



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**DIREITO FUNDAMENTAL À ASSOCIAÇÃO
E A EXCLUSÃO DO ASSOCIADO**

TATIANE GONÇALVES MIRANDA GOLDHAR

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Recife

2009



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



TATIANE GONÇALVES MIRANDA GOLDHAR

**DIREITO FUNDAMENTAL À ASSOCIAÇÃO
E A EXCLUSÃO DO ASSOCIADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Teoria Dogmática do Direito
Linha de Pesquisa: Transformações nas Relações Jurídicas Privadas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Dra. Fabíola S. Albuquerque.

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Recife

2009

Goldhar, Tatiane Gonçalves Miranda

Direito fundamental à associação e a exclusão do associado / Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar. – Recife : O Autor, 2009.
150 folhas.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Direito fundamental - Associação civil. 2. Associações civis - Formação histórica. 3. Associação civil - Ordem jurídica. 4. Exclusão do associado - Art. 57 do Código Civil. 5. Devido processo legal - Direitos fundamentais dos associados. 6. Associações civis - Entidades privadas - Mudanças sociais. 7. Estado democrático de direito. 8. Relação associativa - Direitos e deveres. 9. Lei n. 11.127/2005 no art. 57 do Código Civil - Brasil - Impacto jurídico-social das alterações. 10. Relação privada - Exercício equilibrado da autonomia privada da entidade - Direitos fundamentais dos associados. I. Título.

347.471
346

CDU (2.ed.)
CDD (22.ed.)

UFPE
BSCCJ2010-018

Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar

Direito fundamental à associação e a exclusão do associado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração : Teoria Dogmática do Direito

Orientadora: Dr. Fabíola Santos Albuquerque

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovado

Professor Dr. Paulo Luiz Netto Lobo (Presidente - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Paulo Lobo

Professor Dr. Fernando Antonio Vasconcelos (1º Examinador externo- UFPB)

Julgamento: Aprovado Assinatura: Fernando Vasconcelos

Professora Dra. Larissa Maria Leal (2ª Examinadora interna - UFPE)

Julgamento: Aprovada Assinatura: Larissa Leal

Recife, 21 de dezembro de 2009.

Coordenador Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

A meus pais, Nelma e Joel Miranda.

AGRADECIMENTOS

É árdua tarefa de agradecer a todas as pessoas que ajudaram a desenvolver e concluir essa dissertação de mestrado, ao longo desses dois anos de estudos, aulas, de moradia em Recife/PE e das viagens à Maceió/AL, enfim, durante todo esse tempo de dedicação à especialização tão estimada e importante para os projetos profissionais.

É natural começar por quem me estimulou e incentivou a fazer a prova de mestrado, depositando em mim a confiança necessária e depois viabilizando o êxito dessa realização: a Marcos Porto Goldhar, meu marido e orientador maior, cuja paciência tem sido ímpar e valiosa durante esses dois anos. Obrigada pelo reconhecimento e compreensão da ausência temporária do lar para investir na vida acadêmica.

Agradeço à minha família, por compartilhar o júbilo dessa conquista, em especial, aos meus pais pelos estímulos de força e coragem, por acreditarem que seria possível essa empreitada, pelo apoio incondicional na mudança para Recife/PE, vencendo o receio de toda sorte que, por vezes, desafiava o coração de pais atenciosos e zelosos que são.

À Professora Dra. Gabriela Maia, pelas considerações na feitura do projeto de pesquisa, pelas observações pertinentes que foram importantes para a provação no mestrado da Universidade Federal de Pernambuco.

À minha orientadora Dra. Fabíola Santos Albuquerque por ter me acolhido como orientanda, pela atenção despendida aos meus anseios e dúvidas na dissertação, pelas lições passadas e debates calorosos promovidos durante a disciplina ministrada no primeiro semestre da especialização, sem mencionar a afeição pessoal e auxílio para viabilização da conclusão do trabalho.

Ao professor Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo, não somente pela excelência das aulas ministradas de direito civil e pelo incentivo ao estudo aprofundado do direito, mas também pela generosa disponibilidade à elucidação das dúvidas, inerentes ao trabalho de pesquisa realizado.

Sou bastante grata aos meus colegas da pós-graduação e, em especial, aos amigos queridos Gustavo Henrique Batista e Everilda Guilhermino Brandão, companheiros de

viagem, gentis facilitadores das minhas idas e vindas a Recife/PE e a Maceió/AL, pelo carinho e atenção, pela amizade construída que certamente vai além das salas de aulas do mestrado; a Marcos Ehrhardt Júnior, pela ajuda no desenvolvimento da dissertação, pela amizade carinhosa e dicas da vida acadêmica; a Catarina Oliveira, pela simpatia, orientações e pelos momentos divertidos de que pudemos desfrutar. Agradeço, ainda, a Dr. Eduardo Dantas, pelas leituras recomendadas, conversas e mensagens edificantes trocadas. Obrigada, amigos!

Meus sinceros agradecimentos à Secretaria da pós-graduação, sobretudo a Josi, Gilka e a Carminha, pessoas dedicadas e esclarecedoras, as quais, desde o princípio, auxiliaram-nos na condução correta dos compromissos do mestrado.

Aos meus queridos amigos de Aracaju/SE, obrigada pela torcida, pelas energias positivas, por dividir a felicidade que foi viver essa especialização. Foi muito importante a compreensão de vocês nas ausências e adiamentos de compromissos sociais, tudo isso a reforçar a nossa amizade.

Agradeço a Deus, em último lugar só na disposição desse texto, porquanto meus primeiros pensamentos de agradecimentos profundos são dirigidos diariamente ao Senhor, ao verdadeiro Mestre da vida, pela inspiração, luz e proteção durante todo o trajeto percorrido para concretização do trabalho, pela companhia nos momentos de solidão, pela força e coragem para vencer os desafios pessoais e profissionais.

RESUMO

GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. **Direito fundamental à associação e a exclusão do associado**. 2009. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

A associação humana passou por intensas modificações no curso da história. Inicialmente, foi concebida como um agrupamento humano desorganizado, buscando a sobrevivência da espécie; desenvolveu-se para grupos organizados destinados às trocas comerciais; no absolutismo, desagregou-se devido à forma de governo que não oferecia campo propício ao desenvolvimento de entidades particulares e, com os movimentos iluministas, reestrutura-se formando uma sociedade civil com demarcada função política, econômica e percussora das garantias dos direitos individuais, através da limitação do poder do monarca. É desse período o surgimento das associações civis como entidades privadas destinadas às mudanças sociais, afirmação de direitos individuais, consagrando-se também como instrumento de garantia pelos direitos da coletividade, tornando-se fonte de poder social em meados do século XX. Nessa nova roupagem, fomentada pelos movimentos associativistas e do terceiro setor, revêem-se as relações associativas e suas normas estatutárias, a liberdade e autonomia administrativas, ideológica e juridicamente, adequando-as à nova ordem civil-constitucional. O objetivo do trabalho é apresentar o direito fundamental à associação civil, como decorrência do Estado Democrático de Direito e, diante da alteração do art. 57 do Código Civil, promovida pela Lei n. 11.127/2005, estudar os motivos, consequências e a finalidade da incidência do devido processo legal e da justa causa para aplicação de penalidade aos associados, mormente a pena de exclusão, à luz da teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e da constitucionalização do direito civil.

Palavras chave: Associação Civil, Exclusão do Associado, Devido Processo Legal

ABSTRACT

GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. **The Fundamental right to association and the associate's exclusion.** 2009. 150 f. Dissertation (Master's Degree of Law) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

The association among men, throughout the history, experienced many changes, since the first groups that were not organized in legal forms and aimed the survival of species; then, revealed themselves as organized groups with the objective of commercial trades; with the advent of absolutism, we observe an attenuation of these civil groups' force due to the limits of govern concerning the individual matters; and with the illuminists movements, we can observe a civil society formation and so a new shape of civil associations, as private entities, committed to social changes, the fundamental rights affirmation and, gradually, they were established as an important group of struggle for social rights, not only individuals, becoming thereby a strong social power during 20th Century. With this new gown, developed throughout the associativism and the third sector movements, it urges the study the civil associations' relationships and its internal rules, not only the ideology aspect but also the legal segment, adapting them to the civil-constitutional principles, but also respecting its institutional characteristics, as the liberty and self ruling principles. Thus, the aim of the work is to present the fundamental right of civil association as a result of Democratic State of Law and, concerning the alteration in the art. 57 of Civil Code, due to the emend 11.127/2005, to study the reasons, consequences and purpose of the incidence due process of law as well as the just case which are necessary to apply the penalties to the associated, specially the exclusion penalty, according to the effectiveness of horizontal rights' and civil constitutional's theories.

Keywords: Civil Associations; Exclusion of the Associated; Due Process of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – A FORMAÇÃO HISTÓRICA DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS	12
1.1 A associação humana: lugar e meio de realização de interesses individuais.....	12
1.2 A formação da sociedade e associação civil: o nascimento e a consolidação dos direitos fundamentais individuais.....	22
1.3 A associação civil como instrumento de coesão social: afirmação dos direitos fundamentais de natureza individual e social.	36
CAPÍTULO II – A ASSOCIAÇÃO CIVIL E A ORDEM JURÍDICA	47
2.1 O direito de associação e a Constituição Federal de 1988: um instrumento em favor da materialização de direitos fundamentais.....	47
2.2 O direito fundamental ao devido processo legal e a vinculação dos entes privados: novos paradigmas para as relações associativas.....	59
2.3 Código Civil de 2002 e o novo direito associativo: a constitucionalização do direito civil e o novo perfil da associação civil.....	82
CAPÍTULO III- ESTUDO DE CASO: ESTATUTO ASSOCIATIVO DA UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES.	95
3.1 Justificativa da necessidade de estudo de caso e da associação escolhida.	95
3.2 Direitos e deveres pactuados na relação associativa.....	97
3.3 A exclusão do associado pelo art. 57 do Código Civil: o devido processo legal formal (o procedimento) e substancial (a justa causa).	106
3.3.1 O devido processo legal formal: o procedimento na associação civil para aplicação de penalidades.....	108
3.3.2 O devido processo legal substancial e a motivação das decisões de expulsão na associação civil.	133
CONCLUSÃO.....	142
REFERÊNCIAS	145

INTRODUÇÃO

O objetivo do trabalho é verificar o impacto jurídico-social das alterações promovidas pela Lei n. 11.127/2005 no art. 57 do Código Civil, no que tange à determinação de procedimento extrajudicial para averiguação de justa causa na associação civil, como etapa antecedente à aplicação da penalidade de expulsão do associado dos quadros da entidade civil.

A compreensão do tema pressupõe um estudo da teoria da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em especial pela incidência do devido processo legal na associação civil, assim como uma leitura das regras associativas – direitos e deveres da entidade e dos membros - à luz da constitucionalização do direito civil, demonstrando a influência desses movimentos doutrinários e jurisprudenciais na reinterpretação do princípio da autonomia privada, liberdade de associação e da garantia da ampla defesa dos associados sujeitos a procedimentos acusatórios na seara da associação civil, compreendendo, ao final, o grau de mudança que passa a modelar as relações associativas.

No Capítulo I, investigar-se-á o desenvolvimento histórico da associação civil para evidenciar como se deu o surgimento dos agrupamentos civis e qual a sua função para a formação do sistema jurídico e para sociedade contemporânea. Trata-se de uma análise mais expositiva e descritiva, com breves apontamentos analíticos acerca da influência e características das associações humanas no período feudal, na Roma Antiga, no Estado Absolutista seguido da era iluminista até chegar ao Estado Social e no Estado Democrático de Direito.

Maior ênfase será atribuída ao modelo associativo do Iluminismo devido à importância desse momento para a história das relações privadas, destacando o contexto social e político da época para se constatar que a formação da sociedade civil fez surgir uma associação civil diferenciada, cujos princípios e regras serão mais tarde consolidados no domínio das relações particulares.

O exame histórico será finalizado com a demonstração da transformação da natureza eminentemente individual da associação civil para revelar uma conotação coletiva, face ao fortalecimento de seu papel social como instrumentos de luta e reivindicação de

direitos individuais que derivam em garantia de direitos coletivos e sociais, após a Revolução Industrial e do Regime Militar que precedeu à Democratização no Brasil.

O Capítulo II discorrerá sobre tratamento dado às associações civis pela Constituição de 1988, investigando o motivo da extensa e minuciosa disciplina atribuída à matéria e registrando a normatização ao longo das constituições brasileiras, bem como a atual função da entidade para o Estado Democrático de Direito; a importância do associativismo e do terceiro setor para o desenvolvimento das associações, revelando-se como um instrumento de materialização dos direitos fundamentais, amalgamada que está pelo princípio da solidariedade. Ressaltam-se, ainda, algumas decisões das Cortes Superiores para demonstrar o posicionamento da atuação processual da associação civil, concebendo-a como um *locus* de natureza individual que opera grandes transformações em benefício da coletividade.

Ainda nesse tópico, estudar-se-á a transposição do devido processo legal para a relação privada, à luz da teoria da vinculação dos direitos fundamentais às entidades privadas, resultando num novo modelo de associação civil e ultimando-se com a análise do regramento que o Código Civil vigente estabeleceu para o desenvolvimento da vida associativa dentro do contexto do fenômeno da constitucionalização do direito civil, a desnudar um perfil inovador de entidade em consonância com os princípios constitucionais.

O Capítulo III apresentará um estudo do estatuto da União Brasileira de Compositores, por ter sido a primeira associação demandada judicialmente e cujas regras internas foram analisadas pelo Supremo Tribunal Federal. O julgamento final é paradigmático e inaugurou o debate acerca dos limites do princípio da autonomia privada em cotejo com os direitos fundamentais do associado, em especial o direito ao devido processo legal e àquela referente ao exercício do poder disciplinar da entidade face aos associados no que pertine à aplicação de penalidades. Essa decisão promoveu uma releitura das regras associativas, razão pela qual será examinado se elas e, principalmente, as normas estatutárias da União Brasileira de Compositores, acompanham o projeto civil-constitucional de interpretação das regras e princípios civis.

Ao final, será estudado o devido processo legal formal como princípio norteador do procedimento disciplinar para apuração de infrações cometidas por associados e a

importância de sua implantação no âmbito da associação civil. Sugere-se um modelo de processo extrajudicial útil ao atendimento da finalidade que a lei propõe, demonstrando quais são os princípios e critérios que devem ser adotados pelo órgão maior na aplicação de penalidades e o escopo que exsurge do estabelecimento dessa garantia para os associados.

A importância e o alcance da justa causa também serão ressaltadas como uma feição substancial do devido processo legal e elemento norteador das decisões associativas de aplicação de penalidade, verificando-se que, a despeito de ser um conceito jurídico indeterminado, serve à garantia de justiça e equilíbrio na motivação das decisões privadas que aplicam penalidades.

O presente trabalho, portanto, visa contribuir com um estudo da relação associativa, seus direitos e deveres, e da importância da adoção do devido processo legal formal e substancial para assegurar direitos fundamentais dos associados, inaugurando um novo perfil de relação privada que prima pelo exercício equilibrado da autonomia privada da entidade com os direitos fundamentais dos associados.

CAPÍTULO I – A FORMAÇÃO HISTÓRICA DAS ASSOCIAÇÕES CIVIS

1.1- A associação humana: lugar e meio de realização de interesses individuais.

Para bem compreender a atual função e finalidade da associação civil, sua importância para os membros associados e para a sociedade como um todo é necessário um breve percurso pela história das formações associativas para identificar a natureza e o desenvolvimento dos agrupamentos individuais, qual o seu objetivo e a contribuição para a tessitura social.

A idéia imanente às associações de pessoas é tão longínqua que coincide com o surgimento da história da humanidade, onde se constata o impulso gregário dos homens, seja para sobrevivência estritamente, seja para conquista de objetivos comuns¹. Manuel Vilar de Macedo, analisando a perspectiva histórica da associação civil, asseverou que o homem, nos tempos primários, “(...) associou-se para caçar, para se defender das agressões exteriores e para fundar os rudimentos que viria a ser a sociedade (...)”.²

Na Roma Antiga, no período do direito clássico, as associações se apresentavam na forma de corporações que eram, no dizer de José Carlos Barbosa Moreira, “associações voluntárias de pessoas físicas que visavam determinado fim, e desde os tempos remotos existiam em Roma com as denominações *collegia e universitates*, e com o escopo funerário, religioso ou comercial”.³

Ao longo do período pós-clássico romano, requisitos e características foram se agregando às constituições da associação, denominadas pelos juristas romanos de *sodalitas*, *sodalitium*, *ordo*, *societas*, *corpus*, *universitas*, estas subdivididas em *universitas bonorum* (fundações) e *universitas personarum* (associações de pessoas), constituídas de número mínimo de três pessoas para sua organização e funcionamento, o qual se dava mediante autorização do Senado ou do Imperador.⁴

¹ GARCIA, Gilberto. **Novo direito associativo**. São Paulo: Método, 2007, p. 27.

² MACEDO, Manuel Vilar de. **As associações no direito civil**. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p.01.

³ ALVES, José Carlos Barbosa Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.133.

⁴ ALVES, José Carlos Barbosa Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 135 e LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**, vol. I, 4 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1962, p.330-331.

Ainda com base na obra de José Carlos Moreira Alves, ao tratar dos elementos que eram exigidos das corporações, o autor esclarece que os romanos não dependiam da autorização do Imperador para dar origem às associações; a outorga de funcionamento era destinada ao seu exercício, o qual era controlado pelo Senado e pelo Imperador, até por que não constava na Lei das XII Tábuas tal condição de autorização para o aparecimento das *universitas personarum*.

Dessa forma, para atestar a regularidade das atividades religiosas e funerárias das *universitas personarum*, por exemplo, o Imperador outorgava-lhe o exercício, legitimando-o na sociedade⁵. Era uma espécie de atestado de regularidade para o funcionamento, mas não implicava em concessão de personalidade jurídica, porquanto não existia esse atributo no Direito Romano, seja na Lei das XII Tábuas, seja posteriormente no *Corpus Juris Civilis*, de Imperador bizantino Justiniano.

É desse período também os primeiros indícios da formação da pessoa jurídica, também identificadas na figura das corporações, embora mister deixar claro que os romanos desconheciam o conceito hodierno de pessoa jurídica.⁶

Ao discorrer sobre a história da pessoa jurídica, Pontes de Miranda retrata que no Império Romano desconhecia-se seu conceito, pois o *ius privatum* (*ius civile*) só abrangia as pessoas físicas, os civis. Os *collegia* e as *sodalitates* não eram formalmente pessoas. Já a *res publica* era o bem do povo romano e não constituía coisa privada. A “coisa do povo” era denominada *extra commercium* e a própria terra do povo, *ager publicus* não pertencia a ninguém. Dessa forma, somente quando a *res publica* teve de entrar no mundo das trocas comerciais, passou a ser privatizada e, mesmo assim, não nos moldes que concebemos hoje.⁷

Interessante notar, portanto, que o surgimento das primeiras formas associativas confunde-se com o aparecimento do instituto pessoa jurídica, muito embora os primeiros elementos da associação civil contemporânea pudessem ser encontrados no período clássico e com mais nitidez no pós-clássico, o instituto pessoa jurídica ainda não era conhecido nesse

⁵ ALVES, José Carlos Barbosa Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 135-136.

⁶ GARCIA, Gilberto. **Novo direito associativo**. São Paulo: Método, 2007, p. 31.

⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral, tomo I, atualizada por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 348.

momento histórico e só veio a se concretizar juridicamente séculos depois das primeiras formações associativas, mormente no Iluminismo, momento de construção das primeiras teorias.⁸

A associação civil, com significado de reunião de pessoas para desenvolvimento de finalidade e interesses comuns aos seus membros, aparece, ainda que brevemente, em escritos sociológicos e jurídicos do período feudal europeu, mais precisamente nos séculos XIII a XIV.

A sociedade feudalista da Idade Média era marcada por uma inexistente mobilidade social, rígidas tradições e vínculos jurídicos que determinavam a posição social de cada indivíduo desde o nascimento, com profunda intervenção religiosa na vida dos indivíduos. O primeiro registro de associação, nessa conjuntura de sociedade extremamente fechada são as corporações de ofício, as quais foram associações que surgiram em meados do século XII para regulamentar o processo produtivo artesanal nas cidades que já contavam com número expressivo de habitantes.⁹

A obra de Leo Huberman retrata que a corporação de ofício, formada por mestres, jornaleiros, também chamados de companheiros e aprendizes, reunia pessoas para desempenhar o mesmo ofício e eram responsáveis por determinar preços, qualidade, quantidades da produção, margem de lucro, o aprendizado e a hierarquia de trabalho entre seus membros. A regra era bem estabelecida: aqueles que desejavam entrar na corporação deveriam ser aceitos por um mestre para a função de aprendiz, sem percepção de salário ou ganho produtivo, o qual detinha as ferramentas e fornecia a matéria-prima para o labor.

Elas delimitavam suas áreas de atuação de forma estrita e rígida na sociedade feudal, de modo que não existia sobreposição de competências entre os ofícios de costura, consertos, etc. Exerceram um papel de grande relevo durante toda a Idade Média no aspecto econômico com formação de agrupamentos de pessoas para o desempenho de atividades comerciais, regulamentadas pelos seus integrantes e com função de gestão de interesses

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171-172 e MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral, tomo I, atualizada por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 348-349.

⁹ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 21 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 19-20.

próprios em benefício do grupo. Desde o princípio, já se observa com as corporações de ofício, o traço da autogestão, autonomia e liberdade na disposição de regras internas da relação associativa.

Não se pode deixar de lembrar que com o aparecimento de era das navegações e descoberta de outros continentes, fenômeno presente ao longo da Baixa e Alta Idade Média, as manifestações organizadas eram formadas pelos navegantes e mercadores, reunindo-se em comunidades denominadas de liga dos mercadores, como aponta o historiador Léo Huberman:

As associações de mercadores exerciam com freqüência um monopólio sobre o comércio por atacado das cidades. Quem não era membro da liga dos mercadores não fazia bons negócios. (...) O integrante da sociedade gozava de certas vantagens, mas só podia permanecer como membro se seguisse às riscas as regras da associação, estas eram muitas e rígidas. Rompê-las podia significar a expulsão total ou outras formas de punição¹⁰.

Nesse estágio da história, registram-se comunidades formadas e autorregulamentadas para concentração de idéias e interesses comuns ligadas às navegações e conquistas de novos espaços e continentes. É perceptível também que uma vez existente na sociedade as primeiras formações organizadas, a participação nelas distinguia social e comercialmente os indivíduos de outros que não se congregavam nas corporações, denotando que aquele que não pertencia à liga não realizava bons negócios comerciais.

Além da análise da realidade econômica das associações humanas, mister um exame do aspecto filosófico da Idade Média. Recorde-se que na sociedade medieval, sobretudo a da Baixa Idade Média, a filosofia reinante era a teologia moral da Igreja, uma versão do jusnaturalismo originário em que o homem vivia num estado de natureza, sem regramentos escritos pré-estabelecidos, já que as relações humanas eram enraizadas e desenvolvidas em crenças e misticismo presentes senso comum do povo, reguladas basicamente por uma lei natural universal, desprovida da presença de um Estado forte e centralizado, onde o papel de organização social era exercido pela Igreja e pelos bispos.¹¹

¹⁰ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 21 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p.33-34.

¹¹ A antítese que é revelada pelos escritores jusnaturalistas é de natureza/civilização. Norberto Bobbio ao estudar a formação da sociedade civil em Gramsci, apregoa que a época jusnaturalista não é formada por um estado associal, de guerra perpétua entre os seres humanos; mas sim uma primeira versão do Estado Social, porquanto se caracteriza pela predominância de relações sociais reguladas por leis naturais e não positivadas e escritas, proclamadas por uma revolução qualquer. Ver obra BOBBIO, Norberto. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de**

É importante ressaltar a filosofia jusnaturalista por que ela influenciou sobremaneira na formação dos tímidos agrupamentos civis, que surgiam para e em torno dos objetivos da Igreja, consubstanciando-se em congregações religiosas de pouca ou nenhuma representatividade social, no que tange ao desenvolvimento dos interesses dos indivíduos. Essas congregações, numa roupagem associativa, exerceram grande influência na formação cultural e, posteriormente, jurídica dos povos subseqüentes, marcando moral e filosoficamente os valores da sociedade futura.

No que tange aos movimentos associativos na sociedade pré-absolutista, verifica-se que, devido às constantes guerras religiosas entre os povos vizinhos, sem mencionar as crescentes rivalidades entre os Estados Nacionais, mormente na Europa, houve uma desagregação dos agrupamentos individuais, tais como as corporações de ofício e religiosas, a disseminar o caos nas comunidades, culminando no enfraquecimento da unidade dessas corporações e desequilibrando o comércio e a paz social.

Diante desse cenário desfavorável, é que no período absolutista, principalmente no seu início, não há registros de formação associativa sólidas visando à promoção de interesses comuns, o que se explica pela instabilidade social desse momento, levando os indivíduos a renunciarem suas liberdades pessoais para concentrá-las nas mãos de um monarca, com a finalidade de garantir a ordem e a paz sociais.

Segundo Reinhart Koselleck, ao analisar as mudanças que antecederam a formação do estado absolutista, as condições culturais, econômicas e religiosas favoreceram o surgimento de uma concepção de moral:

A ordem política que o Estado produziu ao pacificar o espaço devastado pelas guerras civis religiosas criou a condição necessária ao desenvolvimento do mundo moral. Contudo, na medida em que os indivíduos sem poder político desvincilhavam do vínculo com a religião, eles entram numa contradição com o Estado que os emancipa moralmente, mas também os priva da responsabilidade, ao reduzi-los a um espaço privado.¹²

sociedade civil. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 50-51.

¹² KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise:** uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Tradução Original Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 15.

A conjuntura da sociedade absolutista, portanto, implicava na renúncia às liberdades e aos interesses individuais em prol de um coletivo centralizado e dirigido, isto é, um poder capaz de arrefecer a inconstância dos movimentos sociais. São inexpressivas as associações ou agrupamentos civis organizados nesse período, porquanto não era estruturalmente possível o fortalecimento de grupos paralelos em contraposição ao império do rei, afinal, “a voz da consciência individual não deve nunca alcançar o exterior; deve, antes, ser abafada; só sobrevive quem se converte a nova moral social”.¹³

Nesse sentido, Franz Wieacker observa que a filosofia contratualista de Rousseau impulsionou e legitimou essa nova ordem social e a organização da comunidade através de um voluntário pacto de submissão dos indivíduos para com o Estado, com a entrega de seus direitos naturais ao monarca, dando origem assim à conhecida idéia de pacto social e posteriormente de um Estado absoluto e centralizado na pessoa do rei, o próprio representante do divino na terra.¹⁴

Jean Jacques Rousseau, através da teoria da vontade geral, também apregoa a formação do Estado Absoluto a partir das forças sociais reunidas em uma única instância e subtraindo-se dos direitos inatos para concentrá-lo no poder absoluto, passando a ser visto como uma verdadeira renovação do contrato social proposto pela teoria hobbesiana.¹⁵

No plano comercial, as poucas corporações que se firmaram até o século XV e XVI, acabaram por quase sucumbir diante da instabilidade econômica e social ocasionadas pelos intensos influxos de comerciantes estrangeiros e bárbaros religiosos nas sociedades. Os interesses comuns pessoais, normalmente voltados para o exercício do trabalho, deram lugar a uma nova realidade de despolarização das associações para se concentrar na escolha de um monarca para controlar a sociedade e restabelecer a paz entre os indivíduos, a corroborar a teoria de Rousseau do contrato social, ao proclamar a formação do contrato social dirigido a formação do Estado Absolutista.

¹³ KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Tradução Original Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 23.

¹⁴ Wieacker comenta que o indivíduo sujeita-se, através da socialização, a limitação de sua liberdade absoluta, WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução: Antônio Manuel Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004, p. 302.

¹⁵ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 20.

Após a estabilização e reequilíbrio do grande período de conflitos sociais e religiosos, e passados alguns séculos de sufocação da classe burguesa, mais precisamente na França, observa-se que o rei tão desejado outrora pelos homens transmuda-se de solução à paz social para um grave problema, uma vez que a classe média vigente começa a sofrer com os pesados tributos impostos para manutenção dos privilégios reais, transformando a autoridade real no maior devedor da burguesia, a qual sustentava o Estado Absolutista, porém sem usufruir da participação política como consequência do domínio das relações econômica de sua época.¹⁶

Ao comentar a insatisfação dos súditos com os princípios de tirania real, Franz Wieacker:

A ordem autoritária do absolutismo – que após inteira destruição da liberdade municipal e cidadã tinha pesado impiedosamente sobre os súditos – cedeu passo a comunidades de homens solidárias e livres unidas pela autoridade espiritual da Igreja e pela tradição cultural da antiguidade mais do que pelo débil poder central.¹⁷

Com o evidente abuso e arbítrio das práticas absolutistas e a insatisfação geral social, o autor acena para um “declínio do poder real e a ascensão de poderes particulares que abrangeu na jurisdição senhorial a organização dos tribunais, a formação pública e o controle do corpo da magistratura”.¹⁸

Da crescente supressão de liberdades e garantias individuais tais como a propriedade e a liberdade dos indivíduos, verificou-se, na França, um ressurgimento do fenômeno associativo entre os cidadãos, a partir de uma efervescência cultural e intelectual semeadas à época, no intuito de reorganizar-se e reivindicar a proteção de direitos básicos dos indivíduos, isto é, do exercício desimpedido da propriedade, que era altamente tributada pela monarquia, aliada à conquista de um espaço da gestão política e social pelos comerciantes e intelectuais.

¹⁶“A consciência cultural da burguesia em ascensão ergueu-se contra o espírito tutelar dos planificadores absolutistas”, em WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução: Antônio Manuel Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004, p. 13.

¹⁷ Ob. cit., p.104

¹⁸ Ob. cit., p.106.

Quando se fala em ressurgimento do fenômeno associativo, diz-se que houve uma reconfiguração da formatação associativa existente até então na Idade Média, haja vista que nos primórdios das revoltas sociais contra o Estado Absolutista, verdadeiros prelúdios da era iluminista, as associações eram formadas por burgueses proprietários de terra e a finalidade da reunião e o objeto de reivindicação eram a concentração de esforços para afirmação dos direitos naturais do homem (liberdade, igualdade e propriedade), objeto de opressão constante pela Igreja e pelo Estado, trazendo à tona a necessidade de limitação do poder estatal sem sua eliminação, já que a concentração política e do poder ainda era a saída para a organização da vida em sociedade.¹⁹

Segundo a obra de Jorge Luiz Acanda, ao tratar das mudanças que antecederam a formação da sociedade civil:

(...) o desenvolvimento das relações de mercado a partir do século XVI colocou em questão a interpretação das formas de vida social. A visão do homem que agora se impunha, a de ser dotado de razão e de capacidade de decisão, transformador de ser mundo (...) entrava em aberta contradição com a imagem do indivíduo como ser que só alcançava seu valor mediante sua inclusão numa estrutura de crenças e de hierarquias sustentadas pela ideologia medieval.²⁰

Nesse cenário, a autonomia da vontade começa a dar seus primeiros passos na formação de uma futura doutrina de Direito Civil que estabelecesse a intangibilidade da liberdade dos indivíduos, consubstanciada no domínio da terra e a gestão contratual, através dos agrupamentos civis concebidos como locais essenciais ao desenvolvimento da autonomia privada.

Ressalte-se que o contexto filosófico dessa época, isto é, dos momentos anteriores à revolução das luzes era de jusracionalismo, o qual, segundo a obra de Wieacker, representa um “curto capítulo histórico das muito vastas manifestações do jusnaturalismo”, afinal:

¹⁹ Noberto Bobbio aponta que “os chamados direitos naturais ou morais não são propriamente direitos: são apenas exigências que buscam validade a fim de se tornarem eventualmente direitos num novo ordenamento normativo, caracterizado por um diferente modo de proteção dos mesmos.” Com essa visão, Bobbio desconsidera na crença no período pré-iluminista na existência concreta de direitos naturais imanentes ao homem, direito de fundo filosófico-cristão, certamente, mas que somam uma série de imposições naturais e antecedentes ao Estado que os homens precisavam normatizar, em BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 75.

²⁰ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p.100.

(...) o próprio direito natural é, por um lado, uma questão permanente do homem teórico acerca de seu lugar na sociedade, e como tal uma filosofia social, mas por outro, é uma tradição cultural que se mantém desde os inícios da filosofia helenística até actualidade.²¹

É a filosofia jusracionalista, presente principalmente na Inglaterra e França, que se baseia numa nova antropologia, na qual o homem aparece não como uma obra divina, mas sim como ser natural capaz de apreender as leis da natureza, racionalmente, concepções que sustentou e justificou os anseios precursores da Revolução Francesa em 1789 e os inúmeros movimentos sociais, também na América do Norte que retrataram movimentos de independência das colônias britânicas, os quais representaram na era iluminista, através de associações, entidades de contestação do regime absolutista.

A despeito dos ideais de revolução como instrumento de constituição e consolidação de associações ao fim do Estado Absolutista, o jusracionalismo, segundo Wieacker não se confunde com o iluminismo propriamente dito:

O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar de sua fundamentação filosófica foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política (...) justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e penas corporais.²²

Nesse momento, um novo comportamento associativo se manifesta sensivelmente distinto daquele que fora identificado na Alta Idade Média e no período clássico romano; as associações formadas na França, em especial, eram constituídas por intelectuais, burgueses, artistas, profissionais liberais e maçons, enfim, uma expressiva parcela da sociedade, alfabetizada intelectualmente, porém financiadora dos privilégios reais e desprovida de qualquer participação nas decisões da comunidade, a qual empobrecia assistindo o enriquecimento e do luxo ostentado pela monarquia.

²¹O jusracionalismo ergueu-se contra as realidades do direito positivo absoluto que ele não considera em convergência com a razão jurídica geral: contra a violência, contra os costumes e as autoridades sociais. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução: Antônio Manuel Hespanha, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004, p.280.

²² Ob. cit., p. 354.

Cabe registrar que processo análogo já havia ocorrido na América do Norte, nos idos de 1776, com as associações humanas predestinadas a um fim social específico evidenciado pelas lutas das Colônias Britânicas com intuito de independência da exploração econômica e política pela Inglaterra.

Portanto, observa-se o surgimento de associações civis principalmente na América do Norte e na França em razão dos movimentos revolucionários que lá se iniciaram dado o avançado desenvolvimento e agigantamento do Estado Absolutista que passara a justificar uma nova ordem de valores e idéias cuja veiculação só figurava-se possível na esfera privada dos indivíduos, ou seja, com o fortalecimento das associações civis.

É nesse ponto que se percebe a importância das associações civis como um local de realização de interesses individuais os quais, nessa época, estavam intimamente ligados com interesses opostos aos do Estado e, quando as associações não tratavam de questões ligadas ao comércio e trabalho entre os membros e a sociedade, voltava-se para a reivindicação e estabelecimento de limites da atuação estatal na esfera privada e disciplinamento das liberdades humanas, sob a bandeira da liberdade, igualdade, fraternidade.

