

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

WILLIAM TETSUO TEIXEIRA IWAKIRI

RE nº 201.819-1/RJ: A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS

CURITIBA
2008

WILLIAM TETSUO TEIXEIRA IWAKIRI

RE nº 201.819-1/RJ: A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS

Monografia apresentada à disciplina de
Direito Civil como requisito parcial à
conclusão do Curso de Bacharelado em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier
Leonardo.

CURITIBA
2008

TERMO DE APROVAÇÃO

WILLIAM TETSUO TEIXEIRA IWAKIRI

RE nº 201.819-1/RJ: A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

Nome do Professor(a)

Curitiba, __ de novembro de 2008.

RESUMO

É sem dúvida incontestável a importância do papel desempenhado pelas associações civis na sociedade contemporânea. À vista disso, A Constituição Federal de 1988, sob o influxo da “constitucionalização do Direito Privado”, consagra a liberdade associativa com ampla abertura e na qualidade de elemento indispensável à concretização de seu projeto democrático. Não era para menos. As associações civis despontam como importante fator de reunião de esforços coletivos e interesses comuns, a contribuir não apenas para a mobilização social em prol de atividades sociais e de representação judicial e política, mas também para o desenvolvimento das potencialidades humanas, diante do que florescem sob as mais diversas formas e tamanhos. Dessa forma, é natural o surgimento dos mais variados conflitos de interesses que reclamam resposta ao ordenamento jurídico. Tais conflitos, muito embora sejam em sua gênese de origem privada, não raro tomam contornos constitucionais, seja devido à relevante função pública desempenhada por tais organizações sociais, seja também pela colisão de direitos fundamentais que pode ocorrer em suas relações internas. Por tal motivo, é imperativa uma atividade jurisdicional atenta às particularidades das relações jurídicas de que participam as entidades associativas, de modo a não se tolher o potencial das organizações em estudo e, de outro lado, resguardar-se o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo e aos interesses da coletividade. É o que se vê do RE 201.819-8/RJ, julgado pelo Supremo Tribunal Federal. O referido caso servirá de base para se abordar as principais teorias que tratam da vinculação de entes privados aos direitos fundamentais, bem como para se tratar das peculiaridades das organizações associativas a serem consideradas no imbricamento de direitos fundamentais.

Palavras – chave: eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Associações civis. RE nº 201.819-8/RJ.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 06 |
| | |
| PARTE I: EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS..... | 09 |
| 1) Direitos fundamentais e o sistema da rígida separação entre o público e o privado..... | 09 |
| 2) A interpenetração entre o público e o privado e os direitos prestacionais..... | 12 |
| 3) A eficácia horizontal dos direitos fundamentais | 15 |
| | |
| PARTE II – AS ASSOCIAÇÕES CIVIS..... | 26 |
| 1) Evolução histórica: do repúdio, ao reconhecimento e à promoção..... | 26 |
| 2) O modelo adotado pelo Código Civil Brasileiro para as associações civis..... | 34 |
| 3) As associações em sentido estrito no contexto da Constituição Federal de 1988..... | 41 |
| | |
| PARTE III – A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS: O RE 201.819- 8/RJ..... | 45 |
| 1) A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e as associações civis na jurisprudência brasileira..... | 45 |
| 2) O RE nº 201.819-8/RJ..... | 55 |
| 3) A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das associações civis: o direito ao devido processo legal..... | 61 |
| | |
| CONCLUSÃO..... | 70 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 73 |

INTRODUÇÃO

Em 11 de outubro de 2005, a segunda Turma do Supremo Tribunal Federal julgou um caso que veio a se tornar paradigma para a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas: o RE 201.819-8/RJ.

Pela primeira vez assiste-se a manifestação explícita da Corte Suprema brasileira acerca do tema, também conhecido por eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ainda que não se tenha tomado partido por uma ou outra corrente doutrinária.

Em que pese se tratar de discussão presente no Direito Constitucional desde a década de 50 do século XX, sobretudo na Alemanha e nos Estados Unidos, a dogmática jurídica brasileira apenas recentemente tem tratado do assunto.

Antes disso, porém, verificam-se casos de extensão de direitos fundamentais às relações de direito privado, sem, contudo, a devida fundamentação necessária para tanto, o que em muito contribui para a imprecisão científica na abordagem da matéria, bem como a falta de clareza das decisões judiciais e, por conseguinte, a insegurança jurídica.

Por essa razão, apesar de a doutrina já ter como firmada a necessidade de extensão dos direitos e garantias individuais aos atores privados, são inúmeras as discussões acerca do grau e forma com que se deva dar tal vinculação.

Nesse contexto, acrescenta-se que hoje os direitos fundamentais não se encontram ameaçados apenas pelo poder público, mas também por particulares que não raro detém domínio sócio econômico tal que, face a outros particulares, transfiguram-se em verdadeiros “poderes privados”, e muitas vezes submetem sua vontade à coletividade, ao arrepio dos direitos fundamentais, mas com a suposta proteção da autonomia privada.

Casos há em que esse ente privado são associações civis, bem como organizações sem fins lucrativos, que, assim, dão surgimento a conflitos de interesses entre partes titulares de direitos fundamentais, ambas merecedoras de igual tutela pelo Estado.

Isso se dá devido à dimensão do papel realizado pelas associações civis na sociedade contemporânea, fruto de um forte estímulo ao ímpeto associativo, que

toma forma a partir da segunda metade do século XX e leva o constituinte de 1988 a erigir a liberdade de associação com dilatados contornos, atento à sua importância tanto para o desenvolvimento existencial do homem em comunidade, quanto para a união de esforços em torno de interesses comuns, sejam eles políticos, religiosos, sociais ou econômicos.

Trabalhos, portanto, que tragam à tona essa divergência e observem-na no contexto do caso concreto são necessários a se encontrar, caso a caso, o balanço entre a proteção da esfera de liberdade consubstanciada na autonomia privada e a promoção dos demais bens jurídicos e interesses constitucionalmente garantidos, como é o caso da liberdade associativa, no caso escolhido.

Diante disso, a partir da decisão judicial em enfoque, cumpre estudar os direitos fundamentais no contexto do constitucionalismo moderno e sua concomitante superação, com a interpenetração entre Direito Público e Privado, para, em seguida, abordar as teorias atinentes à extensão da vinculação dos direitos fundamentais às relações interprivadas, de modo a se aclarar tal vinculação que, por se tratar de onerar a um titular de direito fundamental o respeito ao direito fundamental de outrem impõe, por certo, aplicação diversa à da relação cidadão - Estado.

Ato contínuo, é necessário minudenciar as particularidades da liberdade de associação, com vistas ao correto equacionamento das questões judiciais que a tenham por substrato.

Para tanto, a devida compreensão das entidades associativas reclama sua análise histórica, a partir de sua divisão em três passagens, quais sejam, um primeiro momento de repressão ao ímpeto associativo, para se passar ao seu reconhecimento e, por fim à sua promoção.

Somente a partir de tal contextualização é possível se obter uma leitura de seu regramento pela legislação civil que seja consentânea com o seu incentivo conferido pela sociedade contemporânea.

Após, ao efeito de se adentrar, em específico, na problemática civil-constitucional das associações sem fins lucrativos, é de rigor delinear, ainda que com brevidade, o tratamento conferido pela Constituição Federal às organizações associativas.

Levadas a termo essas considerações, passa-se a unir as pontas e observar, na lide em análise, a incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no seio das associações civis.

Isso requer, por primeiro, visualizar o caso estudado no contexto das principais discussões travadas no Poder Judiciário sobre o tema. Dessa forma, há que se apontar as principais discussões jurisprudenciais envolvendo a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares, bem como as principais controvérsias jurisprudenciais envolvendo as associações civis.

Feito isso, passa-se ao enfrentamento da questão posta em juízo, com o posicionamento adotado pelos Ministros presentes no julgamento, com o ponto de vista de cada um e os debates estabelecidos em função disso.

Por fim, promove-se o cotejo entre a lide escolhida e o apanhado teórico reunido nas partes anteriores, com o intuito de se observar como se deu, no caso concreto, a extensão do direito fundamental em xeque aos particulares litigantes, bem como as particularidades que qualquer conflito entre a liberdade de associação, e seus consectários, e os demais bens constitucionalmente protegidos deve observar, sob pena de se infirmar o potencial transformador conferido pela Constituição às entidades associativas.

PARTE I – EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

1) *Direitos fundamentais e o sistema da rígida separação entre o público e o privado.*

Fábio Konder Comparatto leciona que a evolução histórica dos direitos fundamentais, de um modo geral, se entrelaça com a própria evolução do conceito e da função do Estado. Para além disso, uma vez que a Constituição representa também o núcleo essencial das decisões políticas delineadoras do Estado, a evolução dos direitos fundamentais confunde-se com o próprio surgimento do constitucionalismo moderno e, em um segundo momento, com o início do constitucionalismo social.¹

Tal posicionamento vai ao encontro da doutrina de Norberto Bobbio. Para o jurista italiano, os direitos do homem são o produto de conflitos históricos, que, no caso, nascem com o advento da modernidade e evoluem segundo o progresso histórico e técnico da sociedade².

Nesse contexto, é na modernidade que se identifica a origem histórica dos direitos fundamentais. Com o ocaso da organização social notadamente estamental, típica da idade média, presencia-se a um gradativo processo de assunção da igualdade, ainda que formal, entre os homens e de autonomia face ao poder estatal – em manifesta contraposição ao *ancién regime*, de cunho absolutista³.

Trata-se de reação da burguesia contra os desmandos ínsitos ao absolutismo predominante nas nações europeias, contrapondo à supremacia do interesse público a assunção de uma esfera de liberdade individual intangível ao poder estatal.⁴

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, pág. 13.

² São essas as três premissas apontadas pelo citado autor como o sustentáculo de suas proposições em BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campinas, 1999.

³ A esse respeito vide: GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

⁴ Observe-se que não se pode afirmar que o Brasil vivenciou o liberalismo, sobre o qual aqui se discorre. Ao contrário, conforme se verá por ocasião da abordagem da evolução histórica das associações civis, na parte

Na esteira dessa transformação, assoma imperativa a criação de instrumentos contra os arroubos autoritaristas típicos ao despotismo, diante do que os direitos fundamentais emergem enquanto direitos subjetivos a serem oponíveis frente ao Estado.

Dessa forma, nesse primeiro momento, está se a falar em liberdades negativas, a demandarem a omissão estatal no âmbito privado. São os chamados direitos de primeira geração, que, segundo Bobbio, correspondem aos direitos civis, mais especificamente, as primeiras liberdades exercidas contra o Estado⁵.

É dizer, de um lado, como corolário da teoria contratualista de Rousseau, assume-se a supremacia do interesse público, consubstanciada na superioridade do Estado na relação travada com o particular; de outro vértice, os direitos fundamentais constituem limites à intervenção estatal, liberdades públicas exercidas contra o poder constituído, delimitando uma esfera de liberdade individual infensa à ingerência do poder público.

Nesse sentido, Luis Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzik ensinam que é *“do exame dessas liberdades (os direitos de primeira geração) que se revela a constituição da clivagem entre o público e o privado, uma vez que é precisamente na constituição de direitos subjetivos que estabelecerá os limites da atuação do Estado.”*⁶

Seguindo o pensamento dos supra aludidos autores, a partir de tal clivagem, os direitos fundamentais manifestam uma externalidade e uma internalidade. *“Externamente, esses direitos eram vistos como limites, searas de não-intervenção, espaços de liberdade que se projetam verticalmente. Integra a seara do público – ou seja, do Estado – aquilo que se coloca na externalidade desses limites.”* Por outro lado, *“tais limites possuem, porém, uma internalidade, que constitui o espaço intangível de atuação do indivíduo: a espacialidade privada.”*⁷

segunda deste estudo, a intervenção do ente público nos domínios do privado sempre se fez muito forte no Brasil da época, de feições paternalistas e de forte controle social.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Obra citada*, pág. 41.

⁶ FACHIN, Luis Edson, RUZIK, Carlos Eduardo. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pág. 91.

⁷ FACHIN e RUZIK. *Ob. Cit.* Pág. 91.

Nessa quadra, prosseguem os autores, assegurar o exercício dos direitos fundamentais restringe-se à garantia dessa especialidade privada, o palco jurídico do pleno exercício da liberdade individual, livre da intervenção do Estado.

É por isso que, sob o prisma da orientação liberal burguesa, predominante na época, reputa-se suficiente à concretização dos direitos fundamentais o livre estabelecimento de relações interprivadas, sob a égide de um Direito Civil cuja racionalidade encontra supedâneo na defesa da liberdade individual, encarada de forma generalizada e abstrata e, por isso, adstrita a um enfoque puramente formal do indivíduo.

Cumprir observar que essa dicotomia entre um ordenamento jurídico público e um ordenamento jurídico privado desenvolveu-se de modo a alçar a Constituição ao núcleo do direito público – encerrando a organização política do Estado e os direitos fundamentais – e o Código Civil, por sua vez, ao lugar “Constituição do homem privado”.

Dessa forma, o âmbito de incidência dos direitos fundamentais – e de toda a Constituição – circunscreve-se à relação entre o indivíduo frente ao Estado. Ao abrigo da Constituição, o ordenamento privado, construído em torno do Código Civil, impera, sobranceiro, entre as relações interprivadas, pautado na suposta neutralidade do ente público face à esfera privada, do que se infere a assunção de uma legalidade tão somente formal, a animar uma noção de justiça puramente retributiva.

No seio dessa internalidade, erige-se a propriedade privada enquanto principal instituto do direito civil, a qual, ao lado do contrato e da família, compõe o sustentáculo da codificação civil oitocentista.

Conforme ensinam Fachin e Ruzik, é a propriedade, sob a perspectiva do individualismo jurídico, o principal meio de realização dos direitos humanos⁸.

Nesse contexto o contrato assume o papel de instrumento de regulamentação da autonomia privada, bem como de transmissão, ou melhor, de aspecto dinâmico, da propriedade.

⁸ FACHIN e RUZIK. *Ob. Cit.* Pág. 94.

Por sua vez, a instituição da família no Direito Civil do século XIX não poderia escapar a outro panorama.

É dizer, o tratamento jurídico da família oitocentista encontra-se centrado em suas relações patrimoniais, bem como na manutenção de um modelo patriarcal, hierarquizado e matrimonializado, ao agrado dos valores burgueses da época.⁹

Nada obstante, tal situação não perdura por muito tempo: o divórcio entre o sujeito de direito e o sujeito concreto, imerso no descaso, na pobreza e ignorado pela ciência jurídica, levaram à ruptura do modelo teórico aqui delineado, impondo ao direito uma transformação radical em sua estrutura, de modo a adequar-se à realidade descortinada pelos reclamos sociais. É esse o momento histórico abordado a seguir.

2) A interpenetração entre o público e o privado e os direitos prestacionais.

A derrocada da pretensa neutralidade do Estado frente à esfera das relações privadas se dá ante o grave quadro de desigualdade social, desencadeado por ocasião da Segunda Revolução Industrial, situação essa cujo enfrentamento encontra-se além das possibilidades do Estado Liberal.

Nessa quadra, torna-se cada vez mais claro que o projeto humanista idealizado pelo iluminismo encontra-se embargado, mercê do conservadorismo burguês que também deixou sua marca na seara jurídica.

A esse respeito, Fachin e Ruzyk apontam que a mencionada clivagem entre público e privado perde sentido, eis que posto em xeque a concepção burguesa de igualdade formal.

Isso, continuam os autores, acarreta um choque entre a estrutura tradicional do Direito Civil e seu novo viés, de cariz repersonalista, fruto de sua constitucionalização.

⁹ LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 01/03.

Diante de tal quadro questionam: *“A estrutura da codificação, herdada, de um momento histórico em que público e privado apresentavam fronteiras que, pretendia-se, serem absolutas, e no qual os direitos fundamentais eram imponíveis em sua externalidade, para o espaço público, mas não tinham eficácia para gerar deveres em relações interprivadas, seria, ainda, apta a dar conta da realidade contemporânea?”*¹⁰

No influxo desse movimento, Paolo Grossi aduz que o jusnaturalismo acaba por desembocar no mais agudo Positivismo Jurídico¹¹.

