

Se a identidade e diferença têm sido preocupações constantes para as cooperativas, elas assumem feição de um dilema visível em suas realizações na ordem econômica: como expor os princípios de identidade cooperativa e promover fidelidade a eles em meio às manobras pelos consensos e às pressões por resultados? As respostas são irreduzíveis imediatamente à cognição sem um recurso a preconceitos.

Ao se tratar da ordem econômica, é cada vez mais recorrente no Direito um discurso erigido a partir da relação funcional. A ética assim compreendida não dá conta da carga emotiva numa preferência constitutiva do que seja um instituto cooperativo (sociedade, propriedade ou ato). Nessa linguagem notadamente informativa, a cooperativa aparece como uma atividade (meio) para a felicidade e sustentabilidade (fins). A cooperação então não aparece como um bem por si, mas como uma função neutra, objetiva e racional. Aparece como atividade, pois o que é bom só é mostrado em seu resultado: numa felicidade e numa sustentabilidade como objetivos (um desejo — a *felicidade* — a ser concretizado com responsabilidade social e ambiental - a *sustentabilidade*). O pensamento que «empurra» o que é bom para além da cooperação é o mesmo que só reconhece o bem para uma pessoa por ser prática; pensamento este que torna o bom e o belo algo subjetivos. E portanto difícil a percepção do que seja um bem comum.

A polaridade da cooperação na ordem econômica pode remeter, por outro lado, a uma devoção de vida e a uma vocação, ambas dirigidas ao bem comum como consumação de uma promessa. E não somente como resultado das relações entre vantagens e ônus, incentivos e sanções disciplinares, custos e margens. Mas, é muito importante ressaltar: ambos os sentidos não são excludentes. Ao contrário, são integrados.

Uma princiologia se mostra escorregadia para que uma comunidade dê conta dos seus desafios singulares nos seus momentos de inflexão em meio às pessoas aí, outras pessoas fora daí, comunidades di-

ferentes, entes constitutivos da sociedade civil e operações do Estado ou de mercado. Além de uma principiologia, não é ociosa uma fenomenologia dos valores consistentes dessa principiologia. Pois para afetar, quaisquer valores que essa principiologia suporte têm fundamento material, ainda que sejam também idealizados.

A fenomenologia, na identificação de um ente comunitário com um valor, é um reaprendizado em lidar com os atos pela preferência mais constante. Essa preferência constante expõe um valor vital existente para uma principiologia antes mesmo de sua positivação suportada pelo ente comunitário.

A fenomenologia então é relevante, porque qualquer argumentação erigida a partir da razão prática ou pragmática entre meios e fins não vai dar conta da carga emotiva numa preferência constitutiva. Fugirá ao argumento como reconstituir uma escolha memorável. Mesmo no mais prosaico acontecimento, algo extraordinário.

3.2. *A empatia na fenomenologia dos valores*

Em Immanuel Kant, Nicolai Hartmann se inspirou: a ontologia é uma teoria de categorias pressupostas. As categorias são então ferramentas teóricas para refletir e descrever os fundamentos do mundo. Em outras palavras, sistemática não se confunde com um sistema apriorístico com o qual se deduz uma razão em tudo. Trata-se, antes de tudo, de uma totalidade aberta ao acontecimento e às diferentes maneiras de ser que acontecem. Destarte, ontologia é antes uma investigação dessas maneiras categóricas (possibilidade, necessidade, contingência, transcendência, real, ideal, essência, existência etc.) e, de certo modo, gradativas ou integrativas de ser⁴⁵.

Mas Hartmann se distanciou de Kant ao reconhecer possibilidades de ser além dos objetos, de acessar os fenômenos além do conhecimento, de perceber antes mesmo de racionalizar. A fenomenologia é plataforma para esse salto. Em todo caso, há «algo» comum a todos os valores que se apresenta como uma pretensão de ser. É uma remissão à questão ontológica do valor. A percepção e a qualidade evidenciam o aparecer do valor como *algo*, ainda que sempre apareça para *alguém* em outro *algo* ou *alguém*. O valor então é um ideal absoluto que não se manifesta só no sujeito, nem se identifica inteiramente com um ob-

⁴⁵ Guilherme Krueger, *Cooperativas: Ontologia e Ética* (Saarbrücken: NEA, 2014), 71.

jeto. Mas, uma questão emergente é a impossibilidade de se reduzir o valor, ele próprio, a uma condição de objeto do conhecimento.

Para Max Scheler, os valores podem ser classificados em quatro tipos fundamentais, escalonados hierarquicamente: sensíveis (agradável/desagradável), vitais (nobre-vilão); espirituais (justo/injusto; belo/feio) e religiosos (santo/profano). A verdade, apreensível pela inteligência e não pelos sentimentos, não se enquadra propriamente entre os valores. A verdade é uma qualidade neutra do juízo⁴⁶.

Em que pese a formalização hierárquica aí, pessoa é o epicentro da ética de Scheler. Pode-se afirmar que sua ética é essencialmente personalista. A estrutura hierárquica dos valores se fundamenta na realidade da pessoa; é em si mesma o fundamento daquela. A realidade dos entes pessoais, por sua vez, remete à pessoa divina, cuja certeza da existência é uma evidência imediata decorrente da consciência da existência do ser que não é objeto.