Essa conjuntura reflete nítida a passagem do jusnaturalismo para o jusracionalismo, onde:

(...) o homem filosofante só adquire influência social quando se liga com uma sensibilidade jurídica desperta por parte de grupos sociais que se ergam contra a imposição ou o costume injusto (sob a forma de direito positivo) ou que procurem num abalo geral do corpo tradicional do direito uma nova legitimação do direito recebido por tradição.²³

A importância de ressaltar as idéias filosóficas e o cenário político reinantes na sociedade absolutista reside justamente na possibilidade de compreensão do derradeiro espírito social dessa fase da história, a desnudar uma brusca ruptura entre o modelo sociedade-governo da Idade Média e da era Iluminista, movimentos pós-revolucionários franceses e ingleses e a influência dessa passagem para a formação das associações civis.

²³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução: Antônio Manuel Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004, p. 289.

A análise permite a constatação de que até a Era Moderna, mormente até o momento que antecedeu o Iluminismo, a associação civil era meramente uma reunião de indivíduos para discussão e promoção de interesses individuais ligados aos seus membros, não assumia forma de organização civil legitimada pelo Estado e regulada por regramento social específico. Não há registros de leis que regulassem a formação e exercício, de modo que sua existência era constatada pela observação da realidade social, dos movimentos associativos e não a partir de regras escritas.

Assim, é possível afirmar e concluir, nesse ponto, que esses agrupamentos civis, com finalidades eminentemente comerciais e ligeiramente revolucionárias, formaram o esboço do modelo de associação civil que existe hoje na sociedade contemporânea. Daí a assertiva de que eles consubstanciavam num lugar e meio da realização de interesses eminentemente individuais, cujas regras eram elaboradas pelos próprios integrantes, sem a participação decisiva do Estado.

Doravante, verificar-se-á, com especial atenção, a contribuição do Iluminismo para o desenvolvimento da associação civil e para novas características e finalidades que se agregaram à entidade privada.

1.2- A formação da sociedade civil e a influência da associação civil para o nascimento e a positivação dos direitos fundamentais individuais.

Neste item, pretende-se focar no período histórico liberal (séculos XVIII e XIX), apresentar um breve contexto filosófico, jurídico e político da França, no início da era moderna, e explicar como esse panorama de mudança de paradigmas fez surgir a sociedade civil com um novo formato de associação civil, inaugurando, assim, uma fase de profundas transformações na sociedade e no futuro conceito de direitos individuais.²⁴

Vilar de Macedo nos informa que “a necessidade de associação é um fenômeno conatural do ser humano, decorrente de sua própria natureza”²⁵ e seu surgimento confunde-se como já afirmado com o próprio aparecimento da humanidade, tendo, porém, suas características definidas somente na Era Moderna.

²⁴ Sobre o surgimento da sociedade civil, ver obra ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 24-25.

²⁵ MACEDO, Manuel Vilar de. **As associações no direito civil**. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 01.

Inicialmente, cumpre registrar que o conceito de sociedade civil inaugurado pela era iluminista e aqui utilizado é o que se refere à mudança da sociedade feudal/jusnaturalista para a mercantilista/jusracionalista, denotando o crescimento do gérmen da formação política e cívica da sociedade, onde os direitos e deveres dos indivíduos foram estabelecidos e garantidos por meio de leis.²⁶

Desse modo, pode-se dizer que é com o advento do Estado Liberal que a associação humana desvencilha-se da finalidade exclusivamente religiosa e econômica para se apresentar com uma roupagem eminentemente cívica, tornando mais pertinente e tecnicamente adequada o uso, a partir deste momento, da terminologia associação civil, no imo do sentido da palavra, relacionada com a conquista dos direitos do homem.

A compreensão histórico-jurídica da era liberal é o ponto de partida para um entendimento da atual configuração da sociedade civil e da associação civil, sendo esta como uma manifestação dos ideais e conjunturas presentes na sociedade civil iluminista, o que torna imprescindível a verificação das transformações que desaguarão num novo modelo de associação civil.

Para muitos autores, “a idéia de sociedade civil foi criada pelo pensamento liberal”²⁷, dentre eles, o filósofo Jorge Luiz Acanda, que estudou profundamente o surgimento, o desenvolvimento e a formação do conceito de sociedade civil.

Na obra “ensaios sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil”, aponta Norberto Bobbio que o termo civil em inglês oriundo de *civil society* – assim como em francês e italiano - significa não-bárbaro, isto é, civilizado, porém nas obras de Hegel, a tradução e aceção desenvolvidas é outra, pois no idioma alemão reflete a ambigüidade da antítese

²⁶ BOBBIO, Norberto. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.50-51. Ao analisar a teoria do Estado Moderno, Bobbio assevera que “o pensamento político moderno de Hobbes a Hegel, caracteriza-se pela constante tendência – ainda que no interior de diferentes soluções – de considerar o Estado ou sociedade política em relação ao estado da natureza (sociedade natural), como o momento supremo e definitivo da vida comum e coletiva do homem, ser racional; como resultado mais perfeito ou menos imperfeito daquele processo de racionalização dos institutos ou das paixões ou dos interesses mediante o qual o reino da força desagregada se transforma em o reino da liberdade regulada. O Estado é concebido como produto da razão, isto é, conforme a sua natureza.”, p. 43.

²⁷ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p.35.

natural/civilizado para compreender algo como pré-estatal (período anterior ao Iluminismo) e estatal (pós-revoluções inglesas e francesas).²⁸

Rousseau, considerado o pai da revolução francesa, anunciava que “o verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo colocado um terreno, lembrou-se de dizer isto é meu e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditar nele”.²⁹ Nascia então a época da delimitação dos bens, com a consolidação dos institutos da posse e da propriedade e, conseqüentemente, da afirmação dos direitos do indivíduo vinculados ao domínio da terra.

O tributo à época liberal da formação da sociedade civil organizada deve-se ao fato de que, pela primeira vez, uma revolução social expressou rupturas com a ordem política vigente de modo a deflagrar o nascimento da defesa e posterior positivação dos direitos do homem³⁰, a elevação da razão humana, a percepção do indivíduo enquanto ser único e portador de direitos antecedentes e naturais inalienáveis, tais como sua liberdade, a qual se restringia ao exercício de poderes inerentes à propriedade e, nessa linha de acontecimentos, a percepção da noção de autonomia da vontade humana.

É chegado o momento em que o homem deixa de ser súdito para exteriorizar sua moral individual e se realizar politicamente como homem, através da participação na política e na gestão dos interesses do povo (determinados grupos atuantes), causando a derrocada do Estado Absolutista.³¹

A época liberalista, expressão hoje carregada de forte conteúdo pejorativo e relacionada às práticas imperiosamente econômicas, foi um momento revolucionário na história moderna, porquanto “expressou um ideal de liberdade e justiça; e o expressou, pela

²⁸ BOBBIO, Norberto. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 52-53.

²⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 61

³⁰ Ao dispor sobre os direitos fundamentais de primeira geração Paulo Bonavides destaca que “São por igual direitos que valorizam primeiro o homem singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade civil mecanicista, que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual” em BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. In: **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. 2 ed. George Salomão Leite (coord.). São Paulo: Método, 2008, p. 129-140. (p. 130)

³¹ KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Tradução Original Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 38-39.

primeira vez, na história do pensamento da humanidade, por meio de um conjunto de ideologemas e princípios teóricos”.³² São responsáveis por essa reforma humana e social as revoluções sociais da América do Norte (independência das colônias britânicas) que culminou na Declaração de Virgínia de 1776 e da França, dando origem à Declaração dos Direitos do Homem de 1789.³³

Ao analisar os fenômenos políticos e sociais revolucionários posteriores de cunho emancipatório da América Latina, por exemplo, no século XIX, percebe-se que o fundamento ideológico reside justamente em muitos postulados surgidos com o liberalismo francês, ainda que a doutrina marxista insistia no contrário.³⁴

Com base na teoria de Jorge Luiz Acanda, afirma-se que modernidade e sociedade civil são sinônimas e fenômenos concomitantes. Não se pode negar que o liberalismo, na sua mais alta expressão, foi desencadeado por movimentos populares na França, culminando numa série de processos de mudanças sociais na estrutura econômico-produtiva, na organização político-institucional e principalmente nos paradigmas simbólicos legitimadores, contaminando toda a Europa. Isto é, “tanto por sua extensão quanto por sua intensidade, as transformações trazidas pela modernidade foram mais profundas do que qualquer outra mudança social anterior”³⁵, haja vista que foram insurreições morais conscientes, voluntárias e racionalmente guiadas, a partir do homem-pensante e não conduzido por forças sobrenaturais.

³² KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Tradução Original Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p.35.

³³ Daniel Sarmento enfatiza que “as idéias dos pensadores iluministas permearam dois grandes eventos do final de século XVIII, que foram absolutamente decisivos para a consolidação e judicização dos direitos do homem: a Revolução Francesa e o movimento que culminou na Independência e na fundação do Estado norte-americano” em SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2006, p. 09. Para Bobbio, “ambas as Declarações partem dos homens considerados singularmente; os direitos que proclamam pertencem aos indivíduos considerados uma unidade, que os possuem antes de ingressarem em qualquer sociedade.”, BOBBIO, Norberto. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 84.

³⁴ Jorge Luiz Acanda afirma que o liberalismo clássico dos séculos XVIII e XIX, assemelha-se muito com a doutrina marxista, cujo precursor e autor, Max Weber costumava bradar que a revolução francesa nada mais se referia do que ao apogeu de interesses burgueses pelo poder, já que estavam à sua margem, imposta arbitrariamente pelo Rei. O autor afirma que “acontece, então com o liberalismo algo semelhante ao que vimos com o marxismo” e que o marxismo dogmático entendeu o liberalismo apenas como uma doutrina da opressão, incapaz de contribuir e indigna de ser levada em conta como recurso para fazer frente aos desafios de uma luta de libertação”, p. 35.

³⁵ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 51-52.

É inegável a importância das revoluções burguesas para o rompimento paradigmático da sociedade em relação à idéia fincada secularmente pelo rei e pela Igreja; era preciso abandonar de uma vez por toda a legitimação teológica do poder e descartar a figura real como representante da mais pura divindade. Ainda para Acanda, “o liberalismo expressou recusa às formas políticas despóticas da sociedade feudal (...) tornando-se um modo de interpretar e construir realidade social”.³⁶

Na filosofia moderna, a formação da sociedade civil dá-se com apoio em elementos de subjetividade e racionalidade, rompendo com o pensamento pouco racional e questionador precedente, o que é explicado Touraine por uma “relação carregada de tensões entre a razão e o sujeito; entre a racionalização e a subjetivação, entre o espírito do Renascimento e o da Reforma, entre a ciência e a liberdade”.³⁷

Essa conflagração social se processou com a mesma voracidade no campo das idéias e do pensamento político, razão pela qual é comum a atribuição à época liberal o surgimento do moderno conceito de sociedade civil e o soerguimento da razão humana e, nessa linha, do próprio Direito que criou o alicerce necessário à construção do sistema jurídico da contemporaneidade:

O papel revolucionário que a burguesia desempenhou na história reside no fato de ter conseguido criar novos e infinitamente renovados, modos de atividade humana; gerou novos processos, poderes e expressões de vida e de energia dos indivíduos. A burguesia liberou a capacidade e o impulso para a mudança permanente, para o perpétuo movimento e renovação.³⁸

Concomitante a todas essas mudanças, reconfigura-se, indubitavelmente, o pensamento do homem em relação a si mesmo, surgindo profundas e marcantes reflexões acerca do *self*, da consciência individual, tanto na psicologia quanto na sociologia e com isso inaugura-se a era do predomínio da razão, observação científica e da positivação legal dos direitos humanos.³⁹

³⁶ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p.69 e 72.

³⁷ TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**, 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p.18.

³⁸ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p.35.

³⁹ Para Acanda, muito embora o liberalismo tenha propugnado a necessidade de libertação do indivíduo e a vitória da razão sobre a crença puramente holística, “a paternidade da idéia da importância do indivíduo é devida ao cristianismo” Ob. cit., p. 12. Aliado ao cristianismo, Acanda também visualiza que a Reforma Protestante encabeçada pela doutrina calvinista deu origem a concepção do indivíduo investido de qualidades

Dentre tantos filósofos iluministas, o conceito kantiano acerca da moral é de imprescindível referência, pois norteou o pensamento liberal e iluminista fundamentando assim as práticas sociais e contribuindo sobremaneira para as transformações incidentes no enlaçar de uma nova sociedade civil mais humanista e racional.⁴⁰ Para Kant, a disposição moral das pessoas se manifestará futuramente na afirmação do Direito, qual seja, um direito natural e positivado pertencente às pessoas no sentido de não serem impedidas por outras forças que a Constituição Civil não considere salutar ao progresso humano.

No estágio avançado do desenvolvimento da doutrina liberalista, momento em que as relações pessoais tornavam-se cada vez mais funcionalizadas sob o ponto de vista da matéria e do mercado de trocas, Immanuel Kant, fazia um contraponto ao alertar que:

(...) no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.⁴¹

Interessante notar que, mesmo diante do secular arbítrio real e da necessidade de renovação espiritual, veiculada através dos novos fenômenos sociais, a burguesia não almejou o despojo total do poder do Estado; o desejo reinante era de limitação do poder estatal, rompimento com a gestão social teológica vigente, mas manutenção do poder centralizado, porém de forma a receber as reivindicações burguesas e da então classe média.

A eliminação total do poder estatal nunca fora almejada porquanto resultaria em retorno ao caos do estado feudal, ocasionando assim revoltas sociais e instabilidade econômica, a prejudicar os interesses dos comerciantes. Como bem esclarece Acanda:

Para que a modernidade surja e se reproduza é necessário que exista uma instância central de poder que implante e mantenha os princípios de seu funcionamento, O artificialismo da ordem burguesa determina a necessidade

transcendentais, transformando assim sua relação com o bem e a virtude, permitindo assim atribuir à esfera da sociedade civil uma determinação moral que até então havia sido propriedade exclusiva do transcendente, ou seja, do Imperador, entendido como representante terrestre da divindade, Ob. cit., p. 101.

⁴⁰ Alerta Norberto Bobbio que essa “consciência moral tem grande influência na educação cristã na formação do homem europeu, é algo relacionado com a formação e o crescimento da consciência do estado de sofrimento, de indigência, de penúria e de miséria, ou mais geralmente de infelicidade, em que se encontra o homem no mundo”, em Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.51.

⁴¹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003, p. 223.

do Estado que o de ser entendido como um mal, mas um mal necessário. O liberalismo não constitui, de forma alguma, uma ideologia contrária ao Estado.⁴²

Ao tratar da teoria da sociedade civil a partir dos escritos de Antônio Gramsci, Norberto Bobbio também enfatiza que “o Estado não é um fim em si mesmo, mas um aparelho, um instrumento; é o representante não de interesses universais, mas particulares; não é uma atitude superposta à sociedade subjacente, mas é condicionado por esta (...)”.⁴³

No aspecto jurídico, é desse período a positivação dos primeiros dogmas axiológicos, bem apontado pelo sociólogo Peter Sztompka⁴⁴ quando afirma que são princípios emergentes na modernidade, o princípio do individualismo, ou seja, a proeminência do indivíduo sobre o coletivo, a tribo, ou grupo; o princípio da diferenciação, isto é, a concepção do indivíduo como ator social na produção, no consumo, na educação, representante de um estilo de vida; no princípio da racionalidade, há o predomínio das idéias fundadas em experimentos provados, na ciência, no desapego aos misticismos e práticas ritualísticas; no princípio do economismo, caracterizada pela revelação da economia e da função econômica na sociedade, prevalência do “ter” sobre o “ser”; e finalmente, o princípio da expansão que para o autor representa a conquista material de novos territórios ao longo da Europa, a difusão das idéias, apagando-se assim as fronteiras e barreiras da comunicação existentes, ainda que primitivamente.

Cabe aqui ressaltar também que se iniciam as bases do modelo econômico capitalista, ocasionado pela libertação dos indivíduos da estrutura fechada e imobilizada do feudalismo e pelo acentuado crescimento das relações econômicas e da importância da propriedade e da função das trocas comerciais e marítimas, dando lugar à consolidação da função econômica do indivíduo.⁴⁵

⁴² ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 90. O autor arrisca-se ainda a dizer que o ideal burguês proclamado na revolução francesa sob a tríade liberdade, igualdade e fraternidade tem uma forte carga utópica.

BOBBIO, Norberto. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho, 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 47

⁴⁴ SZTOMPKA, Peter. **A sociologia da mudança social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 63.

⁴⁵ Talvez por isso que a filosofia marxista critica ferrenhamente a revolução burguesa, analisando-a exclusivamente pelo aspecto dogmático, como diria Jorge Luiz Acanda, reforçando sempre que as relações entre as pessoas na modernidade acabaram sendo desenvolvidas segundo o modelo das relações econômicas, Ob. cit , p. 54.

A propriedade, por sua vez, passa a ser o centro das relações comerciais, haja vista que “era preciso fazer da propriedade um objeto de direito, uma mercadoria para o mercado, algo que pudesse ser posto em circulação e alienado livremente (...) teria de ser traduzida em termos de seu valor monetário”.⁴⁶ De igual sorte, essa relevância à propriedade ficou registrada no primeiro Código Civil da época:

O exame do Código Napoleônico deixa isso bem claro. Destinava-se evidentemente a proteger a propriedade – não a feudal, mas a burguesa. O código tem cerca de 2.000 artigos, dos quais apenas 07 tratam do trabalho e cerca de 800 da propriedade privada. (...) O código foi feito pela burguesia e para a burguesia: foi feito pelos donos da propriedade e para a proteção da propriedade.⁴⁷

Uma nova configuração social emerge, a expressar o interesse daqueles que compartilham igual posição no mercado (de dominação ou de subordinação) de se associarem entre si e contra os outros para obter ou manter o controle do Estado, tudo isso através de processos legítimos, assentados na lei e nos princípios que começavam a serem positivados. Essas relações emergentes foram denominadas por Jacques Bidet de relações associativas constitutivas de poder por que “os indivíduos se associam para lutar por e ou contra alguma coisa. É um resultado necessário e, ao mesmo tempo, uma condição da relação de contratualidade e dominação”.⁴⁸

A sociedade civil estava formada: os indivíduos eram economicamente ativos e autônomos, senhores de si mesmo, conquistaram a liberdade e gozavam do domínio pleno da propriedade, bastava somente centralizar o poder e limitá-lo a fim de que as associações comerciais e políticas, principalmente, não se abalassem com as inconstâncias de idéias paralelas contrárias à almejada estabilidade política e econômica. Segundo John Locke:

Para evitar tais inconvenientes, que perturbavam as propriedades dos homens em seu estado de natureza, esses se unem em sociedades, a fim de dispor da força unida de todos para defenderem e assegurarem as suas propriedades e terem regras fixadas para demarcá-las, de modo que todos saibam o que lhes pertence.⁴⁹

⁴⁶ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 59.

⁴⁷ HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 21 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986, p. 55.

⁴⁸ BIDET, Jacques. **Teoria de la modernidad**. Buenos Aires: Letra Buena - EL Cielo por Asalto, 1993, p. 64.

⁴⁹ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Segundo tratado sobre governo civil e outros escritos. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 88-89.

Nesse período certamente surgem as primeiras associações civis com a formatação concebida atualmente, autorregulamentadas e com papel bem definido na sociedade, porquanto tinham a finalidade de troca de idéias entre os indivíduos e reunir forças para defesa e vindicações de interesses comuns, na grande maioria, ligados aos aspectos econômicos, comerciais e civis que tanto se expandiam na era liberal.

As relações associativas materializam-se através do contrato que surgiu em consequência do avanço das relações comerciais burguesas e consolidou-se como um instrumento de veiculação da propriedade e de legitimação das trocas comerciais, refletindo assim o império da liberdade e autonomia individuais, cuja maior expressão se deu no exercício do direito de propriedade.

Na época da revolução francesa, o dogma da vontade atinge seu ápice, sob a impulsão conjugada por Kant e Rousseau, cujos fundamentos filosóficos se sustentavam na liberdade e no individualismo. A política se torna contratual (contrato social) e o contrato politiza-se em torno do princípio da autonomia da vontade (...). O dogma da vontade e outros fundamentos do contrato como *pacta sunt servanda* e a liberdade contratual serviriam com muita eficiência ao desenvolvimento do liberalismo econômico no início do século XIX.⁵⁰

Outro grande legado da era moderna, do ponto de vista do ser humano, foi a construção do conceito de pessoa humana enquanto sujeito de direitos e deveres dotada de autonomia da vontade e liberdade contratuais, que por sua vez se apresentava em três vertentes: liberdade de celebrar ou não um ajuste com outrem, de escolher o seu parceiro e as cláusulas dessa negociação, com base na idéia de igualdade formal que se tinha, dispensando evidentemente, as circunstâncias fáticas de cada contraente, análise que somente foi tomada anos depois, com reinterpretação dos postulados do direito civil.

Sobre a concepção da liberdade nascida no iluminismo, Paulo Lôbo assevera que:

Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário (...) Livre é quem pode gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado.⁵¹

⁵⁰ CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no Direito Privado. **Revista de direito privado**. São Paulo, n. 19, p. 83-129, jul-set. 2004, p. 88.

⁵¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p.47.

É dessa época também o surgimento dos direitos fundamentais consubstanciados no direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, fazendo transparecer que a associação civil é, antes de qualquer coisa, o palco onde se projetam direitos fundamentais do indivíduo, na medida em que a consagração dos direitos inalienáveis se deu através das lutas associativas e o exercício desses direitos através da reunião dos indivíduos em agrupamentos civis com potencialidade de mudar a instância social vigente e exigir a positivação dos direitos do homem.⁵²

Cumprе ressaltar que os direitos fundamentais, na visão liberal, eram direitos naturais, anterior ao governo e à sociedade e consubstanciavam-se basicamente na liberdade, igualdade e na propriedade. Sua titularidade e exercício voltavam-se sobremaneira a proteção das pessoas do Estado, evitando intervenções irrestritas na liberdade e autonomia individuais. Apregoava Rousseau que era necessário “(...) achar uma forma de sociedade que defendesse e protegesse em toda força comum a pessoa e os bens de cada sócio e, pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedece, todavia, senão a si mesmo e fique livre como antes”.⁵³

Na medida em que as associações surgiram para abarcar os interesses do indivíduo como visto anteriormente, assim como a posse e o contrato, como instrumento de vontade e autonomia individuais, os direitos fundamentais constituíam a base da fundamentação lógica de não-intervenção, constituindo em freio à atividade estatal, tornando-se muito contundente e radical no início da era moderna, em razão da postura arbitrária da monarquia.

Dentro desse paradigma (o liberal), os direitos fundamentais acabaram sendo concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados. Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado.⁵⁴
(...)

⁵² A noção de que os direitos fundamentais inserem-se numa relação entre indivíduo, de um lado, e Estado, de outro, foi postulado da chamada Escola do Direito Público Subjetivo, construída no marco do formalismo jurídico alemão do século XIX, através da doutrina de Gerber (1971) e Jellinek (1919). O aprofundamento desse tema refoge aos objetivos do presente trabalho. Outrossim, Noberto Bobbio apregoa que “não existem direitos fundamentais por natureza, pois o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas” em BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 18.

⁵³ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 31.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006, p. 12.

A partir dessas idéias, que podem ser identificadas com os interesses da burguesia ascendente é que os direitos fundamentais foram concebidos como direitos públicos subjetivos, oponíveis em face do Estado.⁵⁵

Observa-se então que o novo e inovador desenho social francês, especialmente, foi responsável pelo surgimento de todo o pensamento político, econômico e jurídico da era moderna: o individualismo⁵⁶, a racionalidade, a positivação de direitos naturais do homem, o início do modelo capitalista, a busca da liberdade fulcrada na titularidade de um bem (propriedade) com a conseqüente mercantilização das relações pessoais, o surgimento e consolidação de formações associativas para defesa de interesses e direitos comuns da classe social atuante, enfim de todos os pressupostos ideológicos que formataram as codificações oitocentistas.

Para Ricardo Luiz Lorenzetti, o surgimento do Direito Privado está intimamente vinculado à idéia de “limite ao poder soberano”, a partir da conscientização de que “o rei não pode autolimitar-se”⁵⁷ então a solução foi recorrer ao Direito Natural como limites desse poder. Segundo o autor, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram invenções e pré-conceitos relegados à condição de direitos inatos do homem, pré-estado e pertencente ao Direito Universal, única construção filosófica antecedente que justificaria a limitação do poder entregue ao soberano.

Assim, no âmbito legal, o Código Civil Napoleônico era o documento escrito e formal que regulava os interesses e direitos individuais, os quais eram assegurados, na nova sociedade civil aberta, pelas associações civis, mediante as relações contratuais associativas. Quanto ao direito de associação que, à época era a materialização do postulado da recém-afirmada autonomia da vontade, Jorge Luiz Acanda elucida que:

⁵⁵ O presente trabalho não pretende adentrar no estudo da teoria dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, nem tampouco aprofundar-se na formação dos direitos fundamentais a partir do paradigma liberal, para tanto ver obra completa de SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed., ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005 e do jurista Daniel Sarmento em SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris: 2006, p. 14

⁵⁶ O individualismo moderno concebe a liberdade como a faculdade de autodeterminação do ser humano, capaz de razão independentemente da comunicação inter-subjetiva (Descartes), o que culminará na elaboração de um conceito de direito subjetivo inspirado na idéia kantiana de autonomia, que destaca os poderes de agir atribuídos ao indivíduo. A figura do direito subjetivo serviu no ideário liberal de enquadramento para os direitos do homem e da personalidade, todos representativos do desenvolvimento teórico do individualismo (numa época em que começava a se afirmar o mercado e a competição), inspirado num princípio formal de igualdade que reagia ao correspondente conceito medieval de *status* ou *privilegio* em LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2003a, p. 121.

⁵⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 120.

A conceitualização liberal do direito de associação tornava inviolável, pelo Estado, a associação dos burgueses em suas empresas econômicas, mas implicava a proibição aos operários de se associarem em sindicatos com o objetivo de defender seus interesses, denotando assim que a idéia de governo da maioria foi o pesadelo dos liberais durante séculos.⁵⁸

Com o passar do tempo e a consolidação desses pressupostos filosóficos, assiste-se a um desvirtuamento das lutas embarcadas pela nova sociedade civil liberal; percebeu-se que a liberdade, a igualdade e a fraternidade proclamadas eram voltadas a um grupo determinado da sociedade, à classe comerciante e poucos intelectuais da época. O projeto iluminista acabou por refletir uma gama de contradições que não passaram despercebidas e culminaram no derrocamento do modelo ideal e no afloramento do verdadeiro projeto por detrás da proposta de libertação burguesa: defesa de interesses de classes.

As associações civis eram legítimas e desejadas desde que fossem um exercício exclusivo por parte de algumas camadas sociais, de modo que a pretensa igualdade, resplandeceu para demonstrar sua verdadeira faceta: igualdade meramente formal e existente somente entre o restrito grupo de proprietários comerciantes. O objetivo era que as regras alcançadas e conquistadas em face do Estado de contratualidade-dominação “não interferissem na conformação de um espaço de associatividade por e para a burguesia”⁵⁹ e não para toda a sociedade.

Diante do crescimento do arbítrio das relações comerciais privadas, o Estado assume uma concepção instrumental, desligando-se da condição de inimigo de pessoa humana, sobretudo da burguesia, e passa a ser o mediador social, um órgão suprasocial que serviria para apaziguar litígios e preservar assim o bem coletivo. Segundo Acanda:

Se no Estado absolutista a sociedade civil era percebida como um meio para realizar os interesses do Estado, com a revolução burguesa a sociedade civil instrumentaliza o Estado, convertendo-o num meio para garantir seus interesses particulares.⁶⁰

⁵⁸ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 87-88. Sobre o egoísmo e individualismo do ideal burguês de revolução e abertura de espaços para as pessoas privadas, Acanda critica que “no ideário burguês, só os proprietários constituíam o povo como ente político”, p.86.

⁵⁹ Ob. cit, p. 87-88.

⁶⁰ Ob. cit , p. 90.

Essa redefinição da função estatal militava em favor da consolidação da autonomia política dos indivíduos que, de acordo com Kant, retomando o conceito de liberdade e autonomia da Grécia Antiga, somente podia ser conquistada e realizada por meio da participação dos cidadãos nas estruturas da atividade política.⁶¹

Os interesses econômicos suplantaram a ideologia moral e essencialmente humana no apogeu da era iluminista, de modo que toda a filosofia que enaltecia o homem enquanto sujeito de direitos e não meramente súdito, desapegando-se do estado de dependência originário e fincado na era feudal, todo o arcabouço de idéias libertadoras e igualitárias que fundamentou a salutar e esperada transformação social findou por realizar, no mundo dos fatos, interesses puramente de afirmação do poder social e, com maior ênfase, os da classe burguesa.

Nessa senda, a propriedade e o agigantamento de sua importância para a sociedade civil foi identificada por Rousseau como “o cortejo inseparável da desigualdade nascente”⁶² que deturpou a bandeira simbólica das revoluções libertadoras e do pensamento sobressalente iluminista de maneira que a:

(...) desigualdade, sendo quase nula no estado de natureza, tira sua força e seu crescimento do desenvolvimento das nossas faculdades e dos progressos do espírito humano, tornando-se enfim estável e legítima pelo estabelecimento da propriedade e das leis.⁶³

O desenvolvimento do sistema de economia baseado na troca, produção em grande escala, mudança dos valores sociais que com a maturidade do Estado Liberal, retratou uma verdadeira funcionalização das relações sociais, inauguravam um novo cenário de concentração do poder em atores privados.

O patrimônio e a cumulação de capital geraram o sistema capitalista e contribuíram para o fortalecimento dos industriais e detentores dos meios de produção e de

⁶¹ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 110.

⁶² ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 71.

⁶³ Ob. cit., p. 87.

riquezas, implicando na consolidação do poder social em poucos e na crescente desigualdade das relações sociais.

Esse cenário impulsiona uma nova força na sociedade tão opressora quanto o império absoluto dos reis de períodos anteriores, de modo que as organizações associativas burguesas da nação passaram a desempenhar um papel central e impositivo em relação aos cidadãos destituídos do poder econômico no fim da era iluminista.

Conforme visto, o nascimento da sociedade civil, na acepção aqui adotada de comunidade social organizada econômica e politicamente, regida por leis e princípios que limitam e ao mesmo tempo disciplinam a função do Estado, teve origem no Estado Liberal, marcadamente pelo desenvolvimento das sociedades francesa e inglesa, onde se percebeu que a sociedade civil, confundida com as próprias formações associativas, foi campo fértil de agrupamentos civis destinados a fazer oposição ao Estado em busca de maior afirmação do papel social dos indivíduos para a consolidação do desejo econômico determinados setores sociais (maçonaria, intelectuais, profissionais liberais), revelando, ao cabo, que a revolução resumia-se à insurreição da classe burguesa no contexto do século XVIII.

Inobstante, pode-se concluir que a contribuição do liberalismo ou iluminismo na formação da sociedade civil foi inegavelmente pioneira e salutar em vários aspectos, seja no filosófico, em primeiro lugar, com a necessidade de utilização da razão humana; do desapego às formas holísticas e abstratas de consideração do homem em si mesmo; da renovação dos valores morais e sua internalização para além da esfera individual atingindo o coletivo e o poder central; no viés jurídico com a formulação e positivação de direitos do homem e princípios relacionados à condição humana e à formação do Estado e do Governo, lançando as bases da democracia e do futuro Estado Democrático de Direto; no aspecto econômico com o desarranjo do sistema fechado e inoperante advindo do feudalismo e a inauguração de uma nova forma de prática econômica, dando azo ao aparecimento do sistema capitalista de produção.

Já no aspecto social, o surgimento das associações civis é de grande destaque para o presente trabalho; primeiro como instrumentos de concentração de forças e idéias políticas para aplacar o Estado Absolutista e, após sua vitória, chega-se a uma nova formatação em que

elas passam de gestoras de interesses individualizados para um agrupamento civil fechado, com finalidades bem delineadas e, logo, com exercício assegurado pelo próprio Estado que antes era uma ameaça a seus interesses.

As associações têm seu caráter de *locus* individual de oposição ao Poder Estatal reforçado pelo abrigo dos interesses da classe média alta francesa. Outrossim, ressalta-se que assim o foi por causa da modificação nos valores da sociedade civil, oriunda da ascensão ao poder político e econômico da burguesia, a deflagrar uma nova ordem de poderes refletida na luta de classes.

Não se pode deixar de destacar ainda o objetivo deste item que é chamar atenção para a função da associação civil como veículo para luta e materialização dos direitos fundamentais de liberdade e propriedade, emergentes do período liberal, resultando num formato organizado de associação e, finalmente, marcando profundamente a função e a natureza individualista das associações humanas. O fato de as associações num dado momento terem se distanciado do ideal de liberdade e fraternidade para todos, não diminui sua importância no que tange à força privada em busca de positividade e afirmação dos direitos do homem para a posteridade.

É com o desenvolvimento dessa configuração de sociedade e associação civis que surgem os poderes privados na sociedade e cada vez mais a necessidade da presença do Estado atuante o suficiente para mediar e frear as lutas entre os setores emergentes e as classes consolidada no poder e na política, os quais se passam a estudar com maior profundidade no próximo item.

1.3- A associação civil como instrumento de coesão social: afirmação dos direitos fundamentais de natureza individual e social.

A afirmação do poder social da burguesia nos setores econômico e político, resultado da emancipação civil do homem, fez surgir uma ameaça à própria sociedade (grupos minoritários) e as relações privadas, sobretudo com o advento da Revolução Industrial que, segundo Acanda, na experiência britânica:

(...) traduziu-se no crescimento do pauperismo e numa concentração urbana de miséria extrema sem precedentes, com o conseqüente aumento dos antagonismos sociais e em tamanha intensidade, que chegaram a ameaçar a estabilidade política britânica.⁶⁴

A secular luta contra o jugo napoleônico na França não resultou na reafirmação das liberdades individuais de igualdade e fraternidade proclamadas e positivadas após a Revolução Francesa de 1789, mas sim na restauração das antigas formas opressivas do sistema feudal segregador, num processo deflagrado pela própria classe burguesa vanguardista das revoluções em favor da liberdade.

A despeito de Jorge Luiz Acanda, utilizando-se da teoria hegeliana, concluir que o projeto da modernidade implicou, propositadamente, na ruptura da harmonia entre o particular e o geral (Estado), denotando que a eticidade foi postulada como garantia de harmonia da sociedade na qual cada um se realiza unicamente por meio dos demais, na prática, percebeu-se, sobretudo com o advento da Revolução Industrial, ápice da centralização e desenvolvimento do poder econômico da burguesia, uma nova realidade construída pelo abuso e império do poder econômico sobre qualquer direito de liberdade e igualdade de todos, como antes fora bradado.⁶⁵

É conquista desse período histórico a luta por outro tipo de associação, qual seja, pelo direito dos indivíduos, oprimidos pelo poder burguês ascendente, organizarem-se em partidos políticos, sindicatos e organizações que exprimissem e defendessem os direitos dos grupos preteridos na escala social.

Nesse momento, passa-se a uma verdadeira mudança na concepção de associação civil: se antes fora uma palavra de ordem da luta da burguesia no período em que defendia seu direito de associar-se contra o império esmagador do absolutismo, agora “quando se tentava

⁶⁴ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p.117.