Os primeiros indícios de reação contra tal ordem dos fatos podem ser encontrados no aparecimento das doutrinas socialistas, utópicas e científicas, e em outros eventos históricos tais como a Revolução Russa de 1917, entre outros não menos relevantes, como as rotineiras e massivas greves de trabalhadores nos séculos XIX e XX.

Observe-se, ainda que de passagem, que o temor causado por movimentos revolucionários como o responsável pela queda da Rússia czarista por certo consistiu em fator catalisador das reformas governamentais que conduziram ao Estado Social.

Assim, a continuidade do aludido projeto humanista passa a demandar prestações positivas do Estado em prol da promoção dos direitos individuais. É comum ver-se, nesse período de transição, o surgimento das primeiras leis regulando a relação de trabalho, no âmbito das relações sociais.

Tal fato consubstancia um evidente avanço da atuação estatal sobre o espaço da então sacrossanta autonomia negocial, a denotar um embrionário processo de superação da mencionada dicotomia entre espaço público e privado, ou melhor, a interpenetração entre as esferas do público e do privado, antes tidas por incomunicáveis.

Assiste-se, diante disso, na esteira do pensamento trilhado por Norberto Bobbio ao surgimento dos chamados direitos fundamentais prestacionais, ou de segunda geração.

¹⁰ FACHIN e RUZIK. *Obra. Citada.* p. 93.

¹¹ GROSSI, Paolo. *Obra citada.* P. 114.

Nesse cenário, o poder público chama para si o desempenho de uma série de tarefas antes relegadas ao setor privado, tidas por indispensáveis à manutenção das condições de vida da população.

Assim, a satisfação das numerosas demandas exigidas ao Estado Social levam-no a um inevitável processo de agigantamento de sua estrutura.

No mesmo influxo, ante a presença sufocante do ente público nos mais diversos campos da sociedade, há um vultuoso incremento na demanda por regulação estatal, a desencadear um descompasso entre a necessidade de leis e a produção legislativa.

Nesse contexto desponta a crise do *Welfare State*, ao que se sucede uma redução da atividade estatal na seara privada, com a conseqüente assunção, por parte de atores privados, de tarefas essenciais à promoção dos direitos humanos, cujo encargo cabia prioritariamente ao Estado Social. É a fase da globalização da economia, sob a égide do neoliberalismo econômico.

Nesse contexto, fica cada vez mais claro que o poderio econômico de muitos atores privados tem acarretado cada vez mais violações aos direitos humanos, de forma que surgem teorias que buscam proteger os direitos fundamentais contra qualquer ameaça, seja oriunda do Estado, seja de qualquer ente privado.

Dessa forma, a continuidade do projeto democrático que anima a teoria dos direitos fundamentais encontra óbice em uma desigualdade social causada pela própria disparidade econômica entre os entes privados, o que requer a proteção dos direitos fundamentais nas relações travadas entre tais sujeitos. Como resposta, surge a teoria da força normativa da Constituição e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Segundo a teoria da força normativa da Constituição, a Carta magna deixa de ser apenas uma carta política, consagradora dos direitos fundamentais e sede do estatuto jurídico do Estado, ausente de normatividade, para ganhar juridicidade e aplicabilidade inerente a qualquer norma jurídica. Torna-se, ademais, limite ao poder legislativo e parâmetro hermenêutico para toda a legislação ordinária.

No mesmo sentido ruma a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Para a referida teoria, a Constituição passa a ser concebida também como objetivação dos valores mais importantes da comunidade política que a institui, de modo que impõe a interpretação de todo o Direito de modo a potencializar sua concretização¹². Disso se infere o dever do Estado de defender ativamente os direitos fundamentais, e não apenas abster-se de violá-los.

É possível dizer que tais teorias consubstanciam pressupostos ao posterior desenvolvimento da extensão dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, tema sobre o qual se passa a expor.

3) *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.*

Os debates mencionados no final do capítulo anterior demonstram a preocupação da ciência jurídica em concretizar o programa constitucional referente aos direitos fundamentais na esfera do privado.

Na atualidade, a necessidade de vinculação das relações privadas aos direitos fundamentais é hoje tema pacificado na doutrina. Todavia, sobejam questões carentes de equacionamento, como é o caso da intensidade com que há de se dar tal incidência, uma vez que, conforme observa Robert Alexy, “*a relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direito fundamental e um não titular de direito fundamental. Ao contrário, a relação cidadão/cidadão é uma relação entre titulares de direitos fundamentais*”.¹³

É dizer, valendo-se do que aduz Daniel Sarmento, o anseio de realização do compromisso constitucional de promoção dos direitos humanos não pode redundar em uma extensão às relações interprivadas, do método de aplicação dos direitos fundamentais na relação entre o cidadão e o Estado, sob pena de,

¹² MARINONI, Luiz Gulherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 71/72

¹³ Tradução livre do original: “(...) *La relación Estado/ ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. Em cambio, La relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales.*” ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. P. 515.

ignorando a advertência de Alexy, asfixiar-se a espontaneidade das relações humanas.¹⁴

Posto isso, cumpre observar o desenrolar da discussão doutrinária que culminou na extensão dos direitos fundamentais às relações privadas, o que tem início no final da década de 50 do século XX, nos Direitos norte-americano, alemão e português.

Aponta Gilmar Ferreira Mendes¹⁵ que a discussão doutrinária sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas teve início na Alemanha e nos Estados Unidos – sob o rótulo da “state action”.

Nos Estados Unidos, os direitos consagrados constitucionalmente somente incidem no espaço “privado” quando o particular desempenhar alguma função típica do poder público, por força do que se convencionou chamar de “public function theory”.¹⁶

Já na Alemanha, o debate acerca da extensão dos direitos fundamentais às relações privadas toma forma, segundo Gilmar Ferreira Mendes em torno de três casos paradigmáticos: o “caso *Lüth*”, o “caso *Blinkfüer*” e o “caso *Wallraff*”¹⁷.

Diante disso, a vinculação do ente privado aos direitos fundamentais na Alemanha dividiu-se em torno de duas vertentes principais, quais sejam, a teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas e a teoria da eficácia imediata ou direta.

É indireta ou mediata a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais que se dá somente após processo legislativo que venha a estender os

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 326.

¹⁵ STF. RE nº 201.819-8. 2ª turma, rel.p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. DJ 27/10/2006.

¹⁶ SARMENTO. *Ob. Citada*, p. 190.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemão*. In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 121. Abordar tais litígios escapa às dimensões do estudo aqui desenvolvido, motivo por que, para uma maior compreensão do tema ver: MENDES, Gilmar Ferreira. *Obra citada*.

direitos fundamentais ao campo do direito privado¹⁸. Como se vê, é uma posição intermediária entre a negação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a sua assunção de forma imediata.

Isso se daria sem prejuízo da utilização dos direitos fundamentais enquanto vetores interpretativos da normativa privatística, principalmente no processo de interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Essa é a teoria majoritária na Corte Constitucional da Alemanha, a qual pode ser observada a partir dos casos acima expostos, julgados pelo Tribunal Constitucional Alemão.¹⁹

De outro lado, a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, suscitada pela primeira vez por Hans Carl Nipperdey²⁰, defende que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais se dá independente de mediação por parte do legislador²¹. É uma corrente minoritária na Alemanha, embora prevalente em outros países como Portugal e Espanha,

Além disso, a dogmática constitucional alemã possui ainda outras teorias acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Convém, aqui, mencionar as proposições de Robert Alexy e Klaus Wilhelm Canaris.

A posição de Canaris perfilha-se próxima à da eficácia indireta. Sustenta, basicamente, que os direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico alemão vinculam, de forma direta, apenas o Estado. Todavia, a este incumbe não só a abstenção de violar o direito fundamental do sujeito, mas também protegê-los em face de ameaças provenientes de particulares.

¹⁸ SARMENTO. *Ob. Citada*, p.200.

¹⁹ Segundo Gilmar Ferreira Mendes, entre os autores que defendem a eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais destaca-se Günher Dürig e Konrad Hesse. Ver.: MENDES, Gilmar Ferreira. *Obra citada*. P. 123

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Obra citada*. P. 125.

²¹ SARMENTO. *Obra citada*. P. 327.

Diante disso, o aludido autor formula duas funções distintas dos direitos fundamentais, qual sejam a defensiva – denominada de “proibição de intervenção” – e a protetiva – denominada de “imperativo de tutela”.²²

Por tal motivo, enumera o autor a existência de dois planos em que o operam os direitos fundamentais. Há o da vinculação direta e imediata do legislador aos direitos fundamentais, por força de previsão expressa da Carta Magna alemã (artigo. 1º, nº 3); e, de outro lado, o plano da aplicação e desenvolvimento judicial do Direito Privado, segundo o qual o Judiciário, enquanto parte integrante do Estado, também não deve abster-se de violar os direitos fundamentais em suas decisões, mas também buscar sua efetiva proteção.²³

O segundo plano mencionado, o da aplicação e desenvolvimento judicial do Direito Privado constitui o cerne da teoria dos deveres de proteção, tida por uma terceira via na polêmica entre eficácia horizontal direta ou indireta.

Por sua vez, Robert Alexy adota uma posição conciliatória, que une as teorias da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, teoria da eficácia direta ou imediata e a teoria dos deveres de proteção. Seu fundamento para tanto é o fato de que tais teorias conduzem a resultados equivalentes, a despeito de terem premissas diferentes, pois assumem que, na relação privada, ao contrário da relação entre cidadão e Estado, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais. Além disso, todas elas acordam que a vinculação dos entes particulares aos direitos fundamentais se sujeita a uma gradação, mediante o método da ponderação de interesses²⁴.

Posto isso, propõe o autor um modelo com três níveis de efeito. O primeiro deles é o dos deveres do Estado, em que se aplica a teoria da eficácia mediata, pois que, nesse nível, importa que o magistrado, enquanto integrante do Estado, encontra-se adstrito à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, quando da aplicação e interpretação do Direito Privado.

²² CANARIS, Klaus Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. pág. 239.

²³ CANARIS, Klaus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. De Ingo W. Sarlet e Paulo da Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. pág.132.

²⁴ ALEXY, Robert. *Obra citada*. Pág. 520

Em um segundo momento, encontra-se o nível dos direitos frente ao Estado, a prevalecer a teoria dos deveres de proteção. Nessa perspectiva, o cidadão tem o direito, frente ao Estado, de ver sua causa de direito privado decidida de modo que não contrarie seus direitos fundamentais.

Por fim, o terceiro nível é o da relação entre sujeitos privados, em que se encontra a teoria da eficácia imediata. Aqui adverte o autor para que, nesse âmbito, não se faça uma mera substituição do Estado pelo cidadão, pois que se trata de uma relação entre dois titulares de direitos fundamentais.

Uma última observação sobre o trabalho de Alexy deve ser feita. O jurista alemão entende que a eficácia horizontal, em qualquer dessas três manifestações, não atenta contra a subsistência do Direito Privado, pois que na maioria dos casos, dentro da moldura estabelecida pela Constituição, coexistem várias posições possíveis, dentro das quais, primeiramente, cabe ao legislador escolher entre elas a mais consentânea à promoção dos direitos fundamentais. A solução adotada pelo Legislativo vincula o julgador; afastar-se dela exige o ônus da argumentação, isto é, provar a inaptidão da solução adotada pelo legislador à proteção dos direitos fundamentais em jogo.

Antes de adentrar no estudo da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas no Direito Brasileiro, cumpre realizar uma breve abordagem do assunto no ordenamento jurídico português.

A Constituição Portuguesa, ao contrário do texto constitucional alemão, prevê expressamente a vinculação das entidades públicas e privadas aos direitos fundamentais.

Dessa forma, entendendo como incontestado a adoção da teoria da eficácia imediata no ordenamento jurídico português, José Joaquim Gomes Canotilho²⁵ aponta que a atual divergência encontra-se na necessidade de soluções diferenciadas, conforme o “referente” de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto e considerada a sua multifuncionalidade.

Diante disso, o constitucionalista português enumera quatro grupos de eficácia horizontal de direitos, liberdades e garantias: i) a eficácia horizontal

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. pág. 1242/1252.

expressamente consagrada; ii) a eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada; iii) eficácia horizontal imediata e mediação do juiz; iv) poderes privados e eficácia horizontal; v) núcleo irreduzível da “autonomia pessoal”; e vi) direitos subjetivos públicos e direitos subjetivos privados.

É necessário apontar que, na doutrina de Canotilho, tais grupos devem ser tomados como “medidas de decisão” do caso concreto. Em um primeiro momento, encontra-se o julgador adstrito à mediação feita pelo legislador, do que só se afasta para conferir operatividade prática à função de proteção dos direitos, liberdades e garantias.

A doutrina brasileira, segundo trabalho realizado por Daniel Sarmiento²⁶, segue, em sua maioria, a teoria da eficácia direta e imediata, a qual se tem como a mais adequada ao modelo constitucional brasileiro.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais encontra-se no núcleo da constitucionalização do Direito Civil, conforme lecionam Fachin e Ruzyk, de modo tal que a Constituição não mais representa apenas o papel de mera carta política, para assumir também um caráter de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico²⁷.

À vista de tal fenômeno, sustentam os autores, que a superação da incomunicabilidade entre público e privado torna inegável o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais em relações travadas por particulares, eis que a tutela e a promoção da dignidade da pessoa humana fundamentam toda a ordem jurídica, e não apenas o Direito Público, vinculando, por isso, a todos, indistintamente.

Ao efeito de se evitar que a própria aplicação dos direitos fundamentais não acabe por recair nos mesmos moldes abstracionistas vigentes sob o paradigma do positivismo jurídico, advertem os autores que se faz inarredável o recurso ao método tópico sistemático, que tenha por ponto de partida o sofrimento do homem contemporâneo, enquanto sujeito concreto, sob pena de se transmutar a constitucionalização do Direito Civil, e bem assim a eficácia horizontal dos direitos

²⁶ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*. Pág. 244.

²⁷ FACHIN, Luis Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Obra citada*. p.100.

fundamentais, em mero discurso de legitimação, ausente de conteúdo emancipatório.²⁸

Sarmiento adota o mesmo entendimento.

Aponta, para tanto, que nossa Carta Magna é intervencionista e social, dotada de farto elenco de direitos sociais e econômicos, cuja orientação compromissória exige a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas.

Conforme o aludido doutrinador, é o que se depreende, ademais, do primeiro objetivo fundamental de nossa República, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária, “*que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos*”.²⁹ É dizer, a base ideológica da Carta de 1988 difere do substrato ideológico das Constituições que impunham a separação estanque entre Estado e sociedade civil, o que, historicamente, sempre serviu de argumento contra a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas.

Assim, seguindo o pensamento trilhado pelo constitucionalista, a teoria da eficácia indireta ou mediata não pode, pura e simplesmente, ser importada à nossa dogmática, ante a diferença entre o cenário constitucional brasileiro e o alemão, berço da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, aponta que a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, surgiu logo após um inaudito governo nacional-socialista. Sendo assim, ao contrário da Constituição brasileira – que, por sinal, é farta em prestações sociais –, silencia acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Afora isso, a linguagem adotada pela nossa Constituição, segundo o citado autor, na maioria dos direitos e garantias elencados no artigo 5º passa a idéia de uma vinculação passiva universal.

Sarmiento acrescenta que a vultosa assimetria e injustiça de nossa sociedade, que, por óbvio, é muito maior do que a de qualquer país de primeiro mundo, exige que a adoção da eficácia imediata seja questão não só de direito, mas também de ética e justiça.

²⁸ FACHIN, Luis Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Obra citada*. p.103.

²⁹ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*. Pág. 237.