Scheler entende a pessoa como a unidade fenomênica de ser dos atos possíveis. Isto significa que a pessoa não se confunde com a substância (coisa), nem com o espírito, nem com a unidade psicológica do eu. Nem mesmo se absorve nos atos, embora seja marcada por estes. A humanidade do ser é a sua integridade, e não sua decomposição (soma de espírito, corpo e psiquê). A humanidade se dá em sua vivência, no qual o transcendente se dá inteiro como intuição, percepção, desejo, lembrança, imaginação, fantasia, reflexão, valoração. Se o conteúdo da lembrança, fantasia, imaginação não se fixa, universais são o intuir, desejar, lembrar, fantasiar, imaginar, refletir, valorar sempre algo.

Para Scheler, um traço marcante da pessoa é a sua singularidade. Cada pessoa é única. Sua autonomia manifesta-se na visão pessoal do bem e do mal, bem como na autonomia de querer aquilo que é dado como bem ou como mal. Dessa singularidade e autonomia, decorre sua peculiar relação com o mundo. Não é parte deste, antes com ele se correlaciona. A realidade é sempre *para alguém*; é realidade intencional. O mundo das essências é sempre um mundo pessoal. Se pensar é evidência da existência; algo (uma essência) é evidência do pensar, já que quem pensa, pensa algo.

Mas essa autonomia face à existência mundana não significa ignorar a sua inerente abertura ontológica ao outro, visto que Scheler afirma ser a alteridade intrínseca ao ser pessoal. Com relação à alteridade, o resgate do amor, liberto de todas as formas de altruísmo solipsista é marcante no personalismo de Scheler. O amor manifesta-se

⁴⁶ Krueger, *Cooperativas...*, 104.

sempre na alteridade, o que o leva a afirmar que não é possível amar o bem, entendido como valor. Analisando na experiência prática o amor entre duas pessoas, Scheler o apresenta como potência de descoberta e dinamização de todas as potências valorativas na pessoa numa ascensão na escala *a priori* dos valores. O amor diz muito da essência do ser humano, que é o transcender a si mesmo para fazer-se diferente pelo bem do outro.

Com um pensamento bastante distinto, Scheler aponta na pessoa algo que comunga com Kant – um fim em si mesmo. Em Scheler, a pessoa é ponto de partida e de chegada na relação com o mundo⁴⁷. A alteridade então é um pressuposto ontológico evidente para a cooperação. Para entender a alteridade no personalismo de Scheler, é fundamental o conceito de empatia.

A empatia (*Empfindung = sentir por atravessamento*) é um *sentir-com outro*. Está na categoria dos estados afetivos, e não do apreender cognoscitivo. Distingue-se da compreensão e do contágio gregário. Este último limita-se a imitação dos mesmos sentimentos, tendências ou intenções de uma coletividade. É próprio dos grupos gregários animais ou das massas humanas. A compreensão, por sua vez, é uma espécie de vivência posterior à empatia, visto que, para Scheler, a empatia afeta a pessoa com uma identidade imediata no sentir do outro. A empatia permite, antes mesmo da sua reflexão racional, a mútua compreensão e comunicação existentes nas relações comunitárias, isto é, a empatia apresenta-se como o fundamento último destas⁴⁸.

A empatia é entendida como experiência vital da alteridade e sua manifestação originária dá-se no corpo como fenômeno de situação. A empatia apresenta-se como a percepção senciente (abertura) da realidade afetiva de outro ser senciente. Mais que isso, apresenta-se como a comunhão ao ser afetado (fundamento material da transsubjetividade axiológica), isto é, ao ser atravessado na abertura ao outro (inflexão) pelo sentimento mesmo que a subjetividade do outro vivenciou ou vivencia.

Esse corpo real e pessoal, como enfatizado por Edith Stein⁴⁹, que é afetado pela presença do outro na empatia, pode ser correlacionado com a memória em Santo Agostinho. Para ele, as relações da memória com o conhecimento e a vontade evidenciam a unidade trinitária constitutiva da alma que também é real e pessoal⁵⁰.

⁴⁷ Krueger, *Cooperativas...*,107.

⁴⁸ Krueger, *Cooperativas...*,108.

⁴⁹ Krueger, *Cooperativas...*,109.

⁵⁰ «Portanto, os três, memória, inteligência e vontade, não são três vidas, mas uma vida; e nem são três almas, mas uma alma, conseqüentemente, não são três substân-

3.3. *As madalenas de Proust: sua importância para a ideia de normalidade na análise de estruturas*

Neste ponto emerge uma importância da obra de Marcel Proust para além da arte literária. Central em sua produção uma investigação fenomenológica da relação entre tempo e memória numa diferenciação significativa que o resgata do risco de um objetivismo advindo do fetiche moderno pelo passado como sempre superado pelo presente em direção ao futuro e assim totalizar o tempo. Essa diferenciação como resgate é «*o tempo perdido*» que identifica suas obras⁵¹. Ela é assim apresentada por ele, a partir de suas madalenas⁵²:

Quantas vezes (...) não me pareceu ainda muito mais aflitivo que anteriormente não ter nenhum pendor para as letras e ver-me obrigado a renunciar de uma vez por todas a tornar-me um escritor famoso? Tanto me fazia sofrer esse pesar, enquanto me punha a cismar sozinho, um pouco afastado dos outros, que meu espírito, espontaneamente, em uma espécie de inibição ante a dor, deixava por completo de pensar em versos, em romances, em um futuro poético que minha falta de talento me vedava esperar. E então, muito fora de todas essas preocupações literárias e em nada ligados a ela, eis que de súbito um telhado, um reflexo de sol em uma pedra, o cheiro de um caminho, faziam-me parar pelo prazer único que me davam, e também porque pareciam ocultar, além do que eu via, alguma coisa que eles convidavam a colher e que me era impossível descobrir, apesar dos esforços que fazia. (...) Claro que impressões desse gênero não iam restituir-me a perdida esperança de me tornar um dia escritor e poeta, pois estavam sempre ligadas a algum objeto particular desprovido de valor intelectual e sem nenhuma relação com qualquer verdade abstrata. Mas, pelo menos me davam um prazer irreflexivo, a ilusão de uma espécie de fecundidade, e assim me distraíam da

cias, mas uma só (...). Mas, são três enquanto são considerados em suas relações recíprocas, e não se compreenderiam mutuamente, se não fossem iguais; não somente quando cada um está em relação com cada um dos outros, mas também cada um em relação a todos. Não somente cada um está contido em cada um dos outros, mas todos em cada um (...). Concluindo, quando todos e cada um dos componentes da tríade se contêm reciprocamente, existe igualdade entre cada um e cada um dos outros, e cada um com todos juntos em sua totalidade. E os três formam uma só unidade: uma só vida, uma só alma e uma só substância». (Aurelio Agostinho, *A Trindade* (São Paulo: Paulus, 1994), X,11,18.

⁵¹ No caminho de Swann, À sombra das raparigas em flor, O caminho de Guermantes, Sodoma e Gomorra, A prisioneiras, A fugitiva e o Tempo redescoberto.

⁵² Marcel Proust, *No caminho de Swann*. 12.^a ed. Trad. Mario Quintana. (São Paulo: Globo, 1990), 49,174-179.

tristeza, da sensação de impotência que experimentava cada vez que me punha a buscar um assunto filosófico para uma grande obra literária. (...) [A]ssim iam se acumulando em meu espírito (como em meu quarto as flores que eu colheira durante os passeios ou os objetos que ganhara de presente) uma pedra onde brincava um reflexo, um telhado, um som de sino, um cheiro de folhas, imagens inúmeras e diversas debaixo das quais há muito tempo jaz morta a pressentida realidade, que me faltou vontade suficiente para descobrir.

Um dia, no entanto, (...) vi-me forçado, na falta de outra companhia, a recorrer à minha, tentando lembrar (...). E logo, como uma casca, romperam-se suas linhas e superfícies, mostrando-me um pouco do que ali se achava oculto, e tive um pensamento que não existia para mim um momento antes, que se formulou em palavras em minha cabeça, e isso de tal forma aumentou o prazer que havia pouco me dera a vista (...).

Sem confessar-me que aquilo que estava oculto (...) devia ser algo assim como uma bela frase, pois que aparecera sob a forma de palavras que me causavam prazer, pedi lápis e papel (...).

Jamais tornei a pensar em tal página, mas naquele instante, ao terminar de escrevê-la, (...), sentia que ela me havia desembaraçado tão perfeitamente (...) do que ocultavam atrás de si, que, como se fosse eu próprio uma galinha e acabasse de pôr um ovo, pus-me a cantar a plenos pulmões.

Mas como pensar a relação proposta por Proust entre tempo e memória como estrutura diferente da relação entre tempo e passado? Uma resposta possível é dada a partir das reflexões de Andrea Bonomi acerca da ideia de normalidade ao empregar a fenomenologia em análise de estruturas. Por horizonte de segundo plano, toda e qualquer pesquisa tem possibilidades de construção de um enunciado: um conjunto de princípios formais que impõem restrições às escolhas combinatorias do escritor⁵³:

Exatamente pelo fato de incidirem sobre possibilidades, estes princípios operam a um nível abstrato, o que equivale a dizer que se aplicam a classes ou categorias mais do que aos membros efetivos dessas categorias, de modo tal que sua identificação deve traduzir-se numa 'sinopse sistemática' do conjunto potencialmente ilimitado dos enunciados deriváveis de um número restrito de estruturas-base por combinação e transformação (...), é natural que tal formalização se oriente no sentido de uma algebrização da gramática.

⁵³ Andrea Bonomi, *Fenomenologia e Estruturalismo*. Trad. por João Paulo Monteiro et al (São Paulo : Perspectiva, 2004), 162.

Em comum entre Bonomi e Proust, há a distinção entre signo e ícone, conquanto o primeiro nada tem substancialmente em comum com o designado. Portanto pode designar algo que lhe é homogêneo como o que lhe for heterogêneo. Porém, a imagem refere-se à coisa por semelhança e diferença. Num objeto, a imagem já está mediada por alguma significação. Mas, o que é percebido como objeto, antes de aparecer num significado, já se entificou, isto é, está inserido pela atividade classificatória numa estrutura categorial. Portanto, é desejável que uma linguagem investigativa, em algum momento, saliente simultaneamente os traços formais e intrínsecos da expressão e os conteúdos cognoscentes sobre os quais opera a expressão. O significado de uma expressão não deve ser procurado fora da expressão. As expressões não se limitam a reproduzir estruturas temporais preformadas⁵⁴:

Portanto, o que é essencial à expressão e a diferencia de sua função indicativa ou informativa (que são próprias, respectivamente, do sinal e da própria expressão enquanto sinal, isto é, em seu estatuto «comunicativo») é a presença de uma intenção significante específica.