⁶⁵ Ob. cit., p.127-128. Acanda endossa a filosofia do direito de Hegel, no momento em que retoma a noção de união dos indivíduos em busca da satisfação de interesses privados, isto por que, para Hegel, a sociedade civil burguesa e o sistema econômico moderno capitalista são sistemas das necessidades e não há lugar, na filosofia política hegeliana, para a existência social sem instancias reguladores, as quais são formadas pela própria sociedade civil abarcando instancias públicas de caráter coercitivo, inerentes ao funcionamento da economia moderna. Para maiores aprofundamentos vide HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

impedir o acesso a esses espaços de associação dos grupos opositores, sociedade civil tornou-se um tema incômodo para essa mesma burguesia”.⁶⁶

Essa mutação de paradigma no papel da sociedade civil e conseqüentemente das associações civis, inicia-se a partir de 1848, com o surgimento da concepção avalista do Estado⁶⁷, que representava a necessidade de intervenção na sociedade para salvaguardar o direito dos mais fracos, dos grupos minoritários sufocados pelo poderio econômico e disciplinar, nas relações de trabalho, da burguesia. De acordo com o autor Jorge Luiz Acanda “o liberalismo legitimou a intromissão estatal na própria esfera do civil, para que regulasse os espaços de associatividade de forma a impedir, ou limitar, a constituição dos entes coletivos capazes de desafiar o domínio do capital”.⁶⁸

Com a histórica supressão de direitos individuais e sociais – hoje assim reconhecidos e consagrados – da classe trabalhadora pelo grupo de empregadores, titulares dos meios de produção capitalista, assistiu-se no meio social um vertiginoso arbítrio no mundo associativo, ou seja, enquanto os trabalhadores se reuniam em sindicatos e agrupamentos para pleitear condições humanas e dignas de trabalho na sociedade industrial, o grupo titular poder de comando da economia de produção em larga escala exigiu do Estado uma solução para impedir as novas formas associativas contrárias e desordenadoras que dispersavam a ordem vigente e a economia de mercado em expansão.

Isso levou ao um derradeiro redimensionamento tanto da função do Estado, quanto das associações que antes eram dirigidas às intervenções ilimitadas do poder estatal e, no curso da Revolução Industrial com a entrada na era do capitalismo imperialista, passaram a exigir do Estado uma intervenção para garantia de outros direitos, agora das classes exploradas nas relações de trabalho.

Os setores sociais explorados (operários, mulheres, etc) lutaram para criar um conjunto de associações dirigidas a promover e defender seus direitos não apenas políticos, mas também econômicos e sociais. Sindicatos, escolas

⁶⁶ Ob. cit , p. 167.

⁶⁷ Esse termo “avalista” é do autor Jeffrey Alexander, ao tratar da mudança na função política e social do Estado, após as mudanças incidentes no objetivo do liberalismo, resultando assim também na transformação do conceito e uso do termo sociedade civil. ALEXANDER, Jeffrey C. **The civil sphere**. New York: Oxford University Press, 2006, p.168.

⁶⁸ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 168.

noturnas, associações feministas, ligas sufragistas, cooperativas de consumidores, partidos políticos, sociedade culturais e de lazer, etc. começaram a surgir no tecido social dessas nações.⁶⁹

Essa explosão de poderes privados na sociedade civil industrial de países como Inglaterra, França e Alemanha, revelou um crescimento acelerado e complexo da conjuntura associativa, implicando na formação de uma hegemonia intelectual, moral e conseqüente social desses agrupamentos civis que, paulatinamente, também foram decisivos para a construção do Estado Democrático de Direito e dos novos valores sociais.

As instituições que conformam a sociedade civil são cenário do embate político entre as classes, um campo no qual tanto os dominados quanto os dominadores levam a cabo suas lutas ideológicas. O caráter peculiar e determinante das estruturas e funções da sociedade civil consiste no fato de esta estar atravessada pelo político.⁷⁰

Ao estudar os cadernos de cárcere de Antônio Gramsci, Jorge Luiz Acanda, tributando à obra um inovador exame sobre a sociedade civil, afirma que o termo civil é fruto da concepção gramsciana da transformação de valores e da produção de hábitos de comportamento do liberalismo inicial para a estruturação de poder em agrupamentos pulverizados nas sociedades modernas.

Assim sendo, no auge do desenvolvimento industrial, passa a existir uma importante dialética entre a sociedade política, formada pelas superestruturas que implementam a coerção e o domínio aos indivíduos e a sociedade civil, esta constituída, na acepção gramsciana, pelo conjunto de organismos privados, que influem na direção intelectual e moral da sociedade, através da formação da noção de consenso e adesão das massas.⁷¹

Essa conflituosidade dá origem a vontade coletiva e vai incrementar, a partir da sociedade industrial, a relevância das associações civis como entidades de coesão social,

⁶⁹ Ob. cit., p. 170.

⁷⁰ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 180.

⁷¹ Em outras palavras, mas também comentando a produção de Gramsci, Bobbio afirma que “(...) assim como os intelectuais influem sobre as massas dando a elas a consciência teórica de suas aspirações, do mesmo modo a massa influi sobre os intelectuais dando a eles, com a expressão de suas próprias necessidades, uma função histórica real”. BOBBIO, Noberto. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 32.

representativa de interesses e direitos, primeiro de natureza individual, projetando-se, em seguida, para o caráter social.

Nasce a segunda e maior função da associação civil: local de embate para garantia e proteção dos direitos fundamentais de segunda geração, quais sejam, dos direitos sociais.

Quando se fala em surgimento e consolidação da hegemonia dos agrupamentos civis, a partir desse cenário social, adota-se fielmente o conceito de Antônio Gramsci, para quem ela é, a um só tempo, bússola ideológica-política da sociedade civil, e combinação de força e consenso para obtenção do controle social, através da produção de direção política e cultural.

Nesse contexto, a sociedade civil, que não é homogênea nem uniforme, aprofunda-se e torna-se complexa, passando a se confrontar com outra sociedade civil, provenientes de grupos sociais de ideologias e valores distintos, ou seja, de interesses não coincidentes, tais como se verifica historicamente entre a classe patronal e a de trabalhadores da sociedade industrial. Esse embate de grupos e interesses divergentes revelaria, para Gramsci o grupo hegemônico, na medida em que vitorioso, socialmente falando, seria aquela associação humana que, através da cooptação e fomento de idéias, pudesse fazer prevalecer sua ordem de valores naquele contexto de conflitos.

A supremacia que se forma nesse momento não se restringe a conotação de império e poder, numa faceta meramente pejorativa; mas sim como um acervo de atributos e característica de todas as relações sociais privadas propositadamente formadas e engajadas na produção de valor, com o escopo de interferir no governo da sociedade. Acanda assevera que “a direção do desenvolvimento histórico pertence às forças privadas, à sociedade civil, que é também Estado, ou melhor, que é o próprio Estado”.⁷²

É como se para Gramsci, na leitura feita por Acanda, inexistisse a absoluta distinção entre o público e o privado, tão marcante no início da formação da sociedade civil. Sua evolução resultou numa simbiose entre os grupos civis e o próprio Estado quando se trata de formação de novos paradigmas sociais.

⁷² ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 179.

No entanto, na prática, a história revela que essa vitória não é resultado de um processo dialético e de implantação pacífica de idéias; implicou principalmente no uso da força sobre as minorias, através de reivindicações e revoltas que levaram muitas vidas humanas. A necessidade de determinados grupos excluídos, os quais formavam uma espécie de sociedade civil organizada, na afirmação de seu papel enquanto sujeitos sociais e não acessórios da ideologia do poder econômico, resultou num longo processo de embates políticos, ideológicos e filosóficos que persiste, em certa medida, até os dias atuais.

O claro propósito da classe dominante, a velha burguesia, em sufocar ou minimizar o aparecimento de subjetividades antagônicas, revelou uma personalidade egocêntrica e excludente desse grupo social, na medida em que seus esforços eram no sentido de imposição de seus interesses comerciais, embaraçados pelos interesses e direitos de grupos minoritários. Nesse sentido, Acanda nos relembra que:

Cada parte integrante dessa estrutura múltipla e difusa chamada sociedade civil – sindicatos, partidos, grupos feministas, grupos ecológicos, etc. – e cada uma das faculdades que a constituem – a capacidade de se organizar, o direito de votar, a liberdade de dissentir – foram arrancadas da aristocracia do dinheiro em longas e sangrentas batalhas.⁷³

Enquanto se assistiu uma mudança de categoria de uma sociedade natural para uma sociedade civil (organizada), idéia preponderante nos escritos jusnaturalistas da passagem do Estado Absolutista para o Estado Moderno, conforme explanado, no século XIX se observa um novo paradigma, passando da sociedade burguesa (industrial) no ápice de sua dominação dos meios de produção e do governo da sociedade para uma sociedade de Estado Centralizado, com forte interferência nas relações privadas e sociais para assegurar materialmente os direitos básicos de alguns cidadãos (trabalhadores), os quais eram ultrajados no âmbito das relações produtivas e de trabalho particulares.

Thiago Luis Sombra, pesquisando as causas da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, elucida que:

⁷³ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 182.

Os centros de poder, até então consolidados nas mãos do Estado e da burguesia, foram gradativamente pulverizados por toda a sociedade e o espírito democrático acentuou-se à medida que a distância entre Estado e sociedade diminuiu.⁷⁴

Com o advento do Estado Social, verificou-se uma preocupação com o papel do Poder Público na compatibilização do exercício do individualismo, voltado para exploração econômica dos contratos, pelos setores sociais dominantes, com outros direitos de cunho eminentemente coletivo, a exemplo dos direitos sociais e do trabalho, razão pela qual se fez mister o retorno ao um Estado intervencionista com o escopo de garantir o equilíbrio de forças e interesses colidentes.⁷⁵

Todavia, é sabido que o agigantamento do poder estatal para proteção dos interesses das minorias, deturpou-se e resultou no exercício arbitrário, dando azo à formação de regimes ditatoriais, no início do século XX, que a pretexto de promover a segurança e ordem nacionais, atuou no sentido de conter todas as formações associativas tendentes a desestabilizar a idéias de centralização estatal, sobretudo por que essas categorias, durante décadas, representavam as lutas de sindicatos operários, associações de bairro, ligas camponesas, enfim de um setor social à margem da sociedade civil organizada e participante da direção política da comunidade.

O ocaso da fase mais radical do autoritarismo político no Brasil coincidiu com o surgimento de uma nova força política, difusa, atomizada, organizada celularmente, mas importantíssima: a sociedade civil. **Diante da obstrução dos canais institucionais de participação política – (...) fortaleceram-se e multiplicaram-se as entidades de organização setorial.**⁷⁶

Luiz Roberto Barroso visualiza ainda que essas entidades paralelas são uma referência na modificação da cultura política brasileira, porquanto é através dos organismos da sociedade civil que “se articulam, muitas vezes, poderosos instrumentos de cumprimento

⁷⁴ SOMBRA, Thiago Luís dos Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas:** a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 113.

⁷⁵ A intervenção do Estado Social nas relações privadas, com o controle social e público dos poderes privados, pôs em crise a utilidade da dicotomia entre público e privado, LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 05

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas:** limites e possibilidades da constituição brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125.

da Constituição e das leis, bem como para a conformação do Poder Público ao sentimento coletivo”.⁷⁷

O termo associativismo, por exemplo, designou um longo período de movimento social após os vinte anos de Regime Militar, visivelmente nas décadas de 80 e 90, cujo escopo era iniciar uma era efetivamente democrática no Brasil, o que só se viabilizou com o advento da Constituição de 1988, através do exercício da cidadania. Gilberto Garcia nos lembra que:

As organizações associativas são um movimento social de sensibilização do espírito público no indivíduo. Elas promovem atividades comunitárias, por meio da prática de cooperação, do estímulo à solidariedade, do desenvolvimento da mutualidade, do aguçamento da responsabilidade pelos bens da coletividade e, por consequência, contribuem para a formação de uma maior consciência política no exercício pleno da cidadania na sociedade civil organizada.⁷⁸

O associativismo, portanto, espelhou um intenso crescimento das associações civis pós-regimes militares e consolidou-se como um instrumento a serviço dos cidadãos para o exercício de direitos. A vivência democrática que se iniciou nesse período, expande-se até os dias atuais e reforça o sentido coletivo da Democracia, possibilitando consequentemente a efetiva concretização de direitos individuais e coletivos. Transforma-se assim a própria sociedade civil com o novo desenho esboçado por essas entidades privadas de fins coletivos.

Não por outra razão que Jorge Luiz Acanda pondera que para essas categorias, o termo civil adquiriu um significado simples e concreto: representa tudo que se opunha às arbitrariedades do regime militar e a reconstrução dos laços associativos que visassem restabelecer a ação política.⁷⁹

É nessa roupagem de sociedade civil que se observa o fortalecimento de um novo poder, exercido pelas associações, formando uma consciência coletiva, onde se busca a realização da solidariedade social. O que se percebe então é o ressurgimento dos movimentos associativos de cunho transformador como local e meio de plantio e propagação de idéias coletivas de superação da ordem social vigente, na medida em que mais uma vez, dirigem-se

⁷⁷ Ob. cit, p. 126.

⁷⁸ GARCIA, Gilberto. **Novo direito associativo**. São Paulo: Método, 2007, p. 57.

⁷⁹ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 21.

esses poderes à reformulação do papel do Estado e, por conseguinte, da própria composição social.

Ao trabalhar a obra direito e democracia de Habermas, Acanda assevera que para o autor “o tecido associativo não vinculado ao Estado e não econômico onde se intercomunicam as estruturas comunicativas do espaço da opinião pública opondo-se ao sistema econômico e político”⁸⁰, revelam um mecanismo social enriquecedor e que com o propósito de mudar a realidade acaba mudando-se a si próprio, ou seja, o ente social que reivindica.

Nessa senda, o estudo da sociedade civil, a qual sempre foi e continua sendo o palco para a atuação das associações civis com os seus mais variados objetivos individuais e sociais, torna-se fundamental na medida em que possibilita uma visão analítico-histórica dos anseios sociais e assim uma melhor compreensão da função dos grupos sociais organizados que interferiram na alteração da filosofia, política, economia e sociedade vigentes em cada período da história.

Uma conclusão que já se pode antecipar é a ausência de linearidade do papel da associação civil, isto é, ainda que esse ninho privado seja um campo de exercício de idéias individuais e coletivas, percebe-se a ausência de homogeneidade na função e na titularidade de quem participa desses agrupamentos, porquanto cada período histórico e necessidade social é que determinarão a titularidade e o conteúdo da associação civil humana.

Um ponto é pacífico: a associação civil é sinônimo de espaço de concentração e fomento de idéias, cuja reunião organizada possibilita o desenvolvimento da força necessária às transformações no seio da própria sociedade, independentemente de quem seja seu titular. Além do mais, projeta-se a associação humana organizada como um instrumento de garantia dos direitos fundamentais ora de primeira geração, ora de segunda geração, conformando a atividade do espaço público com a do privado.

Os ensinamentos do filósofo Acanda, a partir de uma análise histórica do fenômeno, apresentam três diferentes conceitos de sociedade civil, a saber: o primeiro

⁸⁰ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p.23.

concebe a sociedade civil como uma antítese ao Estado e à política, consubstanciando um “espaço livre de coerções e restrições”; o segundo traz a idéia de região autônoma, espaço do não-político, marcada pela associação voluntária dos indivíduos, ou seja, seria “um fenômeno social que se surge e se desenvolve de forma espontânea, (...) como resultado de sua própria dinâmica interna associativa e eticamente positiva”; e o terceiro parte da concepção anterior como organismo responsável pela reconstrução social, “a sociedade civil deve ser uma guardiã do Estado”.⁸¹

Dentre as opções que o autor oferece, entende-se que a sociedade civil atualmente se revela no terceiro conceito. Independentemente dos protagonistas que corporificam e movimentam as associações civis ao longo da história, no domínio da tessitura social, pode-se dizer que ela é um lugar de desenvolvimento e proteção de interesses que vão dos meramente individuais até aflorarem necessidades coletivas e sociais.

A análise histórica feita nesse Capítulo I incumbiu-se de apresentar um panorama do surgimento e desenvolvimento da associação civil, desde os primeiros registros de atividade humana dirigida a um fim particular até a consolidação desse papel enquanto local autoregulado de realização e proteção de interesses e direitos individuais e sociais, o qual ocorreu no Estado Moderno com a formação de uma sociedade civil antes inexistente, a partir das conquistas políticas, sociais e econômicas frutos das revoluções francesas e das colônias britânicas na América do Norte (Estados Unidos da América).

Demonstraram-se as transformações do conceito de sociedade civil que se alternam desde o período Absolutista, passando pelo Estado Moderno, onde se atribui o verdadeiro surgimento do termo sociedade civil, na acepção de organização social, evoluindo para o Estado Industrial, quando a associação civil sob nova roupagem se rebelou contra a antiga sociedade civil burguesa; nos Estados Ditatoriais, representou uma força em oposição ao próprio Estado, aos ditadores no poder, enquanto que no Estado Social, entre as décadas de 40 a 70, a sociedade civil onde se movimentam as associações civis consolidaram seu papel de organismos privados de reconstrução social e de veículo de redemocratização do Estado e da sociedade.

⁸¹ ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 23-24.

Ressaltou-se, ainda, a importância das associações civis na sociedade industrial e principalmente durante os regimes ditatoriais, demarcando e acentuando nitidamente uma característica reivindicadora e emancipatória dessas entidades civis, como instrumentos de luta e oposição à ordem vigente, seja em seu aspecto político e econômico ou ainda no aspecto social de luta de classes.

A titularidade dos movimentos associativos não é homogênea e linear ao longo da história da sociedade civil, em virtude da alternância de interesses dos atores sociais que ora refletem os anseios de grupos econômicos, como foi o da burguesia no início da Era Moderna, ora reflete anseios de grupos de trabalhadores oprimidos, na passagem desse período para a sociedade industrial com a revolução industrial do século XIX e, ao fim, observa-se que nos regimes ditatoriais outro grupo mais difuso e heterogêneo formata a associação civil que se ergue contra o arbítrio e o desrespeito do regime militar a direitos individuais e coletivos básicos do cidadão.

A reunião em associações deu ensejo à criação de uma verdadeira e legítima identidade social jamais vistas antes da Era Moderna e, sobretudo, após as lutas contra os regimes ditatoriais, revelando-se assim como um instrumento a serviço da coesão social.

CAPÍTULO II – A ASSOCIAÇÃO CIVIL E A ORDEM JURÍDICA

2.1. O direito de associação e a Constituição Federal de 1988: um instrumento em favor da materialização de direitos fundamentais.

Feitas as considerações históricas que serviram de base para a contextualização do instituto, iniciaremos uma análise à luz do fenômeno da constitucionalização do Direito civil, em particular, o tratamento recebido pela associação civil perante a Constituição Federal de 1988.

O direito de associação, a despeito do parco número e da precária qualidade dos trabalhos existentes sobre o tema, é um direito de inegável relevância para a sociedade civil e foi muito festejado por ser fruto de árduas conquistas populares em todos os tempos da história da humanidade.⁸² Ao estudar as associações no direito português, Manuel Vilar de Macedo pontuou que “(...) facto surpreendente é a escassez de doutrina a propósitos das associações – como se estas fossem um fenômeno menor, ou meramente marginal, indigno de atenção científica da comunidade jurídica”.⁸³

É um direito tão sagrado para os indivíduos que, na experiência brasileira, observa-se estar presente e ser resguardado em quase todas as constituições, com exceção da imperial de 1824, sendo seu único empecilho legal a reunião que comprometa a ordem pública e os bons costumes, termos estes abertos que, na época dos regimes ditatoriais, eram conceituados ao sabor das práticas e aspirações do governo em prol da manutenção da harmonia, paz e segurança nacional em oposição aos interesses individuais de liberdade de opinião, igualdade, direito à vida fomentados pela associação civil.

Vale registrar que o direito de associação primeiro apareceu na Constituição da República de 1891 (Art. 72, § 8º) com o seguinte texto: "A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública"; seguido da Carta Constitucional de 1934 (Art. 113, nº 12: "É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente

⁸² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178.

⁸³ MACEDO, Manuel Vilar de. **As associações no direito civil**. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p.07.

dissolvida senão por sentença judiciária."); na de 1937 (Art. 122, nº 9), assegurando "a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes", na de 1946 e depois em 1967 com o mesmo teor normativo da Constituição Social de 1964.⁸⁴

O tratamento dado pela Constituição Federal de 1988, dispondo o direito de associação no art. 5º, evidencia de logo a natureza fundamental do direito associativo, destacado que está no rol dos direitos e garantias individuais e fundamentais. A disciplina da Carta de 1988 foi a mais minuciosa de todas as constituições anteriores, as quais somente pincelavam e apresentavam o direito de associação mais comumente confundido com o direito de reunião.

Mister distinguir o direito de reunião com o direito de associação, esclarecendo que o primeiro dirige-se a toda e qualquer união de pessoa em determinados espaços públicos sem finalidade específica, podendo ter conteúdo artístico, cultural, filantrópico, político, econômico, enfim, qualquer que seja o intuito dos indivíduos não poderia haver, segundo texto expresso das constituições anteriores, perturbação da ordem interna e dos bons costumes locais. De outro lado, o direito de associação é mais complexo e envolve liberdade e criação e constituição, bem como poder ínsito de autogestão da instituição.⁸⁵ Refere-se, portanto, a reunião permanente através de uma entidade de direito privado, pessoa jurídica institucionalizada mediante critérios e requisitos legais, com sede, estatuto e finalidades próprias, numa formação bem mais concreta do que o mero exercício eventual do direito de reunião.

A importância da associação civil é de tal monta no Brasil que a Carta Democrática de 1988 a disciplinou em seis incisos - XVI a XXI- do art. 5º, denotando que se trata de direito individual fundamental pela simples leitura do texto constitucional.⁸⁶

⁸⁴ FREITAS, Rodrigo Chaves de. **Cooperativas no Brasil**. Liberdade de associação e ausência de fiscalização. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2123, 24 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12659>>. Acesso em 06 de maio de 2009, p. 04.

⁸⁵ GARCIA, Gilberto. **Novo direito associativo**. São Paulo: Método, 2007, p. 40.

⁸⁶ Art. 5º: (...)

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso

à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

Ao ser destinada estruturalmente ao Título que informa os Direitos e Garantias Individuais do Cidadão, a Constituição nos revela também que a liberdade de associação e de reunião constituem cláusula pétrea, por força do art. 60, §4º, inciso IV, a impedir qualquer mudança legislativa na natureza jurídica individual desse direito.

O inciso XVI cuida do direito de reunião, já delineado, enquanto que os outros seguintes disciplinam a liberdade associativa, tornando-a praticamente imune às interferências do Estado, sendo incontestável e quase ilimitado do direito de associação em entidades privadas, ressalvado o exercício que viole a licitude e paz social.

José Afonso da Silva⁸⁷, ao discorrer sobre a liberdade associativa sob a ótica da Constituição, asseverou que:

Essa liberdade não constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Tampouco era reconhecida pela Constituição do Império brasileiro. Não eram, porém, vedadas as associações, tanto que medraram no século passado, especialmente as de caráter político – partidos políticos. Ela ingressou no Direito Constitucional Brasileiro pelo §8º do art. 72 da Constituição de 1981, de mistura com o direito de reunião. É reconhecida e garantida hoje, pelos incisos XVI a XXI do art. 5º (...).

Seus elementos são: base contratual, permanência (ao contrário de reunião), fim lícito (fim não contrário ao direito).

A liberdade de associação, de acordo com o dispositivo constitucional em exame, contém quatro direitos: o de criar associação (e cooperativas), que não depende de autorização; o de aderir a qualquer associação, pois ninguém poderá ser obrigado a associar-se; o de desligar-se da associação, porque ninguém poderá ser compelido a permanecer associado, e o de dissolver espontaneamente a associação, já que não se pode compelir a associação a existir.

Essa impermeabilidade estatal no disciplinamento das associações deve-se à importância do papel da associação civil para a sociedade civil enquanto instrumento de desenvolvimento social e consolidação do Estado Democrático de Direito na medida em que se legitima organismos privados com o escopo de reunião de idéias que acabam por

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;

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 258-259

influenciar sobremaneira na forma de gestão de um país. Outrossim, a função de ataque das associações civis como veículos de proteção e de luta por direitos básicos do cidadão, tanto no aspecto individual quanto no coletivo, tornou essa entidade representativa da sociedade como um todo, ultrapassando a esfera puramente individual de outrora.

Percebe-se que as associações civis passaram a se multiplicar e a expressar realmente uma liberdade do ponto de vista coletivo, a partir da década de 90, como forma de compensar, socialmente, as auguras de quase vinte anos de Regime Militar. Foi o que Lester Salamom denominou de “revoluções associativas globais”, em função do massivo aparecimento de associações civis.⁸⁸ Nesse reduto privado, as pessoas buscam forças para mudar a realidade de desrespeito aos direitos individuais e coletivos, fortalecendo assim os direitos fundamentais das pessoas humanas e da coletividade.

Rachel Stazin, ao tratar sobre associações, afirma que:

O fenômeno associativo reflete necessidades humanas que não podem ser satisfeitas sem colaboração, quando o esforço individual não basta para o escopo, visando as pessoas se reúnem para atingi-lo formando-se grupos familiares, clãs, tribos, organizações para defesa mútua, grupos de socorro, enfim, motivos não faltam para que se pense em reunir pessoas para buscar fim de interesse comum.

(...)

A recente multiplicação de organizações que servem como instrumento, a par de reunir pessoas com interesse comum e que podem funcionar como instrumento de pressão na defesa desses interesses específicos, torna a análise do fenômeno relevante. Se a razão da constituição dessas organizações é do ponto de vista da sociologia, encarada como forma de mediar as relações entre pessoas, entre indivíduos e Estado, o ordenamento jurídico deve dar-lhes disciplina adequada. Afinal se tais organizações visam a reunir pessoas com interesses que podem ser de categorias ou profissões, religiosos, políticos, busca de tutela de direitos coletivos como os de consumidores, de idosos, de crianças e adolescentes, de portadores de deficiência físicas, artísticos, culturais, científicos, pios, beneficentes, seria inadequado dar-lhes tratamento igual ao que se prevê para as organizações de fins econômicos.⁸⁹

Em virtude desse papel relevante e democrático, a Constituição Federal de 1988 felicitou as associações como a possibilidade de autogestão e de livre funcionamento

⁸⁸ SALAMOM, Lester. De solitários a solidários. In: DREYER, Lylian e Johannpeter, Maria Helena Pereira. **O quinto poder: consciência social de uma nação**. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 82-83.

⁸⁹ STAZIN, Rachel. Associações e sociedades. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, n. 128, ano 41, out.-dez. São Paulo: Malheiros, 2002, p.15-16.

independentemente de intervenção estatal, como sendo um campo exclusivo de defesa de direitos de indivíduos ou grupos coletivos, sem o qual a sociedade civil não avança. Por outro lado, informou que ninguém deve ser compelido a associar-se ou manter-se associado a fim de que essas entidades não consubstanciassem instrumentos de opressão de direitos relacionais com outros membros da associação.⁹⁰

No entanto, é cada vez mais evidente que a cooptação de interesses através de associações constitui elemento essencial na contemporaneidade, visto que a reunião organizada de direitos facilita a sua observância, proteção e materialização por parte do Estado, na medida em que se torna mais realizável um direito de quem é membro de uma associação do que o daqueles que não o são.

Nessa linha, cresce o número de associações que visam fortalecer os interesses do grupo ou classe e a construir um espaço de luta mais concreto e organizado frente à sociedade e ao Estado, o que torna a mera liberalidade de estar ou não associado alguma entidade privada uma verdadeira necessidade tendo em vista a facilitação na perseguição e materialização de direitos do grupo ou categoria.

Esses movimentos populares associativos, com mais presença a partir da década de 80, são enquadrados no que se comumente denomina terceiro setor⁹¹, categoria social representada por ONGs, organizações de bairros, e toda e qualquer agrupamento civil destinado a opor-se com a ordem vigente e com nítido escopo de mudança social. Nessa senda, as associações civis constituem um instrumento, por excelência, da expansão do chamado terceiro setor (ao lado do setor público e do setor privado econômico), característicos dos tempos atuais”.⁹²

⁹⁰ Aliás, essa liberdade associativa do ponto de vista do associado que pode se associar e se desligar de forma livre e independente é premissa bastante comum nas associações civis, podendo ser encontrada com o mesmo teor na Constituição Portuguesa, como visto na obra MACEDO, Manuel Vilar de. **As associações no direito civil**. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 23.

⁹¹ O Terceiro Setor é composto de por organizações privadas sem fins lucrativos, que atuam nas lacunas deixadas pelos setores público e privado, buscando a promoção do bem-estar social. Quer dizer, o terceiro setor não é nem público nem privado, é um espaço institucional que abriga entidades privadas com finalidade pública. Esta atuação é realizada por meio da produção de bens e prestação de serviços, com o investimento privado na área social. Cf. SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor: regulação no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Petrópolis, 2006, p. 32.

⁹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 188.

A Lei n. 9.790/1999 que regula as OSCIP (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) demonstra bem a atuação terceiro setor, porquanto são entidades associativas, pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, criadas para promoção da saúde, educação, assistência social, cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável (art. 3º), revelando o caráter social das entidades. Sujeitam-se a princípios do direito público, inobstante a natureza privada, pois atuam através de termos de parcerias com o Poder Público, com a finalidade de fortalecer a gestão das entidades e a garantia dos fins almejados.

Lester Salamon denomina o terceiro setor como “instituições privadas, que atuam fora do mercado e do Estado, por meio das quais as pessoas podem exercer sua iniciativa na busca do interesse público”, destinadas a resolver os problemas sociais da comunidade. Comenta, ainda, que no Brasil há mais de 200 mil organizações não-governamentais sem fins lucrativos registradas.⁹³ Outrossim, ao pesquisar os valores que norteiam essas instituições, em sua grande maioria, de natureza associativa, esclarece que:

Elas unem dois valores aparentemente contraditórios. Primeiro, a idéia de liberdade e iniciativa individual, um conceito humano fundamental, no qual as pessoas têm o direito e a responsabilidade de agir sob sua própria autoridade para melhorar suas vidas e dar voz aos problemas que as preocupam. Isso é combinado com um segundo valor a solidariedade. É a idéia de que as pessoas têm obrigações não apenas com elas mesmas, mas com sua comunidade e com as sociedades das quais fazem parte. Isso as torna um grupo especial.⁹⁴

Diante desse cenário, com o reconhecimento da personalidade e da capacidade jurídicas dessas entidades de direito privado, surgiu paulatinamente a necessidade de dar condições para a tutela e defesa processual desses direitos, tanto na esfera administrativa quanto judicial, o que possibilitou às associações a capacidade processual, ou seja, de estar em juízo para defesa da categoria, podendo ajuizar quaisquer tipos de ações comuns, como também o Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, inciso LXX) e a Ação Civil Pública (art. 5º, inciso V da Lei n. 7.347/1985), desde que esteja o exercício do direito associativo vinculado às finalidades institucionais, normalmente conhecidas como proteção ao meio

⁹³ SALAMOM, Lester. De solitários a solidários. In: DREYER, Lylian e Johannpeter, Maria Helena Pereira. **O quinto poder: consciência social de uma nação**. Porto Alegre: L&PM, 2008, p. 82-83.

⁹⁴ Ob. cit., p. 85.

ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Manuel Vilar de Macedo observa que as associações regem-se pelo princípio da especialidade, que contém em si uma limitação indireta “(...) quando estatui que a capacidade jurídica das associações compreende todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução de seus fins, (...) limitada pelos próprios fins da associação”.⁹⁵

A necessidade de que a defesa judicial da associação se volte para fins institucionais ou que estejam estritamente relacionados à categoria ou classe que a constitui é tão presente que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento recente da 3ª Turma, do Recurso Especial nº. 108.403-6, decidiu por unanimidade, que as entidades associativas devem atuar apenas em ações que envolvam a defesa coletiva de seus consumidores, sendo que, neste caso específico, não foi reconhecida a possibilidade de representação, por parte da Associação Nacional dos Consumidores de Crédito (ANDEC), de um consumidor em ação individual. Tal entendimento tem o escopo de reforçar o caráter plural e coletivo dessas entidades, evitando que se transforme em veículo de interesses individuais de cada um de seus componentes, o que oneraria a estrutura financeira e desvirtuaria a essência institucional e jurídica dessas entidades.

Sobre a importância da personalização de entidades, apregoa Orlando Gomes:

O fenômeno da personalização de certos grupos sociais é contingência inevitável do fato associativo. Para a realização de fins comuns, isto é, de objetivos que interessam a vários indivíduos, unem eles seus esforços e haveres, numa palavra, associam-se.(...) Surge assim a necessidade de personalizar o grupo para que possa proceder como uma unidade, participando do comércio jurídico com individualidade (...) Essa individualização necessária só se efetiva se a ordem jurídica atribui personalidade ao grupo, permitindo que atue em nome próprio, com capacidade jurídica igual à das pessoas naturais. Essa personificação é admitida quando se apresentam os pressupostos necessários à subjetivação dos interesses para cuja realização os indivíduos se associam. Assim se formam as pessoas jurídicas.⁹⁶

⁹⁵ MACEDO, Manuel Vilar de. **As associações no direito civil**. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 14.

⁹⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 185-186.

Outro assunto que já foi bastante controverso mas chegou a um ponto pacífico é a questão da desnecessidade de autorização expressa do titular do direito subjetivo da ação para a associação ou entidade civil defendê-lo em juízo. Quando a associação civil ou entidade privada age em substituição processual aos interesses dos titulares do direito subjetivo não se exige sua expressa autorização, ainda que seja silente o estatuto social, tendo em vista que é poder-dever constitucional dessas entidades a legitimidade para representar os filiados judicialmente, não cabendo qualquer interpretação restritiva do mandamento constitucional.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – IRREGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL – INEXISTÊNCIA – ASSOCIAÇÃO LEGALMENTE CONSTITUÍDA E EM FUNCIONAMENTO HÁ MAIS DE UM ANO – SUBSTITUTA PROCESSUAL – DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO OU RELAÇÃO NOMINAL DOS SUBSTITUÍDOS – **PRECEDENTES DO STJ E DO STF.**

1. As associações de classe têm legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança em benefício de seus associados, como substitutas processuais, independentemente de autorização expressa dos substituídos, bastando estar legalmente constituído e em funcionamento há, pelo menos, um ano. Precedentes desta Corte.

2. Ainda que não conste de seu estatuto social, de forma expressa, que a associação tem como finalidade representar seus sócios perante os poderes constituídos e propugnar por seus direitos e reivindicações, como de praxe, não se pode restringir a autorização constitucional nem alargar os requisitos contidos na Lei Maior, se esta não o fez. Recurso ordinário conhecido e provido para cassar o v. acórdão recorrido ao declarar a legitimidade da impetrante, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo*, para exame do mérito da impetração.⁹⁷

De outro lado, percebe-se entendimento ainda divergente nas turmas do Supremo Tribunal Federal, porquanto ora se reconhece a desnecessidade de autorização expressa para representação processual das associações civis independentemente de constar ou não no regramento estatutário ora se exige tal autorização, quando o estatuto prever a autorização expressa dos membros associados.⁹⁸

⁹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário n. 22.230/RJ, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Humberto Martins, julgamento em 27 de março de 2007. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3011794&sReg=200601427424&sData=20070412&sTipo=5&formato=PDF > , Acesso em 23 de abril de 2009, p. 258.

