

A APLICAÇÃO DIRETA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A LIBERDADE ASSOCIATIVA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza¹

1. INTRODUÇÃO



aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas deriva da modificação dogmática que reconhece, em paralelo à dimensão interpretativa e limitadora, a eficácia normativa que qualifica as disposições constantes da Constituição. É certo que a adoção dessa metodologia pelo direito brasileiro, inclusive pela *praxis* dos Tribunais Superiores, foi lenta devido ao contexto que reconhecia às Constituições somente a prerrogativa de regular a organização estatal, não intervindo nas minúcias das relações estabelecidas pelos particulares na sociedade. Entendia-se que esta matéria deveria ser tratada pelo legislador infraconstitucional, sobretudo através das codificações, ratificando a separação entre o direito público e o direito privado.

Superada essa divisão estanque, é possível verificar na atualidade a existência de uma simbiose de matérias, apresentando a Constituição os valores básicos que devem reger a organização de todo o Estado, ao mesmo tempo em que apresenta normas específicas sobre situações tipicamente privadas, como podem servir de exemplo a propriedade e a família. Diante desse quadro, paralelamente à possibilidade de aplicação direta das previsões constitucionais de cunho privatista, o legislador

¹ Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); professora da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) – campus Três Rios.

infraconstitucional deve ponderar interesses ao enunciar suas normas, sempre condicionado ao sistema de forma integral, eis que impossível se divorciar da realidade axiológica determinada pela Constituição. O mesmo se afirma para o operador que, ao aplicar o direito, deve ainda interpretá-lo de acordo com os elementos do caso concreto, para que finalmente alcance a resposta mais consentânea com a conformação do Estado, nitidamente vocacionado para a proteção de interesses existenciais, em favor dos quais os patrimoniais se erguem como meros instrumentos.

A releitura dos institutos do direito privado e a aplicação direta das normas constitucionais diversificaram a forma de análise sobre o direito civil, sendo tratada especificamente, neste trabalho, a situação jurídica dos entes associativos. Estes, enquanto formações sociais cuja finalidade está em promover a manifestação da personalidade, não podem, em regra, desviar-se das normas constitucionais, sendo, por vezes, necessária a atuação do Poder Judiciário para garantir a liberdade para redação de seus estatutos e a criação de regras proibitivas – desde que proporcionais – quanto ao acesso de alguns pretendentes aos quadros associativos.

2. NOTAS SOBRE A APROXIMAÇÃO ENTRE A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PRIVADO

A eficácia das normas previstas na Constituição variou de acordo com a conformação política e econômica dos Estados, fixando-se entre extremos que vão desde a configuração das normas constitucionais como meras propiciadoras de direitos públicos subjetivos até a sua utilização imediata na esfera privada de interesses.

No contexto do Estado Liberal de Direito era excepcional a intervenção estatal na vida dos cidadãos, eis que necessário garantir de forma plena a manifestação de vontade como forma

de incrementar os mercados e, por efeito, fortalecer a economia dos países que se colocavam em expansão. Havia, assim, completa ausência de vínculos entre o Direito Constitucional e o Direito Privado, tratando o primeiro de circunstâncias de exclusivo interesse do Estado, enquanto ao último cabia, principalmente através do Código Civil, regular todas as relações de interesse que estivessem abrangidas entre o nascimento e morte do indivíduo, principalmente aquelas de significado patrimonial, dada a axiologia preponderante à época. Os sujeitos de direito eram regidos pela regra da igualdade e da liberdade, vivendo em ambiente de separação entre o público e o privado, já que os órgãos estatais tinham como regra, em benefício dos particulares, o dever de omissão – as denominadas liberdades públicas negativas. O espaço privado era aquele no qual se permitia que os particulares exercessem juridicamente a sua liberdade individual, fortalecendo-se o papel do Código como documento normativo que organizava a concretização desse direito².

Esse contexto é bastante diferente do atual, eis que modificadas as esferas de atuação e de influência dos diplomas legislativos, dada a ocorrência de uma série de fatos que terminaram por evidenciar a necessidade e a importância da aproximação entre a Constituição e as relações privadas entretidas pelos indivíduos. Hoje, pode-se afirmar, a ordem constitucional regula o poder político e a sociedade civil, fazendo-o principalmente através de uma ampla inserção dos direitos fundamentais em seu texto, cujas características básicas são a supremacia e rigidez.

²FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporáneo brasileño a partir del derecho civil-constitucional. *Revista de derecho comparado*, v. 15, p. 243-272, Buenos Aires, 2009, p. 252. Vide também, TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, ano 54, n. 341, 11-26, março, 2006.

Essa modificação foi consequência da superação do Estado Liberal pelo Estado Social, colocada a pessoa, como sujeito concreto de necessidades, no centro do ordenamento, ao contrário daquela visão abstracionista e esquemática que legitimava o antigo Direito Privado, cuja base estava em inserir o sujeito de direito como homem neutro e titular de relações jurídicas patrimoniais já previamente delimitadas e definidas³. Viabiliza-se, assim, maior intervenção do Estado, na medida em que são enunciados valores que qualitativamente alteram a vida privada das pessoas, algo verdadeiramente impensável sob aquela antiga ótica.⁴

No que pertine ao Direito Privado, houve tratamento de matérias que envolvem, por exemplo, a propriedade em sua atual configuração funcionalizada, e a modificação das relações de família em sua estrutura e conteúdo, como a determinação da igualdade entre cônjuges, a proteção às diversas entidades familiares e a igual atribuição de efeitos para a filiação.

É importante ressaltar que outras Constituições brasileiras chegaram a tratar de questões civis⁵, no entanto não se equipara a forma de tratamento anterior à atual, pois é perceptível a criação de uma tábua de valores, inspirada na proteção constitucional maior à dignidade da pessoa humana, e que deve impregnar o tratamento jurídico de todas as relações, partindo-se do pressuposto da supremacia das previsões constitucionais⁶.

³ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 262.

⁴ Na Alemanha, inclusive, foi preponderante a Constituição de Weimar para a modificação nas relações entre o Direito Constitucional e o Direito Privado. HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1992, p. 35.

⁵ Por exemplo, a Constituição de 1934, dispunha em seu art. 113, 17, sobre a garantia do direito de propriedade, que não poderia ser exercido contra o interesse social. Ao mesmo tempo, outras Cartas, como a 1934, 1937, 1946 e 1967, sempre fizeram referência a diversas questões de natureza civil, principalmente no que pertine à família.

⁶ “Pretendeu, portanto, o constituinte, com a fixação da cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana acima aludida e mediante o estabele-

Assim, considerado que Direito Constitucional e Direito Privado não são mais compartimentos estanques, deve-se conviver com a realidade de que a Constituição disciplina princípios básicos para a vida privada, tendo estes mesmos princípios especial força, na medida em que encampam uma função interpretativa das normas infraconstitucionais, limitadoras da legislação futura e de aplicação imediata sobre as relações privadas, com base na sua qualidade de normas⁷.

A concepção de que as normas constitucionais deveriam ser aplicadas de forma direta passou a ganhar força no momento em que se constatou a disseminação na comunidade de poderes sociais fundados em situação de desigualdade.⁸ Nesses ca-

cimento de princípios fundamentais introdutórios, definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos. Propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se estruturas jurídicas funcionalizadas à realização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo central da Constituição brasileira de 1988. Assim, a pessoa humana – e não mais o sujeito de direito neutro e abstrato –, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, em qualquer situação que reclame tutela, torna-se a categoria central do direito privado, redesenhado pelos valores constitucionais.” TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, ano 54, n. 341, 11-26, março, 2006, p. 26.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 571-572.

⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales ? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 301. Alguns exemplos de poderes sociais apresentados por Canotilho: proibição de venda de unidades territoriais para negros; multinacional que determina a não gravidez de uma executiva; recusa do senhorio a que o inquilino instalasse uma antena parabólica; demissão por recusa de trabalho em matéria que feria a consciência; divórcio por que o

sos, nas relações estabelecidas entre os particulares encontrava-se comprometido o mínimo de liberdade e igualdade que funcionavam como a base para o exercício da autonomia privada. Isso levou Juan María Bilbao Ubillos a criticar o termo “eficácia horizontal”, pois horizontalidade não se verificaria nas hipóteses de poder social desigual. No entanto, essa crítica, logo após corretamente retificada pelo mesmo autor⁹, perdeu sua validade ao se antever que as normas constitucionais devem ser sempre aplicadas nas relações entre particulares, eis que efeito direto da qualidade normativa da Constituição. Assim, exista ou não relação de poder, seja ele público ou particular, deve-se aplicar diretamente a norma constitucional, estando a diferença unicamente nos critérios a serem utilizados para a ponderação nas situações de conflito, pois quanto maior a linearidade da relação, maior o espaço de compressão voluntária da própria autonomia a ser realizada por seu titular¹⁰.

3. APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS: CORRENTES E A POSIÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

O direito alemão possui destaque no tratamento das ques-

marido trocou de religião. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil ? A eficácia dos direitos fundamentais na origem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 111-112.

⁹ UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales ? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 303.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 256.

tões afetas aos direitos fundamentais, sendo vanguardista, por exemplo, no que pertine à aplicação direta das normas constitucionais perante os particulares, ainda que não se concorde com o método adotado naquele país. Talvez esse fato se explique pela própria necessidade vivida no país no sentido de criar um sistema jurídico voltado para o cumprimento efetivo dos direitos humanos, após os efeitos deletérios que a guerra impôs ao seu povo e a toda humanidade. Assim, enquanto muitos países ainda sofriam com regimes ditatoriais e viam nas Cartas meros diplomas políticos e de promessas retóricas, em 1954, o juiz Nipperdey utilizava, pela primeira vez, no sistema alemão, a técnica da aplicação direta, em caso que dizia respeito a relações trabalhistas.¹¹

O assunto comporta discussões de grande monta, reunindo teorias e técnicas diversas, o que impõe uma análise mais aprofundada sobre o assunto.

Inicialmente, é possível identificar uma postura mais reticente sobre a aplicação de normas constitucionais nas situações que envolvam particulares, sendo ainda firme a ideia de que as ameaças de direitos provenientes dessa esfera se contemplam nas leis civis e penais, portanto, na legislação ordinária, e não na Constituição, que restaria somente como documento legislativo que estabelece os limites que os poderes públicos não podem ultrapassar. Ou seja, este raciocínio diminui o seu alcance, colocando-a como simples restrição aos poderes constituídos, que legitimamente possuem o encargo de resolver as lesões a direitos ocorridas na vida privada. O mais forte argumento dessa teoria é o de que a intervenção direta de normas constitucionais nas relações civis acarretaria uma degradação na autonomia privada, eis que ameaçadas restariam a liberdade para os ajustes e a segurança de seu cumprimento. Seria, atualmente, a postura teórica adotada nos Estados Unidos, cujo temor de fracionamento no liberalismo – alicerce de seu siste-

¹¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. cit.*, 307.

ma –, terminaria por causar injustiças e desigualdades. Neste país os direitos fundamentais só vinculam os órgãos estatais – daí a importância das chamadas *state actions* – garantindo-se um maior espaço de não intervenção.

No entanto, é possível perceber que essa postura mais reticente quanto à intervenção da norma constitucional na vida dos particulares termina por se afigurar bastante injusta e incoerente, esforçando-se a doutrina e a jurisprudência dos países que a adotam, em estender o significado de ação lesiva estatal para que determinados atos privados sofram aquela incidência. Assim é que por vezes se entende ser mais adequado considerar algumas situações privadas como equivalentes a uma ação estatal e considerar que a lesão passa a ser do Estado sempre que conferida execução a contrato discriminatório¹², ou, ainda, qualificar o ato como estatal nos casos de forte conexão entre o particular e a atividade governamental^{13 14}.

Em outro aspecto, agora sendo defendida a aplicação constitucional, variam os seus métodos, ora privilegiando-se a atividade do legislador infraconstitucional, ora afastando-se a

¹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: 2003, Renovar, p. 176

¹³ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 201 e 203. No caso *Burton v. Wilmington Parking Authority*, a Suprema corte decidiu que um restaurante, que ocupava espaço alugado do Poder Público, estava adstrito ao princípio da igualdade, não podendo discriminar seus clientes com base em motivos raciais.

¹⁴ De maneira parecida tem-se o direito espanhol, em que questões processuais de restrição são resolvidas por algumas formas, tais como: a ampliação do campo de competência dos órgãos originários para demandas sobre direitos fundamentais (o tribunal espanhol só aceita a análise de lesões providas do Poder Público); e a consideração de que a decisão judicial originária que não aplica o direito fundamental equivale a uma atuação lesiva do Estado. UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales ? *Op. cit.*, p. 321 e ss.

sua serventia e necessidade.