Tudo isso já coloca em questão as relações entre realidade, empatia e pensamento. E, mais uma vez, Proust, com suas madalenas, nos apresenta⁵⁵:

E acaso não era também meu pensamento um refúgio em cujo fundo me sentia oculto, até mesmo para olhar o que se passava fora? Quando via um objeto exterior, a consciência de que o estava vendo permanecia entre mim e ele, debruava-o de uma tênue orla espiritual que me impedia de jamais tocar diretamente sua matéria; esta como que se volatizava antes que eu estabelecesse contato com ela, da mesma forma que um corpo incandescente, ao aproximar-se de um objeto molhado, não toca sua umidade, porque se faz sempre preceder de uma zona de evaporação. Na espécie de tela colorida de diferentes estados, que minha consciência ia desenrolando simultaneamente enquanto eu lia e que iam desde as aspirações mais profundamente ocultas em mim mesmo até a visão puramente exterior do horizonte que tinha ante os olhos, o que havia de principal, de mais íntimo em mim, o leme em incessante movimento que governava o resto, era minha crença na riqueza filosófica, na beleza do livro que estava lendo, qualquer que fosse esse livro. Pois, (...) me

⁵⁴ Bonomi, *Fenomenologia...*, 147

⁵⁵ Proust, *No caminho...*, 86-87.

lembrara de o ter ouvido citar como uma obra notável pelo professor ou camarada que me parecia possuir naquela época o segredo da verdade e da beleza, meio pressentidas, meio incompreensíveis, e cuja posse era a finalidade vaga mas permanente de meu pensamento.

Depois dessa crença central que, durante a leitura, executava incessantes movimentos de dentro para fora, em busca da verdade, vinham as emoções que proporcionava a ação em que eu tomava parte, pois aquelas tardes eram mais povoadas de acontecimentos dramáticos do que, muitas vezes, uma vida inteira. Esses acontecimentos eram os que sucediam no livro que eu lia; na verdade, as personagens a quem afetavam não eram «reais», como dizia Françoise. Mas todos os sentimentos que nos fazem experimentar a alegria ou o infortúnio de uma imagem dessa alegria ou desse infortúnio; todo o engenho do primeiro romancista consistiu em compreender que, sendo a imagem o único elemento essencial na estrutura de nossas emoções, a simplificação que consistisse em suprimir pura e simplesmente as personagens reais seria um aperfeiçoamento decisivo. Um ser real, por mais profundamente que simpatizemos com ele, percebemo-lo em grande parte por meio de nossos sentidos, isto é, continua opaco para nós, oferece um peso morto que nossa sensibilidade não pode levantar. Se lhe sucede uma desgraça, esta só nos pode comover em uma pequena parte da noção total que temos dele, e ainda mais, só em uma pequena parte da noção total que ele tem de si mesmo é que sua própria desgraça o poderá comover. O achado do romancista consistiu na ideia de substituir essas partes impenetráveis à alma por uma quantidade igual de partes imateriais, isto é, que nossa alma pode assimilar. Desde esse momento, já não importa que as ações e emoções desses indivíduos de uma nova espécie nos apareçam como verdadeiras, visto que as fizemos nossas, que é em nós que elas se realizam e mantêm sob seu domínio, enquanto viramos febrilmente as páginas, o ritmo de nossa respiração e a intensidade de nosso olhar. E uma vez que o romancista nos pôs nesse estado, no qual, como em todos os estados puramente interiores, cada emoção é duplicada, e em que seu livro vai nos agitar como um sonho, mas um sonho mais claro do que aqueles que sonhamos a dormir e cuja lembrança vai durar mais tempo, eis que então ele desencadeia em nós, durante uma hora, todas as venturas e todas as desgraças possíveis, alguma das quais levaríamos anos para conhecer na vida, e outras, as mais intensas dentre elas, jamais nos seriam reveladas, pois a lentidão com que se processam nos impede de as perceber (assim muda nosso coração, na vida, e esta é a mais amarga das dores; mas é uma dor que só conhecemos pela leitura, em imaginação; porque na realidade o coração se nos transforma do mesmo modo por que se produzem certos fenômenos da natureza, isto é, com tamanho vagar que, embora possamos ver cada um de seus di-

ferentes estados sucessivos, por outro lado escapa-nos a própria sensação de mudança).

No transbordamento do pensado por Proust para além do romance, esta expressão moderna da narrativa ficcional, há algo que advém da palavra escrita entre o mito e a realidade. A escrita entre o mito e a realidade foi investigada na obra de Mircea Eliade, naquilo que comunga com os fundamentos da obra de Andrea Bonomi: o triunfo do signo sobre a tradição oral, isto é, do documento (sobretudo, mas não necessariamente escrito) sobre uma experiência vivida que só dispunha de meios pré-literários de expressão. Os mitos são linguagem primordial, com a qual há o aparecimento do constitutivo de ser humano⁵⁶:

Seja qual for a gravidade da atual crise do romance, a necessidade de se introduzir em universos «desconhecidos» e de acompanhar as peripécias de uma «história» parece ser consubstancial à condição humana e, por conseguinte, irredutível. É uma exigência difícil de definir, sendo ao mesmo tempo o desejo de comunicar com os «outros», os «desconhecidos», de compartilhar seus dramas e de suas esperanças, e a necessidade de saber o que pode ter acontecido. É difícil conceber um ser humano que não se sinta fascinado pela «recitação», isto é, pela narração dos eventos significativos, pelo que aconteceu a homens dotados da «dupla realidade» dos personagens literários (que refletem a realidade histórica e psicológica dos membros de uma sociedade moderna, dispondo, ao mesmo tempo, do poder mágico de uma criação imaginária).