⁹⁸ Vide as decisões dos seguintes julgamentos: RE 210029 / RS - RIO GRANDE DO SUL RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 12/06/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno e MS 23879 / DF - DISTRITO FEDERAL MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 03/10/2001 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Analisando, mais detalhadamente, as decisões do STF, verifica-se a predominância do entendimento pela desnecessidade de autorização expressa dos membros associados para as associações civis, tendo em vista que se trata de substituição processual, pela qual se pleiteia em nome próprio direito alheio (art. 6º do Código de Processo Civil).

A associação civil, inobstante seja entidade de direito privado, goza de relevante função social, suplantando a mera reunião de interesses egoísticos, isto é, individuais e privados. É verdade que muitas delas se constituem para o exercício de atividade meramente recreativa, de entretenimento e fruição das classes sociais, no entanto, conforme visto anteriormente, a associação civil é uma **pessoa coletiva**, categoria esta intermediária entre a clássica distinção binária entre a pública e a privada, mais se aproximando do ramo privado por ser uma reunião de pessoas sem a regulação de funcionamento feita pelo Estado.⁹⁹

Destarte, realizam fim de inegável interesse público e coletivo ao contribuírem fortemente para a coesão do tecido social, fornecendo meios de desporto, cultura e lazer, mas também maiores possibilidades de proteção e defesa de direitos profissionais, relativos ao trabalho, beneficentes, de classes hipossuficientes, por exemplo, bem como de outras espécies que se relacionam com os vários tipos de categoria social existente.

Os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística revelam que:

Muitos argumentam que o aumento da participação política, o fortalecimento dos movimentos sociais e a ampliação do associativismo contribuem para o **avanço da democracia e para a conquista e a efetivação de direitos civis, políticos e sociais.**¹⁰⁰

Ao ressaltar o caráter contratual dos estatutos associativos e o poder dessas entidades para o avanço no reconhecimento de direitos individuais e coletivos na sociedade, exercendo incontestável interferência nos processos legislativos, Gustavo Tepedino assevera que “as associações, os sindicatos, os grupos interessados na regulação dos respectivos setores

⁹⁹ Esse enquadramento da associação civil como pessoa coletiva é o entendimento de MACEDO, Manuel Vilar de. **As associações no direito civil**. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 12

¹⁰⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2004, p. 09-10.

da sociedade negociam e debatem a promulgação de suas leis, buscam a aprovação das normas que atendam a exigências específicas, setorialmente localizadas”.¹⁰¹

Ainda sob o aspecto constitucional, vislumbra-se que o exercício da associação na sociedade civil influi na hermenêutica constitucional e materializa o princípio da solidariedade social, que é objetivo da República Federativa Brasileira, esculpido no art. 3º, inciso I da Carta Magna de 1988.

A prática associativa, nos moldes legais, viabiliza a materialização dos princípios constitucionais na tessitura da realidade social, reforçando a idéia de que a Constituição deve ser vista na contemporaneidade como a ordem jurídica fundamental da comunidade de um Estado.

Sobre o papel da forças sociais na construção de uma nova interpretação da constituição, Perter Harbele aduz que:

A interpretação constitucional é, todavia, uma ‘atividade’ que, potencialmente, diz respeito a todos. **Os grupos mencionados (associações, partidos políticos) e o próprio indivíduo podem ser considerados interpretes constitucionais indiretos ou a longo prazo.** A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.¹⁰²

Konrad Hesse, ao discorrer sobre a fundamentalidade da Carta Maior, apregoou que “quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição”.¹⁰³ E prosseguiu dizendo:

Em outras palavras, **a força vital e a eficácia da Constituição, assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo**, o que possibilita o desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo das relações da vida.¹⁰⁴

¹⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira.** Boletim da faculdade de Direito Studia Juridica, n. 48, Colloquia 6, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2000, p. 331.

¹⁰² HARBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, p.24.

¹⁰³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 24.

¹⁰⁴ Ob. cit., p. 18.

A importância do papel dessas entidades coletivas se entremostra não só pela ausência de finalidade lucrativa que, como explanado doravante, é traço distintivo das demais entidades que com ela se assemelham, mas, sobretudo pela possibilidade de ser um ninho de defesa e promoção de direitos individuais e, sobretudo, sociais, como demonstraram as conquistas históricas pelos direitos individuais no Estado Liberal e, finalmente, pela consagração e reconhecimento constitucional dos direitos sociais, no período do Estado do Bem-Estar Social.

É nesse sentido que a associação civil, por englobar direitos de categoria, portanto coletivos, torna-se instrumento de grande valor para o desenvolvimento da ordem constitucional interna e, nesse particular, constitui mola-mestra para a concretização do princípio da solidariedade, em busca da construção e solidificação de uma sociedade livre, justa e solidária.¹⁰⁵

Com razão o autor Wilson Steinmetz quando entende que o princípio da solidariedade como é de matriz constitucional também é direcionado aos atos dos particulares, vinculando-os em suas relações jurídicas, assim também como a responsabilidade social não é exclusiva do Estado, mas também da sociedade como o todo (arts. 227, *caput* e 229, *caput* da CF/1988), mormente no que diz respeito à promoção da educação, do bem-estar e formação moral, ética do indivíduo.¹⁰⁶

A necessidade de reforçar os instrumentos de dinamização do princípio da solidariedade social foi percebida por Paulo Lôbo ao afirmar que “no mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador de direitos subjetivos”.¹⁰⁷

No plano internacional, convém o destaque para o Pacto São José da Costa Rica - Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (artigo 16º) - que também disciplina do direito de reunião, dispondo de forma semelhante à Constituição Federal de 1988, conforme se lê abaixo:

¹⁰⁵ GARCIA, Gilberto. **Novo direito associativo**. São Paulo: Método, 2007, p. 65.

¹⁰⁶ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p.121.

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 82.

Artigo 16: Liberdade de associação

1. Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.
2. O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
3. O presente artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia.¹⁰⁸

O tratamento de direito de associação pelo Pacto São José da Costa Rica revela que ele é fruto de lutas históricas de toda a humanidade em várias partes do mundo, sendo responsável pelas mudanças sociais, políticas e econômicas que os Estados têm vivenciado, desde a era liberal a partir da criação de uma sociedade civil organizada.

Nesse contexto, portanto, a associação civil, além da importância enquanto instrumento de identificação do papel do indivíduo na sociedade, conforme apontado por Pietro Perlingieri, é entidade privada que pode contribuir indubitavelmente para a materialização do princípio da solidariedade social, emprestando maior concretude e ação ao objetivo da República Brasileira, ao promover a reunião de grupos sociais com finalidades distintas em busca da proteção e efetivação dos direitos de seus membros associados, o que acaba por atingir e beneficiar toda a população.

Com a concepção da comunidade em função do homem é possível encontrar, mesmo no nível, constitucional, uma hierarquia de valores e de interesses que as comunidades se propõem a alcançar e realizar¹⁰⁹

E não é só. A associação civil, no exercício livre e harmonioso proposto pela Constituição Federal de 1988, tão salutar para a manutenção do Estado Democrático no país, é instrumento de realização de outros direitos fundamentais, a saber, o direito de liberdade, de igualdade, ampla defesa de direitos, enfim, uma gama de direitos de inegável relevância para o desenvolvimento da sociedade civil e do fortalecimento da principiologia da ordem jurídica e de força normativa da Constituição.

¹⁰⁸ FREITAS, Rodrigo Chaves de. **Cooperativas no Brasil**. Liberdade de associação e ausência de fiscalização. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2123, 24 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12659>>. Acesso em 06 de maio de 2009.

¹⁰⁹ PERLINGIERI, Pietro e RUSCELLO, Francesco. **Manuale di diritto civile**. 4ª ed. Italia: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 166-167.

Jeffrey Alexander traz a idéia do projeto de sociedade civil que contemple novos formatos de associações civis, cenário que converge com o projeto do constituinte para a realidade das associações civis:

Nós precisamos de um novo conceito de sociedade civil com a noção de esfera cívica, um mundo de valores e instituições que geram a capacidade para críticas sociais e integrações democráticas concomitantes. Tal esfera fundamenta-se em solidariedade em sentimentos pelo próximo, por quem não conhecemos e não sabemos, mas respeitamos por uma questão de princípio de convivência e não de experiência devido a um comprometimento de boa-fé com todos.¹¹⁰

Mais adiante, demonstrar-se-á que em que pese a associação civil atue como instrumento a favor da materialização de princípios constitucionais e direitos fundamentais, de outro lado, seu exercício, na livre expressão da autogestão e liberdade institucional também estão limitados por direitos fundamentais, principalmente na relação que se estabelece entre entidade e membros associados.

2.2. O direito fundamental ao devido processo legal e a vinculação dos entes privados: novos paradigmas para as relações associativas.

Sem a pretensão de aprofundar no tema acerca da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, em virtude dessa análise merecer enfrentamento que a dissertação não comporta, não se pode furtar ao exame da incidência de um direito fundamental específico que é o devido processo legal no âmbito da associação civil e demonstrar os motivos dessa intercomunicação entre um direito de matriz constitucional, classicamente situado nas relações jurídicas verticais e o exercício das atividades na seara da associação civil.

O devido processo legal congrega o moderno princípio da legalidade e tem sua origem relacionada às lutas dos barões feudais saxônicos junto ao Rei João “Sem Terra”, nos idos do século XIII, foi expresso e secularizado na Carta Magna de 1215 para reconhecimento

¹¹⁰ ALEXANDER, Jeffrey C. **The civil sphere**. New York: Oxford University Press, 2006, p.04.

e afirmação dos direitos individuais e da coletividade ante as arbitrárias limitações do monarca.¹¹¹

Na era das Luzes, o devido processo legal ganha reforço axiológico através das lutas da burguesia pelo respeito e atendimento de seus direitos e interesses na sociedade, com a consagração da liberdade, igualdade e da propriedade, encabeçadas por movimentos tanto na França quanto na América do Norte, conforme explanado no Capítulo I.

Ao longo da história, o princípio sempre fora concebido como um freio às atividades estatais e é considerado um direito individual de primeira geração, porquanto diz respeito à proteção da liberdade, da incolumidade física, vida e propriedade do indivíduo ante os arbítrios cometidos pelo Estado. Em que pese seu surgimento está intimamente correlacionado com o aspecto instrumental e formal de garantias de direitos básicos dos indivíduos, tendo reinado durante séculos na esfera penal, transformou-se em veículo de legitimação material dos atos do Poder Público tanto na jurisdição civil quanto na administrativa mais recentemente.

Carlos Roberto Siqueira Castro lembra que:

De acordo com a concepção originária e adjetiva do *devido processo legal*, esta não visava a um questionamento da substância ou do conteúdo dos atos do Poder Público, em particular daqueles editados pelo Legislativo, razão por que essa garantia constitucional não logrou desde logo erigir-se em limitação do mérito das normas jurídicas, o que viria a ocorrer anos mais tarde com a formulação da teoria do *substantive due process*.¹¹² Grifos do autor.

A presença do Poder Público num dos pólos da relação jurídica sempre pressupõe a observância de regras e princípios materiais e procedimentais, os quais ora fortalecem a figura do Estado pela ideológica representatividade dos interesses da sociedade, consubstanciada no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e ora

¹¹¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 01-02. Para maior aprofundamento no estudo do devido processo legal, ver obra Keynes, Edward. **Liberty, property and privacy: toward a jurisprudence of a substantive due process of law**. Pensilvânia: Penn State University Press, 1996, p. 10-11.

¹¹² Ob. cit, p. 41.

funcionam em benefício do indivíduo, garantindo-lhe intangibilidade aos seus direitos existenciais mínimos, os quais formam o núcleo da dignidade da pessoa humana.¹¹³

O processo contempla a necessidade de o Poder Público garantir ao cidadão, na senda dos procedimentos judiciais penais, civis e administrativos, seus direitos fundamentais tais como o de ser julgado por um procedimento formado por um conjunto seqüencial de atos, que assegure o direito de apresentar defesa técnica; ouvir; ser ouvido; produzir provas; ser devidamente intimado de todos os atos que lhe digam respeito; ter prazos estabelecidos em tempo razoável; direito a um juiz imparcial; de recurso contra as decisões, dentre outros elementos que proporcionem a justeza da acusação e do julgamento final. Essa é uma conquista enraizada na cultura jurídica ocidental e que fora abraçada pelo ordenamento jurídico brasileiro, doutrina e jurisprudência de forma bastante salutar, com raiz no art. 5º, inciso LIV, da Carta Maior.

Sua feição formal transformou-se em símbolo do Estado Democrático de Direito ao expressar, através do estabelecimento do processo civil, penal e administrativo, a proteção aos direitos fundamentais do indivíduo de longa conquista histórica. Carlos Roberto Siqueira Castro costuma afirmar que é “o princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a sociedade e os indivíduos de outro”.¹¹⁴

Ultimamente, ganha corpo uma conotação diversa do devido processo legal. Ao lado da consolidação do seu viés instrumental, descobre-se a acepção substancial, através da ampliação da exegese do princípio para contemplar a possibilidade de realização de controle do conteúdo dos atos públicos *lato sensu* e não só da forma, com o escopo de possibilitar a verificação da justeza das decisões judiciais e administrativas ante os direitos dos interessados.

O aspeto substancial é construção coeva e advém de uma ampliação na interpretação do instituto para extrair não só a garantia da formalidade dos atos do Poder

¹¹³ Para mais aprofundamento sobre a eficácia vertical dos direitos fundamentais, ver obra SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

¹¹⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 34 e 35.

Público, mas também que esses atos estejam adequados com os fins de justiça que se espera na sociedade, o que, em que pese à subjetividade e vagueza do conceito, significa, em termos jurídicos, a conformidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade entre o ato público e a decisão, entre a infração e a pena e entre a norma e o fim que pretende atingir.

Apesar de recente entre nós, teve origem nos Estados Unidos através do controle judicial da legislação econômica no país, no início do século XX, que proporcionou aos magistrados e aos juristas o conhecimento das arbitrariedades que estavam sendo praticadas nas relações econômicas norte-americana, sob o rótulo da legitimidade da formalização dos processos legislativos. Brotou a necessidade de conter também o conteúdo das leis e dos atos do Poder Público, ainda que eles estivessem sendo produtos de procedimentos legislativos formais exemplares e perfeitos, mas o resultado, o efeito da lei na realidade social demonstrava um abuso do poder econômico em todas as suas variantes.¹¹⁵

O Poder Judiciário brasileiro, contudo, a muito custo atravessa essas fronteiras construídas doutrinariamente e analisa o mérito, a razoabilidade e a proporcionalidade do conteúdo desse tipo de ato administrativo. Daí o entrave ao engrandecimento e apuração de um viés tão relevante que é o exame da substância dos atos públicos para “(...) o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões judiciais”.¹¹⁶

Carlos Roberto Siqueira Castro atribui a retração no desenvolvimento do aspecto substancial do devido processo legal à estabilização e consolidação da doutrina da intangibilidade dos atos discricionários do Poder Público, sob a bandeira da conveniência e da oportunidade.

Ao ponderar sobre os instrumentos a serviço da compatibilização entre os atos públicos e os fins a que se destinam, Paula Sarno Braga adverte que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de sentidos convergentes, cumprem a função de “proibição dos excessos no exercício do Poder Estatal”, impondo uma adequação substancial como resultado dos meios e fins pretendidos na gestão dos interesses sociais e que sejam realmente necessários para obter os fins que se propõem, tomando-se a opção menos gravosa

¹¹⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 55-56.

¹¹⁶ Ob. cit., p. 65.

para o cidadão e, ainda, devem ser proporcionais aos valores em jogo, de modo que as vantagens com a prática do ato sejam maiores do que as desvantagens.¹¹⁷

(...) enquanto aquele (o processual) confina os Poderes Estatais no que tange à forma como produz seus atos normativos/decisórios (legislativo, administrativo ou jurisdicionados) – exigindo-se que se siga um percurso pautado nas formalidades legais –, esse último (o substancial) restringe o exercício de tais Poderes no que se refere a substância (matéria ou conteúdo) de seus atos normativos/decisórios – reclamando resultados essencialmente corretos, justos e razoáveis.¹¹⁸

Nessa senda, princípio da proporcionalidade e razoabilidade como ferramentas e ao mesmo tempo matéria do devido processo legal substancial servem de norte para o controle dos atos do Poder Público a fim de que atinjam as condições necessárias para sua realização e atendam aos anseios de justiça e eticidade esperados pelos administrados e pela sociedade. Assim, cabe ao administrador público independentemente da esfera que estiver elaborar, adotar e aplicar atos que atendem aos princípios da proporcionalidade, balizando a adequação e necessidade entre o ato e o fim que se pretende alcançar.

Para Humberto Ávila, “o exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*” (grifos do autor), ou seja, cabe ao Poder Público atentar para a prática do ato que menos restrinja ou viole um direito fundamental do cidadão sobre o qual o ato incidirá, de modo que a restrição do direito fundamental do indivíduo é o termômetro que mede o seu grau de minimização e modela o ato público dentro da proporcionalidade e razoabilidade esperadas.¹¹⁹

Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.¹²⁰

De outro modo, embora convergente com o princípio da proporcionalidade, na linha sustentada por Paulo Sarno Braga, o princípio da razoabilidade consubstancia “(...)

¹¹⁷ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.192.

¹¹⁸ Ob. cit., p.182.

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.162.

¹²⁰ Ob. cit., p.158.

dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) e atua como um instrumento para determinar as circunstâncias de fato” que “(...) devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade”.¹²¹

Conforme visto, o devido processo legal substancial se realiza através da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na avaliação da adequação, necessidade, justeza e equidade dos atos públicos em relação aos fins que se propõe a realizar no mundo dos fatos, com vistas a evitar ao máximo o grau de restrição de direitos fundamentais envolvidos nas relações jurídicas atingidas pela norma ou pelo ato.

Assim, os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade são os instrumentos técnicos de que dispõe o julgador e o legislador na depuração das dúvidas acerca da norma fundamental que deve ser mantida no caso concreto.

Nesta quadra, a atividade pública deve ser pautada e legitimada não só por procedimentos formais que observam as etapas e fases estipuladas por lei, seja no exercício da atividade legislativa, ou executiva, seja na condução dos procedimentos administrativos de apuração de infrações e aplicação de penalidades de uma forma geral, ou ainda, na condução dos processos judiciais, nas esferas cível e criminal, mas principalmente deve ser buscada uma coerência do conteúdo desses atos, de modo que não destoem dos arcabouço de valores sociais e princípios jurídicos enraizados no ordenamento pátrio.

Após as considerações sobre o devido processo legal nos interessa a pergunta: o devido processo legal formal e substancial pode ser aplicado ou exigido no âmbito das relações privadas? Caso positivo, qual a função e o alcance da alteração promovida no art. 57 do Código Civil em 2005?

Para entender melhor como ocorreu quando e onde surgiu o despertar da vinculação dos particulares e das entidades privadas aos direitos fundamentais, destaca-se o devido processo legal, em cotejo com dois grandes fenômenos, a saber: a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas e a constitucionalização do direito privado, ambos como processos doutrinários que consolidaram e justificaram a necessidade de se dar novos

¹²¹ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.185.

rumos às relações jurídicas privadas, com especial enfoque aos destinos das associações civis e a observância de direitos fundamentais.

Demonstrar-se-á o embasamento jurídico-filosófico que legitima e justifica a imposição de um procedimento nas relações horizontais.

Observou-se que o desenvolvimento da sociedade moderna, nos aspectos político, econômico e cultural, revelou uma descentralização do exercício do poder no seio social, de modo que atualmente não é possível mais afirmar que o Estado é o único titular de poder frente aos indivíduos e que assim somente ele é responsável pelos abusos e arbitrariedades que podem infringir os direitos básicos do indivíduo.

Thiago Luis Sombra assevera que o Estado, a partir do século XX, sai da posição jurídica de detentor de poder para ser o coordenador dos poderes sociais presentes na sociedade, utilizando-se para isso da principiologia dos direitos fundamentais, pertencentes a ambos o pólos da relação jurídica privada. Some-se ainda o fato de que os direitos fundamentais passaram a ser entendidos por juristas como conjuntos de valores básicos de uma sociedade, que devem, por razões essenciais, ser protegidos em todos os setores da vida civil, dentre eles, está o devido processo legal como garantia de legitimidade das decisões tomadas por particulares em suas relações, sejam de que natureza for.¹²²

Desde a Revolução Industrial e a ínsita reconfiguração da sociedade e da própria noção de poder, tem-se percebido uma peculiar atenção dos juristas ao devido processo legal e a sua interferência nas relações horizontais (indivíduo-indivíduo).

Ora, no mundo contemporâneo, o Estado não é o único sujeito capaz de condicionar, restringir ou eliminar a liberdade das pessoas (indivíduos ou grupos). Nas relações horizontais, entre particulares, também se verifica, amplamente, a capacidade de alguns sujeitos **condicionarem, restringirem ou eliminarem liberdades de outros sujeitos.**¹²³

¹²² SOMBRA, Thiago Luís dos Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas:** a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 91.

¹²³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004, p. 87.

Na experiência brasileira, Paulo Lôbo afirma que “a Constituição de 1988 foi a que mais agudamente pretendeu regular e controlar os poderes privados, na perseguição da justiça material (...)”¹²⁴, isto por que ela tendo com um dos objetivos fundamentais “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inciso I), a reforçar a importância do aspecto social e solidário das relações jurídicas públicas e privadas, deve ser interpretada de maneira que seus valores e fundamentos irradiem-se para além das relações entre o Estado e indivíduo, já que caiu por terra a clássica distinção do Estado como soberano e único detentor de poder na sociedade, para abarcar novos poderes privados, tão arbitrários quanto aqueles legitimados pelo Estado.

A sociedade brasileira, em particular, marcada pela profunda desigualdade social é campo fértil para o surgimento de poderes marginais ao Estado. Os sindicatos, as cooperativas, os partidos políticos e, principalmente, as associações civis, a despeito da inegável relevância na construção dos valores sociais, têm se revelado setores privados de grande magnitude e com potencialidade de suprimir os direitos de seus membros, a exemplo do que se assistiu ao longo da história na relação indivíduo-Estado.

É crescente, pois, o número de demandas judiciais envolvendo grandes celeumas entre entidades privadas e entre estas e seus membros, motivo pelo qual se tem recorrido à Constituição Federal de 1988 e aos princípios fundamentais para permitir e esboçar uma vinculação de entidades privadas aos direitos fundamentais, com escopo de assegurar os direitos básicos do cidadão no domínio das relações entre particulares. Ao visualizar a realidade das instituições privadas no Brasil, Wilson Steinmetz pontua:

Ora, em regra, o que pauta os poderes privados é a realização do auto-interesse, a máxima otimização das vantagens. Na sociedade brasileira – umas das campeãs mundiais em desigualdades sociais e em outros tipos de mazelas sociais –, a lógica privada é predominantemente uma **“lógica de exclusão”**. De fato, **os poderes privados, se não limitados e controlados, são uma ameaça real à realização do projeto de sociedade delineado pela CF.**¹²⁵

¹²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

¹²⁵ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91.

Esse poderio privado é exercido não só em face daqueles que estão fora dessas entidades, através da marginalização dos interesses e direitos das pessoas que não tem condições de participar desses grupos, pelos mais diversos fatores, mas principalmente é incidente no âmbito interno das associações, onde, normalmente, o controle dos atos privados está fora do alcance do Estado.

Não é necessariamente o poder econômico que condiciona um articular à observância de um direito fundamental do outro, mas sim o simples fato de ser um indivíduo submetido à Constituição Federal, embasada nos valores de solidariedade e dignidade da pessoa humana que exigem dever geral de cautela de todos aqueles sob sua proteção.

Juan María Bilbao Ubillos, considerando um fenômeno que exige uma atenção dos juristas e reforça o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, aduz que:

É um fato facilmente contatável a progressiva multiplicação dos centros de poder privados e a enorme magnitude que têm adquirido alguns tipos de associações. Representam na atualidade uma ameaça às liberdades individuais. O poder não está concentrado no aparato do Estado, pois está disperso e disseminado por toda a sociedade. Ao fim e ao cabo, o fenômeno do poder como expressão de uma situação de desigualdade é indissociável das relações humanas e é inerente a toda e qualquer organização social.¹²⁶

Afirma ainda que um dos pressupostos da aplicação dessa teoria é a constatação de uma desigualdade real ou fática entre os particulares numa dada relação jurídica, retirando assim a condição de horizontalidade proveniente da igualdade material em que estariam os particulares. Sustenta que quando os particulares travam relações com nítidas desvantagens contratuais para umas das partes, vislumbrando-se assim um exercício de poder econômico/técnico de um particular em face de outro, esta relação aproxima-se muito da relação vertical entre Estado-indivíduo, em que é uma realidade a prévia desigualdade, justificada pelo poder de império do Estado.

No entanto, é nesse cenário de negociações jurídicas que surge a problemática da garantia de liberdade dos indivíduos frente a desigualdade, pois são essas situações que

¹²⁶ UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficácia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 200, p. 221.

frequentemente ficam sem remédio jurídico adequado para assegurar a prevalência de direitos fundamentais das partes em jogo. Nessa linha, o direito não pode ignorar o fenômeno do poder privado.¹²⁷

Alertando para o elemento desigualdade real entre os sujeitos da relação horizontal, Daniel Sarmiento assevera com propriedade:

Diante da brutal desigualdade material que se verifica na sociedade, tornar-se imperativo condicionar os atores privados – sobretudo os investidos de maior poder social – ao respeito dos direitos fundamentais. A ficção da igualdade jurídica entre os indivíduos, num contexto de gritantes desigualdades sociais, não se presta mais para justificar a imunidade dos particulares aos direitos fundamentais, a partir do dogma da autonomia da vontade.¹²⁸

Eduardo Ribeiro Moreira sustenta a necessidade da implementação da teoria dos direitos fundamentais nas relações entre particulares para satisfazer o princípio da isonomia em grau jurídico-social do esforço primário: tratar igual o Estado ou o particular que venha a infringir mal a outro particular.¹²⁹

O autor esclarece que os direitos fundamentais, do qual é exemplo maior a dignidade da pessoa humana, sempre ostentaram eficácia negativa, não se exigindo qualquer prestação positiva do Estado para protegê-los ou materializá-los. Resumia-se o papel do Estado a não intervenção nos negócios da vida civil de modo que restassem intangíveis as relações entre os particulares.

Hodiernamente, ao contrário, os direitos fundamentais são requestados e vindicados nas mais variadas situações, tendo tomado corpo a eficácia positiva, que implica numa conduta ativa do Estado, nos três poderes, para materialização dos direitos fundamentais e mais da dignidade da pessoa humana.¹³⁰

¹²⁷ Lorenzetti apregoa que “o poder privado é maior do que o Estado e corre-se o risco de ver arrasada a ‘sociedade civil’, como modo de convivência juridicamente organizada” em LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 119.

¹²⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2006, p.314.

¹²⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2007, p. 44.

¹³⁰ Ob. cit., p. 20.

Destarte, a pulverização do poder no seio da sociedade evoca a necessidade de impor às entidades privadas a observância de princípio e regras antes destinadas somente ao Estado, a saber, o devido processo legal.

No Brasil, o princípio do devido processo legal começou a ser exigido, expressamente, nas relações privadas a partir da Lei nº. 11.127/2005 que reformou o art. 57 do Código Civil, dispondo que **“A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto”**.

Esse cenário, o qual merece contextualização, levou a um grande debate doutrinário que já dura mais de cinco décadas sobre a vinculação de entidades privadas aos direitos fundamentais no âmbito das relações intersubjetivas.

A questão da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é a pedra de toque dos estudos hodiernos do direito privado. Os primeiros delineamentos foram feitos pela doutrina alemã¹³¹, na década de 50 e 60 – quando também surgiu a denominação “direitos fundamentais” como direitos imanentes aos indivíduos -, momento em que também foi inaugurada a teoria da eficácia mediata¹³² ou indireta e a teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A Alemanha, inobstante ter sido o berço da discussão ora comentada, a doutrina manteve-se na retaguarda, adotando a teoria da eficácia mediata, segundo a qual os direitos fundamentais são destinados às relações particulares, porém são responsáveis por sua observância o Poder Público, na análise e julgamento das lides envolvendo sua aplicação ou ainda através de não elaboração de leis que infrinjam direitos fundamentais.

Canaris, um expoente nos estudos que cerca o debate em referência, apregoa:

¹³¹ Alguns expoentes desse surgimento foi Hans Carl Nipperdey, Robert Alexy, Saladin, Bethge, dentre outros, assinalados por Daniel Sarmento em SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2006.

¹³² Sobre eficácia mediante ver obra de Marinoni em MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Destinatários das normas dos direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos de direito privado. É certo que são possíveis exceções como mostra o art. 9º, no. 3, 2ª frase, da LF, mas estas requerem, contrariamente à teoria da ‘eficácia imediata em relação a terceiros’, uma fundamentação especial, que apenas muito raramente se consegue encontrar. Em conformidade, só deveria falar-se de ‘eficácia imediata em relação a terceiros’.¹³³

Para Canaris, ao analisar o objeto de controle, a finalidade e os destinatários dos direitos fundamentais, conclui que eles possuem como destinatário o Estado e seus órgãos apenas, com finalidade de controlar a intervenção estatal na vida privada e não é possível exigir do particular em face de outro particular o cumprimento, a realização positiva dos direitos fundamentais, porquanto isso violaria a liberdade e a autonomia individuais.

Desenvolveu-se também nos Estados Unidos da América uma importante produção intelectual acerca dos direitos fundamentais nas relações privadas, inicialmente através dos *states actions*, tese liberal segundo a qual os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos apenas vinculam o Estado e são invocáveis tão-somente em face de uma ação estatal presumidamente ilícita, de tal sorte que as condutas eminentemente privadas encontram-se imunes a este tipo de controle e não são aferidas em face da Constituição¹³⁴.

Percebe-se que tanto na Alemanha como nos Estados Unidos, berços dos estudos e das primeiras decisões sobre o tema, houve um retrocesso e uma estagnação, respectivamente, haja vista que na Alemanha, embora o magistrado trabalhista Nipperdey tenha propugnado a eficácia direta e imediata por entre os particulares, a tese dominante foi a de que somente o Poder Público é quem deve, nas lides privadas, observar e tutelar as violações de direitos fundamentais.

Nos Estados Unidos da América poucas são as vozes que aderiram à tese da eficácia imediata, estando esmagadora doutrina a asseverar que os particulares não devem ser compelidos instrumentalizar situações que materializem os direitos básicos de seus pares, tudo isso em nome da intocável autonomia da vontade.

¹³³ CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 55.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Esse é o grande atraso da doutrina e por onde o nosso país tem se mostrado bastante avançado acerca da observância dos particulares aos direitos fundamentais. As decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, embora carentes de profundidade e enfrentamento que o tema requer, têm adotado a linha de raciocínio jurídico que vincula os particulares diretamente aos direitos fundamentais de outros particulares em suas relações jurídicas, conforme se verá oportunamente.

Na doutrina e jurisprudência nacionais, o debate teve início com a afirmação de aplicação dos direitos fundamentais somente nas relações verticais entre o Estado e o cidadão, o qual deveria estar protegido das ingerências estatais e eventuais arbitrariedades em suas autonomia e liberdade individuais, para depois evoluir e absorver a possível aplicabilidade dos direitos fundamentais entre os indivíduos, numa relação em que ambas as partes também possuíam direitos essenciais que exigem respeito e observância recíprocos.

Uma das premissas é a de que a Constituição é a norma maior, eixo central que norteia as relações jurídicas e, nessa linha, que “os direitos fundamentais desempenham um papel central no ordenamento jurídico”¹³⁵, sendo normas que fazem parte da estrutura do sistema jurídico e, por sua própria fundamentalidade, vinculam a todos no ordenamento jurídico, de modo que não cabe mais questionar a força normativa dessas normas nas relações privadas. Por estarem na Carta Maior e concentrarem os direitos de maior destaque substancial para o indivíduo, os direitos fundamentais são o núcleo do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.

A consagração da importância e da Carta Maior como núcleo jurídico axiológico em relação aos outros ramos do direito, na linha da bandeira levantada por Konrad Hesse¹³⁶ propagando a necessária e inelutável “vontade de constituição” por parte dos cidadãos para incrementar e expandir a eficácia e o plano de realizabilidade da norma fundamental, foi que possibilitou um novo olhar sobre os direitos fundamentais com vistas à sua materialização por além das relações verticais.

¹³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5e. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 523.

¹³⁶ HESSE, Conrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 24.

Vale lembrar que para Ingo Von Sarlet a discussão sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre da consagração do papel e da função desses direitos e garantias na sociedade interna e também no plano internacional, razão pela qual chega a sustentar que:

Os direitos fundamentais estão vivendo o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica interna e pelo instrumentário que se colocou á disposição dos operadores do Direito, inclusive o que concerne às possibilidades de efetivação sem precedentes no ordenamento jurídico nacional.¹³⁷

Segundo, Ingo Von Sarlet a hipertrofia dos direitos subjetivos, “guarda conexão com a noção de um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes, o que, na perspectiva do Estado Social, acabou desafiando mudanças”.¹³⁸ Eis que a dimensão objetiva veio conter e moderar o excessivo individualismo presente na sociedade industrial e que ainda remanesce na atual configuração da sociedade do século XXI, a exigir o avanço dos estudos acerca da readaptação dos direitos individuais com a ordem de valores estampada na Constituição Federal de 1988.

De acordo com Thiago Luiz Sombra, não se discute sobre a incidência ou não de direitos fundamentais nas relações privadas, porquanto é a própria nota de fundamentalidade de alguns direitos e garantias que autoriza e justifica sua observância pelos entes privados, afinal “(...) afastar do âmbito de eficácia da Constituição as relações entre particulares significa negar a essência daquilo que é inerente aos direitos fundamentais: sua fundamentalidade”.¹³⁹

Ainda, segundo Thiago Luiz Sombra, cada indivíduo se encontra por inúmeras ocasiões na condição simultânea de titular e violador dos direitos fundamentais, razão pela qual deve o direito civil abarcar a incidência dos direitos fundamentais em suas relações, vinculando os indivíduos a comportamentos objetivos de proteção observância dos direitos de seus pares nas relações jurídicas travadas.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed., ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.80

¹³⁸ Ob. cit , p. 241.

¹³⁹ SOMBRA, Thiago Luís dos Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 98

Com o surgimento de uma nova perspectiva de organização social, o Estado perde o posto de único sujeito passivo subordinado à observância dos direitos fundamentais, visto que os indivíduos, **em virtude da complexidade com que as relações sociais se delineiam, passam a estar em constante posição de ingerência aos direitos fundamentais de seus pares.**¹⁴⁰

Para Robert Alexy, a história dos direitos fundamentais não pode ser o motivo da não vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, nem tampouco deve sê-lo a abertura hermenêutica inerente a essa categoria de direito, pois “se há algo que pode livrar ao menos um pouco a ciência dos direitos fundamentais da retórica política e das idas e vindas das lutas ideológicas é o trabalho na dimensão analítica”, o qual tem sido realizado com a franca problematização da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.¹⁴¹

Na teoria de direitos fundamentais, ele afirma que o problema inicialmente enfrentado no que tange à aplicação dos direitos fundamentais nas relações horizontais, foi a questão da titularidade do direito, pois a “relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão-cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais”.¹⁴²

Assim, em virtude dessa equivalência de titularidade, houve uma certa resistência, inicial, porém atualmente, mormente no Brasil, “a idéia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita”.¹⁴³

Mas, enfim, como se daria, na prática essa incidência dos direitos fundamentais no sistema civilista para penetrar nas relações privadas? Sustenta-se que essa vinculação pode ocorrer tanto na aplicação da regra pelo magistrado no deslinde de uma questão levada juízo ou também pelos próprios particulares, assistidos por advogados, e pelos juristas de uma forma geral, na interpretação das regras, princípios e institutos do direito civil, qualquer que seja o microssistema (consumidor, idoso, etc).