Outra não é a opinião de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem a opressão econômica presente em nossa realidade social anima a necessidade da vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais.³⁰ Além disso, acrescenta que o fundamento dessa eficácia direta no ordenamento brasileiro repousa no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em um outro momento, Sarmento foca-se no afastamento das críticas que se tem dirigido contra a teoria da eficácia direta e imediata.

Inicialmente, aponta o descabimento da alegada restrição excessiva à autonomia privada, asseverando que esta não é valor absoluto e deve ser ponderada com os outros direitos e interesses constitucionais. Isso, é claro, levando em conta as especificidades da relação interprivada em tela³¹.

Salienta, nesse sentido, que, uma vez que a autonomia privada somente existe quando o agente desfruta de mínimas condições materiais de liberdade, a eficácia direta e imediata não atenta contra a autonomia privada, ao contrário, promove-a em seu sentido mais pleno, em que foi erigido pelo constituinte.

Também não subsiste o argumento de caráter antidemocrático da teoria da eficácia direta, uma vez que não se está a questionar a primazia do legislador na concreção dos direitos fundamentais. Para que essa prioridade seja afastada, incumbe ao julgador o ônus da argumentação, mais especificamente, provar que a solução pré-disposta pelo legislador ao caso concreto incorreria em inconstitucionalidade.

Além disso, defende o autor que a Constituição enquanto norma cujo guardião é o Poder Judiciário consubstancia o substrato de legitimidade democrática da teoria da eficácia direta, até porque o respeito aos direitos fundamentais constitui pressuposto material inafastável da democracia.

Da mesma forma, não prospera, segundo o autor, a objeção atinente à insegurança jurídica, pois que se trata de corolário natural do amplo recurso às

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais e Direitos Privados: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais” In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107/163.

³¹ Acerca do método da ponderação, confira: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação Racionalidade e Atividade Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

clausulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que se tem feito, típicos do paradigma pós-positivista do Direito. Diante disso, importa mesmo é a elaboração de *standards* para a aplicação de cada direito fundamental nas relações privadas, o que Alexy denomina de “relações de precedência condicionada entre princípios”.

Acrescente-se, por oportuno, que a segurança jurídica não é o único valor ambicionado por nosso ordenamento jurídico, dado que ao seu lado há o valor constitucionalmente consagrado da justiça social.

Por fim, o argumento de perda de autonomia do Direito privado não é procedente, na opinião do autor. Isso porque, em face da supremacia hierárquica e força normativa da Constituição, todo o Direito encontra-se permeado de valores, princípios e diretrizes que encontram assento no texto constitucional.

Nesse tocante, Fachin e Ruzyk salientam que arrimar-se em um suposto prejuízo à precisão conceitual e à autonomia das disciplinas para se buscar afastar a constitucionalização do Direito Civil consubstancia inaceitável fetichização, fruto de uma racionalidade sistêmica fechada, *“que encara o direito como realidade ontológica e um fim em si mesmo, e não como instrumento para o atendimento das demandas impostas para a concretização da dignidade da pessoa.”*³²

De sua parte, Ingo Wolfgang Sarlet também pugna pela adoção da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Isso, contudo, respeitada a incumbência precípua do legislador em conferir concreção aos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para tanto, sustenta o constitucionalista a existência de uma zona de confluência entre a chamada eficácia vertical, a vincular o poder público, e a vinculação direta dos particulares, consubstanciada no fato de que lesões a direitos fundamentais tanto podem partir do ente público como do ente privado, merecendo, em ambos os casos tutela jurisdicional em seu socorro.³³

³² FACHIN, Luis Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Obra citada*. p.101

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Obra citada*, pág. 147.

Ademais, esclarece que não há respaldo na constituição para outra teoria senão a da eficácia direta, ao menos, no que concerne às *“hipóteses que não tenham por destinatário exclusivo o poder público”*.³⁴

Contudo, adverte que o desfecho de cada caso que necessite da vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas se sujeita a um juízo de ponderação com o princípio da autonomia privada.

Nesse ponto o aludido autor encontra apoio na doutrina de Sarmento, para o qual o balizamento dos limites à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais demanda resolução via ponderação entre a autonomia privada e os demais direitos e garantias constitucionais em questão.³⁵

Isso porque, segundo aduz Canotilho, o excesso na tarefa de vincular os particulares diretamente aos direitos fundamentais pode culminar em confisco substancial da autonomia pessoal.³⁶

Não é outro o entendimento de Sarmento. Para o autor, em determinadas áreas, submeter os particulares aos direitos fundamentais pode incorrer em *“asfixia da espontaneidade das relações humanas, à homogeneização forçada do comportamento individual, a partir de apuras tidas como ‘politicamente corretas’, à custa do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais”*.³⁷

Diante disso, prossegue, vivências afetivas, enquanto manifestação de opções existenciais e personalíssimas não podem ser direcionadas pelo Direito, para que não se sacrifique a autodeterminação individual ínsita ao princípio da dignidade da pessoa humana, a qual representa a mais significativa restrição à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Por tal motivo, Alexy assevera que essa ponderação compete prioritariamente ao legislador, transferindo-se ao julgador somente diante de lacuna

³⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *Obra citada*, pág. 152.

³⁵ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*. p. 260.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Obra citada*. p.1.158.

³⁷ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*. p. 269.

normativa ou da inadequação da aplicação da lei frente aos preceitos constitucionais³⁸.

A esse respeito, aponta o jurista alemão que, nesse processo, a integridade do Direito Privado resta incólume, na medida em que o afastamento da legislação ordinária esteja atrelado à imposição ao juiz da causa do ônus da argumentação de comprovar que a solução encontrada pelo legislador incorreria, no caso concreto, em inconstitucionalidade.³⁹

Ressai evidente, a partir dos ensinamentos dos autores supra aludidos, que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é operação que reclama aprofundado trabalho argumentativo por parte do intérprete, o que se faz sob os preceitos do método ponderativo, com o sopesamento entre a autonomia privada e o direito fundamental lesado, sempre com vistas às especificidades do caso concreto.

Tal tarefa requer a busca de *standards* que sirvam de balizamento à atividade jurisdicional, e confirmam maior clareza ao processo. Contudo, a abordagem detida da maior parte de desses parâmetros é empreitada que vai além do objeto de estudo do presente trabalho, à exceção daqueles afetos ao desfecho do caso escolhido para estudo, sobre os quais se tratará em específico na parte terceira da presente monografia.

Sem embargo, adiante-se, a maior parte da doutrina identifica na desigualdade fática entre as partes um dos principais fundamentos autorizadores à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Isso se deve ao fato de que a assimetria entre os entes envolvidos autoriza presumir a diminuição da esfera de autodeterminação do mais fraco, o que, por conseguinte, exige maior tutela do direito fundamental ameaçado, em detrimento da autonomia privada⁴⁰.

Aponta Sarmento que tal presunção encontra esteio em um dos papéis essenciais dos direitos fundamentais, qual seja, o de proteção da pessoa humana contra o poder. Sendo assim, no contexto da sociedade contemporânea, não se pode deixar de considerar as lesões a direitos e garantias individuais perpetradas

³⁸ ALEXY, Robert. *Obra citada*. p. 514.

³⁹ ALEXY, Robert. *Obra citada*. p. 521.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*. p. 261.

por particulares com manifesto domínio social ou econômico, observado, é claro, os direitos fundamentais de que tais entes também são titulares.

O autor enfoca, também, a hipótese de renúncia a direitos fundamentais, apontando dois critérios para aferir sua validade: se a vontade do particular foi de fato estreme de qualquer condicionamento alheio, e se tal renúncia não incorre em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou ao núcleo essencial de qualquer direito fundamental do indivíduo.

Observe-se, além disso, que, para o citado constitucionalista, é excepcional o dever do particular proteger direito fundamental de outrem, ameaçado por lesão ocasionada por terceiro, pois que lhe faltam os instrumentos para tanto. Isso, todavia, não exime o particular do respeito à dimensão prestacional dos direitos fundamentais.⁴¹

Da mesma forma, cite-se o critério da natureza da relação jurídica em questão, apontado pelo autor em destaque. Em se tratando de relações de caráter existencial e personalíssimo, a proteção à autonomia privada deve ser forte, ao passo em que questões de índole econômica e patrimonial comportam maior intervenção na esfera da autonomia privada

Essa é, em linhas gerais, o “estado da arte” da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Passa-se, a seguir, a abordar-se o estudo das associações civis, para, por fim, retomar-se o estudo da extensão dos direitos fundamentais, dessa vez, no contexto das associações civis.

PARTE II – AS ASSOCIAÇÕES CIVIS.

1) Evolução histórica: do repúdio, ao reconhecimento e à promoção.

Em nosso contexto social atual, as associações civis despontam como um valioso instrumento de representação democrática, de tutela coletiva de direitos e de espaço de desenvolvimento da personalidade humana.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*. p. 258.

Não era para menos. Ao longo de toda a história da humanidade pode-se perceber a inata veia agregativa do ser humano. Por conta disso, a associação, enquanto instituição social datada de tempos imemoriais, sempre teve um papel fundamental no curso das transformações históricas, sem embargo de sua trajetória histórica irregular.

Dessa feita, seria mais do que natural esperar-se um tratamento pelo Direito à altura de seu destaque na composição da sociedade. Contudo, não foi o que se pôde observar durante boa parte da história.

Adotando o mesmo recorte histórico empregado para caracterizar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, percebe-se, a partir dos ensinamentos de Rodrigo Xavier Leonardo⁴², que a trajetória das associações sem fins lucrativos pode ser compreendida em três “passagens”: um primeiro momento de repúdio ao movimento associativo, passando-se, em seguida, ao reconhecimento do direito de associação e, por fim, à promoção da associação pelo Direito.

Conforme já apontado no capítulo anterior, a transição da idade média para a idade moderna é marcada pela passagem de uma sociedade notadamente estamental, a um modelo essencialmente atomista.

No que interessa ao desenvolvimento do presente trabalho, cumpre apontar que tal período encerra, segundo Leonardo⁴³, a mudança de uma concepção corporativa da sociedade para uma concepção individualista, característica dos tempos modernos.

É dizer, trilhando o entendimento do autor supra mencionado, o pensamento medieval se encontra marcado pela noção de “corpo”, ou seja uma entidade supra-individual orientada por um fim próprio, de modo tal que o indivíduo medieval não é considerado de *per se*, e sim, a partir dos grupos aos quais, inelutavelmente, se integra. Tal estrutura de organização social persiste no *ancien régime*, ainda que com a incorporação de particularidades históricas da época.

Em sua essência, tanto o modelo associativo medieval quanto o modelo renascentista são marcados por uma acentuada desigualdade social, eis que a identificação entre os membros decorrentes da união em grupos implica

⁴² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. Tese de doutoramento apresentada perante o curso de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2006.

⁴³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*. Pág.. 08.

diferentes e sucessivas vantagens, conforme se vê dos monopólios erigidos pelas corporações de ofício, em detrimento aos demais não associados.

Justo por tal motivo que o pensamento filosófico iluminista apresenta aversão a esse modelo associativo, pugnando, em contraposição, pelo desmantelamento de qualquer organização intermediando a relação entre indivíduo e Estado, ideal esse assimilado pelos revolucionários de 1789.

Não é a toa que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 3º, dispõe que: *“o princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação ou estamento, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane expressamente dela.”*

Como se pode ver, o pensamento individualista então ascendente vislumbrava nos corpos secundários uma inaceitável intromissão na autodeterminação individual, o que na seara econômica, convém aos interesses burgueses em quebrar de monopólios comerciais e qualquer empecilho à acumulação e livre circulação de bens⁴⁴.

Assim, avulta claro que a repressão às corporações e associações profissionais se afigura como um importante passo rumo ao aniquilamento das fundações do *ancien regime*.

E isso não foi nada fácil. Como aponta Leonardo, tal cerceamento da liberdade de associação encontra óbice na *“própria ausência de uma diferenciação clara entre a liberdade de reunião e a liberdade de associação, e a inexistência de uma distinção entre as inúmeras espécies de associações (corporações de profissionais, corporações de trabalhadores, clubes, confrarias) dificultaram uma tomada de posição definitiva sobre o tema.”*⁴⁵

Nessa perspectiva, não é difícil entender o motivo por que o Código Napoleônico silencia acerca das associações civis e, por outro lado, o Código Penal francês de 1810 tipifique a reunião de mais de vinte pessoas sem autorização governamental.

⁴⁴ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza: *Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 472.

⁴⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 13.

Diante do evidente quadro desfavorável ao seu desenvolvimento, as principais entidades associativas da época, segundo leciona José Afonso da Silva, eram os partidos políticos⁴⁶.

Trata-se de evidente manifestação da consolidação do individualismo político, em cuja esteira a repressão ao direito de associação, para além de significar a ruptura com o antigo regime, passa a representar um importante papel de controle social, em especial de contenção de corporações ou sindicatos de trabalhadores, no seio das quais se engendrou diversos movimentos socialistas e anarquistas⁴⁷.

Sem embargo, como era de se esperar, prevalece a índole associativa do ser humano, e as associações não deixam de se multiplicar, ainda que à margem do Direito Positivo, sob a forma de agrupamentos de fato.

Dessa feita, tal situação impõe sua assimilação pelo ordenamento jurídico, de modo que as associações sem fins lucrativos passam por uma nova passagem, qual seja, ante a impossibilidade de sua proibição, passa a ter o seu reconhecimento e desenvolvimento controlados pelo ente público.

É o que se vê, conforme aponta Leonardo, da análise do contexto histórico da Itália recém unificada, em que se sobressaem três principais acontecimentos que forçaram o legislador a tomar providências a respeito do assunto: o crescente desenvolvimento das atividades profissionais, como ocorre no caso dos consórcios, a chamada doutrina social da igreja, fundada na necessidade de se conter o avanço socialista e o advento do fascismo e da teoria corporativista, sob o pretexto de composição dos conflitos entre trabalhadores e empregadores.⁴⁸

Nessa quadra, o exercício da liberdade da associação foi comodamente incorporado ao Direito Civil francês, ao argumento que se trataria de fruto da liberdade contratual, em consonância com o modelo liberal então vigente.

⁴⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 266.

⁴⁷ Tal fenômeno pode ser ilustrado com a descrição, feita por Victor Hugo – em seu romance histórico *Os Miseráveis* –, da efervescência revolucionária que pairava em Paris, no ano de 1817: “Nessa época, aparentemente indiferente, certa onda revolucionária corria vagamente. Sopros, vindos das profundezas de 1789 e de 1792, pairavam no ar. (...) Um princípio de mistério ameaçava a ‘ordem estabelecida’, a qual era suspeita e dissimulada. Sinal do mais alto grau revolucionário. O pensamento oculto do poder encontra nas valas o pensamento oculto do povo. A incubação das insurreições dá a réplica à premeditação dos golpes de Estado. Ainda não havia na França de então estas vastas organizações subjacentes, como o tugenbund alemão e o carbonarismo italiano; mas, aqui e ali, escavações obscuras ramificando-se. A Cougourde esboçava-se em Aix; havia em Paris, entre outras filiações desse gênero, a sociedade dos amigos do ABC.” HUGO, Victor. *Os miseráveis*. Vol. I. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 616/617.

⁴⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 30/31.

Tal controle ocasiona o surgimento das mais variadas categorias de associações sem fins econômicos: sindicatos, associações políticas, associações religiosas, associações de mútuo-socorro, a receberem tratamento diferenciado nos diversos ordenamentos jurídicos.⁴⁹

E sob tal signo florescem as associações sem fins lucrativos, podendo ser notado, ao longo da primeira metade do século XX, uma série de incentivos diretos e indiretos visando à promoção do comportamento associativo.

Trata-se da “terceira passagem” das associações sem fins lucrativos, na esteira do reconhecimento de sua importância ao progresso econômico e social, um direito fundamental inerente à idéia de democracia que, por isso, reclama não apenas o desatamento das amarras da subordinação estatal, mas também o advento de diversas inovações legislativas com o fito de propiciar a constituição e reconhecimento das aludidas organizações.⁵⁰

Sob tal estímulo, o século XX assiste a um significativo aumento não só do número de associações, mas também de recursos movimentados por tais organizações, bem como de empregos criados.