Mas a «saída do tempo» produzida pela leitura —particularmente pela leitura dos romances— é o que mais aproxima a função da literatura da das mitologias. O tempo que se «vive» ao ler um romance não é, evidentemente, o tempo que o membro de uma sociedade tradicional reintegra, ao escutar o mito. Em ambos os casos, porém, há a «saída» do tempo histórico e pessoal, e o mergulho num tempo fabuloso, trans-histórico. O leitor é confrontado com um tempo estranho, imaginário, cujos ritmos variam indefinidamente, pois cada narrativa tem o seu próprio tempo, específico e exclusivo. O romance não tem acesso ao tempo primordial dos mitos; mas, na medida em que conta uma história verossímil, o romancista utiliza um tempo aparentemente histórico e, não obstante, condensado ou dilatado, um tempo que dispõe, portanto, de todas as liberdades dos mundos imaginários.

⁵⁶ Mircea Eliade, *Mito e Realidade*. 6.ª ed. Trad. Pola Civelli (São Paulo: Perspectiva, 2011), 164.

3.4. A importância da mimese para a função hermenêutica do Direito

Interessa aqui especificamente o que há de real entre o verossímil e o fantástico no tempo primordial dos mitos genéticos: a *mimese*, com a qual este tempo circula o tempo histórico numa função hermenêutica⁵⁷. Desta circulação e sua função, ocupou-se Paul Ricoeur no tomo I de sua obra *Tempo e Narrativa*, na qual apresenta a configuração, a refiguração e a leitura numa investigação de argumentos construídos pelo tecer da intriga que uma narrativa deixa transparecer, mas que é eclipsado da compreensão pelo modelo nomológico emergente da filosofia analítica de língua inglesa⁵⁸:

É preciso preservar o paradoxo do tempo no nivelamento que opera sua redução à simples discordância. Seria preciso, antes, questionar se a defesa de uma experiência temporal radicalmente informe não é, ela própria, o produto da fascinação pelo informe que é um dos traços da modernidade. Em suma, quando pensadores ou críticos literários parecem ceder à simples nostalgia de ordem, ou, pior, ao pavor ao caos, o que os move, em última análise, é o reconhecimento autêntico dos paradoxos do tempo, para além da perda de significado característica de uma cultura particular - a nossa.

A função hermenêutica desliza da linguagem originária dos mitos para a narrativa, onde permanecem integradas a mimese e a empatia como vivências. E portanto essa função hermenêutica recoloca desde sempre estas vivências como fundamentais para a descoberta das relações integrativas entre Direito e Justiça.

Aqui então merece menção a obra *O tempo do Direito*, de François Ost. Ele defende que a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: «*mais do que interditos e sanções, como outrora se pensava, ou cálculo e gestão, como frequentemente se acredita hoje, o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade*»⁵⁹. Se a aplicação da norma mobiliza um tempo próprio, carregado de sentido instituinte, na medida em que revive no pro-

⁵⁷ Guilherme Krueger, As cooperativas entre a verdade e a validade. «*Boletín de la Asociación Interancional de Derecho Cooperativo*». n.º 48, Deusto : Bilbao (2014):207-210.

⁵⁸ Paul Ricoeur, *Tempo e Narrativa*. Vol. 1. Trad. Constança Marcondes Cesar. (São Paulo : Papyrus, 1994),112-113.

⁵⁹ Ost, *O Tempo...*,14.

cesso a cena do conflito e mobiliza então o tempo social fundador arrancado à desordem inicial. Na narrativa se encontra a brecha entre a iniciativa e a alternativa. Com ela, se engendra uma concordância dos tempos: o valor da temperança como sabedoria do tempo. A memória então interage com o perdão, a promessa e o questionamento como categorias simultaneamente normativas e temporais. São conceitos diferentes, mas incluídos entre si, «*pois há muito de esquecimento na memória e muita memória no perdão; da mesma forma, há muita indeterminação na promessa e muita fidelidade na revisão*»⁶⁰. Em todo caso, pela narrativa, o tempo do Direito engendra (ou aborta) o ajustamento, enquanto fixa a ordenação axiológica de atos e fatos.

Então, o Direito é pensável como um justo mais que possível - aponta para a justiça perfeita e ao mesmo tempo encarnada. Mas, qual é o sentido desta afirmação? Expõe um ponto de partida para responder essa pergunta a série de artigos do saudoso Aquiles Côrtes Guimarães que foram publicados na revista *Fenomenologia e Direito* e todos intitulados *Para uma teoria fenomenológica do Direito: «a idéia de juridicidade como valor supremo da realização do justo possível. (...) A juridicidade é o métron, o paradigma, o valor acima do qual só encontraríamos a ordem divina como sua depositária»*⁶¹. Por que é a juridicidade o fio condutor do Direito? Porque o Direito é fundamentalmente decisões, definições, alguma forma, tendência à objetificação: positivizações possíveis do justo. Porquanto o justo permanece na intersubjetividade: indecível, indefinível, porque sem forma alguma entre a misericórdia e acerto de contas, entre o mérito de viver e a gratuidade da vida. O justo é o que há de *locanda*, de abertura no Direito ao seu devir, se bem sempre foi e é.