¹⁴⁰ SOMBRA, Thiago Luís dos Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas:** a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 85.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5e. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 49.

¹⁴² Ob. cit., p. 529.

¹⁴³ Ob. cit., p. 528.

Sobre a responsabilidade do legislador e do magistrado na materialização dessa incidência nas relações horizontalizadas, prossegue Wilson Steinmetz dizendo:

Compete ao legislador, ao criar as normas de direito privado e ao juiz, e aos Tribunais, ao interpretarem os textos de normas imperativas de direito privado – sobretudo os enunciados legislativos com cláusulas gerais –, mediarem a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares.¹⁴⁴

É dizer: na tessitura das relações particulares, os indivíduos devem estar comprometidos reciprocamente a observar os direitos fundamentais de seus pares e mais, tendo condições para tanto e diante de um desequilíbrio de direitos, deve-se procurar materializá-los, assegurando meios de garantia da prevalência desses direitos.

Daniel Sarmento apresenta a seguinte solução:

A eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se sobretudo em relação à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados presentes na legislação infraconstitucional. Conceitos como **boa-fé, ordem pública, interesse público, abuso de direito, bons costumes, dentre tantos outros, abrem-se, pela sua plasticidade, a uma verdadeira reconstrução, edificada à luz dos direitos fundamentais.**¹⁴⁵
Destaca-se.

Vieira de Andrade considera, no entanto, que a eficácia imediata dos direitos fundamentais só deve ser concebida nas situações de desigualdade real entre os envolvidos na relação privada. Para ele, a transposição direta dos direitos fundamentais para as relações entre particulares, onde estes podem ser considerados sujeitos passivos de tais direitos só deve ocorrer quando se possa equiparar um dos envolvidos ao Estado, ou seja, quando se está a exigir uma garantia da liberdade similar a que se exige contra os poderes públicos.¹⁴⁶

Apregoa, ainda, que o poder não precisa ser um poder jurídico, sendo suficiente um poder de fato inequívoco e objetivamente determinável. Em contrapartida, aponta como

¹⁴⁴ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 141.

¹⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006, p. 127.

¹⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 285.

insuficiente uma dependência psicológica subjetiva ou momentânea, embora reconheça que esta possa se tornar relevante por outra via em determinados casos nas relações civis.

Destarte, situações como a de grupos que exercem domínio sobre os seus membros (sindicatos, associações, partidos políticos, ordens religiosas); ou a do exercício de determinados poderes de direção e disciplina nas empresas (relações de trabalho); ou ainda no aspecto econômico ou social capazes de afetar aspectos relevantes da vida dos indivíduos não-membros (empresas monopolistas ou grupos que disponham de influência em zonas da vida social), justificam uma aplicação direta dos direitos fundamentais, de modo a serem os particulares considerados sujeitos passivos de tais direitos.¹⁴⁷

Observa-se uma resistência em admitir que as normas definidoras de direitos fundamentais geram direitos subjetivos dos particulares uns frente aos outros, acolhendo-se, entretanto, uma eficácia direta enquanto princípios objetivos, no caso extremo da caracterização da inconstitucionalidade da norma ordinária. Todavia, Vieira de Andrade entende que, mesmo nas relações entre iguais, pode haver violações de direitos fundamentais, mas tais violações devem ser, em regra, contornadas mediatamente, nos moldes tradicionais de aplicação do Direito civil.¹⁴⁸

Divergências à parte de como e quando os direitos fundamentais incidem nas relações privadas, deve-se recordar também a discussão em torno dessa incidência para alguns foi pacificada pela própria incorporação no pensamento jurídico dos direitos fundamentais a sua dimensão objetiva, conforme elucida Paulo Gustavo Gonet Branco para quem:

O discernimento de que os direitos fundamentais não poderiam ficar confinados no âmbito das relações dos poderes públicos com os particulares recebe elaboração técnica com a **descoberta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais**. Desvenda-se nestes direitos a consagração de valores de elevada relevância, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade.¹⁴⁹ Destaca-se

¹⁴⁷ GALIZA, Andréa Karla Amaral de. **Colisão entre direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**: um estudo sobre a eficácia das normas definidoras dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e os possíveis parâmetros para a solução dos conflitos. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Recife: UFPE, 2006, p.107.

¹⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 287.

¹⁴⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 12 de julho de 2008.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, nascida sob a égide da Lei Fundamental de Bonn na Alemanha, liga-se à idéia de que eles “(...) devem ser exercidos no âmbito da vida societária e (...) podem justificar restrições, respeitadas o núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade”.¹⁵⁰

Essa perspectiva objetiva, ultrapassando a concepção meramente valorativa e não vinculante de seus preceitos, permitiu que alguns direitos fundamentais, com exceção dos que pela sua natureza incidem somente nas relações Estado-indivíduo, pudessem expandir-se para atingir e vincular o comportamento de entidades privadas, como é o caso da associação, a seguir trabalhado.

A consagração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como expressões de valores objetivos fundamentais da comunidade, portanto, justifica a ampliação e extensão da proteção dos direitos fundamentais da coletividade, ultrapassando o ângulo individualista, onde a pessoa individual era o centro e o destino da realização dos direitos fundamentais.

A teoria dos direitos fundamentais também ganha reforço com a construção do jurista Robert Alexy, ao apresentá-los como mandamentos de otimização¹⁵¹, a implicar na sua máxima utilização e sustentação dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, na análise de um caso concreto.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais aliada ao mandamento de otimização apregoado por Robert Alexy são as bases para uma compreensão e aplicação da teoria de horizontalização dos direitos fundamentais, que:

(...) de acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas jusfundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas também representam, ao mesmo tempo, uma **ordem de valores objetiva**, que, enquanto decisão básica jurídico-constitucional, vale para todos os âmbitos do Direito e proporciona diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência.¹⁵² Destaca-se.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006, p. 108.

¹⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5e. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117 e 575.

¹⁵² Ob. cit, p. 514.

Daniel Sarmiento esclarece que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais os expande para o âmbito das relações privadas e “constitui corolário necessário de uma visão não individualista dos direitos fundamentais, centrada não no homem abstrato e impalpável do Estado Liberal, mas na pessoa humana concreta e situada”.¹⁵³, a implicar numa responsabilidade comunitária dos indivíduos sobre os direitos fundamentais de outros indivíduos na sociedade, não cabendo somente ao Estado a preocupação com o respeito e realização dos direitos fundamentais dos indivíduos.

A Constituição então seria a norma fundamental de organização jurídico-administrativa do sistema jurídico, requestando convergência dos outros ramos (civil, administrativo, penal e outros), porém são os direitos e garantias fundamentais que compõem o núcleo axiológico de inegável relevância dentro desse sistema.

Virgílio Afonso da Silva discorda da concepção de Constituição e dos direitos fundamentais como uma ordem de valores totalizante, mas constituindo-se assim uma força contrária à autonomia privada para a garantia dos participantes nas relações entre os particulares:

O debate sobre o papel e a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode, contudo, prescindir de uma definição sobre qual é a relação existente entre a constituição e o resto do ordenamento jurídico. **Não basta, neste ponto, a premissa de que a constituição está no topo da pirâmide normativa.** É preciso ir além. Em alguns países, especialmente na Alemanha e nos Estados Unidos, o papel da constituição é discutido com bastante intensidade e o resultado desse debate é, segundo me parece, fundamental para o objeto desse estudo.¹⁵⁴ Grifa-se.

Virgílio Afonso da Silva trata da questão da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais partindo de premissa diversa que não a superioridade hierárquica da constituição. Para ele, esse não é o fundamento maior da sujeição dos particulares aos mandamentos fundamentais, porquanto nesse entendimento de que a Constituição e o Direito Civil são ramos distintos cada um preservando a autonomia que lhe é própria, ele assegura a independência do Direito Civil em relação aos termos da Constituição Federal, sem que isso resulte numa interdependência absoluta.

¹⁵³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006, p. 123.

¹⁵⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110.

O autor parte da premissa da Constituição-moldura que “(...) não exclui a possibilidade de se considerarem os princípios constitucionais como mandamentos de otimização”.¹⁵⁵ Para ele, a discussão sobre direitos fundamentais e relação privada deve necessariamente passar pela definição do que é a Constituição e da sua função no ordenamento jurídico-social. Assim, entende que a Constituição não deve ser concebida como “(...) o estatuto total da vida em sociedade ou o fundamento material de todo e qualquer ato estatal ou privado”, mas que os direitos fundamentais, estes sim é que devem constituir uma ordem de valores totalizante, suficientemente capazes de formar uma “força contrária à autonomia privada para a garantia dos participantes nas relações entre particulares”.¹⁵⁶

A autonomia do Direito privado, para esse raciocínio, não pode significar independência em relação à Constituição, de modo que os preceitos relativos aos direitos fundamentais determinam a invalidade, por inconstitucionalidade, das normas de Direito privado que lhes sejam contrárias.

Certamente a idéia de que os direitos fundamentais constituem a ordem de valores do sistema jurídico social é mais compatível com a independência dos sistemas jurídicos e a prevalência dos princípios de cada um desses sistemas, os quais devem permitir, através de mecanismos de interpretação, a penetração e otimização de alguns direitos fundamentais, respeitadas as nuances de cada relação jurídica em concreto.

Sensível às complexidades que envolvem o tema da incidência de direitos fundamentais nas relações privadas, o jurista Canotilho anuncia que:

A doutrina do direito civil tem demonstrado aqui uma preocupação prático-metodológica mais razoável do que a doutrina juspublicista. Nos exemplos do direito à caricatura, em que é patente a colisão entre direitos de personalidade e direitos de liberdade de expressão e de criação artística, a questão central não é a de saber se os direitos em causa têm carácter constitucional ou simplesmente ordinário, mas sim como decidir como é que nas relações intersubjetivas de pessoas iguais os direitos se conformam, se conciliam, se limitam se se realizam.¹⁵⁷

¹⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 120.

¹⁵⁶ Ob. cit, p. 126.

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 210-211.

O autor anuncia que o direito privado é o veículo para a interpenetração dos direitos fundamentais nas relações privadas, confira-se:

O direito privado deve servir, nesse caso, de transporte dos direitos fundamentais às relações entre particulares, o que exige, portanto, uma interpretação dos dispositivos jusprivados sempre tendo como base os princípios constitucionais.¹⁵⁸

Conforme dito, no Brasil, a maior parte da doutrina tem se inclinado para a vinculação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, através da premissa de que a Constituição é a norma maior do ordenamento jurídico à qual todos os ramos e sistemas jurídicos devem convergência o que não retira a independência e importância científica de cada um deles.¹⁵⁹

É necessário, portanto, e esta é a premissa de que parte esse trabalho, perceber os direitos fundamentais presentes na Constituição estabelecem um sistema fundante de valores que vinculam todos os indivíduos em sociedade e obrigam condutas de respeito e também de materialização dos direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas, sejam elas públicas ou privadas.

Há que se enfrentar essa realidade e dar uma resposta apropriada, que não poderá resultar simplesmente do recurso à proteção da autonomia privada por que assim sempre foi, sobretudo quando se constata uma evidente erosão da concepção clássica desse primado, seguida das reformulações dos postulados desse princípio. A função polivalente e fluídica dos direitos fundamentais deve servir para atuar em todas as direções das relações privadas, primando pela superação de minimizações de direitos básicos do ser humano.¹⁶⁰

Bilbao aponta alguns critérios que possibilitam a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas:

¹⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.155-1.156.

¹⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira à partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13-17.

¹⁶⁰ UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficácia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 222.

O grau de autonomia entre as partes pode ser um critério válido e útil para resolver os possíveis conflitos. Quando menor for a liberdade da parte mais fraca da relação, maior será a necessidade de proteção. (...) A incidência dos direitos fundamentais no sistema privado será mais intensa quando a própria dignidade da pessoa humana se vê diretamente afetada. Todo o ordenamento jurídico público e privado, funda-se no respeito ao valor absoluto da dignidade humana, como núcleo intangível e indisponível que deve ser preservado frente a qualquer agressão.¹⁶¹

Um dado interessante na teoria de Bilbao é que para eles não há necessidade de adoção estanque de uma ou outra teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: tanto a teoria da vinculação imediata quanto mediata podem sim conviver juntas e, em certos casos ser aplicada a mediata, enquanto noutros, aplica-se a imediata.

É dizer: tanto pode o legislador de direito privado mediar essa vinculação prevendo a incidência de direitos fundamentais em relações particulares através de normas gerais, conceitos jurídicos indeterminados de natureza civil como também, na ausência desses elementos na análise do caso concreto, pode-se invocar diretamente da norma constitucional a necessidade de proteção de direitos fundamentais sem que esse recurso seja afrontoso ao sistema jurídico privado.

Em sentido contrário à aplicabilidade imediata, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva nas relações entre iguais, não se pode falar em direitos fundamentais dos particulares uns frente aos outros, pois aqui existe, no máximo:

Um dever de respeito que impende, não sobre um sujeito concreto, mas sobre todos os restantes indivíduos, dever este que resulta de não poder por em causa um direito constituído numa relação indivíduo/poder, relativamente à qual os restantes dos indivíduos não podem ser senão ‘terceiros’.¹⁶²

Assim, segundo o posicionamento do jurista, haveria dois tipos distintos de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: uma principal, que caberia às entidades privadas dotadas de poder, estando estas obrigadas a “um dever ativo de cooperação com os

¹⁶¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficácia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 232.

¹⁶² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias**. Revista de direito público, Lisboa, n. 82, 1986, p. 49-50.

particulares”, que titularizam, em face delas, direitos fundamentais; e outra, secundária, relativa a todo e qualquer indivíduo de respeitar o direito fundamental reconhecido aos outros em face do poder, similar a que existe no chamado efeito externo das obrigações em geral. Existiria, assim, neste último caso, apenas um “dever geral de respeito”.

Em suma, destinatários privados de direitos, liberdades e garantias só podem ser as entidades dotadas de poder, encontrando-se, nas relações interindividuais, os restantes sujeitos privados apenas vinculados, a título secundário, a um dever geral de respeito de um direito que qualquer sujeito individual pode fazer valer face ao poder.¹⁶³

No caso do Brasil, o art. 5º, §1º da CF¹⁶⁴ informa que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, razão pela qual se sustenta que tanto o Poder Público quanto às entidades privadas estão vinculadas à observância dos direitos fundamentais. É certo que não se pode apresentar uma solução ou uma forma previamente adequada para saber qual o direito fundamental deverá prevalecer numa dada ocasião, pois essa definição será produto de uma profunda análise dos contornos valorativos e dos bens jurídicos que estiverem em confronto no caso concreto.

No entanto, é possível afirmar que o devido processo legal - direito fundamental em análise – vincula as entidades privadas por força da redação do art. 5º, §1º da CF comentado, obrigando os particulares a observarem, nas relações associativas, um procedimento quando este seja indispensável à preservação e proteção de outros direitos essenciais como é o caso dos direitos da personalidade, cujo exame será destinado ao Capítulo III, item 3.1.

Divergências doutrinárias à parte, adota-se a teoria da eficácia direta e imediata em relação à vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, com especial atenção para a incidência no âmbito da associação civil, em razão do art. 57 do Código Civil, alterado pela Lei n. 11.127/2005.

¹⁶³ Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias**. Revista de direito público, Lisboa, n. 82, 1986, p. 49.

¹⁶⁴ No presente trabalho, adota-se o entendimento de Sarlet, arrimado em José Afonso da Silva, para quem eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos e que denotam a potencialidade de uma norma jurídica válida produzir efeitos jurídicos no mundo dos fatos, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed., ver. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 252.

Diante das premissas de reconhecimento das feições formal e substancial do devido processo legal, como consequência da evolução do instituto e necessidade de adequá-lo aos novos valores presentes na sociedade e no ordenamento jurídico; da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua incidência direta e imediata nas relações entre particulares, bem como da inegável mudança na relação de poder no seio da sociedade, urge concluir que o devido processo legal, direito fundamental em foco, deve servir como mais um instrumento de legitimação dos atos privados nas relações intersubjetivas, contribuindo assim com a salutar simbiose entre o Código Civil e a Constituição.

Demonstrados o crescimento e o desenvolvimento da associação civil após a Constituição Federal de 1988 e a sua importância dada pelo texto maior, principalmente enquanto instrumento concretizador de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, com o desiderato de consagrar o princípio da solidariedade na ordem jurídica privada, passa-se no próximo tópico à análise da disciplina do Código Civil a essa entidade, distinguindo-a das demais entidades privadas ali previstas.

2.3. Código Civil de 2002 e o novo direito associativo: a constitucionalização do direito civil e o novo perfil da associação civil.

O direito privado tem vivenciado significativas transformações não só no aspecto legal – exclusão e inclusão de novas regras – mas também sofre uma mutação em seu processo interpretativo, de modo que os princípios, as normas e os institutos do direito privado, mormente do Código Civil, têm sido estudados e interpretados no sentido de dar efetividade aos princípios constitucionais no âmbito das relações privadas.

Nessa seara de transformações de ordem principiológica, que alcança e redimensiona os princípios tradicionais do direito privado, mormente do direito civil à luz do texto constitucional, o disciplinamento das associações civis também sofreu interferências jamais vistas pela ordem jurídica privada, a exemplo do que se constata pela atual redação do art. 57 do Código Civil, alterado pela Lei nº. 11.127/2005¹⁶⁵, acerca da necessidade de instalação de procedimento civil para expulsão do associado da entidade privada, realidade

¹⁶⁵ “Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto. (Alterado pela Lei n. 11.127-2005).”

esta historicamente desconhecida dos particulares em razão da origem e garantia do devido processo legal estar estreitamente vinculado às relações verticais entre Estado e particular.

Essas mudanças, ainda em franco desenvolvimento, foram deflagradas com o advento da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Os atributos seculares do direito privado estão sendo efetivamente redimensionados no Brasil, trabalho este árduo da doutrina e da jurisprudência e que certamente é contínuo em busca da adequação dos direitos eminente privatísticos aos princípios constitucionais.

O direito civil, portanto, tem sofrido ao longo dos anos várias interferências legislativas e judiciais em busca da adequação de suas regras e princípios aos postulados principiológicos da Constituição Federal de 1988. Essas mudanças não implicam no reconhecimento da perda da força e centralidade do direito privado; não se trata de afirmar o enfraquecimento do direito civil, mas sim de fortalecê-lo arrimando seus institutos com os postulados dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, numa relação simbiótica que proporciona uma derradeira substanciação dos postulados tradicionais civilistas.

Luiz Roberto Barroso afirma que uma das primeiras formas legais de intervenção do Estado na vida privada foi a inserção das normas de ordem pública, época em que vigorava o dirigismo contratual e a publicização do direito privado, no empós da segunda guerra mundial. Já a era da constitucionalização do direito espelha mudança como o redimensionamento de institutos clássicos do direito civil, a saber, a noção da função social da propriedade; a proteção do consumidor; igualdade entre os cônjuges, entre os filhos; a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual¹⁶⁶.

Isto por que a Carta Maior de 1988 evidenciou uma forte preocupação com a efetivação dos direitos individuais e sociais implantados nas constituições anteriores, exigindo-se do Poder Público Executivo, Legislativo e, sobretudo do Judiciário, a aplicabilidade das leis privadas com o fito de materializar as normas e princípios constitucionais. Nesse ponto, Lorenzetti apregoa que as normas fundamentais constituem uma espécie de “força da gravidade” que mantêm unidos o Código Civil e a Constituição.¹⁶⁷

¹⁶⁶ BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 258.

¹⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 79.

A propósito, fazendo um breve histórico, Pablo Stolze e Pamplona Filho concluem que:

Se por um lado, o movimento codificador do século XIX distanciava-se do Direito Constitucional – por imaginar, dentro de sua perspectiva exclusivista, que todo direito privado estaria concretizado em um corpo monolítico, vocacionado à perenidade e com traços de autosuficiência –, o processo descentralizador do Direito Civil, nascido em um período de maior consciência democrática, visa ter na Constituição o seu sistema principiológico superior, estruturador da harmonia do conjunto. (...) Por tudo isso, a Constituição Federal, consagrando valores como a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica, deixa de ser normativo superior que se deve diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária.¹⁶⁸

A Constituição de 1988, tendo com um dos objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária reforça a importância do aspecto social e solidário das relações jurídicas públicas e privadas. Ressalta-se que esse movimento se iniciou com a Constituição de 1934, em seguida reforçada pela Carta Política de 1946, inaugurando o Estado do bem-estar Social e foi evoluindo até a consagração definitiva pela Carta Cidadã de 1988, juntamente com diversos outros micro-sistemas legislativos, a saber, o Código de Defesa do Consumidor- regulamentando as relações consumeristas e destacando o papel social do consumidor-, o Estatuto da Criança e do Adolescente- frisando as premissas ideológicas da proteção social desses sujeitos de direitos-, o Estatuto do Idoso, enfim, dentre outros sistemas.

É visível, portanto, a crescente preocupação com o aspecto solidário e humano¹⁶⁹ nas relações jurídicas, tendo sido internalizada, de forma crescente em vários setores da vida civil, tais como, no direito de propriedade com o fortalecimento do princípio da função social da propriedade; no direito de família, pela repersonalização¹⁷⁰ ou socialização o conceito de família e seus institutos, enxergando-a como sob o ponto de vista da construção social e em busca da afirmação do papel dos filhos na relação parental; nos direitos das obrigações e

¹⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 54.

¹⁶⁹ A partir dessa noção, Carlos Britto concebe o humanismo como o princípio em BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

¹⁷⁰ A repersonalização das relações civis, consoante explica Paulo Lobo, “encontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário” em LOBO, Paulo Luis Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

contratos, pela prevalência da boa-fé antes, durante e após o contrato e a consagração do princípio da equivalência material das prestações nos negócios jurídicos em geral; enfim, são inúmeros os exemplos da humanização do direito civil¹⁷¹.

Pietro Perlingieri¹⁷² vislumbrou essas transformações no direito civil italiano e pontuou que:

(...) o primado dos valores da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais exclui que a área do direito civil possa ser exaurida em uma concepção patrimonialista fundada ora sobre a centralidade da propriedade, ora sobre noção de empresa. **O direito civil constitucional – segundo a tendência do constitucionalismo contemporâneo – reconhece que a forte idéia do sistema é não somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito.** Grifou-se.

Corroborando esse pensamento, Ricardo Luis Lorenzetti reconhece que:

A pessoa e seu feixe de direitos é um **ponto de articulação do sistema**, tanto na ordem constitucional quanto na privada. **Normas constitucionais protetivas da pessoa aplicam-se ao Direito Privado e direitos personalíssimos jusprivatistas adquirem significado constitucional.**¹⁷³ Grifa-se.

O fenômeno progressivo da constitucionalização do direito privado¹⁷⁴, somado a essa visível despolarização do regramento da vida privada classicamente situado no Código Civil, com o surgimento de vários microsistemas, constituem causas dessas mudanças sociais que reclamam, invariavelmente, produções legislativas e do aplicador do direito para adequação do ordenamento civil à realidade da vida, especialmente no que diz respeito à fundamentação das normas civis em preceitos constitucionais, conforme acentua Paulo Lôbo:

A elevação dos fundamentos do direito civil ao status constitucional foi uma deliberada escolha axiológica da sociedade, indispensável para a consolidação do Estado Democrático e Social de Direito e de conseqüente promoção da justiça social e da solidariedade, incompatíveis com o modelo

¹⁷¹ Endossa esse posicionamento a autora BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84-85.

¹⁷² PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 05.

¹⁷³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 159.

¹⁷⁴ Ver obra de SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2006.

liberal anterior de distanciamento dos interesses privados e de valorização do individualismo.¹⁷⁵

As inovações no texto da lei trazem consigo um novo pensar sobre regras e princípios do direito civil, suavizando sua austeridade, como o do absolutismo da autonomia privada, liberdade e intangibilidade contratual, *pacta sunt servanda*, dentre outros.

Com efeito, o processo de constitucionalização do direito privado traz uma atenuação do rigor interpretativo e absolutista de alguns princípios civilistas, mas não sua eliminação, exigindo uma mudança comportamental do operador do direito no momento da sua interpretação e aplicação¹⁷⁶. Para Paulo Lôbo, a constitucionalização “é o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.¹⁷⁷

Ressalta-se que esse processo de adequação hermenêutica é um reflexo da consagração do papel estruturante e central da Constituição no ordenamento jurídico, como norma fundamental da vida pública e privada, bússola que rege e norteia a principiologia de todos os ramos do direito e setores da sociedade. Para Luiz Roberto Barroso, “ela representa não apenas a positivação do poder, como também a indicação de valores jurídicos supremos, firmando diretrizes e programas que devem nortear a atuação do governo e da sociedade”.¹⁷⁸

Segundo o autor, a Constituição representa hoje o centro do ordenamento jurídico, de onde emana sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Dessa forma, funciona como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional e também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema, sejam elas públicas ou privadas.¹⁷⁹

¹⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 40. Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20.

¹⁷⁶ Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumem Júris: 2006.

¹⁷⁷ Ob. cit., p.36.

¹⁷⁸ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 70.

¹⁷⁹ BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.), **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 254.

Thiago Luiz Sombra, em estudo específico, parte do pressuposto de que a Constituição consubstancia a ordem jurídica-fundamental da sociedade e não se restringe a regular as atividades estatais ou dos órgãos públicos; converte-se, pois, em elemento central de unidade do ordenamento jurídico, mormente por concentrar e expressar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.¹⁸⁰

Em contrapartida, o jurista Virgílio Afonso da Silva discorda do posicionamento sobre a centralidade da Carta Maior no sistema jurídico como ordem de valores fundante e sustenta que a base para a intercomunicação entre o direito civil e a constituição, notadamente os direitos fundamentais, é partir da idéia de constituição-moldura em que nem tudo está definido, ou seja, não pode prever as soluções para todos os tipos de problemas existentes entre particulares. Sua obra revela que a constituição não pode assumir o papel de estatuto social da vida em sociedade ou o fundamento material de todo e qualquer ato estatal ou privado, para que somente assim garanta o espaço vital e aberto em que as relações interprivadas podem se desenvolver, com sabe, sobretudo, na autonomia privada.¹⁸¹

Ricardo Luis Lorenzetti chega a afirmar que “o problema é que o Código Civil perdeu a capacidade de apresentar-se como norma superior” de modo que a codificação iniciada no século das luzes e que surgiu como solução para organizar e proteger a vida privada e os direitos de liberdade, propriedade e igualdade formal, já não mais atende ao desenvolvimento das relações sociais, tendo em vista que o “controle judicial da Administração Pública, do Poder Legislativo, dos grupos e dos indivíduos exorbita, em muitos aspectos, a codificação tradicional”.¹⁸²

Com efeito, não se trata de colocar o Código Civil num plano axiológico inferior em relação à Constituição, porque cada sistema revela uma função distinta no ordenamento jurídico, com ciência, filosofia e fundamentos distintos. A mudança situa-se nos paradigmas históricos e não da escala da hierarquia normativa, pondo uma à frente da outra, sustentando a noção de Constituição e Código Civil como sistemas jurídicos estanques e interpenetráveis. É

¹⁸⁰ SOMBRA, Thiago Luís dos Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 113

¹⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 126.

¹⁸² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 79.

dessa noção que o jurista moderno tem que se desfazer, abrindo espaço para uma amiúde convergência dos postulados civilistas com os princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Adotando essa perspectiva, Pietro Perlingieri, ainda assim, entende que a norma constitucional é uma norma de comportamento e deve ser o ponto de partida no processo de hermenêutica de substanciação das normas civis, visto que:

A norma constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como **norma de comportamento**, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, **funcionalizando-as aos novos valores**¹⁸³.

É razoável, portanto, dizer que a mudança ocasionada pela constitucionalização do direito privado¹⁸⁴ é mais uma transformação do ponto de vista da hermenêutica do que efetivamente a inserção de novos princípios e regras no Código Civil. Não se trata de abandonar os princípios clássicos desse ramo, mas sim de reinterpretá-los à luz da Constituição de 1988, dentro de um contexto de socialização do direito civil, em que o patrimônio perde sua importância fundamental para dar lugar ao aspecto social e humano das relações interpessoais.

Nesse sentir, são as lições do jurista Pietro Perlingieri:

Estes (os institutos patrimoniais do direito privado) não são imutáveis: por vezes são atropelados pela sua incompatibilidade com os princípios constitucionais, outras vezes são exaustorados ou integrados pela legislação especial e comunitária; são sempre, porém, inclinados a adequar-se aos novos ‘valores’, na passagem de uma jurisprudência civil os interesses patrimoniais a umas mais atentas aos valores existenciais. Esses não podem mais ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou finalidade exteriores, como se não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e, portanto, sobre sua natureza.¹⁸⁵

¹⁸³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 12.

¹⁸⁴ Não se pretende aprofundar o estudo desse fenômeno, porquanto foge aos verdadeiros objetivos deste trabalho, porém importante sua citação por se tratar de um dos paradigmas teóricos que propicia terreno fértil para discussão do objetivo da presente pesquisa. Para maior aprofundamento ver LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. *jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507> > Acesso em 23 de julho de 2008.

¹⁸⁵ Ob cit., p. 33.

Diante desse cenário de modificações, o Código Civil de 2002 deixou mais compreensível o disciplinamento da associação civil que é definida pelo art. 53 como “união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”, denotando a grande característica dessa entidade privada: a inexistência de finalidade econômica.¹⁸⁶

Algumas críticas foram dirigidas a essa expressão ligeiramente vaga que é o fim não econômico, afirmando-se que melhor seria se o legislador tivesse dito que a associação civil não poderia ser exercida com intuito lucrativo, tal como as sociedades. De fato, a definição do art. 53, aparentemente simples, traz uma série de discussões e desdobramentos importantes na prática por que se observa várias entidades que muito embora se intitulem de associações funcionam com intuito de lucro, consubstanciando-se em derradeiras cooperativas ou sociedades, demonstrando assim presente a lucratividade da atividade desenvolvida.

Essas confusões têm sede no Código Civil de 1916 que, além de ter disciplinado as associações e sociedades num mesmo capítulo e seção, não demonstrava bem a natureza das associações civis, restringindo-se a dispor que elas não possuem fins econômicos (comercialização de bens ou serviços) e coube a doutrina e a jurisprudência na análise de casos concretos e da experiência da realidade determinar a diferença que existia entre ausência de finalidade econômica e de finalidades lucrativa.

Pontes de Miranda não vê a finalidade econômica como o critério que distingue associações e sociedades, pois sustenta que há associações com fim nitidamente econômico na vida social. Para ele, um traço marcante é a corporificação, haja vista que nas associações não há um destaque da individualidade do membro, ou se há, é muito pouca ou quase nenhuma, ao passo que nas sociedades, cada membro tem vontade e destaque próprios.¹⁸⁷

A despeito da ausência de aprofundamentos também cometida pelo atual Código Civil, é pacífico hoje o entendimento da aludida distinção, impondo o atual diploma a necessidade das atuais entidades privadas se adequarem integralmente às novas

¹⁸⁶ Ao comentar que nas associações civis não há direitos e deveres recíprocos entre seus membros, observa o autor que o parágrafo único do art. 53 “evidencia claramente que as associações não são contratos sinalagmáticos entre os associados, isto é, com obrigações respectivas”. LOTUFO, Renam. **Código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32.

¹⁸⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral, tomo I, atualizada por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1999, p.385-386.

configurações, requisitos legais dessas instituições privadas. O Código Civil atua, portanto, é mais elucidativo do que o anterior, deixando claras as diferenças entre as associações, sociedades, cooperativas e fundações.

Para não repetir elementos das associações já concebidos pelo Código de 1916 e por todos nós conhecido, centra-se o presente trabalho nas alterações e inclusões promovidas pela Lei nº. 11.127/2005 que tratou de reforçar o aspecto da autogestão das entidades financeira administrativa e políticos, através de seus órgãos constitutivos – art. 54, incisos V e VI -; também inovou ao delimitar o âmbito dos poderes das Assembléias nessas entidades, a qual compete I - destituir os administradores; II - alterar o estatuto; III - aprovar as contas; IV - alterar o estatuto (art. 59); e principalmente o foco recai sobre o art. 57 que impôs a instauração de procedimento civil como etapa antecedente para exclusão do associado, a ser aprofundado doravante.

Portanto, nas verdadeiras associações civis a estrutura administrativa e financeira é mantida pelas taxa paga pelos associados, doações, fundos e reservas, sendo que não possui capital social quanto aos seus dirigentes, inexistente qualquer remuneração salarial ou distribuem lucros entre seus associados, conforme atenta o princípio das instituições sem fins lucrativos.

Aproveita-se o ensejo para estabelecer as distinções existentes entre as associações e demais entidades privadas previstas no Código Civil, as saber: cooperativas, fundações, sociedades, partidos políticos e organizações religiosas.

Marcos Ehrhardt Júnior categoriza as pessoas jurídicas em corporação e fundação, sendo a primeira constituídas por pessoas (patrimônio elemento secundário) e a segunda, como notoriamente sabido, por bens (patrimônio elemento primário), estando as associações e sociedades inseridas na primeira categoria.¹⁸⁸

Em linhas gerais, o grande traço distintivo entre associações e sociedades é que nestas os benefícios são partilhados entre os sócios, integrando o patrimônio pessoal destes, situação que segundo Gilberto Garcia “(...) não impede que a associação em que pese sua

¹⁸⁸ EHRHARDT, Marcos Júnior. **Direito civil: LCC e parte geral.** vol I, Salvador: JusPodivm, 2009, p. 267-268.

finalidade não econômica, possa exercer atividades voltadas para obtenção de lucros, que deverão ser aplicados na própria entidade, na sendo divididos entre os associados”.¹⁸⁹

Ressalta-se que a finalidade não lucrativa das associações civis não implica dizer que elas têm exclusivamente o cunho social como marca característica de suas atividades e atuação na sociedade.¹⁹⁰ Já foi dito que elas desempenham papel de evidente importância para a proteção e direitos individuais, estando hoje marcada pela função social e coletiva que também ostentam na construção do modelo de democracia participativa no país. Contudo, é preciso esclarecer que elas podem espelhar atividades meramente associativas e individualizadas, como são o exemplo de clubes recreativos, de cultura e entretenimento e outras cujo exercício beneficia em primeiro lugar e diretamente a determinados grupos e categorias de classes sociais.