Ao se trabalhar com a denominada aplicação indireta ou mediata das normas constitucionais, estabelece-se que a operatividade dos direitos fundamentais no campo das relações privadas encontra-se condicionada à mediação de um órgão do Estado, que pode ser, a depender da situação, o legislador ou o juiz. Para essa teoria, seria exigível que o legislador ordinário concretizasse a norma constitucional ou que o juiz o fizesse através de seu trabalho interpretativo sobre os conceitos indeterminados do direito privado, sempre à luz da axiologia que impregna os direitos fundamentais. Essa postura prevalece no direito alemão e, somente em casos excepcionais, pode haver a aplicação direta, sendo fundamental o fato de que a titularidade dos direitos fundamentais não pertence ao particular, e sim ao órgão estatal, seja ele o Legislador ou o Judiciário. Assim, Canaris, ao defender sua teoria dos deveres de proteção ou imperativos de tutela, afirmava ser o cidadão titular do direito subjetivo à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, cabendo ao juiz, diante de eventual lacuna, uma postura bastante cautelosa, já que a norma não poderia ser criada pelo Poder Judiciário, cabível o uso dos instrumentos corretos para o suprimento do dado normativo, do que seria exemplo uma ação de inconstitucionalidade por omissão, preservando-se a diretriz de que a autonomia dos privados só deve ser atingida pelo legislador.¹⁵

Os defensores da necessidade da lei como elemento que aproxima os direitos fundamentais das relações privadas tecem os seguintes argumentos: primeiro, o vínculo à Constituição continuaria sendo integralmente respeitado, pois cabe ao legis-

¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 223-243.

lador ponderar valores antes de criar as normas, sendo esta muito mais importante que a atuação ponderativa realizada pelo juiz¹⁶ e, segundo, seria muito conveniente a existência de uma lei para concretizar o direito fundamental, restringindo-se a figura do julgador a sua aplicação prática.

No entanto, se essa postura objetiva diminuir a atividade judicial, preservando a eleição ponderativa de valores realizada pelo Poder Legislativo – que é um poder legitimado em razão do voto – em contraposição ao Judiciário – que não o é – teme-se que seu intuito não venha a lograr êxito diante da atual conjuntura. Isso porque o cenário jurídico contemporâneo contribui para o que se poderia chamar de “Estado jurisdicional de direito”, sendo essa uma realidade que surge em razão da própria mudança do Estado, em termos sociais e democráticos, e que se baseia na proteção dos direitos fundamentais, ou seja, algo muito anterior e mais amplo que a simples discussão sobre a aplicação direta. De outra maneira, a necessidade de defender a intermediação através da lei não afasta a atuação judicial, eis que sempre coube ao juiz proceder à interpretação e integração do direito, sendo hoje muito mais relevante a necessidade de uma conduta judicial positiva quanto à efetivação dos princípios constitucionais. Ou seja, é importante a atuação legislativa, mas afigura-se, na contemporaneidade, inescapável a

¹⁶ UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. cit.*, p. 307- 310. O legislador se guiará pela idéia de que deve haver uma concordância prática, estabelecida através de uma ponderação que se expressa no princípio da proporcionalidade (GRAU, María Venegas. *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio da autonomía privada*. Marcial Pons: Madrid, 2004, p. 154). O julgador efetua ponderação sobre a ponderação já feita pelo legislador (SARLET, Ingo Wolfgang. *Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas*. In: *Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35; idem HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madri: Civitas, 1992, p. 65)

presença marcante do juiz na solução dos conflitos, ressaltando-se, porém, que uma postura mais positiva não se confunde com arbitrariedade e usurpação de poder.

Sobre a aplicação indireta viabilizada por meio da atuação judicial, tem-se que: os direitos fundamentais devem ser interpretados pelo juiz no momento da aplicação do direito privado; os direitos fundamentais devem ser considerados como elementos preponderantes para o preenchimento do conteúdo das cláusulas gerais introduzidas pelo legislador – alguns exemplos: boa fé, função social e melhor interesse¹⁷.

Antes de tecer algumas críticas a esse entendimento, é necessário ressaltar que, nesses casos, a liberdade – para preenchimento de sentido das cláusulas gerais – foi conferida ao juiz pelo próprio legislador, ou seja, trata-se de atuação permitida.¹⁸ Partindo-se desse pressuposto, outro elemento pode ser acrescentado para o fim de negar, integralmente, a prestabilidade dessa concepção, eis que a função interpretativa, como atividade a ser procedida pelo juiz, é atitude inafastável do ofício de aplicar a lei ao caso concreto. Como argutamente defendido por Pietro Perlingieri, o sentido da norma somente surge após a sua interpretação em um contexto preciso, não havendo um sentido imanente à palavra. Somente é possível individualizar o sentido de um texto após a determinação de seu campo de aplicação com referência a fatos concretos, de modo que é impossível aplicar a norma sem a sua interpretação tópica¹⁹. Imprescindível, em adendo, que a interpretação judicial guie-se pela axiologia constitucional, servindo para o fim de proceder a uma releitura de todas as normas do sistema, sob pena de se

¹⁷ Por exemplo o preenchimento do conceito de melhor interesse da criança numa ação de guarda, seria um exemplo de concretização da cláusula geral. BARROSO, Luis Roberto. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. *Revista da OAB-RJ*, vol.24, n. 1, p. 201-260, jul-dez, 2008, p.208.