Servindo-me da lição de Emmanuel Carneiro Leão trazida na mesma revista⁶² arrisco a dizer que a juridicidade, conquanto se mostra num necessário decidir-se por um justo possível, é também, de certo modo, um retraimento do justo. Há um resto inalcançado de justiça que imediatamente já põe o justo para mais adiante do Direito, atraindo-o em sua historicidade. Então, no sofrimento desse resto de justiça inalcançada, posso também dizer que é antes a injusti-

⁶⁰ Ost, *O Tempo...*, 19.

⁶¹ Aquiles Côrtes Guimarães, «*Cadernos da escola de Magistratura Regional Federal da 2 Região: Fenomenologia e Direito.*» Vol. 4, n.º 1 (abr/set 2011), 65.

⁶² Emmanuel Carneiro Leão, «*Cadernos da escola de Magistratura Regional Federal da 2 Região: Fenomenologia e Direito.*» Vol. 1, n.º 2 (out. 2008/mar 2009), 15 e ss.

tiça que move o Direito. Sem alguma injustiça, não há Direito a se dizer⁶³:

«*Pois pensar consiste em deixar aparecer o que não pode ser pensado em todo esforço de pensamento. Esta aparição é o presente com que nos presenteia o não saber em todo saber, desde o desafio socrático no início da filosofia [oída hoti oyk oída - sei que nada sei]. Trata-se de um desafio salutar. Não confere apenas saúde e vitalidade, como sobretudo salva e preserva tudo do perigo de ser, como diz Platão no Diálogo, LEIS. (...) Certa feita, Nietzsche disse que o maior adversário da verdade não é o erro nem a mentira, é a convicção, isto é, a pretensão do pensamento de ser, sem não ser. (...) No pensamento, a angústia de ser reside em pretender que ser seja a exclusão de todo não ser. Tal pretensão é o cimento que fixa e consolida a paralisia de toda convicção. Revelando o perigo de não ser em ser, a fenomenologia restitui ao pensamento a liberdade do pensar.*»

Mas, se a justiça é *locanda* do Direito, como ela não se esfumaça deixando o Direito uma biruta que se volta e revolta em qualquer direção? Porque sua perfeição é necessariamente encarnada e pode portanto mostrar a sua face.

A carne é o limiar entre pessoa e mundo. O corpo encarnado evidencia que nada nos separa do mundo, mas paradoxalmente entre pessoa e mundo há um abismo: animais são mundo, mas só pessoas não se confundem com o mundo —pessoas têm potência para se perceberem destacadas do mundo e isso acontece ao atribuírem um sentido textual para si mesmas, para outrem e para as coisas além da pura e simples vivência— a sobrevivência e a sucumbência como sentidos de transitoriedade: conhecer, lembrar e imaginar como saber viver e morrer. O corpo neste texto é expressão de uma ambiguidade em que ser humano é nebuloso. Tem (e não tem) corpo; é (e não é) corpo. Nem a consciência é sempre ser; nem o corpo é sempre morada do ser. Na percepção do comportamento humano com a abertura a plúrimos temas entre *ser* e *ter* corpo, este emerge na realização do real como campo fenomênico⁶⁴.

⁶³ Emmanuel Carneiro Leão, *Pensamento contemporâneo* (Teresópolis : Daimon, 2013), 45.

⁶⁴ Guilherme Krueger, *Cooperação, concorrência e colusão: os casos de cooperativas de anesthesiologistas com domínio de mercado no Brasil*. « *Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa*. » n.º 26. Valência : CIRIEC España (2015), 160-161.

A narrativa encontra aqui o seu sentido originário e ela culmina numa perplexidade: a justiça perfeita não se mostra sem que antes se mostre a angústia extrema, que se expressa num brado de abandono. A justiça perfeita assume para si todo o sofrimento, toda a necessidade de ajuda da humanidade inteira. Assim, não é que haja nada além do Direito; há alguém cujo sofrimento é motor pela empatia a atrair à justiça o Direito por reflexão.

Se para o pensamento, tudo deixa vestígios do Nada, o acontecimento ético é o aparecimento do Outro que nada deixa para o Nada ao ocupar toda a vazies existencial. O vestígio então é anúncio de alteridade. Só na ausência impossível de si, reconhece-se totalmente o Outro, o que torna carne a visão plena do invisível. Carneiro Leão escreveu⁶⁵: «*casam-se paredes e se importam portas, mas é onde não há nada que se está em casa.*» Ouso compreender assim: só é casa, e não nada mesmo, porque há aí outrem.

4. Conclusão

A constituição da sociedade cooperativa como objeto só pode aparecer nas relações de identidade e diferença; texto e contexto; percepção e comportamento. O que se põe em questão é tanto a autossuficiência do dado, quanto a prioridade lógica e epistemológica do fatural sobre o possível. O que se postula é uma atividade constitutiva operante desde sempre. O comportamento de uma coisa nos confrontos com outras coisas que constituem seu mundo circundante precisa ser pensado também em relação imediata aos corpos que percebem as relações entre as coisas. E os confrontos entre as coisas percebidas e os corpos não são inteiramente explicitadas por efeitos de ações causais. Sem o primado da consideração sincrônica, qualquer análise diacrônica⁶⁶ não encontra garantia para seu rigor⁶⁷. Este é

⁶⁵ Emmanuel Carneiro Leão, *Pensamento contemporâneo* (Teresópolis : Daimon, 2013),49.