O aspecto social da associação civil é vislumbrado quando sua atuação gera benefício coletivo, isto é, de grande parcela da sociedade sem abranger esse ou aquele agrupamento civil, como é o caso das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Eduardo Szazi, estudioso do fenômeno associativo no Brasil, afirma que:

(...) podemos definir as entidades de cunho associativo ou de benefício mútuo como aquelas de natureza endógena, ou seja, que dedicam suas ações ao benefício de seus quadros sociais. Já as entidades de cunho social ou de benefício público são aquelas de natureza exógena, que atuam em favor daqueles que estão fora de seus quadros sociais. Tal distinção é essencial para identificarmos as associações que deverão ser beneficiadas com vantagens fiscais para si e seus patrocinadores e aqueles que não receberão tais benefícios. Essa diferença, como veremos não existirá nas fundações, pois estas têm por definição um fim público, em benefício da coletividade.¹⁹¹

Quanto às fundações, trata-se de pessoa jurídica, criada por iniciativa de seu instituidor, através de escritura pública ou testamento e constituída a partir de um patrimônio destinado por uma pessoa (física ou jurídica) para a realização de um fim social e determinado. A atuação e o patrimônio das fundações estão sujeitos à fiscalização do respectivo Ministério Público de cada Estado, que tem a atribuição legal de zelar pelo

¹⁸⁹ GARCIA, Gilberto. **Novo direito associativo**. São Paulo: Método, 2007, p. 68.

¹⁹⁰ EHRHARDT, Marcos Júnior. **Direito civil: LCC e parte geral**. vol I, Salvador: JusPodivm, 2009, p. 268.

¹⁹¹ SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor: regulação no Brasil**. 4 ed. São Paulo: Petrópolis, 2006, p. 28.

interesse público nessas organizações, assegurando a efetiva utilização do patrimônio para o cumprimento de sua finalidade.

Na doutrina de Washginton de Barros as associações se distinguem das fundações, por que a primeira tem órgãos dominantes e os fins dirigem-se ao âmbito interno e ao bem comum de seus integrantes, enquanto que na segunda os órgãos são servientes, colimam fins externos e alheios, estabelecido pelo fundador.¹⁹²

O Novo Código Civil trata as associações e fundações em seções distintas denominadas, respectivamente, “Das Associações” e “Das Fundações”, enquanto as sociedades são regidas por um terceiro trecho intitulado “Do Direito de Empresa”, em que são sistematizados os vários formatos legais existentes para as pessoas jurídicas com fins econômicos. Pode-se dizer, em breves linhas, que essas seriam as diferenças entre a associação civil e a fundação: a forma de instituição e a função do patrimônio (bens).

No que tange às cooperativas, mister registrar que a diferença essencial entre a associação civil está na natureza dos processos constitutivo, pois enquanto as associações são organizações que têm por finalidade a promoção de assistência social, educacional, cultural, representação política, defesa de interesses de classe, filantrópicas; as cooperativas têm finalidade essencialmente econômica, tendo como principal objetivo o de viabilizar o negócio produtivo de seus associados junto ao mercado.¹⁹³

Nesse sentido, se a associação é adequada para levar adiante uma atividade social, a cooperativa é mais utilizada para desenvolver uma atividade de cunho comercial, em média ou grande escala de forma coletiva, e retirar dela o próprio sustento. Essa diferença de natureza estabelece também o tipo de vínculo e o resultado que os associados recebem de suas organizações, razão pela qual é imprescindível sua compreensão para fins de adoção do modelo institucional coerente com as atividades que se pretende desenvolver na sociedade.

No que pertine às organizações religiosas, tem-se que a Lei n. 10.825/2003 retirou a natureza associativa das organizações religiosas e, com a nova redação, considera-se

¹⁹² MONTEIRO, Washginton de Barros. **Curso de direito civil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 107.

¹⁹³ SEBRAE. Disponível em <<http://www.sebraeminas.com.br/culturadacooperacao/associacoes/05.htm>>, Acesso em 09 de junho de 2009.

organização religiosa toda aquela que se destina exclusivamente ao culto de religião ou liturgia, devendo o registro dispor expressamente dessa qualidade. Qualquer outra finalidade que não seja a de culto ou liturgia deve se inserir na categoria das associações civis ou outra, mas não pode apresentar-se como organização religiosa.

Não se reputa louvável o desenquadramento das organizações religiosas como associações civis, pois a nova redação da lei não trouxe nenhum elemento que justificasse essa exclusão, a não ser o fato de que as organizações religiosas destinarem-se única e exclusivamente ao culto de religião, o que não afetaria a antiga natureza de associação civil que já em todo disciplinamento é idêntica àquilo que é previsto para as associações civis.

Dessa forma, conclui-se que, ontologicamente, a organização religiosa e a associação civil são o mesmo instituto, porém a primeira com escopo institucional delimitado.¹⁹⁴

Outrossim, de fácil percepção é a distinção das associações civis dos partidos políticos, os quais têm a finalidade institucional de formar o pensamento político na Democracia brasileira, sendo seu objetivo institucional bastante diferenciado daquele encabeçado pela associação civil. Trata-se de pessoas jurídicas distintas na organização e funcionamento, porquanto não seria razoável o partido político ser categorizado como uma associação civil, nos moldes do atual ordenamento jurídico.

Ressalte-se ainda que o Código Civil de 2002 dispôs sobre a aplicação às pessoas jurídicas, no que possível, a proteção dos direitos da personalidade, possibilitando assim pleitear judicialmente a observância e intangibilidade da imagem, reputação social das entidades associativas pelo que representam na comunidade em face de atos abusivos, propagandas enganosas e ilícitos em geral que comprometam suas atividades e a sua própria sobrevivência.

O reconhecimento necessidade de assegurar a boa imagem e reputação social da associação civil na sociedade é instrumento que em muito favorece o fortalecimento das associações, minimizando eventuais atos que possam deturpar socialmente seu desempenho,

¹⁹⁴ Cf. o enunciado 142 do Conselho da Justiça Federal: Os partidos políticos, os sindicatos e as associações religiosas possuem natureza associativa, aplicando-se-lhes o Código Civil.

ameaçando-lhe a imagem construída, consubstanciando em verdadeiro avanço do reconhecimento da individualização dessas entidades e da importância que elas têm na construção do tecido social.

Compreendidos os traços característicos das associações civis e os elementos que a distinguem de outras pessoas jurídicas, à luz do Código Civil, bem como a consolidação da associação enquanto instrumento com personalidade e capacidade próprias e distintas de seus membros e ainda como instrumento de desenvolvimento da personalidade humana, o capítulo seguinte volta-se para a análise de caso concreto a fim de investigar de modo mais profundo os direitos e deveres da relação associativa e como o Código Civil, através da Lei nº. 11.127/2005 procurou tratar da necessidade de observância de direitos fundamentais no âmbito daquela relação privada.

CAPÍTULO III- ESTUDO DE CASO: ESTATUTO ASSOCIATIVO DA UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES.

3.1. Justificativa da necessidade de estudo de caso e da associação escolhida.

O presente Capítulo dedica-se à análise pormenorizada do estatuto associativo da União Brasileira de Compositores que é uma sociedade civil organizada sob a forma de associação com duração indeterminada, constituída na década de 60 (sessenta) com a finalidade institucional de proporcionar a defesa moral e material de direitos autorais, assistência social e desenvolvimento cultural de todos os membros associados que se compõem basicamente de compositores ou titulares de obra artística ou cultural brasileira.

A escolha da UBC tem sua razão de ser no fato de que foi a primeira associação brasileira a integrar o pólo passivo de uma demanda judicial cuja discussão meritória veiculou suposta violação do devido processo legal na relação privada com um membro associado, no desdobramento de uma contenda interna, exigindo, assim, da Suprema Corte Constitucional – STF –um pronunciamento sobre a possibilidade de violação ou não do devido processo legal (art. 5º, inciso, LIV, da Constituição Federal) por pessoas privadas em relações intersubjetivas.

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal é de outubro de 2005 e além do pioneirismo, passou a constituir um relevante ponto de partida para o estudo e reexame do papel social das associações civis, do poder interno – autonomia institucional – de que ostentam em relação aos seus associados, do caráter adesivo dos estatutos associativos e, nessa linha, analisar se é possível, no campo dessa relação, a vinculação dessa entidade associativa aos direitos fundamentais, a exemplo do devido processo legal, cuja observância era tradicional e historicamente inerente às relações verticais entre Estado – Poder Público – e indivíduo.

A análise focalizada do estatuto associativo da UBC nos proporciona compreender as normas do processo interno-disciplinar de resolução de conflitos entre associação e associados vigentes à época do litígio que gerou a demanda judicial em referência, os direitos e deveres das partes envolvidas na relação associativa e os poderes

existentes no desenvolvimento dessa relação e a importância sob a ótica individual e social da adesão do compositor e titular da obra à instituição e quais as vantagens de participar dessa associação. Outro fator importante que impulsionou a escolha desse estatuto foi a equivalência de suas normas internas com a maioria das regras existentes nas demais associações brasileiras, mormente aquelas de atuação nacional, permitindo-nos estender a conclusão adotada ao final às outras associações civis brasileiras.

Essa visão do regramento associativo, sobretudo dos dispositivos que prevêm infrações e penalidades institucionais em cotejo com o exame crítico da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as normas estatutárias regentes, bem como sobre a violação ou não de um devido processo legal no âmbito privado nos revelará, ao cabo, as transformações de ordem axiológica e legal por que passam o princípio da autonomia estatutária das associações civis quando analisadas sob o ponto de vista da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

Outrossim, a abordagem tem por escopo verificar, a partir desse caso específico, quais são as limitações jurídicas impostas à associação civil; se elas colidem com o tratamento constitucional de intangibilidade associativa, examinado no item 2.1 do Capítulo II, assegurado pela Carta Maior de 1988; qual o derradeiro escopo e essência dessas limitações ou, se poderia dizer, desse redimensionamento da autonomia institucional ali iniciado; e, mais, se há ou não uma prevalência dos direitos da personalidade do associado em face dos poderes de disciplinares instituídos pela associação civil.

Finalmente, conclui-se que a centralização do estudo em estatuto associativo que constituiu o pano de fundo da primeira decisão do STF sobre a incidência do devido processo legal no âmbito das relações privadas será de grande valia para fins de verificação do cenário disciplinar recorrente nas associações brasileiras, aliado ao arcabouço jurídico-filosófico constitucional e posteriormente civil-constitucional que culminou no entendimento da Suprema Corte pela invalidade de normas internas por desrespeitarem direitos mínimos do cidadão tais como o do devido processo legal e, em última análise, os direitos da personalidade.

3.2. Direitos e deveres pactuados na relação associativa.

Conforme visto nos itens anteriores, a associação civil, além de bem regulamentada pela Constituição no que tange à garantia do direito de associação, constitui um espaço de formação eminentemente privada com repercussão coletiva, porquanto é composta por indivíduos que, por possuírem interesses comuns, resolvem se unir para a facilitar a proteção desses direitos junto aos órgãos públicos e frente à própria sociedade.

O ato de associar-se é um ato puramente voluntário e em que pese a obviedade da asserção, ao analisar o estatuto de algumas entidades desse gênero, observa-se que os direitos e deveres ali expressos nem sempre são de pleno conhecimento dos associados, os quais, na grande maioria das vezes, vinculam-se às entidades civis de forma leiga sem ater-se aos seus direitos e deveres.

É preciso dizer inicialmente que não há direito nem deveres determinados que toda associação deva possuir, em função do princípio da autogestão e liberdade de disposição, inerentes a essas entidades. Eles existirão em função das finalidades institucionais da associação civil, isto é, dependerá muito de cada entidade e dos objetivos e atividades que contemplem.

O Código Civil atual dispõe no art. 54 que é obrigatório, sob pena de nulidade, que o estatuto associativo contemple os direitos e deveres dos associados e a razão disso é que todos devem estar necessariamente cientes de sua função na instituição, ter conhecimento pleno de suas obrigações institucionais, bem como seus direitos enquanto membro associado.

O rol do art. 54, que dispõe sobre os requisitos essenciais do estatuto associativo, não é exaustivo e sim exemplificativo, no entanto, para fins de decretação de nulidade do estatuto, exige-se somente a presença dos elementos estatutários elencados pelo legislador, a saber, I - a denominação, os fins e a sede da associação; II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; III - os direitos e deveres dos associados; IV - as fontes de recursos para sua manutenção; V - o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução e VII - a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.

Dentre todos esses elementos citados, o trabalho envolve o estudo dos itens II e III. Por ora, mister analisar quais são os direitos e deveres essenciais ou indispensáveis para constar no estatuto associativo, tomando-se por base o estatuto da UBC em cotejo com o Código Civil.

Ao disciplinar a matéria no art. 55 do Código Civil, o legislador dispôs que os associados devem ter iguais direitos, podendo o estatuto instituir categorias, cargos ou funções específicos com vantagens especiais, sem que isso se transforme em situação de desigualdade na instituição por que tudo irá depender dos critérios elegidos para a ascensão aos cargos. No caso da UBC, o estatuto prevê no art. 5º os seguintes tipos de categorias de associados (fundadores, efetivos, administradores, editores, autores e compositores), cada uma com atribuições delimitadas, de acordo com a natureza da participação na instituição. É livre, de igual forma, a criação de outras categorias, sendo estas as mais comuns.

Quanto aos direitos dos associados, é corriqueira a previsão do direito de participar das assembleias, de votar, ser votado, ser informado das decisões deliberadas em assembleias que dizem respeito à instituição e à sua categoria de associado, bem como o direito de defesa das eventuais infrações que lhes são imputadas nos processos disciplinares internos. No caso do estatuto da União Brasileira de Compositores não é diferente, pois dentre os direitos acima indicados, outros são previstos, porém sem que seja interessante, nesse momento, sua minuciosa análise.

No que tange aos deveres, nessa seara ainda é mais ampla a variabilidade. Pode-se citar como exemplos o dever de contribuir para manutenção da entidade; o dever de zelar pelo nome ou pela imagem social da associação, assegurando uma reputação e credibilidade sociais; e dever de manter atualizadas as informações cadastrais e aqueles que sejam de interesse da associação, o dever geral de observar todas as normas e procedimentos internos da entidade, dentre outros.

A obrigação de respeitar e zelar ativamente pelo bom nome da instituição, estampada no art. 12º do estatuto em análise, ganha importância na atualidade em virtude da consolidação do reconhecimento da imagem, reputação da instituição na comunidade, enquanto pessoa jurídica que é, por força do art. 44, inciso I que atesta a natureza jurídica da

associação, reforçado ainda pelo art. 52 que dispõe sobre a aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, no que for compatível. Se antes a preocupação era com a imagem e a honra do associado, o que não deixou de existir ou sequer foi diminuído, hoje, esse cuidado é igualmente ponderado com equivalente esmero em relação à imagem social conquistada pela associação, enquanto ente individualizado.

A extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas é uma realidade doutrinária e jurisprudencial, contando com um arcabouço de decisões e estudos sobre as nuances e o impacto da proteção da imagem da empresa/pessoa jurídica no mundo capitalista e consumista hodierno. Não se discute mais sobre seu cabimento e direcionamento à tutela de interesses da imagem e reputação da pessoa jurídica; é realidade que se impõe e deve ser abraçada face às grandes transformações sociais que se passa a vivenciar.¹⁹⁵

Pietro Perlingieri frisa que é necessária a compreensão de que a proteção de direitos da personalidade de pessoas jurídicas tem o escopo de assegurar, em última análise, os interesses comerciais dessa entidade, pois “o valor do sujeito pessoa física é, todavia, diverso daquele do sujeito pessoa jurídica”, na medida em que o segredo, a privacidade e informação nas pessoas jurídicas exprimem valores diversos, de caráter essencialmente patrimonial.¹⁹⁶ Mas não é esse o caso da associação porquanto não tem a finalidade comercial em sua essência. A proteção de sua imagem revela cuidado com o papel da entidade na sociedade, com o respaldo de seus trabalhos e da intangibilidade de seu objetivo.

Acrescente-se que ao lado da consagração da proteção da imagem social da associação civil, a exegese da constitucionalização do direito civil impõe um novo papel às formações associativas, porquanto a formação social tem valor constitucional somente se atender à função do livre desenvolvimento da pessoa associada. Como será visto oportunamente, não só a dignidade da associação ante à sociedade deve ser respeitada, mas,

¹⁹⁵ A autora Roxana Cardoso Brasileiro Borges discorda da existência dos direitos da personalidade da pessoa jurídica, acredita que se trata de somente de ficção jurídica, mera extensão técnica a essa categoria de pessoas, em BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11-12.

¹⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 158.

sobretudo a dignidade da pessoa do associado por que é a comunidade – ente associativo – que deve existir em função do homem.¹⁹⁷

Interessante observar também os direitos e deveres instituídos na associação, pois espelham o grau de autonomia exercido na relação entre a associação e os associados. Essa categoria expressa, de forma textual, o impacto da associação para aquele que pretende associar-se, na medida em que lhe impõe uma série de ônus e comportamentos estabelecidos, cujo consentimento, na grande maioria das vezes, é transmutado em pura adesão a termos pré-concebidos do que propriamente fruto de anuência voluntária e livre, mediante concordância das regras instituídas.

A participação do cotidiano das associações civis tem revelado cada vez mais que seus membros associados estão intimamente submetidos a uma instituição de poder que é exercido não exclusivamente de forma externa, isto é, para a sociedade e em face do Estado, mas com maior força, atuante em relação aos próprios associados. Esse cenário leva à reflexão, que é o objetivo desse trabalho, a estudar que tipo de poder é esse exercido pela associação civil e qual o seu impacto na vida de membro, de igual sorte, leva-nos à verificação e análise das ferramentas e limites existentes dentro dessa relação que fazem o contrapeso desse poder, o qual não pode ser materializado de forma arbitrária.

Nos Capítulos pretéritos, ficou demonstrado que as organizações adquiriram um poder de tal expressão na realidade social que hoje é inegável o alto grau de mobilização e agregação que essas entidades representam na vida de seus membros, de modo que é pessoal e profissionalmente mais vantajoso associar-se a alguma instituição do que pleitear direitos de forma individualizada. Antigamente, as associações constituíam pequenos focos de luta, grupos minoritários em busca de afirmação na sociedade, cujo por objetivo era a oposição aos desmandos do Estado.

Atualmente, a associação civil ocupa um espaço de destaque na afirmação de direitos e deveres de categorias individuais e sociais das mais variadas e seu peso social é tão visível que possibilitou o agigantamento da estrutura administrativa, financeira e legal dessas entidades e conseqüentemente uma ampliação de seu poder interno e disciplinar, sendo

¹⁹⁷PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 38-39.

soberana nas suas escolhas e disposições. Exemplos disso são o que dispõe o art. 2º, § 2º do estatuto da UBC, segundo o qual “a Associação, durante o período de vinculação de seus associados e representados, detém a posse, guarda e administração dos direitos autorais respectivos, deles dispondo para todos os fins de direito”, bem como o art. 3º § 3º que assinala “É vedado ao sócio pertencer a mais de uma Associação para a gestão coletiva de direitos da mesma natureza.” Tudo em prol do fortalecimento e unidade da associação.

Nesse ponto, Ricardo Luiz Lorenzetti, analisando os problemas das novas relações contratuais, afirma que é problema típico da atual configuração dos grupos privados consolidados na sociedade, o exercício do poder pelas instituições sendo um traço negativo “para a convivência, porque adquirem um relevante poder, podem perseguir interesses egoístas e podem distorcer o mercado; para os indivíduos, porque seus direitos podem ser avassalados pelo grupo que conformam”.¹⁹⁸

A admissão de um membro na entidade é outro grande palco de polêmicas envolvendo as associações, em virtude dos desarrazoados e aviltantes critérios utilizados estampados no estatuto, bem como a falta ou o precário de embasamento das decisões de recusa de uma nova associação com a entidade.

É certo que pelo princípio da autogestão essa escolha é livre e deve sempre estar correlacionada aos fins da associação, tal como se entremostra do art. 11º do aludido estatuto da UBC, onde se elucida os requisitos que serão avaliados pela Diretoria, a saber:

a) valor moral, intelectual e artístico como titular de direitos autorais e conexos e volume de obras publicadas; b) valor moral dos componentes da pessoa jurídica, quando for o caso, e volume do repertório publicado; e c) rentabilidade de arrecadação dos direitos dos quais é titular, considerando-se recusado o candidato que tiver a maioria de votos contrários representados pelos presentes na reunião de Diretoria em que seu ingresso for discutido.

Todos esses critérios, legítimos ou não, são altamente subjetivos, reforçando o caráter relativo e individualizado da avaliação, destinada exclusivamente aos membros da Diretoria da associação que decidem livremente sobre a admissão ou não de interessados. É inegável que a rejeição do ingresso de determinados interessados pode gerar uma contenda,

¹⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 172.

uma discordância quanto aos critérios utilizados e ponderados para a decisão, sobretudo por que eles denunciarão um juízo de valor porventura impactante e desagradável sobre a obra de algum compositor ou autor, caso seja negada sua admissão.

Sobre o assunto, destaca Silvio Salvo Venosa:

A admissão de sócios deve atender ao peculiar interesse da pessoa jurídica. O estatuto pode estabelecer certos requisitos para que alguém tenha a qualidade de sócio.(...) **cabe a própria entidade definir quem pode ingressar como associado.** (...) Na grande maioria das associações há condições de admissibilidade que devem ser obedecidas. Geralmente, dependendo da sofisticação da entidade, há uma comissão de admissão que examina a vida pregressa do candidato à sócio e opina sobre sua admissão, possibilitando a qualquer interessado que impugne o procedimento. (...) **A idéia fundamental é no sentido de permitir que a associação faça um juízo de oportunidade e conveniência para a admissão de novos associados (...).**¹⁹⁹

É salutar que assim seja para o livre desenvolvimento da instituição. Não se está a negar o poder de estipular regras de admissão e demissão da entidade, porquanto é necessário que as tenham. No entanto, é mister bastante cautela nessas disposições e no exercício desse juízo de oportunidade de conveniência para não se transformar em violação a direitos básicos do cidadão, em especial daqueles que almejam integrar uma determinada associação, por motivos muito relevante e de exercício adequado de seus direitos, seja de que ordem for.

Ricardo Luiz Lorenzetti apresenta um parâmetro que deva ser seguido pelas associações na criação das regras e requisitos para a admissão:

Os grupos não podem estabelecer discriminações arbitrárias em relação ao ingresso. Se ainda que lhes reconheçam liberdade quanto à admissão de seus membros, e ao estabelecimento de mecanismos de participação, estes procedimentos devem ajustar-se à lei.²⁰⁰

Esses limites que devem ser observados podem ser exemplificados como qualquer critério normativo de admissão que tenda a discriminar o indivíduo pela cor, raça, opção religiosa, política, ideológica ou ainda sexual, pelo critério financeiro colocado de forma ostensiva, ou outro qualquer que esbarre no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

¹⁹⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2004, p. 292-294.

²⁰⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** São Paulo: RT, 1998, p. 208.

Pietro Perlingieri apregoa que:

A formação social se comporta como uma comunidade própria e relativa à pessoa e as suas regras internas devem se caracterizar pelo respeito ao direitos individuais dos membros, de sua dignidade, sem ostracismos injustificados e prevaricações de toda ordem.²⁰¹

Registre-se, ainda, as questões em torno do exercício de direito a voto nas assembleias realizadas na associação. Muitas são as situações que desafiam a prudência e o bom senso, ocasionando assim divergências na grande maioria das vezes desnecessárias entre os associados. Um exemplo é a questão do direito de voto ao associado inadimplente.

É pacífico o entendimento da possibilidade e razoabilidade da norma estatutária que condiciona o pleno exercício do direito de votar e ser votado para os cargos da associação à comprovação da situação de regularidade e adimplência com as taxas de manutenção da entidade, como corolário do princípio da boa-fé na relação associativa e do dever geral de responsabilidade para com a existência e manutenção da associação civil.

Destarte, os associados que não estiverem em dia com suas obrigações pecuniárias não poderão votar e ser votado nas reuniões assembleares. A contribuição dos associados para o patrimônio associativo é um princípio fundamental das associações, porquanto sem ele não se poderia falar em autonomia patrimonial e subsistência da entidade, haja vista que fora essa taxa mensal, não é possível à associação lucrar com qualquer atividade, sob pena de desvirtuar sua própria essência, conforme pontuado anteriormente. Nessa linha, autores como Manuel Vilar de Macedo corroboram a decisão da assembleia ou cláusula estatutária que impede o exercício de direito de voto ao associado inadimplente.²⁰²

Com relação ao direito de voto nas decisões da comunidade associativa, Pietro Perlingieri apregoa que sua garantia de forma clara e plena materializa o princípio da solidariedade nos moldes constitucionais que não deve ser dirigido ao eficientismo da entidade em si mesma, mas sim ao integral desenvolvimento da pessoa, do membro

²⁰¹ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale: secondo il sistema italo-comunitario delle fonti**. Tomo secondo, 3ª ed. Italia: Edizioni Scientifiche Italiane, p. 445.

²⁰² MACEDO, Manuel Vilar de. **As associações no direito civil**. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 107-108.

associado. O exercício do voto nas deliberações que lhe atinjam, direta e indiretamente, assegura a prevalência da solidariedade, no aspecto de dignidade e igualdade social.²⁰³

Outro ponto que merece atenção é a possibilidade de voto dos membros da mesa das assembleias, haja vista o caráter, a princípio, parcial da posição e função que ostentam. O jurista Vilar de Macedo assevera que segundo o Código Civil de seu país não há impedimento algum para o exercício do direito de voto dos integrantes da mesa, haja vista que “(...) são também associados e o único caso legítimo de privação do direito de voto dos associados no gozo dos seus direitos associativos, é o previsto no art. 176 do CC, que regula os conflitos de interesses entre um associado e a associação”.²⁰⁴

A legislação brasileira é silente sobre esse ponto o que nos leva a concluir que não seria razoável e legal restringir o direito de voto dos membros da mesa, privando-os do amplo exercício desse direito inerente à condição de associado.

Ainda com relação ao direito de voto nas assembleias, o estatuto da UBC no art. 25º informa que “os associados impossibilitados de comparecer por qualquer motivo, a sessões de Assembleia Geral Ordinária ou Extraordinária, poderão exercer o direito de voto na forma estabelecida no Regimento Interno”, dispositivo que é complementado pelas normas do regimento interno que veta o voto por procuração, porém disciplinam a possibilidade de votos por cartas desde que observados todos os procedimentos e prazos insertos pelo Regimento com a finalidade de validação do voto do associado.

Não se pretende esgotar nesse trabalho todos os direitos e deveres existentes no estatuto da UBC, nem tampouco esmiuçar sobre todos os aspectos imanentes aos direitos e deveres dos associados de forma geral.

Com a análise acima, todavia, pode-se concluir que o princípio da liberdade materializado na autonomia institucional das associações é um dado absolutamente relevante e, ao mesmo tempo, preocupante quanto se percebe que esse poder interno em face dos associados, mormente em entidades desse porte e atuação nacional, freqüentemente induz um

²⁰³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 37.

²⁰⁴ MACEDO, Manuel Vilar de. **As associações no direito civil**. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 105-106.

exercício desmedido e arbitrário por parte da associação em detrimentos dos direitos dos associados.

Cumpra registrar que em momento algum no estatuto da associação em comento fora encontrado qualquer dispositivo que contemplasse processo interno disciplinar para investigação e resolução de contendas envolvendo infrações normativas por parte de associados. O direito ao procedimento disciplinar onde serão feitas as apurações necessárias, através da garantia do exercício do direito de defesa do associado é de extrema relevância para a relação associativa, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988, conforme será trabalhado no item seguinte.

É preciso lembrar que a UBC fora demandada em juízo, lide esta que chegou até o Supremo Tribunal Federal para um pronunciamento sobre a decisão de exclusão sumária de um membro, justamente por não contemplar formalmente um procedimento mínimo que pudesse assegurar os direitos básicos de seus associados, dentre eles o da ampla defesa das infrações imputadas, tal como é o objeto do trabalho: analisar como se dá o exercício do direito de defesa no âmbito dessas instituições de grande impacto social.

A análise acima realizada revela não só as normas estatutárias presentes na relação associativa da União Brasileira dos Compositores- UBC, mas também as regras institucionais comum às muitas associações desse país, as quais muito se assemelham com exceção de uma ou outra norma peculiar a determinadas entidades que não poderiam ser abordadas aqui neste trabalho.

Ao observar as disposições internas da associação UBC, pôde ser revelada a força normativa inerente ao poder de autogestão, através dos direitos e deveres existentes na relação associativa, bem como a robusta presença dos princípios da autonomia e liberdade de disposição dessas entidades, bem como as regras mínimas de convivência e sobrevivência nesse cenário da vida social.

Verificar o estatuto e as normas regulamentares da União Brasileira de Compositores é importante elemento para se compreender o motivo da demanda judicial contra ela ajuizada, bem como as nuances dessa relação associativa e assim entender a

importância da decisão do Supremo Tribunal Federal para estas instituições, para ordenamento jurídico privado e para o desenvolvimento da doutrina que admite a vinculação de entidades privadas aos direitos fundamentais, a exemplo do contraditório e da ampla defesa.

3.3. A exclusão do associado pelo art. 57 do Código Civil: o devido processo legal formal (o procedimento) e substancial (a justa causa).

Neste último item, abordar-se-á a questão da aplicação de penalidades pela associação civil aos seus membros associados, investigando quais são os tipos previstos para as infrações estatutárias, como elas são criadas, qual a maneira de imputação e verificação de sua ocorrência, tudo isso a partir da análise do estatuto da UBC, pelas razões já expendidas.

Tem-se o objetivo de observar como se desenvolve o exercício do poder interno disciplinar da associação civil, a que limites e regras está sujeito, quais são as formas e critérios utilizados pelo órgão supremo da entidade para assegurar aos associados um procedimento razoável onde possam ser respeitados seus direitos básicos não só como membro da associação, mas enquanto indivíduo, sujeito de direitos na sociedade.

Conforme visto, a associação civil mudou sobremaneira ao longo dos últimos anos, sobretudo após o regime militar e da redemocratização vivenciada no país, nas décadas de 80 e 90, coroada pelo advento da Constituição Federal de 1998.

Essas transformações, cujos reflexos são vivenciados até hoje, tornaram-na uma entidade de grande relevância no Brasil, porquanto se percebeu que foi através das associações de bairro, religiosas, filantrópicas, recreativas, profissionais, dentre outras espécies, que muitos cidadãos tiveram seus direitos conquistados, após árduas batalhas no seio político e social da desigual realidade brasileira.

Hodiernamente, é inegável a importância social das associações civis, as quais lograram êxito em busca de afirmação de seu papel na sociedade, não só para a sociedade, mas também em face dos governos que se sucederam no decorrer dos anos.

O tratamento das associações tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil ficou sujeito a muita pouca ou quase nenhuma mudança significativa, talvez pela histórica necessidade de impermeabilizar a entidade privada das transformações de toda ordem para não comprometer sua essência e sua existência para os indivíduos e para a sociedade, onde ainda jaz a idéia de intangibilidade da autonomia privada.

Essa provável despreocupação com a associação civil tem contribuído para o surgimento de uma formatação arbitrária de ente privado, uma reunião de indivíduos em face de outros indivíduos que ao invés de se agregarem por finalidades e objetivos comuns, passam a se confrontar e a revelar o novo modelo de entidade distinta daquelas dos tempos remotos. Esse panorama surge concomitantemente à afirmação e consolidação dos poderes privados na sociedade e inabilitação do Poder Público para identificá-los e controlá-los.

No entanto, a associação civil é e sempre será um local de livre exercício da individualidade humana, em vários aspectos, é o local onde prevalece ou deve prevalecer a liberdade e a autonomia dos sujeitos, com raras exceções de intervenção do Estado. Como compatibilizar então a autonomia e liberdade da entidade com os direitos básicos do associado? Há colisão de interesses no âmbito dessa relação?

Essa autonomia e liberdades são materializadas pelo disciplinamento das regras estatutárias que são soberanas em relação aos aderentes, pela possibilidade de criar associações para qualquer fim desde que não-lucrativo, não-colidente com os bons costumes e a ordem pública e que não possua fins paramilitares. De resto, a associação é plenamente livre e atua no espaço social de forma ampla e com grande interferência no rumo da educação, lazer, economia, política, saúde, do trabalho, enfim, dos mais variados setores da sociedade.

O agigantamento e aperfeiçoamento das associações civis, todavia, tem um lado bastante obscuro que é o silencioso aumento do poder disciplinar em face dos associados, exercido sem muito controle e limites por seus dirigentes, tornando-se por vezes arbitrário.

É expressivo o número de casos no Judiciário envolvendo associações civis e associados onde, na maioria das vezes, estes lutam pela prevalência e pelo respeito de seus direitos estatutários em relação às normas abusivas ou a ausência delas no estatuto.

Isso se dá devido à falta de preparo da associação civil para tratar os direitos dos associados, a uma inexistente consciência jurídica e até cívica dos dirigentes dessas entidades que começam a se portar à margem da lei, no que tange a observância dos direitos do cidadão consagrados na Constituição Federal e na Lei Civil.

A pesquisa realizada promove a seguinte indagação: quais são os instrumentos jurídicos hoje à disposição das associações civis para basilar e disciplinar os atos das associações e compatibilizá-los com o harmônico exercício dos direitos associativos e individuais dos associados que dela participam? O que a legislação e a doutrina oferecem à associação civil para implementar uma relação jurídica mais consentânea com os princípios constitucionais sem para tanto colidir com os princípios do sistema civilista?

Propõe-se dar uma resposta com a análise dos itens seguintes.

3.3.1. O devido processo legal formal: o procedimento na associação civil para aplicação de penalidades.

Dentre as várias espécies de direitos fundamentais, centrar-se-á no estudo do devido processo legal e a possibilidade de vinculação nas relações privadas, sedimentado na legislação infraconstitucional com a alteração do art. 57 do Código Civil, o qual passou a exigir no âmbito das associações civis um procedimento para averiguação de justa causa no caso de exclusão do associado da entidade.

O exame das normas regulamentares da União Brasileira dos Compositores auxilia na compreensão dos motivos que normalmente deturpam o poder disciplinar dessas entidades e revela ainda que há lacunas a serem preenchidas e muita interferência a ser feita nessa autonomia institucional para que ela abarque uma relação associativa de respeito aos direitos de todos que dela fazem parte.

Uma das vertentes do poder disciplinar das entidades privadas é a criação e aplicação de penalidades para as eventuais infrações que sejam cometidas por seus integrantes. Enquanto entidade, pessoa jurídica de direito privado, que reúne e organiza em torno de si pessoas com finalidades e objetivos comuns em prol de questões sociais,

educativas, recreativas, profissionais dentre tantas outras, a associação civil necessita de regulamentação, normas e princípios para a consecução dos fins a que se propõe.

Nessa senda, alicerçada nos princípios da autogestão e autonomia da vontade, criam-se requisitos, elementos, condições de admissão, exclusão, exercício de voto, participação, gestão, reunião, enfim, surgem as disposições para organizar e disciplinar a atividade da instituição, tudo isso sem que haja qualquer fiscalização do Estado ou de qualquer outro organismo que ateste a justeza das medidas adotadas pela associação civil. Conforme esperado, a violação dessas normas gera uma consequência para o infrator, uma penalidade que deve ser necessariamente correspondente à natureza e gravidade da infração e dos efeitos exteriorizados pela ação equivocada.

Em razão das várias espécies de condutas indesejáveis passíveis de ocorrer, as quais são impossíveis de catalogar através de um rol taxativo, é que a associação civil estabelece diversos tipos de penalidades para tentar adequar e remediar o ilícito na medida das consequências provocadas pelo membro infrator.