¹⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. cit.*, p.314.

¹⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 603-604

desvirtuar a posição dos princípios constitucionais, retrocedendo-se ao tempo em que eram concebidos como simples princípios gerais do direito, cuja aplicação coadjuvante só se fazia aparecer diante da inexistência de lei sobre determinado assunto. Ou seja, a lei é importante, mas a atividade hermenêutica, amparada nos ditames constitucionais, é imprescindível para uma boa atuação do direito, terminando-se por defender que esses aspectos não são excludentes mas cumulativos, em prol do atendimento das necessidades atuais de compreensão e efetividade do direito.

Desse modo, em linhas gerais, mas não conclusivas, na relação estabelecida entre o direito constitucional e o direito privado, tem-se que, inicialmente, cabe ao primeiro servir de guia para o desenvolvimento do segundo, e a este, a qualidade de instrumento que fornece os meios e as minúcias necessárias para a concretização do primeiro.²⁰ Nesse mister, atua o juiz como personagem bastante ativo e responsável pelo maior cumprimento possível das normas constitucionais, restando somente, em acréscimo, para completar a análise da conjuntura atual e ideal, o estudo sobre a aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas, como consequência da estruturação do direito nacional contemporâneo.

As normas constitucionais não podem mais ser interpretadas como meras promessas de atuação do legislador infraconstitucional, impondo-se a sua eficácia imediata para o fim de amparar os negócios estabelecidos pelos cidadãos, independentemente do pronunciamento do legislador infraconstitucional sobre o assunto. A atual Constituição não só dispôs sobre assuntos de natureza civil, como assumiu a postura de especificar os valores que devem permear e sustentar a ordem civilista, estabelecendo a sua base. Dessa forma, não há razão que inviabilize, pelo contrário, a aplicação direta dessas normas àquelas

²⁰ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. *Op. cit.*, p. 87 e 88.

relações. Assuntos como posse e propriedade, relações de consumo, contratos em geral, criança e adolescente e relações de família, modificam-se por meio dessa incidência imediata, concretizando a funcionalização desses institutos ao interesse e incremento da dignidade, como também, em alguns casos, ao interesse social.

Nesse sentido, Pietro Perlingieri, a entender que “A introdução, por parte da Constituição, de valores normativos no direito positivo não pode deixar de incidir também no plano dos comportamentos e do dever fazer, prescindindo da mediação de regras em nível inferior ou de *standards* valorativos.”²¹

Afigura-se estéril defender de maneira contundente a aplicação somente indireta das normas constitucionais, eis que, na verdade, esta nada mais significa que a incidência da Constituição no caso a ser resolvido, porém de maneira matizada pela previsão normativa inferior, logicamente mais adequada haja vista a especificidade com o conflito a ser resolvido. Deve-se partir do pressuposto de que a interpretação e aplicação do direito, dada a necessidade de sua combinação e simultaneidade, pressupõem a utilização do sistema como um todo e não de partes separadas e estanques.

Na verdade, a opinião voltada a considerar as normas constitucionais como suscetíveis de concretização somente indireta ‘isto é, mediante as normas ordinárias, sejam estas expressas por cláusulas gerais ou mediante o mecanismo da previsão específica e detalhada da *fattispecie* abstrata’, não entende que, na realidade, trata-se não de aplicação indireta, mas de aplicação coordenada com uma disposição ordinária segundo o esquema do ‘combinado disposto’.²²

Na visão do mesmo autor, o “combinado disposto” deve

²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 207

²² *Id. Ibidem*, p. 218.

ser entendido como atividade de individuação da própria normativa, pois, se a decisão, como dito, é de todo o ordenamento, necessário torna-se buscar as normas menores²³.