São várias as razões para tanto.

Desponta, no pós-guerra, a constituição de diversas organizações direcionadas à proteção dos direitos humanos.⁵¹ Por igual, presencia-se ao

⁴⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 36/37.

⁵⁰ A esse respeito, saliente-se que a liberdade de associação resta consagrada na Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, em seus artigos 20 e 23. Por igual, conforme estatuído no artigo 15 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, aos refugiados é assegurada a possibilidade de se reunirem em sindicatos em defesa de seus interesses, desde que, por óbvio, sem finalidades lucrativas e de caráter apolítico. Cite-se, também no âmbito da normativa internacional, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, artigo 22, prevê que “toda e qualquer pessoa tem o direito de se associar livremente com outras, incluindo o direito de constituir sindicatos e de a eles aderir para a protecção dos seus interesses. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições previstas na lei e que são necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança pública, da ordem pública e para proteger a saúde ou a moralidade ou os direitos e liberdades de outrem. O presente artigo não impede de submeter a restrições legais o exercício deste direito por parte de membros das forças armadas e da polícia.” Mais recentemente, em 2000, o artigo 12 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia reafirma a proteção da liberdade de associação e de reunião.

⁵¹ Nessa quadra, a *Human Rights Education Associates*, em trabalho de divulgação da liberdade de associação e de reunião, aponta organismos internacionais de defesa de tais garantias, entre elas: *Cairo Institute for Human Rights Studies*; *Conselho da Europa*; *Human Rights in China*; *Organização Internacional do Trabalho (OIT)*; *Serviço Internacional para os Direitos Humanos*; *Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos*. (HUMAN RIGHTS EDUCATION ASSOCIATES. *Liberdade de reunião e associação*. Disponível na internet em : http://www.hrea.org/index.php?doc_id=702. Acesso em 01º/09/2008). Da mesma forma, há a *Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover e Proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos*, de 1998, por meio da qual a Assembléia Geral da ONU pugna pela proteção dos defensores dos direitos humanos.

enfraquecimento dos partidos políticos, ante a cada vez mais ampla pluralidade social, de modo a demandar o aparecimento de organizações representativas não partidárias.

Outro ponto que merece destaque é o redimensionamento da relação entre o indivíduo e o Estado, isto é, o diálogo entre o campo do público e o do privado.

Nesse ponto, cumpre lembrar a falência do intervencionismo estatal, inerente ao modelo de Estado Social, fenômeno esse que, com a retração do ente público em diversos setores da vida social, redundou no surgimento de diversas organizações civis destinadas a desempenhar as tarefas antes encampadas pelo poder público.

Sob essa perspectiva, as associações civis vêm ampliando o seu espectro de atuação, para representar e tomar providências em favor de setores da sociedade com menor poder de influência sobre as políticas públicas.

Dentro desse contexto é possível situar as organizações do chamado “terceiro setor”⁵².

Importante, nessa quadra, é deixar claro que, apesar do desenvolvimento do chamado “terceiro setor” ocorrer dentro do contexto da crise do *Welfare State*, o crescimento no número de associações civis não se deu unicamente em função da diminuição da atuação estatal.

Para além disso, não mais se vê nas associações um inimigo à liberdade e autodeterminação individual; na atualidade as entidades associativas representam um instrumento a serviço efetivo das liberdades sufocadas pela burocracia estatalista e, mais, até como uma experiência em busca da superação dos entraves da democracia indireta calcada no atomismo do individualismo liberal.⁵³

Há, ademais, conforme aponta Leonardo, o florescimento de associações sem fins lucrativos enquanto manifestação da solidariedade nas

⁵² Veja-se, a esse respeito: “A denominação terceiro setor é altamente equívoca. Alguns autores, deliberadamente, alteram a ordem entre o que seria o primeiro e o segundo setor. É comum, ainda, perceber a confusão entre a expressão terceiro setor e a noção de setor terciário da economia (...) e o que é pior, no mais das vezes é comum procurar identificar o terceiro setor como um espaço neutro e não governamental de atuação da sociedade civil para o desenvolvimento de iniciativas de cunho social.” ⁵² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 65.

⁵³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 66.

relações sociais, bem como, nessa senda, desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, na medida em que consubstancia um palco para o desenvolvimento existencial da pessoa, no seio de agrupamentos pessoais regidos por uma lógica que não a hierarquia estatal, mas sim no consenso e compromisso mútuo.

Posto isso, cumpre apontar como se passou o desenvolvimento das associações sem fins lucrativos no Brasil, dentro do recorte histórico escolhido para o presente trabalho.

A Constituição do Império de 1824 se cala sobre o assunto, exceto para prever a proibição das corporações de ofício no artigo 179, inciso XXV⁵⁴.

Tendo em conta que a aludida Carta Magna é de inspiração liberal iluminista, ainda que com fortes matizes absolutistas, é possível vislumbrar nesse silêncio uma evidente reserva, mais, até mesmo repulsa com relação à liberdade associativa, típica do momento que aqui se convencionou chamar de primeira passagem.

Anote-se que, antes mesmo da Constituição do Império, a Lei de 20 de outubro de 1823 veio a proibir as sociedades secretas, conceito legal que albergava toda e qualquer sociedade que não se submetesse a um pedido prévio de autorização do governo,⁵⁵ com a conseqüente tipificação da conduta pelo Código Penal de 1830⁵⁶.

Esse quadro, ao menos no que respeita ao plano normativo, mudou com a Constituição de 1891, a qual, sob influência do constitucionalismo norte-americano, elencou no rol de garantias do indivíduo a liberdade de associação, com amplos contornos⁵⁷. Nada obstante, em que pese a flagrante inconstitucionalidade,

⁵⁴ “Art. 179. (...) XXV. Ficam abolidas as Corporações de Offícios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.”

⁵⁵ “Art. IV. Serão consideradas Sociedades Secretas as que não participarem ao Governo a sua existencia, os fins geraes da associação, com protesto de que se não oppõem a Ordem Social, ao Systema Constitucional estabelecido neste Imperio, á Moral, e á Religião Christãa; os lugares e tempos dos seus ajuntamentos, e o nome do Individuo ou Individuos, que compozerem o governo da Sociedade, ou Ordem, e dos que depois se forem successivamente seguindo no mesmo governo.”

⁵⁶ “Art. 282. A reunião de mais de dez pessoas em uma casa em certos, e determinados dias, somente se julgará criminosa, quando fôr para fim, de que se exija segredo dos associados, e quando neste ultimo caso não se comunicar em fórmula legal ao Juiz de Paz do districto, em que se fizer a reunião. Pena – de prisão por cinco a quinze dias ao chefe, dono, morador, ou administrador da casa; e pelo dobro em caso de reincidência.”

⁵⁷ “§ 8. - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.”

foi mantida a repressão policial às associações, nos termos da supra mencionada lei.

Tal incoerência aumenta com o advento do Código Civil de 1916, ao se conceder às associações regramento comum ao das sociedades, o que divide a doutrina em dois entendimentos: os que negam qualquer distinção entre sociedades e associações e, de outro lado, os que deduzem a sua existência a partir de modelos de direito comparado.⁵⁸

Mesmo diante de tal indefinição, aponta Caio Mário da Silva Pereira que a doutrina sempre delineou um traço distintivo entre sociedade e associação, caracterizado pelo critério da economicidade. Todavia, ante a lacuna normativa, ensina o civilista que nenhuma obrigatoriedade havia que exigisse o emprego de uma ou outra designação, de modo que, sob o prisma legal, ambas eram tidas por termos sinônimos.⁵⁹

Seguindo a mesma senda trilhada pela Constituição de 1891, a Lei Fundamental de 1934 também garante, com amplidão, a liberdade de associação, dispondo expressamente à sua dissolução somente por sentença⁶⁰. Por igual, encontra-se a mesma previsão na Constituição de 1937⁶¹.

Contudo, a exemplificar mais uma vez o descompasso entre o desejo do constituinte e a realidade vivida no país, a ditadura do Estado Novo “revogou” a referida garantia, com o Decreto nº 10.358 de 1942, vindo, após, a exigir, para a constituição, prévia autorização do Ministério da Justiça e Negócios Interiores⁶².

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, vol. I: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 349/350.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obra citada*. P. 350.

⁶⁰ “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 12) É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária.”

⁶¹ “Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 9.a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes.”

⁶² “Art. 1. Sem prévia autorização do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, e sob as penas das leis em vigor, não poderá ser organizada ou fundada nenhuma entidade de pessoas naturais ou jurídicas, de fins assistenciais, filantrópicos, cívicos ou semelhantes, destinada a coordenar ou agremiar quaisquer atividades ou pessoas, invocando como objetivo os interesses de defesa nacional, sob qualquer dos seus aspectos. Parágrafo único. As associações idênticas às referidas neste artigo, organizadas ou fundadas após o decreto 10.358, de 31-8-42, só poderão continuar a funcionar depois de obtida a autorização”.

Acrescente-se que a Constituição de 1946, à luz dos influxos da redemocratização, segue a mesma linha, pois que, embora garanta a liberdade de associação, autoriza o órgão público competente a vetar a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer associação infensa à democracia⁶³.

É dizer, no limiar da primeira metade do século XX, em que muitos países começam a promover a tendência associativa, no Brasil a associação ainda é vista como potencial foco de insurgências contra o governo constituído.

Como era de se esperar, o golpe militar de 1964 terminou por apertar o cerco à liberdade de associação, tornando, com a promulgação do Ato Institucional nº 5, inócua a previsão constitucional da mencionada garantia na Constituição de 1967⁶⁴.

Foi somente com a chegada da Constituição Federal de 1988, e suas disposições inéditas sobre o assunto⁶⁵, que as associações sem fins lucrativos puderam gozar de um amplo terreno para o seu desenvolvimento.

Nesse ponto, o presente trabalho desemboca no estudo da 'terceira passagem' no Brasil, o que será objeto de estudo no final do presente capítulo, por ocasião da análise das associações civis sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Antes, porém, se faz necessário delimitar os contornos principais das associações civis no plano do Código Civil.

2) O modelo adotado pelo Código Civil Brasileiro para as associações civis.

⁶³ "Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 12 - É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária. § 13 - É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem."

⁶⁴ "Art. 150: (...) § 28 - É garantida a liberdade de associação. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial." Essa redação foi mantida após a Emenda Constitucional de 1969, muito embora, passasse a constar do artigo 153.

⁶⁵ "Art. 5º (...) XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;"

Como corolário do clima propício ao seu florescimento por ocasião da Constituição de 1988, as associações civis encontram hoje regulamentação legislativa dispendo acerca dos mais diversos tipos associativos.

Da mesma forma, em se tratando de somente vinte anos, pairam ainda muitas indagações acerca do assunto, o que se justifica ante a complexidade cada vez maior das relações sociais, bem como dos freqüentes conflitos de interesses que podem brotar em eu seio. A tornar o estudo das associações sem fins lucrativos ainda mais árduo, a dogmática jurídica nacional carece de estudos de fôlego a seu respeito.

Diante disso, o presente trabalho cingir-se-á ao enfoque das associações a partir de sua raiz constitucional – o que merecerá tratamento específico no capítulo seguinte – e do regramento dado pelo Código Civil de 2002, em seus aspectos estruturais básicos e indispensáveis ao enfrentamento do estudo proposto.

Nessa trilha, cumpre salientar que, a Constituição Federal garante a liberdade de associação com contornos bem elásticos, estabelecendo um raio de proteção tão amplo que autoriza inferir a existência de uma associação em sentido lato⁶⁶, de origem constitucional, cujas normas aproveitam a toda e qualquer organização de pessoas dotada de razoável estabilidade e destinada ao desenvolvimento de uma atividade comum, a englobar, por exemplo, sociedades e associações.

É por tal vastidão que, segundo o pensamento de Leonardo, a conceituação da associação torna-se tarefa de resultados duvidosos, pois que, para tanto, um conceito abstrato se mostraria insuficiente para cingir toda a realidade plural que se alberga sob a garantia constitucional⁶⁷.

Todavia, uma abordagem científica da matéria não pode escapar de apresentar um conceito de associação, mesmo ciente de tal óbice.

⁶⁶ "Em direito constitucional, o vocábulo associação tem sentido lato, não se restringindo, unicamente, ao tipo específico da lei civil, compreendendo, porém, a união orgânica, voluntária e permanente de pessoas físicas para a consecução de certos fins, que podem ser políticos, religiosos, morais, científicos, civis, comerciais, artísticos, literários, beneficentes, mutualistas e, em geral, os que tenham por objetivo o bem comum." CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, pág. 299. No mesmo sentido: SILVA, José Afonso. *Obra citada*, p. 267.

⁶⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, p. 90.

Nesse sentido, socorre-nos a doutrina de Pontes de Miranda, para a qual associação “é toda coligação voluntária de algumas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante”.⁶⁸

Posto isso, as disposições pertinentes do Código Civil, insertas em seus artigos 53 a 61, constituem, de acordo com a terminologia de Leonardo⁶⁹, as associações em sentido estrito, espécie daquele gênero mais amplo, identificada pelos seguintes traços distintivos: a) união de pessoas; b) organização; c) desenvolvimento de fins não econômicos⁷⁰.

União de pessoas. Aqui se localiza o suporte humano impreterível ao surgimento das associações. Daí porque Francisco Amaral caracterizar as associações a partir de seu aspecto principalmente pessoal (*universitas personarum*), traço que a distingue das fundações, marcada pela prevalência do aspecto material (*universitas bonorum*).⁷¹

A esse respeito, Leonardo aponta para a ausência de exigência quanto ao número mínimo de integrantes necessários à sua formação. Aponta, inclusive, a possibilidade de formação de associação de pessoas jurídicas, pois que, muito embora as sociedades civis tenham necessariamente fim econômico, não raro as associações de pessoas jurídicas se mostram como o meio mais proveitoso de satisfação de certas necessidades humanas básicas, conforme se vê nas associações de associações⁷².

Ao seu turno, Pontes de Miranda leciona que o vínculo em tal união de pessoas é muito mais intenso que a mera reunião de pessoas, muito embora o

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969* 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. p.608

⁶⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 99.

⁷⁰ São as características básicas inseridas no artigo 53 do Código Civil: Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

⁷¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 289.

⁷² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 104.

próprio ato de reunir se encontre implícito no de se associar, só que sob um caráter geral, físico e psíquico, redundando no surgimento de um substrato corporativo.⁷³

Na doutrina do citado autor, a noção de substrato corporativo é o principal traço distintivo da associação, que congrega todos os três elementos acima enunciados, de vez que a associação é, na sua essência, corporativa, formada por 'as-sociados', e não sócios, organizada de modo tal que, em seu bojo, pouco importa a individualidade, ante o fato de que seus membros apresentam-se indistintamente como um todo.⁷⁴

A esse respeito, a doutrina de Leonardo aponta que *“refere-se o substrato corporativo como uma representação da idéia de que, uma vez constituída a associação, a individualidade dos ‘as-sociados’ pouco interessaria para a entidade, pois esta tende a desenvolver-se autonomamente segundo a organização associativa.”*⁷⁵

Nesse rumo, continua o citado autor, *“o substrato corporativo (...) é elaborado com base em uma específica e determinada conformação de união de pessoas: a união corporativa.”*⁷⁶ Por tal motivo que, conforme ensina o autor, o artigo 53 do Código Civil alude ao substrato corporativo em seu artigo 53, parágrafo único ao dispor que *“não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos”*.

Dessa forma, segundo o autor em comento, inexistem vínculos jurídicos paralelos entre os associados, somente vínculo direto entre associado e associação, de modo que o titular detém somente uma posição jurídica de associado, impossibilitado de possuir bens ou direitos da associação, ou mesmo quota-parte.⁷⁷

O elemento agregador da associação, enquanto projeção da personalidade dos membros que nela ingressam, também se destaca em seu caráter *intuitu personae*, de forma que, conforme leciona Pereira, com a admissão de dado associado, este não adquire um título negociável, como se passam nas

⁷³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado: Tomo I: introdução: pessoas físicas e jurídicas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. p. 320.