⁶⁶ a diacronia é pensada para o aparecimento das discontinuidades perceptíveis nas diferenças que são reveladas pela comparação entre estruturas, e não como esqueleto inteligível ou uma sequência causal, em todo caso, uma razão de caráter universal.

⁶⁷ Se uma estrutura já carrega uma sistemática, qualquer modificação de um elemento já acarreta a modificação de todos os outros, de modo que a imprescindibilidade de um dado originário (no caso, a cooperativa) já é um problema de rigor epistemológico. Não é a razão que está no foco, mas aquilo que escapa do discurso em qualquer análise temática.

um sentido diacrítico⁶⁸ das madalenas de Marcel Proust com relação às literaturas jurídica e econômica que abordam mais comumente as cooperativas.

Como Ricoeur postula⁶⁹, «o tempo se torna humano na medida em que ele está articulado de maneira narrativa; em compensação, a narrativa é significativa na medida em que se esboça os traços da experiência temporal». Ela, porém, demanda uma longa e difícil conversação entre a historiografia, a crítica literária e a filosofia fenomenológica⁷⁰. No que interessa ao ajustamento das cooperativas e dos dramas de seus cooperados afetados pelo que foi decidido em plenários do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal num intervalo de dez anos, o comportamento cooperativo no confronto com o concorrencial se mostra como referência para a ordem econômica constitucional, cujas ações causais elas e eles estão submetidos. Mas a cooperação precisa também ser investigada como comportamento em relação ao corpo perceptível, que não é uma coisa como as outras, mas a locanda das relações entre as coisas. Nos confrontos com a coisa percebida, o corpo não se limita a explicitar uma ação causal. Há uma função transcendental que unifica a multiplicidade das matérias sensoriais que se encontra numa relação de fundação recíproca com esse estrato material. Se essa função constitui o elemento formal no interior da vivência, com o qual se apreende a cooperativa como unidade sintética do vivido; por outro lado sua percepção tem seu campo de aplicação nos conteúdos primários, constituintes do estrato material. As cooperativas (texto) que Ministros dos tribunais superiores brasileiros percebem num determinado momento e de uma perspectiva espacial (contexto) já são desde sempre a contração de todas as perspectivas temporais e espaciais que já tiveram, que terão ou que poderiam ter delas. Uma contração que é possível pelos corpos como campos fenomênicos. E seus corpos não deduzem uma cooperativa dos seus perfis, mas percebem imediatamente estes perfis como perfis dela, articulações de um todo. Se o corpo procede à exploração da multiplicidade dos perfis da cooperativa para captá-las na complexidade de suas relações funcionais com o ambiente e com os outros, não há mero espelhamento na sua percepção.

⁶⁸ Por uma função diacrítica das línguas, um sinal gráfico acrescentado a uma letra ou uma entonação distinta de uma vogal introduz uma ênfase que modifica o sentido do que se declara (p. ex.: - pô, pai, pó pará!). A diacriticidade interdita que um termo esteja sempre restrito a uma única nuance temática. É o alusivo a chave que abre possibilidades de uma constelação temática.

⁶⁹ Ricoeur, *Tempo...*, 15.

⁷⁰ Ricoeur, *Tempo...*, 111-131.

A cooperativa entre a normalidade e a normatividade se define tanto pelas condições exteriores da percepção quanto o percebido é dependente de um texto alusivo. Daí as madalenas de Proust terem a ver (numa hipérbole⁷¹) com as cooperativas na ordem econômica constitucional: a possível fundação da ideia de normalidade e normatividade na qual a norma jurídica interpretada não é só uma sedimentação de um passado informado com vistas a um futuro projetado, mas diz uma também de uma narrativa sempre a vivenciar no interior de sua própria estruturação.

5. Referências bibliográficas

- AGOSTINHO, Aurelio, 1994. *A Trindade*. São Paulo: Paulus.
- ALIANZA COOPERATIVA INTERNACIONAL, «*Notas para orientación para los principios cooperativos*» 2015. Acesso em 17 de fevereiro de 2016. <http://ica.coop/sites/default/files/attachments/Guidance%20Notes%20ES.pdf>
- BIALOSKORSKI, Sigismundo, 2012. *Economia e Gestão de Organizações Cooperativas*. 2.ª ed. São Paulo : Atlas.
- BONOMI, Andrea, 2004. *Fenomenologia e Estruturalismo*. 2.ª ed. Trad. João Paulo Monteiro et al. São Paulo : Perspectiva.
- CASTORIADIS, Cornelius, 1995. *A instituição imaginária da sociedade*. 3a ed. Trad. Guy Reynaud. São Paulo: Paz e Terra.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas, 2008. «Cooperativas médicas e concorrência na jurisprudência do CADE»: In KRUEGER, Guilherme (coord). *Cooperativas na ordem econômica constitucional*. T. II. Mandamentos, Belo Horizonte.
- DE ALMEIDA, Sílvia Fagá; DE AZEVEDO, Paulo Furquim, 2012 «Cooperativas médicas: cartel ou legítima defesa». In KRUEGER, Guilherme; DA ROCHA, Lucila Carvalho Medeiros (coord.) *Aspectos jurídicos e econômicos das cooperativas de saúde*. Del Rey, Belo Horizonte.
- DE MIRANDA, Pontes, 2012. *Tratado de Direito Privado*. Vol 49. Rio de Janeiro: Borsoi.
- ELIADE, Mircea, 2011. *Mito e Realidade*. 6.ª ed. Trad. Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva.
- GICO JR, Ivo Teixeira, 2007. *Cartel: Teoria unificada da colusão*. Lex: São Paulo.
- GOYARD-FABRE, Simone, 2007. *Os fundamentos da ordem jurídica*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo : Martins Fontes.