Com o mesmo entendimento, na análise do direito brasileiro, Gustavo Tepedino:

Assim sendo, há de ser superada a discussão, por vezes vã e ociosa, quanto à aplicação direta ou indireta das normas constitucionais. Em um ordenamento unitário (como não pode deixar de ser), a norma constitucional há sempre que prevalecer, direta ou indiretamente, vez que a legislação ordinária apenas encontra legitimidade se conformada aos valores constitucionais de forma que sua aplicação representa a aplicação da própria Constituição.²⁴

Ainda restam setores doutrinários a tecer críticas à incidência imediata das normas constitucionais mediante argumentos vinculados ao aniquilamento da autonomia privada; comprometimento da segurança jurídica; bem como a substituição do legislador pelo juiz na tarefa de regular as relações sociais. No entanto, facilmente podem ser afastadas essas conjecturas, porque: a incidência sobre a autonomia privada, relativizada em alguns momentos, não a enfraquece, mas concretiza-a de maneira mais efetiva, na medida em que a coloca no mesmo plano dos demais direitos fundamentais²⁵; e, sobre a atuação judicial, somando-se ao que foi descrito anteriormente, tem-se

²³ Imprescindibilidade do dado normativo: “A solução a cada controvérsia deve ser dada não somente levando em consideração o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas à luz de todo o ordenamento, em particular dos seus princípios fundamentais, como escolhas de fundo que o caracterizam.” (PERLINGIERI, Pietro. *Id. Ibidem*, p. 175)

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes superiores brasileiras. *Revista da OAB-RJ*, vol.24, n. 1, p. 125-142, jul-dez, 2008, p. 138-139.

²⁵ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 250; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, p. 130.

que o juiz passa a ser o agente que aplica a norma de maneira fundamentada e racional, a partir das circunstâncias e detalhes fornecidos pelo próprio caso a ser julgado, atuação passível, portanto, de verificação objetiva pela comunidade.

Algumas características do sistema brasileiro ratificam a utilização das previsões constitucionais sem a necessidade de norma intermediária, sobretudo pelo fato de permitir o controle difuso de constitucionalidade, permitindo-se que cada juiz, na esfera de sua competência, e não interessando a instância na qual exerça o seu ofício, reconheça a incompatibilidade das normas infraconstitucionais face à Lei Maior.²⁶

Outras teorias existem sobre o assunto, sendo importante mencioná-las para o fim de completude da análise, mas não para que se estabeleça a posição do direito brasileiro que, como afirmado, adota a aplicação direta e imediata das normas constitucionais às relações privadas.

Para Jürgen Schwabe, toda lesão a um interesse do direito privado decorre de uma espécie de “permissão” do Estado, já que nem o Executivo, o Legislativo e o Judiciário teriam sido eficientes no controle para a sua não ocorrência²⁷. Daí, qualquer lesão deveria ser atribuída ao Estado, incidindo a norma constitucional para sanar uma relação conflituosa que se estabeleceria entre este e o particular. Trata-se, na verdade, de postura que faz retroceder a evolução e a nova caracterização do direito constitucional, persistindo por atrelá-lo tão somente ao comportamento estatal.

Já Robert Alexy afirma que não é possível utilizar uma só teoria de forma individualizada, eis que várias delas se complementam. Assim, ao reunir três aspectos das já mencionadas posturas teóricas, ter-se-ia que o juiz deve considerar o direito

²⁶ Situação essa não vivenciada em outros países, onde costuma haver um tribunal específico e com competência própria para a aplicação de normas constitucionais, como ocorre na Alemanha.

²⁷ *Id. Ibidem*, p. 240 e 241.

fundamental na interpretação e aplicação da norma jurídica – aplicação indireta; o juiz lesaria o direito fundamental se não o considerasse para a solução do conflito interprivado – teoria dos deveres de proteção; e, perante os particulares, não haveria dúvida sobre a eficácia direta. Para Alexy, seria falsa qualquer afirmação no sentido de que uma das teorias, por si só, possa ser considerada correta²⁸. É bom considerar, porém, que o ponto de vista defendido por este autor parte de uma especificação técnica que não afasta a possibilidade de que se defenda tão somente a aplicação direta, eis que considerada esta como um plus, não afasta a consideração das demais, ao contrário, as pressupõe.

Por fim, apresenta-se a postura de alguns autores que, a exemplo de José Carlos Vieira de Andrade, consideram a viabilidade da aplicação direta somente nos casos de relação assimétrica. Nas simétricas, a eficácia dos direitos fundamentais seria simplesmente indireta²⁹, com o que não se pode, obviamente, concordar, haja vista a natureza suprema e normativa da Constituição como lei rígida de aplicação inquestionável às relações privadas, sendo descabida e desarrazoada a desigualdade no tratamento das relações.