⁷⁴ PONTES DE MIRANDA. *Obra citada*, p. 321.

⁷⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 126

⁷⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 127

⁷⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 128.

sociedades. Por tal motivo, continua o autor, o artigo 56 do Código Civil institui a regra da intransmissibilidade da qualidade societária, ao lado da dissociação entre a propriedade da quota e a condição de sócio.⁷⁸

Nada obsta, contudo, que se estipule a possibilidade da transmissão da qualidade de sócio por *causa mortis*, conforme se vê da parte final do aludido artigo.

Igual é o posicionamento de Paulo nader, para quem o artigo 56 do Código Civil tem natureza dispositiva, de modo que, sendo possível prever a transmissibilidade do quinhão ou cota, há que se falar em associações de tipo *aberto* ou *fechado*.⁷⁹

Organização. Dado que a união de pessoas para a constituição de uma associação não se dá com a mera aglutinação de pessoas, assoma claro que tal união exige uma estrutura organizativa mínima.

O código civil exige, para tanto, segundo Amaral, a imprescindibilidade de um órgão deliberativo e um administrativo⁸⁰.

Pontes de Miranda defende ainda a existência inafastável de um órgão presentativo, ao contrário de um órgão representativo da vontade da pessoa jurídica. Isso por que, no pensamento do aludido jurista, os atos externos da pessoa jurídica emanam dela própria, por meio de seus órgãos, e não de alguém que lhe faça as vezes⁸¹.

Diante disso, exsurge que a organização da associação viabiliza a sua atuação por conta própria, isto é, enquanto sujeito de direito que se relaciona com outros sujeitos de direito.

Cumprе anotar a observação de Leonardo, no sentido de que da liberdade de associação, delimitada com amplitude pela Constituição, encontra-se implícita a liberdade de escolha do tipo associativo e da forma associativa⁸².

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obra citada*, p. 352.

⁷⁹ Nader, Paulo. *Curso de Direito Civil: parte geral*. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 275.

⁸⁰ AMARAL, Francisco. *Obra citada*, p. 291.

⁸¹ PONTES DE MIRANDA. *Obra citada*. P.389.

⁸² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 109.

O desenvolvimento de finalidades não econômicas. À luz do contido no artigo 53 do Código Civil, é possível afirmar que, ao contrário do que se passa no âmbito das sociedades, para a constituição de associações civis pouco importa o objeto social, mas sim a sua finalidade não econômica.

Tal regra, conforme aponta Pereira, consubstancia o critério da não-economicidade, o qual representa elemento definidor e conceitual da associação previsto desde o Código Civil Alemão (BGB), em seu § 21.⁸³

Nesse sentido, Pontes de Miranda ensina a distinção entre objeto e escopo, qual seja, o objeto se projeta na atividade econômica que será desenvolvida, ao passo que o escopo na finalidade do desenvolvimento da atividade.⁸⁴

Sendo assim, ao código civil não importa que a associação desempenhe atividade econômica, contanto que sua finalidade seja sempre não econômica. É esse, portanto, o referencial das associações em sentido estrito, o que, segundo Leonardo, oportuniza o surgimento de um incontável número de organizações associativas absolutamente diferentes entre si, mas com um elemento essencial em comum.⁸⁵

Da mesma forma, Nery e Andrade Nery destacam que nada obsta que dada entidade associativa se engaje em atividades lucrativas, pois que o que não integra a essência da associação é sua não lucratividade, de modo que eventual *superávit* arrecado por ela deve ser nela própria reinvestido.⁸⁶

Para deixar mais clara tal diferenciação, veja-se o exemplo dado por Sílvio Venosa: *"devemos entender que a associação de fins não lucrativos é aquela não destinada a preencher fim econômico para os associados, e, ao contrário, terá fins lucrativos a sociedade que proporciona lucro a seus membros. Assim, se a associação visa tão-somente o aumento patrimonial da própria pessoa jurídica, como um clube recreativo, por exemplo, não deve ser encarada como tendo intuito*

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obra citada*. pág. 349.

⁸⁴ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado: tomo 49*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p.12.

⁸⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág.112

⁸⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Obra citada*. P. 238.

*de lucro. Diferente deve ser o entendimento no tocante à sociedade civil de profissionais liberais, em que o intuito de lucro para os membros é evidente"*⁸⁷.

Assim, a lei enseja às associações outra forma de subsistência que não a contribuição paga pelos associados, o que ressaí de todo adequado à consecução de suas finalidades de ordem moral⁸⁸ e à magnitude da função que a Constituição legou às associações no desenvolvimento democrático do país.⁸⁹

A questão da delimitação da expressão finalidade não econômica das associações é, inclusive, alvo de diversas leis, que acabam por desenvolver novos tipos associativos, tais quais: associações de finalidades públicas (Lei nº 91/35), organizações sociais (Lei nº 9.637/98) e as organizações sociais de interesse público (Lei nº 9.790/99).

Traçada uma breve anotação acerca dos elementos identificadores das associações em sentido estrito, tal qual regrado pelo Código Civil, cumpre agora fazer um breve apontamento sobre a natureza jurídica das associações civis.

Sob a vigência do Código Civil de 1916, por conta da ausência de distinção entre associações e sociedades, a opinião majoritária era a de que a associação teria natureza jurídica contratual, o que é incompatível com o contido no artigo 53 do atual Código Civil, que estabelece a inexistência de direitos e de obrigações recíprocas entre os associados.

Todavia, à luz do pensamento de Leonardo, a importância do substrato corporativo como o principal elemento caracterizador das associações em sentido estrito salienta a incompatibilidade da definição da natureza jurídica das associações a partir do contrato⁹⁰.

Isso porque, para o citado autor, tendo em vista que as associações caracterizam-se por serem *universitas personarum*, os interesse particulares dos

⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 277. No mesmo sentido vide: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obra citada*. P. 350.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obra citada*, p. 350.

⁸⁹ Nessa quadra, vide que o artigo 54, IV, do Código Civil exige que o estatuto das associações especifique as fontes de recursos para a sua manutenção.

⁹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág.134.

associados se diluem na organização corporativa, ao contrário das sociedades, cuja base contratual é reflexo das posições e interesse particulares de cada sócio.⁹¹

Ademais, continua, o regime jurídico dos contratos se presta a fins patrimoniais que contrastam com a finalidade extra-patrimonial de que se reveste a associação, principalmente quando considerada no contexto da “terceira passagem”.

Por tal motivo, ensina o mencionado civilista, a natureza jurídica das associações é melhor apreendida como um negócio jurídico organizativo, infenso à disciplina contratual e diretamente ligada à categoria do negócio jurídico.

Nesse ponto, seu posicionamento é acompanhado pela doutrina de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, para os quais as associações não se formam por contrato, e sim pela união de pessoas, sem direitos e obrigações recíprocos, o que as diferencia das sociedades, as quais seriam formadas a partir de contrato plurilateral⁹².

3) *As associações em sentido estrito no contexto da Constituição Federal de 1988.*

A Constituição Federal de 1988 firmou, com evidente amplitude, a garantia de liberdade de associação, ao consagrá-la em seu artigo 5º, incisos, XVII a XXI.

Seu cerne encontra-se estatuído nos incisos XVII e XVIII do artigo 5º, em cujo texto normativo pode se inferir a liberdade de constituição, bem assim a liberdade de adesão e a liberdade de escolha do subtipo associativo.

Nessa esteira, a constituição de uma associação em sentido estrito se dá independente de autorização estatal; basta, para tanto, o procedimento disposto na legislação civil atinente.

⁹¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág.134 e 137. O autor identifica ainda dois momentos em que avulta a diferença da associação em relação à sociedade o momento genético, em que se nota que os estatutos das associações não dispõe sobre direitos e deveres entre os associados, e o momento funcional, em que assoma o fato de que o associado não é titular de cota representativa do patrimônio social, mas tão somente de uma posição de pertinência ao grupo. Diante disso, a exclusão de um associado requer um procedimento interno com a associação no pólo ativo e o associado sujeito à sanção no pólo passivo.

⁹² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pág. 238.

É dizer, inexistente qualquer controle preventivo quanto ao reconhecimento de personalidade jurídica, assim como ingerência estatal relativamente ao seu funcionamento; limita-se o constituinte a delimitar formas de controle repressivo, exercido conforme se vê da vedação da constituição de associações voltadas a fins ilícitos e, em especial, paramilitares⁹³.

Anote-se, por oportuno, que isso não impede o exame das disposições estatutárias pelo Poder Judiciário, sob o crivo do princípio da legalidade e atendidos os ditames do devido processo legal.

Em verdade, a liberdade de associação e de regular funcionamento livre de intervenção estatal reclama que qualquer tipo de controle repressivo, tal qual sua dissolução, somente possa ocorrer mediante decisão judicial transitada em julgado, observadas, é claro, todas as respectivas garantias inerentes ao devido processo legal⁹⁴.

A seguir o mesmo caminho da ampla consagração da liberdade associativa no Direito Constitucional Brasileiro, o inciso XX do artigo 5º encerra a faceta negativa da liberdade de associação, consubstanciada na liberdade de não se associar e de não permanecer associado.

Trata-se de seara marcada por polêmicas, notadamente quando se está diante de associações marcadas por tal interesse público que imponham o controle da atividade mediante a atuação do agente sob a supervisão de uma dada associação.

Nesse contexto, a doutrina aponta a diferenciação entre associações obrigatórias e associações coativas. Por obrigatória se tem a associação que o Estado obriga a eventual interessado a proceder a sua constituição. De outra face, são chamadas de associações coativas as constituídas de ofício pelo poder público, mediante ato administrativo, o que, diante da garantia da liberdade de associação, é vedado no ordenamento jurídico brasileiro.⁹⁵

⁹³ Cumpre apontar que, “a ilicitude do fim associativo, perspectivada no ato constitutivo, gera conseqüências no plano da existência ou da validade, conforme o caso”. Por outro lado, “a atividade poderá ser lícita ou ilícita, mas não poderá ser nula”, considerando-se a ilicitude em face de algumas regras ou princípios específicos ou a todo o ordenamento jurídico. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 70

⁹⁴ Ressalte-se, contudo, o posicionamento de Pereira, no sentido de que a extinção das associações comportam três modalidades: a convencional, a legal e a administrativa. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obra citada*, p. 353.

⁹⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 73

Todavia, as associações obrigatórias existem em nossa realidade jurídica, sob o termo de associações induzidas, haja vista que não se verifica a obrigação, propriamente dita, de se associar, mas sim o ônus de associar-se a determinada associação para o desenvolvimento de certa atividade.

À evidência, trata-se de manifesta restrição à dimensão negativa da liberdade de associação, imposta a partir da preservação de outros valores constitucionalmente tutelados, após juízo de ponderação de valores.⁹⁶

Em seu inciso XXI, do artigo 5º, a Constituição Federal dispõe sobre a representação judicial e extrajudicial dos associados, a ocorrer somente quando expressamente autorizadas para tal. A questão da legitimidade para representar, ou substituir processualmente, seus associados, é assunto assaz discutido nos tribunais brasileiros, a ser abordada no capítulo derradeiro do presente estudo.

Aqui, é imperioso apontar para o amplo incentivo que a Constituição promoveu à constituição de associações.

De um lado, há o regramento constitucional das associações sindicais e das organizações político-partidárias; de outro a a cooperação de associações no planejamento das cidades previsto no artigo 29, incisos XII e XIII; acrescente-se, ainda, a menção expressa ao caráter promocional das associações, contido no parágrafo segundo do artigo 174, a imunidade tributária concedida às associações de assistência social abrangidas pelo artigo 150, inciso VI, alínea c e artigo 195, §7º, e, por fim, a participação de organizações representativas na assistência social, a rigor do contido no artigo 204.

Vinte anos após a promulgação da Constituição Federal, é possível ver o resultado de tais medidas na sociedade brasileira.

Segundo dados do IBGE⁹⁷, cerca de cinco por cento das entidades inscritas no cadastro central de empresas (CEMPRE) são associações sem fins lucrativos e fundações privadas. Contudo, tais organizações desempenham um papel modesto na sociedade, se comparado com a situação em outros países.

É possível apontar que tal ocorre em virtude do fato do governo brasileiro, a despeito de se encontrar ciente da potencialidade de atuação do

⁹⁶ O enfrentamento de tais questões pela jurisprudência, bem como de parâmetros para as decisões judiciais que vierem a compor litígios atinentes, será objeto de estudo do último capítulo do presente trabalho.

⁹⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2004. p. 21, 23 e 32.

“terceiro setor”, mantém uma rígida dependência das mencionadas organizações ao controle pelo ente público.⁹⁸

Isso chama atenção para os riscos decorrentes do excesso de intervenção estatal na área. Há que se cuidar para que não se incorra em generalizações que imponham um regime rígido de controle às associações que não mantenham correspondência entre si, quanto a sua função e estrutura, haja vista que não são todas as associações que desempenham relevante função pública com recursos públicos⁹⁹.

Trata-se de tendência que, conforme visto, vai de encontro ao novo papel assumido pelas associações em sentido estrito, enquanto valioso mecanismo de participação democrática, a oportunizar força, advinda da união de esforços e desígnios, para segmentos sociais que, desunidos, restariam aliados de voz em prol de políticas públicas em seu favor.

Nessa perspectiva, transcende-se a mera idéia de democracia puramente representativa – marcada por uma distância entre representante e representado tanto maior quanto se torna o maquinário burocrático que os separa –, em prol de participação na construção e consolidação da democracia, de modo a estender inclusão política, social e econômica aos mais diversos segmentos da sociedade.

É por tal motivo que o papel desempenhado pelas associações em sentido estrito reclama, no entender de Leonardo, um novo tratamento, consentâneo à dupla crise da pessoa jurídica, conforme expõe José Lamartine Corrêa de Oliveira.

Nesse contexto, Leonardo aponta para o fato de que a personificação das associações em sentido estrito, nos termos do artigo 45 do Código Civil, apresenta-se como controle estatal incompatível com as funções atribuídas pela Constituição às associações.¹⁰⁰

Tal exigência, no entender do autor, impõe um inaceitável óbice à atuação das associações nas ações coletivas, eis que são muitas as organizações que pela sua projeção social constituem núcleos institucionalizados para o exercício de direitos coletivos.

⁹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 75. O autor pugna pela adoção de um critério escalonado de controle estatal, mínimo com relação às associações em sentido estrito.

¹⁰⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág.188, 193 e 195.

Diante desse quadro, postula o jurista em questão que a restrição ao desenvolvimento de atividades por associações não registradas seja tida em caráter excepcional, e não como regra, tal qual consta do citado artigo¹⁰¹.

Com isso, encerra-se a abordagem das associações civis no presente trabalho, deixando-se à parte seguinte do estudo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das associações civis, a partir da análise do caso escolhido.

PARTE III – A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS: O RE 201.819-8/RJ.

Conforme já observado na parte primeira, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é tema cuja discussão doutrinária no Brasil é recente.

Por outro lado, muito embora não recebessem tratamento legislativo específico antes do advento do Código Civil de 2002, as associações civis sempre foram palco fértil para as mais diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Diante disso, antes de adentrar no estudo do caso objeto do presente trabalho, cumpre trazer à tona as principais discussões jurisprudenciais envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais ao âmbito das relações privadas.

Por igual, em seguida, é necessário salientar os principais debates afetos às associações civis na jurisprudência dos principais tribunais brasileiros, ainda que de passagem, eis que minudenciar cada um das numerosas controvérsias nessa quadra é tarefa que escapa à proposta do presente trabalho.

Somente assim, poder-se-á delinear o contexto jurisprudencial em que se insere o caso escolhido para análise nesta monografia.

1) A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e as associações civis na jurisprudência brasileira.