No caso particular da UBC, é o Capítulo V do Estatuto que trata do procedimento de exclusão e eliminação do associado infrator e o art. 15º dispõe que os associados estão sujeitos às penalidades de “a) advertência reservada; b) advertência pública, por edital afixado na sede ou publicado na imprensa; c) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 30 a 90 dias; d) demissão e exclusão do quadro social”.

A previsão das penas de advertência, suspensão e demissão são as mais comuns dos estatutos associativos e demonstram a preocupação da entidade e seus dirigentes em graduá-las de acordo com os efeitos indesejados e prejudiciais que os ilícitos possam representar na esfera da associação.

§ 1º - As penalidades deste artigo serão impostas quando da transgressão de dispositivos deste Estatuto e do Regimento Interno, julgadas aplicáveis de acordo com a gravidade do caso, ou por atos, que contrariem resoluções dos Órgãos Diretivos da Associação.

§ 2º - As penalidades das letras a) e b) serão aplicadas pelo Diretor-Superintendente, ad-referendum da Diretoria, as das letras c) e d) pela Assembléia Geral ou, no caso da alínea c), por delegação desta à Diretoria.

O texto legal acima revela que as penalidades de menor impacto serão aplicadas pelo Diretor com o referendo da Diretoria, enquanto aquelas que resultem em suspensão de direitos e demissão deverão ser dirigidas pela Assembléia Geral, órgão supremo da entidade, em virtude dos efeitos e complicações que a retirada compulsória de um de seus membros pode gerar, tanto para o associado quanto para a associação.

O art. 17º prevê a penalidade de demissão²⁰⁵, a mais grave de todas as punições para aqueles que:

- a) forem condenados pela prática de crimes comuns a pena maior de um ano;
- b) tornarem-se motivo de constrangimento moral; c) não cumprirem obrigações contraídas com entidades nacionais ou estrangeiras com as quais a Associação mantenha convênios; d) não se conformarem com a resolução da coletividade social e arrastarem a Associação a demandas que lhe causem prejuízos morais ou financeiros.

Ao analisar detidamente, observa-se como é grande a preocupação da associação com a imagem e reputação da entidade na sociedade, de modo que os itens “a” e “b” revelam uma punição para aqueles cujas condutas externas impliquem em constrangimentos e prejuízos à associação na coletividade, lastreada na idéia de que a associação não pode abarcar criminosos, nem tampouco cooptar com atitudes que embaracem o seu exercício e sua imagem construída na sociedade.

Até certo ponto são salutareis as previsões analisadas já que almejam a proteção da associação, no entanto pode ser questionável quando a discussão em foco envolver o exercício de um direito fundamental do indivíduo – a exemplo da livre manifestação de pensamento acerca da instituição - e a intangibilidade da reputação da associação – direitos da personalidade da pessoa jurídica. No mais, como é usual esse tipo de previsão e visa assegurar a boa convivência e o respeito na entidade, reputa-se razoável e até desejável.

O item “c”, acima transcrito, é absolutamente previsível, sendo medida imposta para compelir o associado a contribuir com o desenvolvimento da associação que lhe traz vantagens e benefícios, autorizando assim a contraprestação na forma de pagamento de taxas e outras obrigações livremente contraídas pelo associado, com a ressalva de que essas

²⁰⁵ Penalidade de demissão é um termo infeliz usado de forma equivocada no estatuto associativo em análise, porquanto a demissão não é penalidade e sem a expulsão dos quadros da associação.

obrigações devem guardar correspondência com os fins da instituição, podendo ser banida qualquer imposição que não guarde correlação com os objetivos institucionais.

Já o art. 18º do Regimento Interno da associação dispõe que:

São passíveis de aplicação das penalidades previstas no inciso “d” do art. 15 do Estatuto os sócios que, nas dependências da Sociedade ou em locais em que se encontrem reunidos por convocação da UBC:

- a) usarem expressões impróprias ao decoro e aos bons costumes;
- b) portarem armas;
- c) proferirem ameaças ou desrespeitarem pessoas;
- d) danificarem bens ou documentos da Sociedade.

Percebe-se que o Regimento Interno, na linha do Estatuto, prevê aplicação da penalidade de demissão, a mais grave de todas as penas, para os casos acima transcritos, denotando, particularmente no item “a” uma certa intransigência da entidade com o uso de expressões impróprias ao decoro e aos bons costumes, já que não tolera e pune com demissão qualquer tipo de comportamento indesejado.

Chama atenção o fato de não ter sido encontrada qualquer previsão de condutas para as penalidades de advertência reservada e pública, nem tampouco para os casos de suspensão de direitos políticos, o que demonstra que tais situações serão definidas aleatoriamente pelo órgão competente deixando o associado inseguro quanto às condutas que saiba ou deva saber tomar no desenvolvimento dessa relação. Interpreta-se tal omissão como grave falha da UBC, já que deixa em aberto espaços para discussões e impugnações ao não prever antecipadamente os atos sujeitos às penas de advertência e suspensão acima referenciadas.

Sustenta-se que quanto mais detalhado e previsível for o comportamento dos associados e as respectivas penas, mais transparente e segura será a atuação do membro associado, contribuindo para o desenvolvimento de uma relação pautada na boa-fé e no princípio da confiança entre as partes.

Essas são as penalidades previstas no estatuto da União Brasileira dos Compositores, o qual, segundo redação do art. 69º foi “(...) aprovado na Assembléia Geral Extraordinária instalada aos 13 (treze) dias do mês de dezembro de 2005, **e adequado que foi aos dispositivos do atual Código Civil Brasileiro (2002)**”.

Inobstante o atual Estatuto expressar convergência e adequação com o Novo Código Civil -NCC- e constar atualização de dezembro de 2005, percebe-se que continua em desacordo com o Novo Código Civil pelo não disciplinamento infrações que geram as penalidades de advertência e suspensão supra comentadas, bem como por não contemplar as recentes modificações incidentes para a associação civil, principalmente a do art. 57 do Código Civil, alterado pela Lei n. 11.127/2005 (com vigência a partir de 29 de junho de 2005), *in verbis*:

Art. 57. A **exclusão do associado** só é admissível havendo **justa causa**, assim **reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso**, nos termos previstos no estatuto.

O art. 57 do Código Civil veicula de forma inédita nas associações civis a necessidade de instalação de um procedimento interno disciplinar, onde será averiguada a justa causa motivadora das expulsões, para assegurar o direito de defesa e de recurso no caso de exclusão do associado. Reputa-se inegável relevância ao sobredito dispositivo pela sua potencialidade inovadora no sentido de operar significativas modificações, evitando conflitos judiciais na vida das associações civis.

A análise desse dispositivo em cotejo com a verificação de que não consta tal previsão no estatuto da UBC, mesmo tendo sido atualizado após o advento da Lei n. 11.127/2005, remete-nos às seguintes perguntas: até que ponto a imposição de procedimentos nos termos do art. 57 do CC fere a autonomia da vontade da associação civil? Como deve ser assegurado esse procedimento e como deve ser materialização e conduzido para atender aos objetivos do legislador? Esse artigo é inovador ou legitima uma situação que já era observada e empregada pela associação civil?

Sem dúvida, a alteração promovida pela Lei nº. 11.127/2005 trouxe o direito fundamental do devido processo legal para a associação civil, na acepção formal, pela inserção do procedimento para exclusão do associado. A necessidade de provar “justa causa” para expulsão de membro já existia na redação anterior à Lei nº. 11.127/2005; a novidade, portanto, é a inserção de um procedimento para assegurar o direito de defesa e também novos contornos que poderão ser dados à compreensão e alcance da justa causa que legitima a retirada compulsória de um associado, ponto trabalhado no item doravante.

Hodiernamente, a despeito da atual redação do art. 57 do CC e da alegada atualização do Estatuto da UBC nos termos de seu art. 69º, o único projeto de procedimento previsto pela associação para apuração de infrações e aplicação de penalidade é o que consta do art. 16º:

Art. 16º - A Diretoria nomeará comissão de inquérito composta de três associados em dia com seus deveres e obrigações associativas, a fim de apurar indícios, atos ou fatos que tornem necessária a aplicação de penalidades aos associados que contrariarem os deveres prescritos no Capítulo IV deste Estatuto.

Entretanto, cabe advertir que a redação do artigo 16 é exatamente a mesma daquela que fora analisada pelo Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso extraordinário – RE nº. 201819/RJ -, interposto pela União Brasileira de Compositores (UBC), em outubro de 2005, no caso pioneiro que marcou um dos primeiros posicionamentos da Suprema Corte sobre a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, envolvendo uma associação civil.

É preciso lembrar que antes desse caso, em 1996, uma cooperativa foi demandada e a lide chegou ao Supremo Tribunal Federal, através do recurso extraordinário RE nº 158215/RS, na relatoria do Ministro Marco Aurélio, tendo sido esta a primeira decisão em que se travou o debate sobre a necessidade de observância do devido processo legal no âmbito da entidade privada. O julgamento foi concluído com a seguinte ementa:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. **COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. 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 cooperativa.²⁰⁶

Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal, mesmo sem enfrentar a matéria através da teoria da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, já acenava que o devido processo legal deveria ser observado por atores privados, tal como pela cooperativa, eis que se tratava de um direito fundamental de inegável e histórica conquista do indivíduo, a qual todos devem observância.

De volta ao julgamento do RE nº. 201819/RJ, que já contava com um paradigma do RE nº 158215/RS acima comentado, no voto da Ministra Ellen Gracie, às fls. 581 dos autos, foi transcrita a redação do procedimento disciplinar de apuração de infrações, pelo que se observa idêntico teor, denotando que o Estatuto em comento, nesse ponto, mesmo informando que se encontra atualizado desde dezembro de 2005, não sofreu qualquer alteração significativa, após as considerações feitas no aludido julgamento e, sobretudo, com o advento da Lei n. 11.127/2005.

É dizer: a despeito de o julgamento final ter sido pela nulidade da pena de exclusão e reintegração do associado aos quadros da associação civil, clamando o Sodalício Tribunal que o procedimento adotado pela UBC, à época, embora contemplasse um singelo inquérito para apuração das faltas cometidas pelos associados, não revelava harmonia com o primado do devido processo legal, direito fundamental inerente à condição de indivíduo e associado, a instituição não procedeu às modificações necessárias para adequar o Estatuto às normas do Novo Código Civil e da Lei n. 11.127/2005.

Assim foi concluído o julgamento do RE nº. 201819/RJ, com a seguinte ementa:

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

²⁰⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Civil. Recurso Extraordinário n. 158215/RS, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Marco Aurélio. Brasília, 07 de junho de 1996. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20158215.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20158215.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20158215.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20158215.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 15 de julho de 2009.

violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. **II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.** A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. **III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.** As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. **A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio.** O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). **IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.**²⁰⁷

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Civil. Recurso Extraordinário n. 201819/RJ, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=201819&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 15 de julho de 2008.

A decisão acima, considerada como a primeira em que o Supremo Tribunal Federal discorreu mais detidamente sobre a forma de vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais e, portanto, sendo um norte para os estudos sobre a teoria da eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais no Brasil, mencionou *an passant* no voto do Ministro Celso de Mello, às fls. 648-649, a alteração promovida no art. 57 do Código Civil no mês de junho, isto é, três meses antes da conclusão do julgamento.

Bastante expressiva dessa especial proteção – que se estende ao plano das relações privadas – é a regra do art. 57 do CC que lhe deu a novíssima Lei n. 11.127/2005 com o claro propósito de conformar a atividade legislativa ao que soberanamente dispõe, em tema de direitos e garantias fundamentais, a própria Constituição da República.

O art. 57 do CC criou a necessidade de procedimento interno disciplinar como etapa obrigatória à exclusão do associado, quando pontuou que “só é admissível” a expulsão mediante procedimento onde será averiguada a justa causa. A expressão acima destacada revela que a expulsão do associado só é legítima e legal mediante instauração de procedimento disciplinar para averiguar o motivo – justa causa- da aplicação da penalidade suprema.

A Corte Constitucional já tinha no ordenamento jurídico pátrio uma norma esperando por sua aplicação, porquanto já gozava de plena vigência desde 29 de junho de 2005 e tratando justamente da matéria debatida pelos Ministros por ocasião do julgamento do RE nº. 201819/RJ. Apesar de o art. 57 do CC não poder ser aplicado ao caso dos autos, em obediência ao princípio da irretroatividade das leis (LICC), em virtude da expulsão – fato litigioso – ter ocorrido antes do advento da Lei n. 11.127/2005, o STF, através do Ministro Celso de Mello, destacou o dispositivo fincando a necessidade de as associações observarem o novel mandamento legal que, indubitavelmente, inaugura uma nova realidade para as relações associativas.

O fato é que o STF entendeu pela procedência da ação e assim pelo improvimento do recurso, no sentido de anular a expulsão do associado/demandante, utilizando a construção doutrinária e jurisprudencial da eficácia direta dos direitos fundamentais – devido processo legal – nas relações privadas, consubstanciada no art. 5º, inciso LV da CF/88, olvidando-se de destacar e aprofundar-se nas alterações promovidas no art. 57 do CC, no âmbito das

associações civis, via decisão judicial de extrema relevância. Em que pese à breve citação, pelo Ministro Celso de Mello, a norma recém alterada merecia uma análise mais acurada das repercussões que a inserção do procedimento na associação civil poderia gerar na prática dessas entidades privadas.

Ao discorrer sobre a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, a tese adotada pelos Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Celso de Mello foi, acertadamente, da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, independente da mediação legislativa, porém lastreada em doutrina nacional e estrangeira sobre o assunto que, sob um raciocínio não excludente, concluem que inexistem impeditivos para submeter os atores privados aos direitos fundamentais.

Paulo Gustavo Gonet Branco, examinando a decisão do STF em referência, postula que:

O julgado em comento marca postura do Supremo Tribunal em conferir larga extensão à garantia da ampla defesa, firma precedente inserindo o direito brasileiro na corrente que admite a invocação de direitos fundamentais no domínio das relações privadas e dá entrada a novas e ricas perspectivas argumentativas na compreensão do direito de se associar e no manejo do próprio recurso extraordinário.²⁰⁸

No entanto, a Constituição Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, § único, fornece diretamente e textualmente a sustentação da teoria da eficácia imediata quando dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, possibilitando e corroborando expressamente que os direitos fundamentais - tal como o devido processo legal – devem ser aplicados e materializados em qualquer tipo de relação jurídica, seja pública ou privada, já que onde não houver ressalva, não há de se adotar interpretação restritiva, mormente em matéria de direitos e garantias fundamentais.²⁰⁹

²⁰⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico, Salvador**, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 de julho de 2008, p. 05.

²⁰⁹ O trabalho vale-se das lições de Robert Alexy para quem os direitos fundamentais são mandamentos de otimização, isto é, devem ser largamente aplicados e materializados nas relações jurídicas, sejam públicas ou privadas. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5e. São Paulo: Malheiros, 2008.

É certo que pela sua própria natureza há direitos fundamentais que somente vinculam o Estado, a exemplo dos direitos sociais e de conteúdo programático, conforme lembra Daniel Sarmento, mas o devido processo legal não é incompatível com os atos particulares e sua observância não viola o primado da autonomia privada.

No Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição de 88 **é indubitoso que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados os direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado (e.g. direitos do preso).** A Carta de 88 não chancelou a clivagem absoluta entre o público e o privado, na qual se assentam as teses que se buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares..²¹⁰

Nesse sentido, reforça Daniel Sarmento a força normativa da Constituição ao afirmar que no Brasil, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas “(...) é direta e imediata, não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado”.²¹¹

Discordando da eficácia do art. 5º, §1º da CF/88, e da premissa ora adotada, no sentido de que o texto não permite concluir pela incidência e vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais e, nesse caso, da associação civil, tem-se o magistério de Virgílio Afonso da Silva para quem:

Prescrever que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata não significa que essa aplicabilidade deverá ocorrer em todos os tipos de relação ou que todos os tipos de relação jurídica sofrerão algum tipo de efeitos das normas de direitos fundamentais.²¹²

Virgílio Afonso da Silva faz reservas quanto à aplicação dos direitos fundamentais em toda relação jurídica, por entender que, historicamente, esses direitos vinculavam somente o Estado nas relações jurídicas verticais. Porém, a evolução da doutrina dos direitos fundamentais em cotejo com as transformações de ordem axiológica do direito privado, permite-nos concluir pela possibilidade sim de aplicação em toda e qualquer relação jurídica, consoante delineado anteriormente.

²¹⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2006, p. 328.

²¹¹ Ob. cit., p. 237.

²¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 58.

Outro ponto interessante da comentada decisão é o destaque que o Ministro Gilmar Mendes, às fls. 612-613, fez em relação à categoria da UBC como associação integrante do ECAD e que por isso “poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa” e adiante assevera que “esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais (...) ao processo de exclusão do sócio de entidade.” (Grifos do autor).

Após tecer comentários sobre a teoria de aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais às relações privadas, o Ministro profere seu voto destacando o caráter público e geral da atividade, como se essa natureza fosse nota fundamental para incidência do devido processo legal ao processo de expulsão. Com esse raciocínio conclusivo, o Ministro mantém os direitos fundamentais incidindo em relações privadas com características de relações públicas - relações verticais -, afastando-se assim da teoria que apregoa a vinculação entre relações abstratamente paritárias e privadas, ou seja, horizontais.

Ressaltar o caráter público da atividade desenvolvida, semelhante ao que se revela por delegação legislativa, é avançar em termos de aplicação dos direitos fundamentais para depois regredir, demarcando que o devido processo legal deva incidir, no caso da UBC, por essas razões – presença do poder e da natureza estatal da atividade - e não por que se trata de direito fundamental que deve ser otimizado e ter aplicabilidade imediata e em toda e qualquer relação jurídica, com base no art. 5º, §1º da CF/88.

A semelhança da atividade desenvolvida por um particular com a relação vertical Estado-Indivíduo, numa dada relação privada, não pode ser o único elemento autorizador de sua observância a um direito fundamental, senão ao invés de se tratar de aplicação de direito fundamental numa relação entre iguais, será a mesma e senil vinculação entre o Estado e o indivíduo.

É cediço que quanto maior for o poder – intelectual, econômico, técnico - de uma das partes e a desigualdade material existente entre os pares, maior é a necessidade de garantir os direitos básicos da parte mais fraca como forma de equilibrar o exercício da autonomia da vontade com os direitos básicos do associado, a saber, direito de defesa e da personalidade, na relação. Contudo, esses fatores, tais como poder, desigualdade material, etc., isoladamente,

não podem ser considerados como os únicos capazes de vincular os particulares à observância dos direitos fundamentais.

Daniel Sarmiento, comentando o elemento da desigualdade material entre os pares envolvidos numa relação privada, assevera que:

Sem embargo, é importante repisar que **o grau de desigualdade material entre as partes é apenas mais um fator, dentre outros, que deve ser sopesado na resolução das questões envolvendo a incidência sobre os particulares dos direitos fundamentais**, sendo certo que as circunstâncias específicas de cada caso concreto deverão ser sempre devidamente consideradas.²¹³

Sustenta-se que toda e qualquer relação jurídica deve ser cenário de direitos fundamentais assegurados e protegidos por atuações justas, éticas, livres e conscientes, razoáveis e proporcionais, de ambos os lados. Implica dizer que aquele sujeito que tem mais condições de proporcionar essa realidade deve fazê-lo, redimensionando a autonomia da vontade e, no caso concreto, o poder disciplinar da associação em relação aos direitos dos associados, para harmonizar-se com os direitos básicos do membro associado.

Ademais, como visto acima na ementa colacionada, o dogma da autonomia da vontade, maior argumento para aqueles que não concordam com a vinculação de particulares aos direitos fundamentais, justificando assim a decisão arbitrária da União Brasileira de Compositores em face de um associado, deve ser relativizado para comportar adequações com a máxima do devido processo legal.

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.²¹⁴

O fato de a associação civil ter que instalar um procedimento garantidor da intangibilidade dos direitos do associado, permitindo assim a apuração de infrações e, em

²¹³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006, p. 264.

²¹⁴ Ob. cit., p. 266.

ultima análise, uma punição justa e adequada, não fere a autonomia privada da entidade, porquanto a livre disposição e regulamentação de suas normas internas – expressão da liberdade e autogestão – somente são legítimas quando observam os direitos fundamentais dos participantes dessa relação.

A discussão travada na decisão em comento, iniciada com o contraponto levantado pela Ministra Ellen Gracie, às fls. 634, envolveu ainda a questão do risco de mitigação da autonomia privada da UBC caso se firmasse o posicionamento pela anulação do procedimento de exclusão adotado e vinculado a entidade ao mandamento do devido processo legal, em detrimento das regras estabelecidas no estatuto. Assim foram as palavras da Ministra, demonstrando preocupação com o futuro das associações civis no Brasil:

(...) o direito de associar-se e permanecer associado vem em conjunto com o direito de autodefesa também das associações. Mediante regramento próprio que prevê, inclusive, a exclusão que é a mais grave das consequências de inadaptação de alguém àquele círculo estreito formado pela associação. O Brasil já é, ao contrário de outros países, caracterizado por uma dificuldade associativa. (...) Vejo com certo temor que a nossa decisão cerceie de tal forma as entidades associativas, fazendo com elas venham a apresentar ainda menos atrativos.

Não tem razão a Ministra Ellen Gracie, quanto ao receio de que a anulação da decisão da UBC e estabelecimento do imperativo de respeito ao devido processo legal, imiscuindo-se assim nas regras estatutárias, pois tais mudanças não contribuem para o enfraquecimento e esmaecimento das relações associativas. Pelo contrário: o melhoramento e a transparência das regras estatutárias só colaboram para tornar a relação associativa desenvolvida mais forte, protetiva dos direitos dos associados, menos arbitrária e individualista e mais consentânea com o exercício da autonomia da vontade responsável, adequando o poder disciplinar as associações civis aos mandamentos dos direitos fundamentais da ordem civil-constitucional.

A autonomia da vontade, no entanto, não é resultado da livre e irresponsável disposição de regras estatutárias; antes disso deve espelhar uma relação justa e ética que respeite o direito da personalidade e, em suma, os direitos básicos do indivíduo que ostenta a condição de associado da entidade.

Nessa senda, a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao invés de corroborar a autogestão associativa, seguindo o raciocínio da Ministra Ellen Gracie, reforçou o princípio civilista da autonomia da vontade associativa na medida em que fincou orientação legítima de respeito ao devido processo legal, situação essa que reveste de credibilidade aos procedimentos adotados pela UBC, em busca da harmonização da relação entre instituição e membros associados, o que reforça e legitima o exercício do poder disciplinar – autonomia da vontade- conferindo ao princípio o viés contemporâneo de substanciado através dos direitos fundamentais.

Assim, não há que se falar em desprestígio do princípio da autonomia privada no caso em concreto, porquanto, desde o princípio, seu exercício não convergia proporcional e razoavelmente com os direitos fundamentais do associado lesado.

Ao analisar a evolução da autonomia privada, Daniel Sarmento pondera que no Estado Liberal:

(...) o núcleo da proteção outorgada à autonomia privada centrava-se na proteção do patrimônio individual e nos direitos que lhe são correlatos, no Estado contemporâneo o foco deve se deslocar para a esfera das decisões existenciais, de caráter afetivo, sexual, religioso, artístico, ideológico etc.²¹⁵

O fundamento da vinculação de particulares aos direitos fundamentais é também indubitavelmente o princípio da solidariedade²¹⁶ que deve ser o norte também das relações jurídicas privadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Observar o devido processo legal na relação associativa, como agora o impôs o legislador no art. 57 do CC, é reconhecer que os associados, a par da organização associativa, devem ter seus direitos mínimos assegurados, sob pena de serem expulsos da associação de forma sumária ou mediante decisões proferidas em procedimentos que somente, aparentemente, garantem o amplo conhecimento e defesa do acusado.

²¹⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed., Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006, p. 158.

²¹⁶ Endossa esse entendimento Daniel Sarmento que afirma que “a vinculação das entidades privadas encontra apoio no princípio constitucional da solidariedade, que não representa uma mera proclamação retórica, mas é dotado de força jurídica e influencia a interpretação de todo sistema constitucional” em ob. cit., p. 330.

O devido processo legal, no entanto, não deve ser aplicado somente para a penalidade de expulsão. É salutar que todo e qualquer procedimento, sobretudo o acusatório e de verificação de infrações, desenvolva-se em atenção ao contraditório e da ampla defesa do associado, oportunizando uma garantia fundamental e constitucional na relação associativa. Assim é que a advertência e a suspensão também devem ser aplicadas mediante oportunidade de amplo direito de defesa ao associado, com todos os consectários inerentes.

Paulo Sarno Braga, ao comentar o art. 57 do CC, adverte que:

Sucede que esses entes associativos não podem punir o associado ou o sócio por transgressão de normas legais ou estatutárias, sem assegurar-lhes um processo prévio pautado na lei e na razoabilidade. **Deve ser respeitado o devido processo legal em suas facetas formal e material, seguindo-se um rito permeado por garantias mínimas como contraditório, ampla defesa, direito a provas, juiz natural, decisões fundamentadas etc. que se encerre com uma decisão equilibrada e proporcional.**²¹⁷

Destarte, não se poderia conceber a prevalência do entendimento da ministra Ellen Gracie que acentuou, às fls. 628, o traço de voluntariedade da filiação que afasta a obrigatoriedade da participação, ressaltando ainda a ausência de prejuízos econômicos para o associado que não é membro, como se esses dois dados fossem suficientes para corroborar o poder disciplinar da associação e a necessária obediência ao Estatuto como norma maior:

(...) não obstante as brilhantes razões trazidas pelo Ministro Joaquim Barbosa, mantenho meu posicionamento anterior, até por que esta sociedade, União Brasileira de Compositores, não é organismo de filiação obrigatória. No caso, o membro excluído não sofre qualquer consequência econômica por não participar da entidade. (...) Ela pode receber seus direitos autorais do ECAD.

Quanto à aplicação ao indivíduo e, no caso, às associações de direito privado, das mesmas restrições que se colocam ao Estado e aos entes públicos, guardo bastante reserva. Creio que, toda vez que se verificar um efetivo prejuízo aos interesses do indivíduo, sim, poder-se-ia fazer incidir as garantias constitucionais.

Não está com a razão a julgadora porque, mesmo sendo de filiação facultativa o ingresso numa associação, isso não retira o dever da instituição para com os direitos mínimos de seus membros, até por que na grande maioria das vezes, o associado passa a integrar o

²¹⁷ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008, p.213.

quadro de membros, sem o pleno conhecimento das normas estatutárias, realidade essa que infelizmente reflete uma boa parte das relações associativas.

As vantagens de associação são superiores ao interesse do associado pelas normas da entidade e assim se desenvolve a relação até que o membro precise inteirar-se delas ou fique sujeito às suas penalidades.

Ademais, no atual contexto da sociedade e do prestígio da UBC no Brasil, é insofismável que o membro associado pode exercer mais seguramente sua profissão e assim perceber da entidade os benefícios do repasse dos valores decorrentes de obras autorais e divulgação de seus trabalhos. Há, portanto, grande vantagem econômica e profissional em estar associado e efetivo prejuízo econômico para aquele que não participa da relação ou que é expulso dela na forma arbitrária como ocorreu com o associado/autor da ação.²¹⁸

Poder-se-ia elucubrar sobre como seria o procedimento e quais os critérios que a associação civil deveria obedecer para a formalização e materialização do devido processo legal, na forma almejada pelo legislador civil, afastando o uso do procedimento sob o argumento da impossibilidade dos membros associados disporem sobre um procedimento com as características do processo civil ou administrativo.

No entanto, tal não deve ser o impedimento. Sabe-se que atualmente para uma associação civil se constituir, embora não seja um requisito, é verdadeiro que advogados e consultores jurídicos auxiliam na elaboração do estatuto e nas etapas da constituição da entidade. Um profissional do direito, mormente um advogado, tem plenas condições de ajudar na elaboração dos critérios e etapas desse procedimento disciplinar a fim de facilitar sua elaboração e implemento.

É certo que sustentar a incidência do devido processo legal na relação associativa, tal como preceitua o art. 57 do Código Civil não implica dizer que o procedimento a ser instaurado pela entidade deve ser igual ao processo civil levado a efeito pelo Poder Judiciário.

²¹⁸ Destacando as vantagens de participar de agrupamentos civis, Lorenzetti sinaliza que “o Direito reforça a coesão do grupo, dando algum privilégio àqueles que o integram. Por exemplo, só aqueles que são membros de uma associação de proteção dos consumidores podem ter uma ação legal ou unicamente aqueles que estejam matriculados em um colégio profissional podem exercer a atividade.” em LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 204.

Isso é impossível dada à peculiaridade, função e finalidade do Estado com o procedimento judicial na forma prevista em Lei.

O processo judicial, na linha de raciocínio de Luiz Guilherme Marinoni, “não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem fins de grande relevância para a democracia”. Para Marinoni, “o processo deve legitimar – pela participação -, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima”.²¹⁹ Essa é a tônica do processo judicial que muda um pouco quando se trata dos objetivos e dos direitos que se pretende resguardar com a adoção do procedimento na associação civil para expulsão do associado.

Conforme explanado, há evidentes motivos pelo qual a associação civil está dispensada de adotar todo o rigor da forma do processo civil estatal e a mais óbvia é por que é entidade de direito privado, cujo poder embora, por vezes, se associe ao do Estado, mas Estado não o é, tornando assim categórica a necessidade de afirmar e reafirmar que os moldes do procedimento previsto pelo legislador é aquele que, independentemente de um modelo padrão, possa garantir o direito ao devido processo legal e a intangibilidade dos direitos da personalidade do membro associado sujeito à penalidade institucional, que em última análise é a finalidade do legislador.

Partindo-se do pressuposto de que a jurisdição, no Estado Constitucional, tal como é o caso brasileiro, é marcado pela finalidade de proteção de direitos como um dever inerente à própria existência e função do Estado, desde surgimento da sociedade civil organizada, o mesmo rigorismo e atribuição não podem ser destinados aos particulares.

O fundamento que legitima a vinculação da associação civil aos direitos fundamentais dos membros associados centra-se, primeiro, na idéia de solidariedade entre os indivíduos presente no ordenamento jurídico brasileiro que é, inclusive, fundamento da República Federativa do Brasil e, segundo, do reconhecimento do papel da Constituição de 1988 e da função nuclear dos direitos fundamentais, cuja aplicabilidade direta pelo texto legal induz e reforça sua nota de essencialidade como instrumento modelo para os atos públicos e privados.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2006, p. 401-402.

A solidariedade, conjugada com a nota de fundamentalidade dos direitos fundamentais, reforçadas pelo exposto teor do art. 57 do CC e do art. 5º, §1º da CF/88 formam o arcabouço jurídico que norteia e autoriza a vinculação dos particulares, na relação associativa, ao devido processo legal, impondo assim a adequação a autogestão associativa à proteção dos direitos de defesa e da personalidade dos associados.

O devido processo legal, portanto, como direito fundamental que é deve ser aplicado e otimizado em sua máxima potencialidade no âmbito da relação associativa com o escopo de extrair-lhe o melhor da substância e conteúdo desses direitos no sentido de legitimar, tal como serve na jurisdição civil, penal e administrativa, as decisões tomadas em face de outras pessoas que, por questões de poder, desigualdade ou posição jurídica numa dada relação, possam ter seus direitos básicos – condição de pessoa – desprotegidos ou maculados.

Assim, o procedimento que se espera materializado na associação civil, de uma forma geral nas relações privadas, é aquele que garante a participação das partes na feitura da decisão final, o que é acontece paralelamente com a finalidade do processo na jurisdição civil, que para Marinoni somente é devido processo legal “o procedimento que obedece aos direitos fundamentais processuais ou às garantias de justiça processual insculpidas na Constituição, tais como o contraditório, a imparcialidade do juiz, a publicidade e a motivação”.²²⁰

O contraditório seria a possibilidade de participação efetiva da parte acusada para produção de provas documental, testemunhal; ter prazos razoáveis para defesa e recurso das decisões desfavoráveis; ter uma decisão proferida de forma mais imparcial possível, produto de uma comissão de associado ou órgão destinado para tal fim que, a par das considerações de ordem pessoal no desenvolvimento da relação, possa exteriorizar a aplicação da penalidade considerando a infração em si e não em antipatias e simpatias arbitrárias que iniquem a legitimidade da decisão e, enfim, que as decisões sejam públicas no sentido de dar conhecimento também do fundamento da decisão, atendendo assim à motivação.²²¹

Leciona Marinoni que a participação efetiva no processo civil significa:

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2006, p. 452-453.

²²¹ Ob. cit., p. 452.

(...) é lógico que o conteúdo dessa participação deve variar conforme as particularidades do caso conflitivo. A participação deve dar às partes plena oportunidade de alegar, requerer provas, participar da sua produção e considerar sobre os resultados. Numa palavra: a parte deve ter a oportunidade de demonstrar as suas razões e de se contrapor às razões da parte contrária.²²²

Nesse aspecto, é viável a utilização pela associação civil da principiologia do processo civil hodierno, o qual busca a efetivação dos direitos fundamentais da partes, devendo guardar correspondência no que tange a necessidade de assegurar a efetiva participação do associado no procedimento acusatório de averiguação de infração instaurado.

Ademais, quando se fala em processo, são salutare as considerações de Paula Sarno²²³ supra referenciadas quando, ao invés de estipular um ou outro meio de procedimentalizar o devido processo legal, simplesmente aponta os princípios que devem estar em voga na hora de instauração e apuração das penalidades, na linha desenvolvida por Luiz Guilherme Marinoni.

Fredie Didier Jr. afirma que a moderna concepção de processo e do devido processo legal diz “respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade. (...). Processo é palavra gênero que engloba: legislativo, judicial, administrativo e negocial. Atualmente, é pacífica a aplicação do devido processo legal nas relações particulares”.²²⁴

Certamente que não se exige a elaboração de processo civil ou administrativo, nos moldes usados pelo Poder Público; repita-se: importa é abrir oportunidade para notificação plena e integral das infrações cometidas, indicando no Estatuto ou na Lei Civil geral as violações ocorridas; para produção de defesa em tempo razoável, sugerindo-se entre dez a quinze dias; faculdade plena de apresentação de prova testemunhal, produção de provas de uma maneira geral, desde que compatível com o tipo de infração averiguada; direito a recurso ao órgão superior, que a depender do tamanho da associação será a Assembléia ou um Colegiado de Recursos; ter direito a um julgamento imparcial, enfim, podendo-se adotar a principiologia que materializa o devido processo legal na jurisdição cível e administrativa.

²²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2006, p. 455.

²²³ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Jus Podivm, 2008, p.214.

²²⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 27.

Para melhor compreender o que seria o processo nas relações particulares, adota-se a teoria elaborada por Luiz Guilherme Marinoni, para em “o processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo geral ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação”.²²⁵

A forma, portanto, não interessa traçar ou definir para toda e qualquer associação. Isso seria um contracenso e de fato uma mácula ao princípio da autogestão da associação civil. A autonomia da vontade permite que cada entidade eleja qual o melhor procedimento para cada tipo de infração ou violação que possa ser cometida no âmbito da instituição, sem que seja necessário normatizar um modelo único e inflexível para toda e qualquer associação civil. No entanto, deve haver um procedimento sim que materialize os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Paulo Gustavo Gonet Branco, discorrendo sobre o tema, assevera que:

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.**

É certo que a associação tem autonomia para gerir a sua vida e 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 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.²²⁶

Cabe ainda averiguar se a Lei n. 11.127/2005, inserindo o procedimento como elemento legitimador da expulsão dos sócios e associados de entidades privadas, é algo inovador na jurisprudência brasileira ou se o texto legal veio a confirmar e tornar expresso no âmbito das associações civis o devido processo legal.