4. A APLICAÇÃO DIRETA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A liberdade individual como bem jurídico e direito fundamental deve conviver com outros direitos de igual natureza, o que termina por conferir-lhe a característica da relativização frente à força de iguais interesses que se confrontam no caso

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002, p. 515.

²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.271-298.

concreto.

É importante ressaltar, porém, que nem sempre a liberdade será regrada pelo direito, havendo espaços de não regulação, onde impera um arbítrio permitido aos seres humanos como forma de manifestação de seus desejos e concretização de sua autonomia. Assim, mesmo diante de algumas situações em que se estabeleça uma desigualdade numa relação entre particulares, é impossível permitir a incidência do direito constitucional, sob pena de grave lesão à esfera de manifestação livre de uma imposição regrada. Dentro da família, por exemplo, é fato alheio à atuação judicial o clássico caso do pai que confere a um filho presente mais valioso que a outro, da mesma forma que, em outras searas, ninguém é obrigado a tratar todas as pessoas de forma igual – por exemplo, os colegas de trabalho – pelo simples fato de que todos exercem a mesma profissão e trabalham num mesmo lugar³⁰.

No entanto, afastado este campo em que a liberdade é protegida, outro muito maior se impõe no sentido de que as condutas humanas, principalmente as derivadas da autonomia, sejam contrapostas aos interesses de mesmo grau, para o fim de se alcançar um resultado que considere a unidade do ordenamento. Para Pietro Perlingieri, o princípio se caracteriza como norma que impõe a máxima realização de um valor³¹, sendo comum a ocorrência de conflitos entre os mesmos, situação em que o intérprete deve considerar os dados do caso concreto para definir o princípio que será aplicado para a solução do problema, através de compressões necessárias e justificáveis pela técnica da ponderação.

Atualmente a finalidade da ciência jurídica tem sido alcançada por meio da aplicação direta de regras e princípios, sendo importante ressaltar, nesse aspecto, a interferência que as mudanças sobre a análise e a configuração do Direito exerce-

³⁰ UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. cit.*, p.333.

³¹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 580.

ram sobre o referido assunto. Tanto as regras quanto os princípios possuem a característica comum de pertencerem ao gênero norma, ou seja, ambas espécies normativas têm a função de fixar um dever-ser que visa regular a conduta do seres humanos.

4.1. SOBRE OS PRINCÍPIOS

A primeira caracterização dos princípios pode ser encontrada nos ensinamentos da Escola Jusnaturalista, segundo a qual seria preponderante considerar um grande rol de valores e direitos inatos, impregnados pelo ideal de justiça e legitimados por uma ordem superior, que deveriam guiar a vida dos homens em sociedade, bem como inspirar a atividade reguladora do Estado³². Nessa época os princípios eram considerados meras abstrações, devendo ser rechaçada qualquer imposição de normatividade, porque a forte carga axiológica de que eram dotados atribuíam-lhes tão somente a condição de regra universal que impunha a todos um comportamento correlato aos seus ditames.

Referindo-se ao período em que predominante fora a Escola Jusnaturalista, assevera Paulo Bonavides:

[...] aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça³³.

A raiz teológica que esteve presente na construção da doutrina do Direito Natural foi afastada a partir do século XVI,

³²BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n.225, p. 5-37, jul-ago-set. 2001, p. 18.

³³BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 232.

quando o racionalismo, consubstanciado na ênfase sobre a natureza e a razão humanas, passou a exercer influência sobre aquela linha filosófica, criando o denominado Direito Natural Moderno³⁴. Sua atuação, influenciada pelos ideais iluministas, foi preponderante para a derrocada da monarquia absoluta no século XVIII, estando também presente, agora já no século XIX, no movimento codificador que terminou por apresentar ao mundo o Código Civil francês de 1804. A partir desse momento, a tendência foi de cada vez mais identificar o Direito com a lei codificada, alcançando o jusnaturalismo racionalista o seu ocaso, tendo em vista a supremacia adquirida pouco tempo depois por uma outra Escola chamada de Positivismo.