Ao que se vê da discussão jurisprudencial acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, é possível vislumbrar que os tribunais brasileiros já vem a muito aplicando os direitos fundamentais diretamente no âmbito

¹⁰¹ O autor defende, ainda, que a projeção social da organização deve ditar a medida da concessão de capacidades específicas para o desenvolvimento de atividades compatíveis com o ordenamento jurídico, independente de prévio registro. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Obra citada*, pág. 200)

privado, antes mesmo de se mencionar diretamente a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Vide a esse respeito, o decisão tomada no Recurso Extraordinário n. 158.215-4/RS, da Segunda Turma, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que se decidiu pela aplicabilidade do devido processo legal no procedimento de exclusão de associado de uma dada cooperativa:

“(...) Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa¹⁰².”

O aresto em enfoque não discute, em específico, a forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, nada obstante tenha se dado efetividade à garantia da ampla defesa no corpo das relações privadas.

Da mesma forma, no Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF, relatado pelo Ministro Carlos Mário Velloso, reconheceu-se a aplicabilidade do princípio da igualdade em relação trabalhista, ao efeito de se estender ao empregado-recorrente, os benefícios conferidos a empregados em igual condição, mas de nacionalidade francesa. Veja-se:

“CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante

¹⁰² Supremo Tribunal Federal. RE nº n. 158.215-4/RS. Segunda Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 30/04/2006. DJ 07/06/2006. RTJ VOL-00164-02 PP-757.

trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.”¹⁰³

Em outra ocasião, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do Recurso Extraordinário n. 251.445-GO, em que foi relator o Ministro Celso de Mello, entendeu que a garantia constitucional de vedação de prova ilícita aplica-se a provas obtidas por ato ilícito de particulares.

Outro julgado que merece destaque é o RE nº 407.688/SP¹⁰⁴ em que, mudando o posicionamento até então adotado na Corte, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação, mesmo com o advento da emenda constitucional nº 26/2000, a qual inclui o direito à moradia entre os direitos sociais.

Na ocasião, apesar de vencido, o Ministro Eros Grau externou seu posicionamento no sentido de que, no caso, haveria lesão ao direito à moradia, diante do que se faria necessário aplicar diretamente a Constituição à relação privada para proteger o fiador, ainda que se trate de direito social.

¹⁰³ Supremo Tribunal Federal. Re nº 161243-6/DF. Segunda Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 29/10/1996. DJ 19/12/1997.

¹⁰⁴ Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal: “FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.” In: Supremo Tribunal Federal. RE nº 407.688/SP. Tribunal Pleno. Rel. Ministro Cezar Peluso. Julgado em 29/10/1996. DJ 06/10/2006. RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147

Por igual, o Ministro Joaquim Barbosa sustentou a possibilidade de, em determinadas circunstâncias, vincular um particular ao direito fundamental de outrem da mesma forma que na relação entre cidadão e Estado. Reporta-se, para tanto, à decisão tomada no julgamento do RE nº 201.819-8/RJ.

A mesma tendência à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais pode ser vista no Superior Tribunal de Justiça.

Destaque-se, nesse sentido, o Habeas Corpus n. 12.547/DF, proferida pela 4ª Turma, em que, abertamente, se tratou da questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No caso, entendeu-se que os débitos contraídos por um motorista de táxi advindos de um contrato de alienação fiduciária de veículo tomou tamanha monta que o devedor jamais poderia quitar a dívida e, por conseguinte ser posto em liberdade, o que consubstancia violação ao princípio da dignidade da pessoa humana:

HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida.¹⁰⁵

¹⁰⁵ HC 12547/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01.06.2000, DJ 12.02.2001 p. 115. RSTJ vol. 148 p. 387

O Ministro Rui Rosado Aguiar, em seu voto no referido julgado, salienta o seu posicionamento ao lado da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas; nada obstante, admite que, no caso em apreço, qualquer uma das teses conflitantes levaria à concessão da ordem: *“Não me parece que a eficácia na relação de direito privado seja somente indireta, pois bem pode acontecer que o caso concreto exija a aplicação imediata do preceito constitucional, quando inexistir norma infraconstitucional que admita interpretação de acordo com a diretiva constitucional, ou faltar cláusula geral aplicável naquela situação, muito embora esteja patente a violação do direito fundamental (...). No caso dos autos, porém, a distinção entre eficácia direta e indireta frente a terceiros é irrelevante. Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre a ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige.”*

No mais, são inúmeros os julgados envolvendo ações de responsabilidade civil em que se pondera, de um lado, a liberdade de expressão e de livre manifestação do pensamento e, do outro lado, direitos individuais, em especial os direitos de personalidade, no âmbito da atividade dos meios de comunicação:

CIVIL. DANOS MORAIS. DOCUMENTO ESCRITO IMPUTANDO A PECHA DE “MENTIROSO” A ADVERSÁRIO POLÍTICO. LIDO EM PROGRAMA RADIOFÔNICO E POSTERIORMENTE DISTRIBUÍDO EM VIA IMPRESSA. REPROVABILIDADE EVIDENTE. CONDENAÇÃO DE ACORDO COM OS PRECEDENTES. 1 - A crítica entre políticos que desvia para ofensas pessoais, atribuindo a prática de mentir ao adversário, causa dano moral, porque mentir é conduta socialmente desabonadora 2 - A garantia constitucional de liberdade de manifestação do pensamento (art. 5.º, IV) deve respeitar, entre outros direitos e garantias fundamentais protegidos, a honra das

*pessoas, sob pena de indenização pelo dano moral provocado, como decorre dos termos do art. 5.º, V e X, da CF. Não se deve confundir, por conseqüência, liberdade de expressão com irresponsabilidade de afirmação. Recurso especial provido.*¹⁰⁶

Por sua vez, as associações civis, em suas mais variadas modalidades, são o cenário para os mais diversos conflitos de interesses, seja na relação entre associado e associação, seja com relação às funções a que se prestam na sociedade.

Eis alguns dos principais debates jurisprudenciais nesse tocante.

A questão da liberdade de constituição das associações já foi enfrentada pelos tribunais brasileiros, reconhecendo-se a possibilidade do Poder Judiciário apreciar a licitude das disposições estatutárias, de modo a impor seu ajustamento aos preceitos constitucionais.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que *"em princípio é certo que o embargante, como associação civil que é, pode estabelecer requisitos e condições de admissão de associados, seus dependentes e beneficiários, o que tem respaldo na Carta Magna (art. 5º, XVII)",* todavia *"não pode fazê-lo, porém, com violação de regras ou princípios da própria Lei Maior à sombra da qual devem estar todas as leis e, também, todos os estatutos até mesmo de entidades privadas".*¹⁰⁷

Tal julgado é inerência do modelo de controle repressivo, e não preventivo, das associações sem fins lucrativos erigido pela Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso IX: *"as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;"*

¹⁰⁶ REsp 801.249/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09.08.2007, DJ 17.09.2007 p. 257. Confirma-se também, a esse propósito, os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal: HC 83.996/RJ, HC 82.424/RS, Pet. 2.702-7/RJ.

¹⁰⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Embargos infringentes nº. 83.534-4/0-01. 1ª câmara. Rel. Des. Gildo dos Santos. j. 08.02.2000. RT, 778/247.

Na trilha do supra citado acórdão, anote-se a dissolução de torcidas organizadas, responsáveis por atos de violência nos estádios, o que representa exercício de atividade ilícita e alheia às suas finalidades estatutárias:

"(...) A sociedade civil com personalidade jurídica que promover atividade ilícita será dissolvida por ação direta do povo ou do órgão do MP. Assim, as 'torcidas organizadas' que difundem a violência dentro e fora dos estádios, com nítido descompasso entre a sua previsão estatutária e a sua prática cotidiana, autorizam a sua própria dissolução por realizar atividades incompatíveis com seus objetivos sociais.(...)"¹⁰⁸

De outro lado, à luz do projeto constitucional para as associações sem fins lucrativos, o Poder Judiciário tem resguardado a ampla autonomia de constituição e de funcionamento das associações: *"As normas que criam exigências para o reconhecimento ou o funcionamento de associações ou sindicatos estão revogadas tacitamente pela Constituição do Brasil"*¹⁰⁹.

Outra importante controvérsia nos tribunais do Brasil tem sido a questão das associações induzidas, sobre a qual, além do acórdão objeto de estudo do presente trabalho, tem-se o julgado na Adi nº 2.054/DF:

"1. Liberdade de associação. 1. Liberdade negativa de associação: sua existência, nos textos constitucionais anteriores, como corolário da liberdade positiva de associação e seu alcance e inteligência, na Constituição, quando se cuide de entidade destinada a viabilizar a gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e conexos, cuja forma e organização se remeteram à lei. 2. Direitos

¹⁰⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Agravo de Instrumento nº. 5.998-4/4. 10ª Câmara. Julgado em. 12.03.2003. Rel. Des. Ruy Camilo. RT, 734/306.

¹⁰⁹ TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 314.040-1. 4ª Câmara Cível. Relatora Juíza Maria Elza. Julgado em 22.11.2000. Disponível em: <www.ta.mg.gov.br>. Acesso em: 01/09/2008.

autorais e conexos: sistema de gestão coletiva de arrecadação e distribuição por meio do ECAD (L 9610/98, art.99), sem ofensa do art. 5º, XVII e XX, da Constituição, cuja aplicação, na esfera dos direitos autorais e conexos, não de conciliar-se com o disposto no art. 5º, XXVIII, b, da própria Lei Fundamental.3. Liberdade de associação: garantia constitucional de duvidosa extensão às pessoas jurídicas.(...)”¹¹⁰

No caso, o relator, Ministro Ilmar Galvão, votou pela inconstitucionalidade das normas em apreço (artigo 99 e seu § 1º da Lei nº 9.610/98), por entender que a obrigação de instituir um escritório central de arrecadação representaria afronta à dimensão negativa da liberdade associativa.

Contudo, não foi esse o entendimento predominante.

Conforme se vislumbra do voto do Ministro Gilmar Mendes, prevaleceu o posicionamento de que, diante do sopesamento entre a liberdade de não se associar e a proteção do direito de autor, avultaria impossível, na prática, a descentralização da arrecadação das vantagens pecuniárias oriundas dos direitos autorais.

Diante disso, mediante ponderação de interesses, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela relativização da liberdade de não se associar, em proveito da proteção dos direitos autorais.

Esse não é o único caso de relativização da liberdade negativa de associação de que se tem notícia.

Ante o problema da violência vivido no Brasil, surgiram inúmeras associações de moradores que contratam serviços de vigilância particular, diante do que cobram contribuições pecuniárias de toda a localidade beneficiada, inclusive dos que não se associaram.

Em casos tais, sobejam julgados com orientações diversas.

¹¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Adi nº 2.054/ DF. Tribunal Pleno. Rel. Ministro Ilmar Galvão. Rel. p/ acórdão Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 02/04/2003. DJ. 17/10/2003. RTJ VOL-00191-01 PP-78.

De um lado, entende-se “*ser inconstitucional a participação compulsória em associação, ainda que esta seja destinada a prestar serviços que direta ou indiretamente os beneficiem*”¹¹¹.

De outro vértice, tem se consolidado o posicionamento de que “*não tem apoio no direito autorizar que aquele que é beneficiado pela manutenção das áreas comuns deixe de pagar as despesas respectivas, prevista a incumbência da associação para este fim.*”¹¹²

Outro segmento fértil de debates é a questão da legitimidade das associações para representar seus associados, nos termos do artigo 5º, XXI, da Constituição Federal: “*as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente*”.

Isso se destaca não apenas no âmbito da legitimidade das associações para representar ou substituir seus associados, mas também na atuação judicial de associações visando à defesa de direitos coletivos, sejam difusos, coletivos *strictu sensu* ou individuais homogêneos.¹¹³

Nessa quadra, o Superior Tribunal de Justiça admite que as associações civis atuem na defesa de direitos difusos e coletivos que sejam de interesse não só de seus associados, como também no de toda a coletividade, eis que “*Não há como fazer-se tal exigência se a hipótese for de direitos difusos ou coletivos, uma vez que, por isso mesmo que transindividuais e indivisíveis, só podem ser satisfeitos coletivamente. Atendidos os direitos de possíveis associados, automaticamente o seriam também os de quaisquer outras pessoas na mesma situação.*”¹¹⁴

¹¹¹ TJRJ. AP. Cível nº 13.225/93. Rel. Dês. Arruda França. RTJE 152/235.

¹¹² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 180.838-SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ de 13.12.1999. RSTJ, 129/219.

¹¹³ Adota-se aqui a denominação proposta por Marinoni e Arenhart para as categorias de direitos que podem ser tutelados por meio de ações coletivas. Vide: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil vol. 2: Processo de Conhecimento*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pág. 727.

¹¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp. nº 157.713-RS. 3ª Turma. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Julgado em 06.06.2000. DJU. 21.08.2000. RT, 784/188.

Por tal motivo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em seu artigo 82, inciso IV, confere legitimidade para a defesa de direitos coletivos às “associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”, acrescentando, no § 1º do mencionado artigo que “o requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”¹¹⁵

No compasso da ampla legitimidade conferida à atuação das associações civis nas ações coletivas, tem se firmado o posicionamento jurisprudencial de que, para a defesa de todos os direitos coletivos, é desnecessária qualquer autorização da assembléia geral, sendo suficiente a previsão estatutária:

“Ação civil pública. Entidades de saúde. Aumento das prestações.

Legitimidade ativa. 1. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores de planos de saúde. (...) O instituto autor é entidade regularmente constituída e tem legitimidade ativa para ajuizar a ação civil pública de responsabilidade por danos patrimoniais causados ao consumidor. 3. Recurso especial conhecido e provido¹¹⁶.”

São essas, em linhas gerais, as principais discussões jurisprudenciais acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e das

¹¹⁵ Com esteio na relevância do papel das associações civis na defesa dos direitos coletivos, outras decisões vão além, e reconhecem a possibilidade de propositura de ação em defesa de direitos coletivos por associações com registro irregular: “Quanto às regras dos arts. 18, caput, e 20 § 2º, do CC, já que estes dispositivos é que exigem o registro das sociedades civis para seu reconhecimento como titulares de direito, há de se analisá-las em conjunto com o art. 12 e seu inciso VII do CPC, possibilitando a representação em juízo ativa e passivamente, das sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens.” 1º TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 686.319-4. 6ª Câmara. Julgado em. 03.06.1997. Rel. Juiz Windor Santos. RT, v.753, a.87, p.245-247.

¹¹⁶ Superior Tribunal de Justiça. REsp 72994/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.04.2001, DJ 17.09.2001 p. 159

associações civis. Delineado tal quadro, adentra-se, a seguir, no estudo do caso em enfoque.

2) O RE nº 201.819-8/RJ.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União Brasileira de Compositores (UBC) contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que julgou nula a exclusão de um compositor associado, ora recorrido, levada a termo pela recorrente em desobediência à garantia constitucional do devido processo legal. Eis a decisão recorrida:

“Sociedade civil. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio. Alegado descumprimento de resoluções da sociedade e propositura de ações que acarretaram prejuízos morais e financeiros à entidade. Direito constitucional de ampla defesa desrespeito. Antes de concluir pela punição, a comissão especial tinha de dar oportunidade ao sócio de se defender e realizar possíveis provas em seu favor. Infringência ao art. 5º, inc. LV da Constituição Federal. Punição anulada. Pedido de reintegração procedente. Recurso desprovido.”¹¹⁷

Consta do citado acórdão que a associação-recorrente, seguindo sua previsão estatutária, designou uma comissão especial, formada por três associados, para apurar as supostas infrações estatutárias cometidas pelo associado-recorrido.

Tal comissão reuniu-se e analisou a documentação necessária, decidindo, ao final, por punir o associado com a exclusão da associação. Em nenhum momento se lhe cientificou o curso de tal procedimento e, por conseguinte,

¹¹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível nº 1991.001.05230. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Marcus Faver. Julgado em 31/03/1992. Disponível em [www.tj.rj.gov.br] Acesso em 21/05/2008.

sequer lhe foi oportunizada defesa, com a possibilidade de produção de provas em seu favor.