Verifica-se que a inserção do procedimento no âmbito da associação civil veio a confirmar uma situação já consolidada na realidade das decisões judiciais no Brasil, de modo

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2006, p. 466-467.

²²⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Revista diálogo jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 12 de julho de 2008, p.04.

que antes do advento da lei n. 11.127/2005, não só o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 158215/RS²²⁷ quanto o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp n. 50543²²⁸, ambos em 1996, em análise de violação de legislação federal, já haviam se pronunciado sobre a necessidade de assegurar o direito de ampla defesa ao associado ou sócio expulso da entidade privada.

Atente-se que em 1991, antes mesmo das decisões acima transcritas, do STF e do STJ, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já acenava para a observância das regras estatutárias e pra a necessidade de garantir a defesa do associado na aplicação de penalidades.

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR. CLUBE RECREATIVO. EXPULSAO DE SOCIO. REVELIA. APRESENTADA A DESTEMPO A CONTESTACAO, ACERTADA A V. SENTENCA AO CONCLUIR PELA REVELIA. OUTROSSIM, O CLUBE RECREATIVO, AO EXPULSAR O SOCIO, NAO AGIU DE ACORDO COM OS SEUS ESTATUTOS, NAO PROPORCIONANDO O DIREITO DE DEFESA DO ASSOCIADO.²²⁹

É certo que as decisões acima não envolveram associação civil, mas sim uma cooperativa e uma sociedade comercial, respectivamente, demonstrando a vinculação de entidades privadas a direitos fundamentais, tal como é o devido processo legal. Mas o raciocínio ali desenvolvido pode ser aplicado aos casos de associação civil, e, sobretudo este em exame, porquanto a UBC é entidade privada que, na senda da teoria de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, deve observar o direito fundamental dos seus membros associados.

No âmbito dos Tribunais de Segunda Instância, observa-se que, antes de 2005, também já existiam algumas decisões reconhecendo, na esteira do juízo de inteligência

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Civil. Recurso Extraordinário n. 158215/RS, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator Marco Aurélio. Brasília, 07 de junho de 1996. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.%20E%20158215.NUME.\)%20OU%20\(RE.ACMS.%20ADJ2%20158215.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.%20E%20158215.NUME.)%20OU%20(RE.ACMS.%20ADJ2%20158215.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 15 de julho de 2009.

²²⁸ Esse julgamento envolvia a exclusão de um sócio de uma sociedade comercial, ver em BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Comercial. Recurso Especial n. 50543, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Nilson Naves. Brasília, 21 de maio de 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&dt_publicacao=16/09/1996&num_registro=199400193513>. Acesso em 31 de julho de 2009.

²²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 591093497, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 31 de outubro de 1991. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versoao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&intervalo_movimentacao=0&N1_var2=1&id_comarca1=700&num_processo_mask=591093497&num_processo=591093497&id_comarca2=700&uf_oab=RS&num_oab=&N1_var2_1=1&N1_var=&id_comarca3=700&nome_parte=&tipo_pesq=F&N1_var2_2=1>, Acesso em 18 de janeiro de 2009.

construído nos julgados supracitados das Cortes Superiores, a necessidade de assegurar o direito de defesa através de formas próprias no caso de aplicação de penalidade de associados.

Assim, ao julgar o caso de um membro associado de clube recreativo, já decidia o Tribunal do Rio Grande do Sul, assegurando ao sócio expulso a reintegração nos quadros da entidade, em razão da decisão arbitrária não ter se respaldado nos princípios do contraditório e da ampla defesa, a exemplo de:

EMENTA: ESPORTE CLUBE SAO JOSE. ELIMINACAO DE SOCIO. E NULO O ATO QUE ELIMINA ASSOCIADO, SEM LHE DAR PREVIAMENTE O DIREITO DE DEFESA. SENTENCA CONFIRMADA.²³⁰

O Tribunal de Justiça Mineiro já decidiu sobre a necessidade de proteção do devido processo legal nas relações privadas, consoante demonstram as decisões abaixo:

EMENTA: ASSOCIAÇÃO CIVIL - PENALIDADE DE SUSPENSÃO IMPOSTA A SÓCIO - INOBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ANULAÇÃO DA PENALIDADE - DANOS MORAIS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - FIXAÇÃO EQUITATIVA PELO JUIZ - ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - ART. 21 DO CPC. Mesmo no âmbito das associações civis, devem ser observados todos os princípios e garantias consagrados pela Constituição da República, sob pena de violação dos direitos fundamentais dos associados. Uma vez constatada a inobservância do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, a anulação da penalidade imposta pelo clube ao sócio é medida que se impõe. Comprovado o dano, a culpa do agente e o nexo causal entre o ato e o dano, devida é a indenização por danos morais, a qual deverá ser arbitrada com prudência para não aviltar a reparação ou, em contrapartida, enriquecer indevidamente o beneficiário. Havendo procedência parcial dos pedidos pósticos, deve o magistrado repartir os ônus de sucumbência de maneira recíproca e proporcional, nos lindes do art. 21 do CPC.²³¹

EMENTA: ASSOCIAÇÃO. EXCLUSÃO DE ASSOCIADO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO. NULIDADE DO ATO. REABERTURA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

É nulo o procedimento de EXCLUSÃO de ASSOCIADO dos quadros sociais de associação quando não se observa para tanto o devido processo legal nem assegura ao excluído as garantias dele decorrentes, tais como o

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 594100232, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Clarindo Favretto. Rio Grande do Sul, 15 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 18 de janeiro de 2009.

²³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0707.00.026162-8/001, 14ª Câmara Cível. Tribunal de Justiça de MG. Relator Dídimo Inocêncio de Paula, 14 de fevereiro de 2007. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=07>, Acesso em 23 de julho de 2009.

contraditório e a ampla defesa, autorizando a sua reintegração para reabertura do processo, seja-lhe oferecido a garantia daqueles direitos, para que seja julgado pela autoria da infração à regra estatutária, cuja pena, para lhe ser aplicada, deve estar no estatuto prevista.²³²

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e de São Paulo, respectivamente, acompanham as premissas das decisões supra transcrita e ponderam que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCLUSÃO DE SÓCIO PROPRIETÁRIO DE CLUBE, EM RAZÃO DA MORA NO PAGAMENTO DAS MENSALIDADES REINGRESSO NEGADO. INDEFERIMENTO DE TUTELA OBJETIVANDO PRESERVAR O QUINHÃO DO AUTOR, EM CASO DE ALIENAÇÃO DO PATRIMÔNIO SOCIAL. MESMO SE TRATANDO DE RELAÇÃO ENTRE PARTICULARES, A EXCLUSÃO DO ASSOCIADO DEVE OBSERVAR O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA, EM DECORRÊNCIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.²³³

AÇÃO ANULATÓRIA - Exclusão de cooperado sem oportunidade de defesa - Sentença procedente - Associação que não comprovou a regularidade da exclusão, pouco importando o motivo que a ensejou - Preliminar afastada, recurso desprovido.²³⁴

Pelos julgados acima, verifica-se que o tema da vinculação das entidades privadas e, mormente da associação civil ao devido processo legal é algo pacificado na jurisprudência brasileira, o que faz com que o Brasil se situe de forma vanguardista no assunto em relação a muitos países, em especial em relação à Alemanha onde brotaram as primeiras idéias sobre a teoria e mantiveram-se na retaguarda da vinculação somente do Estado aos direitos fundamentais (eficácia mediata e indireta).

Não se discute mais no Brasil se a associação civil deve ou não estabelecer um procedimento para aplicação de penalidades, principalmente com o advento da Lei nº. 11.127/2005 que alterou a redação do art. 57 do Código Civil; o debate centra-se nos meios de

²³² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n.. 1.0145.05.216342-8/001, 11ª Câmara Cível. Tribunal de Justiça de MG. Relator Duarte de Paula, 30 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=14> , Acesso em 30 de julho de 2009.

²³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 2007.002.19196, 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RJ. Relator Luis Felipe Salomão, 06 de setembro de 2007, Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&LAB=CONxWEB&PGM=WEBPCN88&PORTAL=1&N=200700219196&protproc=1>>, Acesso em 28 de janeiro de 2009.

²³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 622.342 5/4, 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Samuel Júnior, 28 de abril de 2008, Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/portaltj2/Paginas/Pesquisas/Segunda_Instancia/Por_numero_processo.aspx>, Acesso em 28 de janeiro de 2009.

formalizar os contornos desse procedimento interno e na compatibilização do princípio da autonomia da vontade com essa máxima.

Marinoni visualizou com perspicácia a problemática quanto à compatibilização do direito fundamental do associado e a liberdade decorrente do poder disciplinar da associação, asseverando que:

O problema é que as normas de direitos fundamentais não definem a forma, o modo e a intensidade com que um particular deve ser protegido em relação a outro, ou melhor, como o próprio direito fundamental deve ser tutelado, o que põe em risco especialmente o direito de liberdade da parte contrária. Não obstante, quando é inquestionável que ‘algo’ é devido por um particular para que o direito fundamental seja respeitado, nada impede que se exija a sua imediata observância, ainda que, evidentemente, essa questão deva ser discutida perante a jurisdição à luz dos direitos fundamentais do particular atingido.²³⁵

Assim, a observância de um procedimento não afeta, nem mitiga o princípio da autonomia privada, porquanto a própria condição de legitimidade e adequação do princípio com reforma axiológica e transformações por que passa o Código Civil, exige que a autonomia privada e a liberdade associativa adequem-se aos direitos fundamentais, já que constituem a célula-mãe do ordenamento jurídico brasileiro. Observar os direitos fundamentais passa de discurso para a prática, requestando um novo perfil de relações associativas que resguardem, de forma clara e transparente, o direito daqueles que são julgados e penalizados disciplinarmente.

Outrossim, a nova redação do art. 57 do CC está em consonância com o primado da proteção da dignidade da pessoa humana pela comunidade associativa, a qual deve proporcionar o máximo da otimização dos direitos fundamentais dos associados, pelo instalação e observância de instrumentos processuais que garantam o respeito ao exercício pleno da ampla defesa na relação associativa, haja vista que a comunidade é que deve viver em função do homem e não o contrário.

O Estatuto da UBC, todavia, demonstra que a associação civil não promoveu as mudanças imperativas para adequar-se ao art. 57 do Código Civil, porquanto, conforme visto, o procedimento de exclusão continua o mesmo daquele que fora repellido pelo STF na decisão

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. vol. 1. São Paulo: RT, 2006, p. 443.

comentada. Assim também permanecem muitas associações, à margem das necessárias alterações legislativas para materializar e proteger os direitos fundamentais de seus associados, validando assim suas decisões e procedimento por estarem em consonância com o novo exercício da autonomia da vontade associativa responsável e com o princípio da solidariedade.

Portanto, considera-se bastante salutar a conclusão do julgamento do caso da UBC, o qual, reforçando a linha de raciocínio já apresentada pela Suprema Corte Constitucional, em tema de horizontalização de direitos fundamentais, posicionou-se ativamente pela necessidade de convergência de atos privados, no exercício da autonomia associativa, com direitos fundamentais tal como o devido processo legal que, em última análise, é postulado maior de proteção aos direitos da personalidade dos associados na relação associativa.

3.3.2. O devido processo legal substancial e a motivação das decisões de expulsão na associação civil.

Neste tópico dedica-se ao aspecto substancial do devido processo legal e a sua relação com conteúdo das decisões tomadas pela associação civil, mormente no caso de regulamentação e aplicação de penalidades disciplinares, a exemplo da mais grave que é a expulsão do membro associado.

Viu-se que o art. 57 do Código Civil exige que a expulsão do associado se dê através de um procedimento formal, concatenado de atos e fases destinadas a assegurar o amplo direito de defesa da parte, onde será averiguada a justa causa do motivo de exclusão.

Debruça-se sobre a função da justa causa motivadora da expulsão de um associado da associação civil. Pretende-se responder aos seguintes questionamentos: o que é a justa causa, como ela é definida pela entidade associativa e quais são os efeitos jurídicos do abuso na conceituação da justa causa apta a resultar numa exclusão do associado do quadro de membros de uma associação civil.

Como a justa causa é um conceito jurídico indeterminado, o exame proposto depara-se com um dos maiores problemas enfrentados e debatidos na passagem do século XX para o XXI, no Direito Civil contemporâneo, que é o uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados como ferramentas que proporcionam a evolução social das regras jurídicas e consubstanciam o maior desafio na atividade judicante dos nossos tempos. Não se pretende enfrentar exaustivamente a problemática, porque ultrapassaria a pesquisa, mas cumpre-nos fazer breves considerações sobre o assunto.

O modelo fechado de codificação oitocentista, berço do positivismo jurídico, do princípio da legalidade e a da escola exegética do direito, considerava o juiz um mero aplicador da lei, destituído de qualquer poder e competência para interpretar a norma, permitindo exclusivamente o exercício automático da subsunção do fato ao dispositivo legal previsto na legislação.

A ciência hermenêutica evoluiu, aprimorou-se e, no sistema jurídico da pós-modernidade, o juiz é orientado a abandonar a função de mero aplicador da lei para interpretá-la segundo a casuística que lhe é apresentada através das mais variadas ações judiciais. É dizer: o papel que o julgador deve sustentar é proativo e não passivo, esforçando-se para sentir a essência da norma e extrair-lhe a finalidade maior em cotejo com a principiologia e axiologia do ordenamento jurídico e social onde está imerso.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, assistiu-se, paulatinamente, a uma necessidade de promover uma reinterpretação das regras jurídicas, em especial as civis, e uma das formas de possibilitar essa realidade hermenêutica foi a adoção, pelo sistema jurídico, das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, tais como a função social da propriedade, boa-fé, ordem pública, bons costumes, paz social etc. Em que pese algumas estarem presentes no ordenamento jurídico desde o Código Beviláqua de 1916, somente com a constitucionalização do Direito Civil já explanada, ganhou relevo a adequação desses institutos aos tempos modernos, promovendo assim uma mudança de paradigma no processo hermenêutico.

Assim, a cláusula geral é considerada um importante elemento de construção e reconstrução do Direito Privado na contemporaneidade, tendo em vista, notadamente, as

necessárias interrelações entre o Código Civil, a Constituição Federal de 1988, com a qual se ocupa o movimento da constitucionalização do direito civil.²³⁶

Um dos principais objetivos das cláusulas gerais é possibilitar a evolução do pensamento e do comportamento social, com segurança jurídica, exigindo do julgador um papel criativo na produção da norma para o caso concreto examinado, possibilitando que os princípios constitucionais e os valores presentes no ordenamento jurídico regulem os direitos das partes sob a ótica dos direitos e princípios fundamentais.

Muito já se discutiu sobre a incerteza acerca da efetiva dimensão dos contornos das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados e do receio do abuso da definição desses institutos pelo Poder Judiciário, mas sua utilização não deve ser obstaculizada por esses argumentos, pois a vantagem que a presença da cláusula geral e dos conceitos jurídicos indeterminados traz para o ordenamento jurídico é infinitamente maior do que eventuais prejuízos inerentes à atividade judicante. O aplicador da lei é direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculadas à concretização de um valor, diretiva ou padrão social, assim reconhecido como “arquétipo exemplar da experiência social concreta”.²³⁷

Com efeito, a intencional imprecisão desses institutos garante mobilidade no processo interpretativo e permite a evolução das regras jurídicas sem precisar alterá-las ou retirá-las quando obsoletas do ordenamento jurídico. A justa causa hoje do século XXI que autoriza e legitima a expulsão de um associado da associação civil pode não ser a mesma no século seguinte, razão pela qual a generalidade do termo vem a contribuir e possibilitar a adequação das normas aos fatos sociais.

Destarte, a vagueza da palavra justa causa, como a de tantos outros conceitos jurídicos indeterminados, não traduz imperfeição lingüística. Ela é necessária ao processo de evolução dos sistemas jurídicos, mormente quando se vive no século de rápidas transformações culturais, filosóficas, comportamentais e, portanto, jurídicas.

²³⁶ COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O Direito privado como um "sistema em construção"**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em 05 de setembro de 2009, p. 03.

²³⁷ Ob. cit, p. 06.

Para Pietro Perlingieri, as cláusulas gerais são uma técnica legislativa que permitem ao julgador a criação do direito e a sua readaptação frente às mudanças vindouras de toda ordem na sociedade, de modo que “legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a normas às situações de fato”.²³⁸

As cláusulas gerais seriam, portanto, um veículo por onde trafegam no direito civil, os princípios e valores oriundos da evolução social; são abertas e flexíveis, como sustenta Judith Martins-Costa que conceitua as cláusulas gerais da seguinte forma:

As cláusulas gerais, mais do que um "caso" da teoria do direito- pois revolucionam a tradicional teoria das fontes - constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.²³⁹

Nessa linha, é possível afirmar que os elementos que preenchem o significado da cláusula geral são, necessariamente, elementos jurídicos, pois advirão diretamente da esfera social, econômica ou moral da sociedade à qual ela é direcionada.

Dotadas que são de grande abertura semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar, previamente, resposta a todos os problemas da realidade, uma vez que essas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes objetivamente vigorantes em determinada ambiência social. Em razão destas características esta técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal.²⁴⁰

²³⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 27.

²³⁹ COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O Direito privado como um "sistema em construção"**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em 05 de setembro de 2009, p. 01.

²⁴⁰ COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O Direito privado como um "sistema em construção"**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em 05 de setembro de 2009, p. 04.

Aliás, há sempre um espaço nas normas jurídicas, em geral, independentemente da natureza de cláusula geral, que comporta uma interpretação e preenchimento na variação no tempo, uma vagueza necessária à sobrevivência do próprio instituto no ordenamento jurídico, pois segundo Lourival Vilanova:

As normas são postas para permanecer como estruturas de linguagem, ou estruturas de enunciado, bastantes em si mesmas, mas reingressam nos fatos, de onde provieram, passando do nível conceptual e abstrato para a concrecência das relações sociais, onde as condutas são pontos ou pespontos do tecido social.²⁴¹

No magistério da Ministra Fátima Nancy Andrigli, “as cláusulas gerais contribuem para manter o diploma legal adequado ao seu tempo, coevo, e devem ser aplicadas ao caso concreto, não se permitindo imaginar que se trate apenas de norma de propósitos”.²⁴²

Sobre a distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, Cláudia Lima Marques assevera que:

(...) estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos tem significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiras ao corpus codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais.²⁴³

Para a autora enquanto a cláusula geral é um mandamento aberto que contém um valor, uma diretriz para o magistrado resolver o caso concreto, o conceito jurídico indeterminado é um termo cujas conseqüências jurídicas serão previstas caso seja definido o seu conceito para o caso concreto.

A distinção substancial entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados é que enquanto aquelas exigem a criação do direito pelo juiz no caso concreto, através da postura ativa para a formulação das normas jurídicas, estes exigem apenas interpretação das normas por parte do magistrado. A liberdade do julgador é, portanto, mais

²⁴¹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 141.

²⁴² ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e proteção da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 290.

²⁴³ COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999, p. 289.

restrita no uso dos conceitos indeterminados. De acordo com Nelson Nery, “preenchido o conceito jurídico indeterminado, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao magistrado apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora”.²⁴⁴

Diante das considerações propedêuticas, observa-se que como não há um conceito predeterminado da justa causa é a liberdade associativa, através do princípio da autogestão, que vai definir o seu significado no âmbito de determinadas relações associativas para exclusão de um associado, cabendo órgão associativo deliberar sobre o que seria um motivo justo e apto a ensejar a expulsão de um membro.

Em que pese à vagueza do significado e a propositada abertura semântica da justa causa, com relação ao disciplinamento da relação associativa, é salutar que a entidade estabeleça pontualmente as condutas passíveis de demissão por justa causa, circunstância que não afronta o instituto, cuja abertura deve se resumir ao seu tratamento dado pelo Código Civil, mas não necessariamente às entidades privadas.

A questão envolve cautela, pois como conceito jurídico indeterminado que é a formação da justa causa ficará sempre ao arbítrio da associação civil e, de preferência, deve ser exemplificada nas disposições estatutárias no que tange à expulsão do associado. É dizer: a autonomia associativa deve procurar prever alguns dos atos que consubstanciam a justa causa geradora de expulsão, com escopo de permitir ao associado o antecipado e claro conhecimento acerca das condutas mais graves que geram ou podem gerar a expulsão da associação civil.

Destarte, associação deve exemplificar e apontar algumas condutas, deixando sempre em aberto o derradeiro preenchimento do conteúdo dessa palavra para que ela possa ser adequada ao tempo e as transformações dos conceitos e atitudes toleráveis dentro da instituição civil. A vagueza na determinação da justa causa, portanto, não pode ser obstáculo à sua previsão.

No caso da UBC a análise do art. 15, alínea “d” em cotejo com o art. 17 nos revela que a penalidade de demissão do associado é prevista para as seguintes hipóteses:

²⁴⁴ NERY, Nelson. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002, p. 137.

- a) forem condenados pela prática de crimes comuns a pena maior de um ano;
- b) tornarem-se motivo de constrangimento moral;
- c) não cumprirem obrigações contraídas com entidades nacionais ou estrangeiras com as quais a Associação mantenha convênios;
- d) não se conformarem com a resolução da coletividade social e arrastarem a Associação a demandas que lhe causem prejuízos morais ou financeiros.

Os dispositivos transcritos, em sua maioria, estão de acordo com o princípio do devido processo legal substancial que implica na correlação dos atos e decisões privadas, como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, isto é, dentro de uma idéia de justiça esperada pela sociedade.

O item “d” chama a atenção e pode ser alvo de combate na medida em que sujeitar um associado à pena de demissão quando ele não se conformar com as resoluções da coletividade e demandar em face da entidade quando julgue oportuno, pode revelar um abuso no exercício da autonomia associativa.

Sustenta-se que não é razoável punir com a expulsão a discordância de um membro associado com as determinadas decisões tomadas pelo órgão associativo, haja vista que além de a expulsão ser a penalidade mais extrema que uma instituição pode adotar, nesse caso, estar-se-ia impedindo a livre manifestação de pensamento da pessoa associada, mesmo em exercida em face às determinações da comunidade de que faça parte e, por conseguinte, atingindo uma faceta do princípio da dignidade da pessoa humana.

A discordância do associado com algumas deliberações associativas não devem ser previamente vistas como algo prejudicial à entidade civil, visto que é reflexo direto da liberdade e autonomia do associado ostentar um posicionamento diferente, ainda que minoritário, em relação a um dado assunto discutido. No mais, a pessoa é livre para demandar judicialmente a desconstituição de decisões que entenda nulas ou prejudiciais à própria entidade ou a sua condição individual de associado, sem que esse simples fato de oposição implique na sua retirada compulsória da associação civil – UBC.

As considerações aqui tomadas, certamente, não traduzem uma regra de pensamento válida para toda e qualquer insurgência que um associado pratique ante as decisões da comunidade; é o caso concreto que revelará as nuances entre o exercício da

liberdade e manifestação de pensamento pelo associado e a autonomia associativa que decide pela sua expulsão. O que se pretender afirmar é que, normalmente, essa previsão do item “d” é susceptível de causar desavenças, porquanto inviabiliza o exercício do direito de manifestação de pensamento e de ação, direitos fundamentais cuja violação é, a princípio, proibida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Em que pese à inexistência de previsão legal no estatuto da UBC, é de extrema importância o procedimento interno com a finalidade de averiguar se um associado incorreu em justa causa e se deve ser expulso. É o procedimento civil, onde se assegure o devido processo legal formal e substancial, que possibilitará o completo exame das circunstâncias e provas do caso concreto para descobrir se aquele ato pratica constitui uma infração, uma causa justa para permitir a expulsão de um associado. Não basta, portanto, a mera previsão estatutária; mister que a associação oportunize ao associado o amplo exercício do direito de defesa, nos moldes já delineados, a fim de averiguar a ocorrência da justa causa demissiva.

A expulsão do associado é medida grave e traz sérios prejuízos para a pessoa, de ordem profissional, econômico, relacional e, especialmente, moral, a depender de como se conduza um procedimento desse jaez. Recorde-se que “a liberdade de associação constitui uma espécie da cláusula geral de tutela da pessoa e da necessária garantia do ‘livre desenvolvimento’ de sua personalidade”²⁴⁵, razão pela qual é imprescindível que a entidade esteja atenta às consequências das decisões tomadas em relação aos seus associados, sobretudo, quando estes estão em dia com suas obrigações sociais.

Como leciona Perlingieri, “o prejuízo para o sócio pode tanto derivar da cláusula estatutária (...) quanto da ilegitimidade das modalidades deliberativas de exclusão do órgão associativo”²⁴⁶, de maneira que a violação dos direitos da personalidade do membro associado poderá resultar não só da determinação do conteúdo da justa causa, prevista no estatuto, como também por uma definição *in concreto* de que esse ou aquele ato do associado é considerado uma justa causa a resultar em sua expulsão.

²⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 300.

²⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 300.

Outrossim, é preciso ressaltar que o fato de o estatuto contemplar a justa causa, não retira a obrigatoriedade do órgão associativo em motivar e fundamentar a decisão de aplicação de penalidades (advertência, suspensão, expulsão), seja se reportando-se ao artigo do estatuto ou regimento interno correspondente, seja se arrimando em situação legal não prevista, mas que, consideradas a finalidade e objetivo da entidade, enseja a incidência de uma penalidade interna.

Se a situação acima de motivação das decisões privadas da associação civil não for observada, é plenamente possível que o associado recorra ao Poder Judiciário e pleiteie a anulação das deliberações tomadas ao arrepio do amplo direito à informação, haja vista que é direito do membro o conhecimento das razões que levaram ao órgão deliberativo a tomar essa ou aquela decisão que lhe fora potencialmente desfavorável. Dessa forma, não viola a autonomia associativa a intervenção do Poder Judiciário para analisar o conteúdo da norma estatutária ou da decisão deliberativa que, por não ter sido fundamentada, tenha causado um dano material ou moral à pessoa do associado.²⁴⁷

Pietro Perlingieri adverte que:

Sejam as cláusulas que regulam o acesso, sejam aquelas que regulam a exclusão, mais do que fundar-se no ‘incontestável juízo’ do conselho diretor ou da assembléia, **devem estas encontrar uma apreciável justificação e motivação no correto funcionamento da associação.**²⁴⁸

Nessa senda, a demonstração da justa causa autorizadora da expulsão do associado dos quadros de uma associação civil é um aspecto substancial do devido processo legal que, devidamente trabalhado e apresentada no caso concreto, reflete o exercício do princípio da autonomia da vontade associativa nos moldes da constitucionalização do direito civil, já que permite que o princípio tradicional do direito privado seja readequado e exercitado de forma a atender não só aos interesses da entidade privada, mas principalmente viabilizar o livre desenvolvimento da pessoa humana, através da garantia de direitos fundamentais do devido processo legal e, em ultima análise, da proteção da personalidade.

²⁴⁷ No sentido de que essa intervenção não compromete a autonomia associativa, PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 3 ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 301.

²⁴⁸ Ob. cit ., p. 301.

CONCLUSÃO

Ao longo do percurso histórico realizado, percebeu-se que a associação civil sempre espelhou a reunião voluntária de indivíduos com a finalidade de promoção e defesa dos direitos de seus integrantes, nos domínios do comércio, da política e economia, ora em face do Estado, ora contra os próprios indivíduos na sociedade.

Essas entidades privadas revelaram-se verdadeiros instrumentos de engajamento social, proporcionam o exercício da liberdade e da autonomia do homem, consubstanciando um espaço de atuação eminentemente privado, mas com intensos efeitos na esfera coletiva, produzindo rupturas e transformações, tanto do ponto de vista da *praxe* social quanto do filosófico.

Elas sofreram muitas adaptações, sobretudo com a passagem pela Era Moderna e a ascensão de um novo perfil de ser humano, pensante, racional, observador e idealizador dos direitos do homem, em busca da afirmação, na ordem jurídica, dos direitos e deveres que devem nortear as relações privadas. Tudo isso refletiu na roupagem das associações civis, que saíram do limbo para a mais completa organização e estruturação administrativas jamais vista em sua história.

A sociedade civil mudou. O Estado passou de violador a gestor de interesses privados e coletivos e, com o desenvolvimento e complexidade das relações sociais, observou-se uma descentralização do poder estatal para outros organismos sociais, sobretudo para entidades eminentemente privadas que em nada se assemelhavam ao Estado, a não ser pelo exercício amiúde arbitrário do poder, às vezes, econômico ou social ou intelectual no domínio das relações contratuais e da propriedade.

Essa pulverização do poder por entidades privadas revela um novo modelo de relação jurídica que não é pública, mas também não é paritária e igual a ponto de ser eminentemente privada. Poderia dizer também que é uma relação privada, porém com feição pública, em razão dos elementos que hoje despontam com agressividade no cotidiano dessas relações.

A associação civil compõe esse cenário e evidencia um pujante poder na sociedade organizada por ser integrante do denominado terceiro setor, com aptidão para influenciar comportamentos e direcionar as políticas públicas e privadas do país.

É por esse motivo, não sendo nem parte do Estado, nem com exclusiva atuação na esfera privada, que se passou a estudar a estrutura das associações, com foco no seu poder disciplinar, decorrente do exercício da autonomia e liberdade de gestão. Nesse contexto, chamou-se atenção para o poder de expulsar os membros da associação, a forma como se processa essa penalidade, tudo isso em cotejo com as garantias e direitos básicos do associado, expresso pelo art. 57 do Código Civil Brasileiro, após alteração promovida pela Lei n. 11.127/2005.

O estudo das associações civis, seja no tratamento dado pela Constituição Federal de 1988, seja no Código Civil, teve o objetivo de compreender toda a parte normativa que regula essas entidades para posteriormente enfrentar os problemas de natureza jurídica e prática com o advento da nova redação do art. 57 do Código Civil.

A análise da teoria da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas auxiliou na compreensão de que o devido processo legal, enquanto direito individual fundamental, deve ser aplicado diretamente, na sua acepção formal – procedimento- e material - justa causa-, nas relações associativas, agora por força de texto legal. Desnecessário, entretanto, traçar um padrão fixo e rígido de procedimento, porquanto cada entidade tem a liberdade de fazê-lo dentro dos objetivos e da realidade institucional. É vedado, porém, a omissão quanto às garantias fundamentais do cidadão (associado), porquanto traduziria em inconstitucionalidade da norma estatutária.

De igual sorte, a análise do artigo à luz da constitucionalização do direito civil proporcionou uma abertura filosófica para contextualizar o problema e concluir que a autonomia privada da associação civil, enquanto entidade, não restou suprimida ou desrespeitada pela previsão do procedimento para averiguação de penalidade, sobretudo a de expulsão. Na verdade, a perfeita harmonia entre o exercício da autonomia privada e os direitos dos associados só existe quando o equilíbrio entre os dois pólos da relação se estabelece através da garantia, via decisão normativa interna, dos direitos fundamentais do

integrante do grupo civil, a legitimizar constitucionalmente essas próprias decisões. Isto por que não há qualquer respaldo numa decisão privada que desrespeite direitos fundamentais do indivíduo.

Aparentemente inocente, o novo texto legal penetra, de forma elogiável, na organização administrativa da associação, impondo aos particulares a observância dos direitos de contraditório e da ampla defesa dos associados por ocasião da aplicação das penalidades, em especial no caso de expulsão, demonstrando-se que também as associações, preservadas suas características essenciais, devem se curvar à ordem civil-constitucional e, despojando-se de uma atitude individualista e arbitrária, passe a contemplar um local de derradeira garantia e realização de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ACANDA, Jorge Luiz. **Sociedade civil e hegemonia**. Tradução Lisa Stuart. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.
- ALEXANDER, Jeffrey C. **The civil sphere**. New York: Oxford University Press, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, José Carlos Barbosa Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Cláusulas gerais e proteção da pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. São Paulo: Atlas, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BIDET, Jacques. **Teoria de la modernidad**. Buenos Aires: Letra Buena - EL Cielo por Asalto, 1993.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. In: **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. 2 ed. Coord. George Salomão Leite. São Paulo: Método, 2008.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 12 de julho de 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CABRAL, Érico de Pina. A “autonomia” no Direito Privado. **Revista de direito privado**, São Paulo, n. 19, p. 83-129, jul-set. 2004.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra editora, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. **O Direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em 05 de setembro de 2009.

_____. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999, p. 289.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2007.

EHRHARDT, Marcos Júnior. **Direito civil: LCC e parte geral**. vol I, Salvador: JusPodivm, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da Cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Rodrigo Chaves de. **Cooperativas no Brasil**. Liberdade de associação e ausência de fiscalização. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2123, 24 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12659>>. Acesso em 06 de maio de 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

GALIZA, Andréa Karla Amaral de. **Colisão entre direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas: um estudo sobre a eficácia das normas definidoras dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e os possíveis parâmetros para a solução dos conflitos**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Recife: UFPE, 2006.

GARCIA, Gilberto. **Novo direito associativo**. São Paulo: Método, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HARBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 21 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.

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

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

KEYNES, Edward. **Liberty, property and privacy**: toward a jurisprudence of a substantive due process of law. Pensilvânia: Penn State University Press, 1996.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Tradução Original Luciana Villas-Boas Castelo Branco. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução: Antônio Manuel Hespanha. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2003 A.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**. Brasília, Senado Federal, n. 141, jan-mar 1999.

_____. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Segundo tratado sobre governo civil e outros escritos. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**, vol. I, 4 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1962.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

LOTUFO, Renam. **Código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MACEDO, Manuel Vilar de. **As associações no direito civil**. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria geral do processo**, vol. 1. São Paulo: RT, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral, tomo I, atualizada por Wilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 1999.

MONTEIRO, Washginton de Barros. **Curso de direito civil**, vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1968.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

NERY, Nelson. **Novo código civil e legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002.

PERLINGIERI, Pietro e RUSCELLO, Francesco. **Manuale di diritto civile**. 4 ed. Italia: Edizioni Scientifiche Italiane.

_____. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Perfis de direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007.

_____. **Do contrato social**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de direito público**, Lisboa, n. 82, p. 41-52, 1986.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SOMBRA, Thiago Luís dos Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas**: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

SALAMOM, Lester. De solitários a solidários. In: DREYER, Lylian e Johannpeter, Maria Helena Pereira. **O quinto poder**: consciência social de uma nação. Porto Alegre: L&PM, 2008.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SZAZI, Eduardo. **Terceiro setor**: regulação no Brasil. 4 ed. São Paulo: Petrópolis, 2006.

STAZIN, Rachel. Associações e sociedades. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, n. 128, ano 41, out.-dez. São Paulo: Malheiros, 2002.

SZTOMPKA, Peter. **A sociologia da mudança social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. **Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira**. Boletim da faculdade de Direito Studia Juridica, n. 48, Colloquia 6, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2000.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p.18

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficácia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2000.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2004.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.