⁷¹ Figura de pensamento em que a intenção expressiva aparece num excesso da expressão empregada. Por exemplo, o enunciado «o penso, logo existo» (*cogito, ergo sum*) é demonstrado pela dúvida hiperbólica: se Descartes duvida de tudo (mesmo daquilo que não duvida *de fato*), ainda permanece para todos uma certeza apodítica - a de que duvida.

- GUIMARÃES, Aquiles Côrtes, 2011. Para Uma Teoria Fenomenológica do Direito-III. *Cadernos da escola de Magistratura Regional Federal da 2 Região: Fenomenologia e Direito*. Vol. 4, n.º 1. Rio de Janeiro: TRF 2.ª Região, 2008
- HADDOCK-LOBO, Rafael, 2008. A herança da ética de Emmanuel Lévinas por detrás da desconstrução do Direito de Jacques Derrida. *Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2.ª Região : Fenomenologia e Direito*. Vol. 4, n.º 2 (out 2011/mar 2012). Rio de Janeiro : TRF 2.ª Região.
- HEIDEGGER, Martin, 1978. *Que é isto a filosofia; identidade e diferença*. trad. Ernildo Stein. Duas Cidades, São Paulo.
- INGLADA GALIANA, Elena y SASTRE, José Manuel, 2014. «Reflexiones sobre la globalización, pobreza y desarrollo: incidencia en las organizaciones de economía social». *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos* 116: 160-179.
- KRUEGER, Guilherme, 2015. Cooperação, concorrência e colusão: os casos de cooperativas de anestesiológicas com domínio de mercado no Brasil. *CIRIEC-España, Revista jurídica de Economía Social y Cooperativa*. n.º 26. Valência .
- , 2014. *Cooperativas: Ontologia e Ética*. Saarbrücken : NEA.
- , 2014. «As cooperativas entre a verdade e a validade». *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*. n.º 48, Deusto : Bilbao.
- LEÃO, Emmanuel Carneiro, 2013. *Pensamento contemporâneo*. Teresópolis : Daimon.
- , 2010. *Filosofia grega*. Teresópolis : Daimon.
- , 2008. O desafio da ética hoje em dia. *Cadernos da escola de Magistratura Regional Federal da 2 Região: Fenomenologia e Direito*. Vol. 1, n.º 2 (out. 2008/mar 2009). Rio de Janeiro: TRF 2.ª Região.
- LÉVINAS, Emmanuel, 2002. *De Deus que vem à ideia*. trad. Pergentino Stefano Pivatto *et al.* Vozes: Petrópolis.
- MEINEN, Ênio; GAUDIO, Ronaldo, 2015. «Sobre o diferencial estrutural e desafios das instituições financeiras cooperativas no ambiente regulatório brasileiro». *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, n.º 49, Bilbao: 137-179.
- MEIRA, Deolinda Aparício (coord.), 2012. *Jurisprudência cooperativa comentada*. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda.
- MORENO, Juan Luis. 2014. Los valores según la Alianza Cooperativa Internacional. *CIRIEC-España, Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa* n.º 25. Valencia.
- NETTO, Ana Maria Melo; DA SILVA, Alessandra Lopes; LEANDRO, Tainá, 2012. CBHPM: A conciliação entre a livre concorrência e a defesa da dignidade médica é possível? In: KRUEGER, Guilherme; DA ROCHA, Lucila Carvalho Medeiros (coord.). *Aspectos jurídicos e econômicos das cooperativas de saúde*. Del Rey, Belo Horizonte.
- OST, François, 2001. *O Tempo do Direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget.

- PALAZZO, Francesco, 1989. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Trad. de Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Fabris.
- PROUST, Marcel, 1990. *No caminho de Swann*. 12.^a ed. Trad. Mario Quintana. São Paulo: Globo (Em busca do tempo perdido; 1).
- RETOLAZA, José Luis, SAN-JOSÉ, Leire y RUIZ-ROQUEÑI, Maite, 2015. «Monetizing the social value: theory and evidence». *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* 83: 43-62.
- RICOEUR, Paul, 1994. *Tempo e Narrativa*. Vol. 1. Trad. Constança Marcondes Cesar. São Paulo: Papirus.
- SCHÜNEMANN, Bernd, 2002. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*. Trad. Teresa Rodríguez Montañéz. Madrid: Tecnos.
- SILVEIRA, Renato de MELLO, Jorge, 2006. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Derechos de autor

El *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo* es una revista de acceso abierto lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año, páginas y DOI si procede) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Copyright

The *International Association of Cooperative Law Journal* is an Open Access journal which means that it is free for full and immediate access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.