Ante tal quadro, sem adentrar no mérito da punição, aprovou o tribunal do referido Estado-Membro, confirmando a decisão de primeiro grau, reconhecer a violação do direito fundamental do associado por parte da associação civil, de modo a anular o ato desta.

Inconformado, apresentou a União Brasileira de Compositores Recurso Extraordinário, aduzindo, em resumo, que por se tratar de pessoa jurídica de direito privado, não lhe seria oponível o respeito à garantia constitucional da ampla defesa, a qual vincularia tão somente órgãos públicos, mormente se considerado que as previsões estatutárias atinentes ao procedimento de exclusão de associados teriam sido integralmente cumprida.

Distribuído o recurso à segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, a relatora, Ministra Ellen Gracie, posicionou-se pelo conhecimento e, no mérito, provimento do recurso.

Para a Ministra relatora as disposições estatutárias relativas à exclusão de associados foi devidamente cumprida. Tal regra, ao seu exclusivo juízo, foi instituída sob a égide da liberdade de organização das associações, à qual o recorrido aderiu ao ingressar na associação, diante do que, a seu ver, foi legal a exclusão do recorrido.

Diante disso, sustenta a Ministra relatora que uma controvérsia tal é resolvida com esteio nas regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. *Não tem, portanto o aporte constitucional, atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no artigo 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC”.*

Divergente, todavia, foi o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes.

O referido Ministro, após profunda exposição sobre a evolução da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, entendeu pela aplicabilidade, no caso, do direito fundamental em jogo a uma relação jurídica interprivada, ante a presença de singularidades no caso concreto.

Na opinião do Ministro, a recorrente é *“repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)”*, diante do que, *“a exclusão de sócio do quadro social da UBC, com qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de sua obra.”*

Por sua vez, prossegue o Ministro, o ECAD apresenta destacada importância ao sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, atuando até mesmo na qualidade de prestadora de serviço público por delegação legislativa, conforme decidido por ocasião da ADI nº 2.054/DF. Dessa forma, a recusa em se filiar à aludida organização redundaria na *“consequência grave de não participar da gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e, por conseguinte, não poder fazê-los isoladamente.”*

Por conta disso, afirma que a recorrente detém posição privilegiada para determinar a *“extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado”*, de forma que constitui entidade caracterizada como *“espaço público ainda que não-estatal”*.

Isso porque, nos casos em que a percepção dos valores advindos de seus direitos autorais consiste no único meio de subsistência do associado, a vedação da garantia da ampla defesa pode culminar no cerceamento da liberdade de exercício profissional.

Diante de tal caráter público da atividade exercida pela recorrente, o Ministro teve por necessária a aplicação do direito dos direitos fundamentais à relação privada posta em juízo. Sendo assim, no seu entender, a penalidade infligida ao recorrido, na forma em que se deu, ultrapassa de longe a liberdade de associação, sendo correta, portanto, a sua anulação.

A Ministra relatora manteve seu voto.

Reforçou que a exclusão do recorrido dos quadros da recorrente não implicaria impedimento em receber seus direitos autorais, pois que poderia continuar a recebê-los diretamente pelo ECAD.

A recorrente, no seu sentir, ao contrário do ECAD, não consiste em entidade de natureza quase pública, mas tão somente em pessoa jurídica privada, cuja filiação se opera de forma facultativa e voluntária, mantida pelo *animus societates*.

Pondera, por fim, que soa descabido estender a uma entidade tal as rigorosas formas do devido processo legal, quando o próprio estatuto da associação dispõe seu próprio procedimento, o qual restou atendido.

Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa votou pelo desprovimento do recurso.

Asseverou o Ministro que os direitos fundamentais, a seu exclusivo juízo, em aplicabilidade no âmbito das relações privadas, desde que aferida com parcimônia, *“a fim de que não se comprima em demais a esfera de autonomia privada do indivíduo”*.

Após tecer densa análise doutrinária a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, afirmou o Ministro que *“no Brasil, não podemos esquecer que o ordenamento jurídico é encabeçado por uma Constituição rígida e dirigente, pródiga em normas incidentes sobre as relações privadas”*.

Após o voto do Ministro Joaquim Barbosa, a Ministra Ellen Gracie confirmou, uma vez mais, seu voto, ressaltando sua reserva face à aplicação ao indivíduo, ou associações de direito privado, dos comandos constitucionais dirigidos ao Estado e demais entes públicos.

Desse modo, assoma improcedente que o recorrente pretenda *“fazer valer sua garantia de plena defesa, contraditório, etc, em um procedimento que é interno à associação, o qual me parece estar, aí sim, dentro dessa esfera de disponibilidade que o Estado ainda reserva ao indivíduo e àqueles que se associam livremente numa entidade particular”*.

O Ministro Carlos Velloso acompanhou o posicionamento da Ministra relatora.

A seu ver, *“devido processo legal se exerce em conformidade com a lei. Ora, neste caso, exerce-se de conformidade com o Estatuto do clube a que ele aderiu (...) ter-se-á, então, questão de ilegalidade se entender necessária esta*

interferência, esta defesa, nos termos do novo Código Civil. Questão infraconstitucional, portanto”.

Continua o Ministro: *“ofensa direta, se ocorrente, seria à lei. No caso, a ofensa direta seria ao Estatuto, o que não deixaria de ensejar a ação própria, mas sob o ponto de vista da legalidade. Se formos aplicar o Código Civil, ainda assim, continua no campo da legalidade ou do contencioso infraconstitucional.”*

Nesse ponto, interessante apontar o debate travado em julgamento pelos Ministros Carlos Velloso, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa, acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O Ministro Joaquim Barbosa, em defesa de seu voto, sustenta que a Constituição, ao tratar das relações trabalhistas, institui direitos fundamentais de eficácia horizontal, ao que a Ministra Ellen Gracie observa que tais relações são marcadas pela subordinação, o que inexistiria no caso em apreço, diante da manifestação de vontade do associado em ingressar na organização.

A isto, acrescenta o Ministro Carlos Velloso que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a seu exclusivo juízo, define-se no sentido de que o devido processo legal é exercido em conformidade com a lei, o que retira aporte constitucional ao tema versado no recurso. Tal observação, no entender do Ministro Joaquim Barbosa, não prevalece em face das especificidades dos caso específico.

Por fim, a decidir o julgamento, o voto do Ministro Celso de Mello esposou o entendimento trilhado pelos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, no sentido do não provimento do recurso.

Esclarece o Ministro, com base nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, que a opção pelas teorias da eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais na esfera privada assume um evidente caráter político-ideológico: optar pela eficácia direta *“traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo de igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito, ao passo que a concepção defensora de um eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa”.*

Por isso, entendeu correta a decisão recorrida, acrescentando sua concordância às especificidades do caso concreto apontadas pelo Ministro Gilmar Mendes, de que a relevante função pública exercida pela recorrente exige, para que a pena de exclusão de seus quadros fosse imposta ao recorrido, a observância do devido processo legal.

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

Ademais, assevera o Ministro que *“a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer a qualquer associação civil a possibilidade de agir, como a parte ora recorrente o fez, a revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdade e garantias fundamentais.”*

É essa a razão por que o novo Código Civil, no seu entender, proclama, de forma expressa, a necessária submissão das entidades civis às liberdades e garantias fundamentais, o que se deduz do disposto no seu artigo 57, com a redação dada pela Lei nº 11.127/2005, a estabelecer a exclusão de associado somente mediante procedimento previsto no estatuto, com o asseguramento do direito de defesa.

Conclui, portanto, no sentido de que a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recurso que lhe são ínsitos, é cláusula mandatória, sem embargo se trate de relação de ordem jurídico-privada.

Dessa forma, por maioria, o Supremo Tribunal Federal pôs fim à discussão que ora se traz a lume.

Posto isso, cumpre, no capítulo seguinte, observar a digressão travada na Corte Suprema à luz do que se expôs nas partes anteriores do presente trabalho.

3) A eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das associações civis: o direito ao devido processo legal.

O caso em tela, ao que se vê, serve de modelo para se ilustrar a multiplicidade de discussões que podem ser engendradas no bojo das associações civis. Da mesma forma, nota-se também a inclinação do Supremo Tribunal Federal a abrir debate a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, bem como da forma e dos critérios a serem adotados para tanto.

Avulta, portanto, que se está diante de dois temas da dogmática jurídica que ainda demandam maior equacionamento por parte da doutrina e jurisprudência brasileiras.

É de se ver, nesse sentido, a indefinição tocante ao posicionamento jurisdicional quanto ao novo perfil das associações civis – no contexto da terceira passagem –, bem assim a falta de parâmetros balizadores da extensão aos particulares dos direitos fundamentais, que permitam aferir sua utilização em consonância à segurança jurídica, autonomia privada, separação dos poderes, entre outros valores constitucionais em jogo.

Isso pode levar a distorções que desvirtuem tanto a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quanto comprometam as potencialidades latentes encerradas no bojo das associações civis.

Diante disso, a essa quadra, cumpre reunir o apanhado acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais feito na primeira parte e a digressão sobre as associações civis levada a efeito na parte segunda e cotejá-los com o caso proposto, ao efeito de se tentar trazer à luz algumas conclusões ou observações que contribua para uma melhor compreensão da aplicação dos direitos fundamentais às associações civis.

Do acórdão acima focado, nota-se a preocupação da Corte Suprema em garantir a proteção dos direitos fundamentais encartados na Constituição Federal, ao que se vê, inclusive em se tratando de lesões a direitos fundamentais causadas por particulares.

É nesse sentido que o voto da Ministra Ellen Gracie demonstra a reserva em se aplicar a garantia da ampla defesa diretamente na relação associação – associado, ao arrepio das disposições estatutárias.

A trilhar o entendimento da Ministra, em se tratando de associação cuja filiação é facultativa e voluntária, o associado, com sua adesão, manifesta sua aquiescência aos termos estatutários. Trata-se, assim, de manifestação da autonomia privada.

Ademais, eventual controvérsia atinente à aplicação de regras estatutárias e até mesmo a questões tratando de sua validade face ao ordenamento jurídico, no entender da Ministra, são matérias afetas à legislação civil e, por conseguinte, matéria infraconstitucional alheia à esfera do Supremo Tribunal Federal.

Sua atenção, em suma, reside na proteção da esfera de liberdade da pessoa, manifestada, no caso, na possibilidade de livre associação e seu consectário natural, de livre disposição acerca do modelo associativo adotado.

Veja-se: “Porque o direito de associar-se, e permanecer associado, vem em conjunto com o direito de autodefesa também das associações. (sic) Mediante regramento próprio que prevê, inclusive, a exclusão, que é a mais grave das conseqüências de inadaptação de alguém àquele círculo estreito formado pela associação. O Brasil já é caracterizado, ao contrário de outros países, por uma dificuldade associativa. Nós não temos associações muito fortes, e a tendência da nossa população é para o individualismo. Vejo com certo temor, que nossa decisão cerceie de tal forma as entidades associativas, fazendo com que elas venham a apresentar ainda menores atrativos”.

A preocupação da Ministra encontra eco nas observações aqui expendidas.

Conforme se tratou na parte segunda deste trabalho, muito embora a Constituição Federal tenha catalisado o aparecimento de inúmeras associações sem fins lucrativos sob as mais diversas formas, ainda se trata de entidade cujas possibilidades se encontram subutilizadas no Brasil.

E pior: a legislação recente, como acima foi exposto, tende à generalização entre organizações que, por receberem verbas públicas ou desempenharem funções de relevante interesse social, se sujeitam a um maior controle por parte do poder público e, de outro lado, associações civis que deveriam ter o curso livre conferido à toda manifestação da personalidade humana.

Isso vai ao encontro da advertência da Ministra Ellen Gracie; é possível, sem dúvida, criar-se um quadro em que o projeto constitucional de uma democracia, exercida de forma participativa mediante a associação de pessoas com fins comuns, reste embargado, mercê de um intervencionismo estatal que não se justifica no atual contexto social, e encontra respaldo tão somente nos ranços totalitaristas dos tempos anteriores à Constituição de 1988.

É por essa razão que se impõe adentrar no estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas associações civis e, com isso, direcionar a atividade do poder público a ter no estímulo associativo um aliado na consolidação da democracia.

Veja-se, a esse respeito, que a importância ao papel desempenhado pelas associações na sociedade brasileira não passou despercebida pelo legislador, pelo que se vê da Lei nº 9.610/1998, cujo artigo 99, *caput* e seu parágrafo primeiro restaram questionados, sem sucesso, na ADI nº 2.054/DF.

O papel desempenhado pelo Escritório Central de Arrecadação – ECAD –, bem como da recorrente, a UBC, representa uma amostra das funções assumidas pelas organizações associativas no contexto da terceira passagem, mais especificamente, a de associações assumindo tarefas que, por sua natureza competiriam ao Estado, mas que este entende por mais adequado deixar aos cuidados de órgãos associativos.

Sua função, por isso, possui importância vital para o exercício da atividade profissional dos artistas protegidos pela Lei de Direitos Autorais, a tal ponto que, sem se associar ao ECAD e a qualquer associação repassadora do numerário arrecado por aquela, torna-se impossível o exercício de atividade intelectual protegida pela citada lei.

Observado por esse prisma, o ECAD representa também o surgimento de diversas associações induzidas, cuja existência mitiga a liberdade de associação em sua dimensão negativa em prol da consagração de outros bens constitucionalmente tutelados, como no caso, o direito de autor.

Ademais, tal julgado serviu de base ao enfrentamento da questão versada no caso escolhido para o presente estudo, pois que da indissociável relação entre a recorrente e o ECAD assoma a relevância da função desempenhada por aquela para a plena eficácia do direito de autor.

Por tal motivo que o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se, quando do julgamento da mencionada ADI, pela relativização da liberdade negativa de associação enquanto medida extrema para se resguardar outro direito fundamental, qual seja o direito de autor, para cuja proteção não se vislumbra outro expediente.

Seguindo o voto do referido Ministro, trata-se, por isso mesmo, de serviço público por delegação legislativa, de modo que negá-lo ao compositor-recorrido importaria em cercear a liberdade de exercício profissional.

É esse, no pensamento do Ministro, o fator que autoriza a incidência direta da garantia à ampla defesa na relação privada entre recorrente e recorrido no caso em enfoque.

Diante disso, a consagração da liberdade de associação à altura de direito fundamental, principalmente com a amplitude que se deu, reclama sua compatibilização com os demais direitos fundamentais, motivo por que, em sendo sujeita a restrições, deve o titular de seu direito ceder às demandas impostas pelos demais comandos constitucionais, quando assim se fizer necessário.

A tratar do tema, Paulo Gustavo Gonet Branco defende a inafastabilidade da garantia da ampla defesa no procedimento de exclusão de associado: *“um dos direitos fundamentais que se apontam como de incidência no âmbito dos relacionamentos privados é o direito de ampla defesa. Esse direito é tido como de observância obrigatória, em se tratando de exclusão de sócio ou de membro de associação particular”*.¹¹⁸

Nesse contexto, o escopo do aludido jurista é reforçar a essencialidade da garantia da ampla defesa, ao efeito de se evitar a subversão da própria liberdade de associação¹¹⁹.

Para tanto, cuida o citado autor de precisar os limites da liberdade de associação e de sua organização frente aos demais imperativos constitucionais: *“é certo que a associação tem autonomia para gerir a sua organização. É certo ainda, que, no direito de se associar, está incluída a faculdade de escolher com quem se associar, o que implica poder de exclusão. O direito de associação, entretanto, não é*

¹¹⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais. In: Direito Público, ano I, nº 2 (outubro/dezembro de 2003). Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003. pág. 172.

¹¹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Obra citada*. P. 173.

absoluto e comporta restrições, orientadas para o prestígio de outros direitos também fundamentais. A legitimidade dessas interferências dependerá da ponderação a ser estabelecida entre os interesses constitucionais confrontantes. A apreciação do fundamento dessas interferências ainda, não pode prescindir de variante diversas, como o propósito que anima a existência da sociedade.”

Nessa trilha, o autor apresenta sua resposta contra a extensão, com indistinção, de um rígido controle estatal aos mais diversos tipos de organizações associativas.

Aduz, nesse sentido, que a Suprema Corte Americana distingue as sociedades voltadas à manifestação do pensamento ou de caráter religioso das de cunho unicamente comercial. No tocante àquelas, o raio de ação do poder público se encontraria sensivelmente reduzido.¹²⁰

Da mesma forma, prossegue, a ciência jurídica espanhola teria ido além, e desenvolvido uma taxonomia de associações, de modo que associações que detenham posição de domínio social ou econômico ou que exerçam função de representação de interesses sofreriam maior controle estatal do que as que promovem fins ideológicos, religiosos e pessoais, na medida em que estas encontrariam respaldo no núcleo essencial da autonomia privada coletiva.

Nessa quadra, a jurisprudência espanhola entende que o desrespeito à garantia da ampla defesa do associado expulso é matéria de índole constitucional, mais especificamente, de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.¹²¹

Outro autor que também se dedicou ao tema, André Rufino do Vale¹²², se posiciona, por igual, no sentido da compatibilização entre os direitos fundamentais dos associados e o direito fundamental de livre associação e seus desdobramentos.

Afirma o autor que *“o direito de autodeterminação das associações encontra seus limites precisamente no conteúdo da relação privada determinado pelas regras estatutárias que a própria associação elabora. Assim como nas normas*

¹²⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Obra citada. pág. 172/173.

¹²¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Obra citada. pág. 173.

¹²² VALLE, André Rufino do. Drittwirkung de Direitos Fundamentais e Associações privadas. In: Direito Público, vol. 9. julho/setembro de 2005. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005. págs.53/74.

*e nos princípios de ordem pública, mormente os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos sócios.*¹²³

No seu entender, a liberdade organizativa da associação não é ilimitada no que toca ao seu poder sancionador, eis que se sujeita a controle jurisdicional tanto sob o viés da legislação civil quanto dos preceitos constitucionais. Diante disso, deve regular o exercício do poder punitivo, no curso de procedimento pautado pelo direito de defesa.

A partir desse exemplo, aponta o autor que, em virtude da constitucionalização das associações civis, os organismos internos destas se encontram submetidos aos princípios constitucionais, o que representa reafirmar a harmonização da liberdade de associação com os demais direitos fundamentais.

Diante disso, conclui o pensamento do citado autor: *“os princípios constitucionais devem operar como limites a capacidade de auto-regulação dos grupos, na medida em que se faça necessário assegurar a eficácia de direitos fundamentais dos indivíduos em face do poder privado das associações. Servem, nessa perspectiva, como fundamento para justificar o controle judicial de atos privados atentatórios às liberdades fundamentais”*.¹²⁴

A esse propósito, o legislador civil, por meio da lei nº 11.127/2005, previu a submissão das entidades civis às normas que compõem o regramento constitucional das liberdades e garantias fundamentais, mais especificamente, à garantia da ampla defesa, ao conferir nova redação ao artigo 57 do Código Civil.

Preceitua o citado artigo: *“A exclusão do associado só é possível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure o direito de defesa e de recursos, nos termos previstos no estatuto”*.

Todavia, a incidência da citada norma resta inócua em situações em que se avulta necessário aferir, no caso concreto, se mesmo com o respeito às disposições estatutárias houve prejuízo material ao direito à ampla defesa. É o que se passa no acórdão em destaque.

Em casos tais, não há como se escapar à ponderação entre a liberdade associativa e o direito de ampla defesa do associado.

Nesse sentido, Sarmiento observa que o estabelecimento de limites à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais demanda recurso ao método

¹²³ VALLE, André Rufino do. Obra citada. pág. 53/74.

¹²⁴ VALLE, André Rufino do. Obra citada. pág. 53/74.

da ponderação entre a autonomia privada de um dos particulares e o direito ou garantia fundamental do outro. Saliente-se que para o citado autor a autonomia privada, tomada para efeitos de ponderação de valores, deve ser encarada de forma ampla, a abarcar também a autonomia associativa.¹²⁵

O mencionado constitucionalista destaca, ainda, a necessidade de desenvolvimento de parâmetros para se impor ao particular o respeito aos direitos individuais de outrem.

Entre eles destaca-se o critério da desigualdade material, elemento justificador da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pois que parte do pressuposto de que a assimetria entre as partes envolvidas restringe o exercício da autonomia privada do ente desfavorecido. Tal critério se mostrou decisivo para a incidência do direito à ampla defesa na relação entre a UBC e o sócio excluído.

A seu ver, para a desigualdade material importa que, quanto maior se apresentar a desigualdade, tanto maior será a proteção ao direito fundamental em jogo, o que importa em menor tutela da autonomia privada.¹²⁶

Volvendo ao caso em análise, verifica-se a sintonia entre a doutrina de Sarmiento e as razões apontadas pelo Ministro Gilmar Mendes para impor ao recorrente o respeito ao direito de defesa do recorrido.

Para o Ministro, a função exercida pela UBC, enquanto repassadora do numerário arrecadado pelo ECAD com os direitos autorais do artista associado, coloca recorrente e recorrido em planos visivelmente desiguais, eis que este depende diretamente das associações supra aludidas para o desenvolvimento de sua atividade profissional.

Acrescente-se, que, para Sarmiento, a natureza da questão examinada também é determinante na intensidade da intervenção na autonomia privada.

Nesse sentido, aduz o autor que é variável a intensidade da proteção às mais diversas manifestações da autonomia privada: será mais intensa diante de questões de índole existencial, ao passo que terá menor incidência em se tratando de questões de caráter econômico-patrimonial. No âmbito destas últimas, *“quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial*

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*, pág. 260.

¹²⁶ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*, pág. 261.

*para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada”.*¹²⁷

Sob essa ótica, obstar o exercício da atividade profissional do recorrido, embora tenha natureza econômica, implica negar a este a possibilidade de obter, a partir da profissão que escolheu seguir, recursos financeiros essenciais a seu sustento e manutenção de sua existência digna, o que fundamenta o afastamento da autonomia privada da UBC em benefício do direito ao devido processo legal do associado.

É claro, não se pode, ao longo de todo esse processo, se olvidar que também as organizações associativas, além de serem elas próprias titulares de direitos, consistem em autêntico instrumento de proteção aos direitos fundamentais de seus associados, em especial de promoção da pessoa humana, diante do que somente deixam de receber tutela no momento em que se distanciam de tal propósito.¹²⁸

Nessa quadra, Sarmiento adverte para os riscos da incidência indiscriminada dos direitos fundamentais às entidades associativas. No seu entender, aplicação incauta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre as entidades intermediárias pode acarretar asfixia do pluralismo social e *“imposição heterônoma de pautas de conduta ‘politicamente corretas’ às associações humanas voluntárias, em prejuízo da identidade coletiva de seus integrantes.”*¹²⁹

Por outro lado, pondera o autor que organizações que exerçam atividade de caráter eminentemente público, como é o caso da recorrente, mesmo que sem qualquer relação formal com o ente público, devem, sim, se sujeitar aos direitos fundamentais¹³⁰. A partir deste raciocínio, o citado constitucionalista não vislumbra no caso da UBC um verdadeiro paradigma em termos de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, nada obstante o entendimento divergente de Branco e Valle, acima apontados.

¹²⁷ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*, pág. 267.

¹²⁸ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*, pág. 265.

¹²⁹ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*, pág. 265.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. *Obra citada*, pág. 275.

De todo modo, um conflito de bens constitucionais não pode deixar de considerar, a exemplo do que faz a jurisprudência espanhola, de considerar a natureza dos interesses que animam a organização associativa em litígio.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo, observou-se que, embora inicialmente desenvolvidos como direitos a prestações negativas em face do Estado, no contexto da clivagem entre o público e o privado, os direitos fundamentais passaram, com a interpenetração entre essas duas áreas, a encerrar prestações positivas e, por fim, a vincular os particulares em suas relações privadas.

A intensidade e forma de tal vinculação é assunto discutido pela doutrina, dividindo-se em duas correntes principais: a da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, para a qual obrigar o particular ao respeito aos direitos fundamentais de outrem é tarefa que exige a mediação do legislador ordinário; e a da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais no âmbito privado, segundo a qual as normas instituidoras de direitos fundamentais gozariam de plena normatividade e se estendem, por isso, a todo o ordenamento jurídico, independente de intervenção legislativa, o que exige sua observância por todos os segmentos da sociedade.

É impossível exigir-se do particular a sujeição aos direitos fundamentais como se estivesse na mesma posição que o Estado, eis que este não titulariza direitos fundamentais, ao contrário do que ocorre em uma relação jurídica privada, formada entre titulares de direitos fundamentais.

Diante disso, o método de extensão dos direitos e garantias individuais aos particulares é tema que deve ser desenvolvido com esmero, sob pena de não se alcançar o devido equilíbrio entre a autonomia privada dos sujeitos privados e os demais bens jurídicos em jogo, como no caso escolhido, a liberdade de associação.

Ainda que tenha sido inicialmente repudiada quando das primeiras Constituições da modernidade, as entidades associativas são fenômenos inatos ao gênero humano, o que logo impôs seu reconhecimento ainda que mediante autorização estatal e, após, o incentivo ao estímulo associativo, enquanto instrumento fundamental de catalisação de esforços em torno de objetivos comuns, em uma sociedade cada vez mais complexa e fragmentária.

Todavia, no Brasil, em que pese a liberdade de associação constar de todas as Cartas Constitucionais a partir da Constituição da República de 1891,

sempre houve rígido controle estatal em torno de sua criação e funcionamento, cenário esse que só mudaria com a Constituição Federal de 1988.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro consagra com amplitude, a liberdade de associação. Para além disso, a constituição vê nas associações um importante instrumento de realização de projetos existenciais da pessoa, bem como de reunião de esforços em luta de interesses comuns de relevância social ou econômica.

A associação civil encontra hoje regramento próprio no Código Civil, a partir do qual se permite extrair seus traços indissociáveis: união de pessoas, organização e desenvolvimento de finalidades não econômicas.

Além disso, são diversas as leis a regularem os mais diversos tipos associativos. Isso se dá em função da relevante função pública assumida pelas associações, o que muitas vezes levam-nas a lidar com verbas públicas, o que reclama necessariamente maior fiscalização.

Entretanto, tal controle tem sido estendido, indistintamente, às demais associações, em especial àquelas que são fruto da manifestação da personalidade e escolhas existenciais de seus integrantes e que, por isso, exigem intervenção estatal mínima.

Tais fatores não podem ser preteridos quando da apreciação de litígios envolvendo associações, sem que se recaia em indevida restrição à liberdade de associação, nos termos em que delineada pela Constituição.

No caso em estudo, ressaí clara a complexidade presente em colisões de direitos fundamentais envolvendo a liberdade de associação. E isso se agrava quando a resposta ao litígio exige a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Vê-se, do julgado escolhido para análise, que a liberdade de associação não consubstancia direito isento de restrições; ao contrário, exige harmonização e até mesmo o seu eventual afastamento face aos demais direitos e garantias elencados pela Constituição, como ocorreu no acórdão abordado, em que a relevância crucial da associação recorrente para o exercício da atividade profissional do recorrido exigia que a exclusão deste se fizesse com respeito ao direito à ampla defesa.

De fato, o correto equacionamento da questão exige a observância das peculiaridades inerentes ao direito de livre associação e as proporções da atividade e da importância que esta pode assumir para a sociedade.

Por um lado, é possível se incorrer em restrições tão fortes às entidades associativas que se poderia estreitar esse valioso canal consagrado pela Constituição ao exercício dos direitos fundamentais.

Por outro lado, não se pode admitir, como no caso, que a liberdade de associação sirva de abrigo para o impune desrespeito às garantias individuais, como ocorreu no mencionado caso.

A busca de soluções adequadas a problemas como o estudado, exige árduo esforço argumentativo que confira maior segurança na operação de estender os direitos fundamentais às relações privadas, e que volte os olhos às especificidades de cada um dos bens e interesses constitucionais em jogo, de modo a se obter uma resposta jurisdicional comprometida com a concretização dos direitos fundamentais em nossa sociedade.

No caso, três são os fatores preponderantes para a eficácia horizontal do direito de ampla defesa, quais sejam a desigualdade material entre as partes envolvidas, a natureza jurídica da relação em pauta, e a natureza jurídica da própria organização associativa em destaque.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 289.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação Racionalidade e Atividade Jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campinas, 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais. In: *Direito Público, ano I, nº 2 (outubro/dezembro de 2003)*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003. pág. 172/173.

CANARIS, Klaus Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha*. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. De Ingo W. Sarlet e Paulo da Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. pág.132.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. pág. 1242/1252.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *In: ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza: Comentários ao Código Civil Brasileiro, parte geral*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 472.

FACHIN, Luis Edson, RUZIK, Carlos Eduardo. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

HUGO, Victor. *Os miseráveis*. Vol. I. São Paulo: Martin Claret, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil. Rio de Janeiro: IBGE, 2004.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *As associações em sentido estrito no direito privado*. Tese de doutoramento apresentada perante o curso de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2006.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guliherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil vol. 2: Processo de Conhecimento. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional Alemão. *In: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2006.

Nader, Paulo. *Curso de Direito Civil: parte geral*. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, vol. I: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. I, de 1969* 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *Tratado de Direito Privado: Tomo I: introdução: pessoas físicas e jurídicas*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. *Tratado de Direito Privado: tomo 49*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais e Direitos Privados: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais” *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 180.838-SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ de 13.12.1999. RSTJ, 129/219.

_____. HC 12547/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01.06.2000, DJ 12.02.2001 p. 115. RSTJ vol. 148 p. 387

_____. Resp. nº 157.713-RS. 3ª Turma. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Julgado em 06.06.2000. DJU. 21.08.2000. RT, 784/188.

_____. REsp 72994/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19.04.2001, DJ 17.09.2001 p. 159

_____. REsp 801.249/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09.08.2007, DJ 17.09.2007 p. 257.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Re nº 161243-6/DF. Segunda Turma. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgado em 29/10/1996. DJ 19/12/1997.

_____. Adi nº 2.054/ DF. Tribunal Pleno. Rel. Ministro Ilmar Galvão. Rel. p/ acórdão Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 02/04/2003. DJ. 17/10/2003. RTJ VOL-00191-01 PP-78.

_____. RE nº n. 158.215-4/RS. Segunda Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 30/04/2006. DJ 07/06/2006. RTJ VOL-00164-02 PP-757

_____. RE nº 407.688/SP. Tribunal Pleno. Rel. Ministro Cezar Peluso. Julgado em 29/10/1996. DJ 06/10/2006. RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147

TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível nº 314.040-1. 4ª Câmara Cível. Relatora Juíza Maria Elza. Julgado em 22.11.2000. Disponível em: <www.ta.mg.gov.br>. Acesso em: 01/09/2008.

TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 686.319-4. 6ª Câmara. Julgado em. 03.06.1997. Rel. Juiz Windor Santos. RT, v.753, a.87, p.245-247.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Embargos infringentes nº. 83.534-4/0-01. 1ª câmara. Rel. Des. Gildo dos Santos. j. 08.02.2000. RT, 778/247.

_____. Agravo de Instrumento nº. 5.998-4/4. 10ª Câmara. Julgado em. 12.03.2003. Rel. Des. Ruy Camilo. RT, 734/306.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AP. Cível nº 13.225/93. Rel. Dês. Arruda França. RTJE 152/235.

_____. Apelação Cível nº 1991.001.05230. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Marcus Faver. Julgado em 31/03/1992. Disponível em [www.tj.rj.gov.br] Acesso em 21/05/2008.

VALLE, André Rufino do. Drittwirkung de Direitos Fundamentais e Associações privadas. In: *Direito Público, vol. 9. julho/setembro de 2005. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005.*

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral.* 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002,