Esta nova concepção através da qual estudava-se o fenômeno jurídico, estava amparada na objetivação das regras, tendo sido afastados do Direito quaisquer resquícios de valores ou considerações metafísicas. A equiparação acrítica entre Direito e norma, bem como a centralização estatal no que se refere à construção normativa eram a tônica dessa nova Escola³⁵. Sob outro aspecto, é de se ressaltar, ainda nesse momento, a ausência da característica da normatividade dos princípios, pois mesmo que estivessem dispostos nos códigos, a estes foi reservada a função subsidiária de suprir eventuais lacunas que viessem a ser percebidas no momento da aplicação da lei, garantindo-se, dessa forma, a completude e a onipotência do direito legislado, vez que até as lacunas seriam supridas pelos princípios, que, por sua vez, eram derivados das próprias normas.

A configuração do positivismo, através de sua extrema rigidez, não se coadunava, em essência, com o sentido da ciência jurídica, porque restou verificada a ausência de valores, perdendo-se, inclusive, o sentido de justiça que deve sempre guiar as ciências que tenham, por finalidade, a regulamentação das condutas humanas. Dessa forma, a correspondência exata

³⁴BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 18.

³⁵*Id. Ibidem*, p. 22.

entre o Direito e a norma fez com que estivessem aparentemente legitimadas as várias atrocidades cometidas aos seres humanos, servindo, como exemplo, a atividade nazista que mostrou ao mundo que o cumprimento peremptório da lei seca e fria pode apartar-se sobremaneira da concepção de humanidade.

A restrita análise do sistema normativo, diante desses fatos, não poderia mais ser fomentada, sendo necessária a introdução de valores, não significando isso um retorno ao jusnaturalismo, vez que se tornava premente a existência de injunções mais concretas, o que, certamente, não correspondia ao abstracionismo característico daquela primeira escola. Assim surgiu uma postura intermediária entre o direito natural e a vertente positivista, na medida em que não promoveu uma ruptura do sistema, mas, aproveitando-se das regras existentes, fez ingressar uma série de valores, principalmente através dos princípios, promovendo, inclusive, uma nova interpretação para aqueles já existentes no ordenamento.

Os princípios, então, passaram a portar valores, sendo a eles concedida a qualidade de verdadeiras normas, restando inseridos no próprio texto constitucional. A trajetória cumprida pelos princípios até que alcançassem o ponto mais importante do ordenamento, foi notada por Paulo Bonavides:

Os princípios baixaram primeiro das alturas montanhosas e metafísicas de suas primeiras formulações filosóficas para a planície normativa do Direito Civil. Transitando daí para as Constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa³⁶.

Os princípios, quando expressos no texto constitucional, concentram os valores que são considerados de precípua relevância para a comunidade na qual estão inseridos, contribuindo para a unificação do sistema, e, assumindo, segundo Norberto Bobbio, as funções de interpretar, integrar, dirigir e limitar todo

³⁶BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 264.

o sistema³⁷.

Note-se, porém, que o próprio Norberto Bobbio sempre defendeu a normatividade dos princípios, tendo asseverado, em sua Teoria do Ordenamento Jurídico, que os princípios gerais seriam as normas fundamentais do sistema, apresentando também a opinião de Crisafulli, que se conduzia no mesmo sentido. Para tanto, este último chegara a afirmar que a normatividade dos princípios estaria amparada em duas argumentações: a primeira respaldava-se no fato de que se os princípios derivavam das normas, não poderiam ter outra natureza, e a segunda dizia que se seriam aplicados com a mesma finalidade das normas, ou seja, resolver casos concretos, dessa mesma maneira deveriam ser considerados³⁸.

Uma vez considerados como normas, a ordem jurídica nacional convive com a possibilidade de que os princípios venham a colidir no momento de regular determinada hipótese fática. Aliás, na organização política e jurídica do Brasil, é plenamente aceitável a ideia de inúmeros conflitos entre princípios, porquanto vigente o pluralismo de valores, impondo-se a todos igual proteção, principalmente quando constantes do mesmo documento constitucional.

À técnica utilizada para a solução desses conflitos foi atribuído o nome de ponderação de interesses ou valores, sendo esse o meio hábil para a definição de qual princípio deverá ser aplicado para a solução do problema em concreto.

Nessa hipótese, a atividade do intérprete deve conduzir-se através de uma análise da situação fática, verificando-se quais as mútuas limitações podem ser operadas, lembrando-se sempre que a restrição aos princípios colidentes deve ser a menor possível e, também, que a determinação dos limites operará

³⁷ *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 255.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª edição. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 158-159.

para aquele caso em específico e não de forma genérica. A solução dos conflitos entre interesses, por meio da ponderação, é tão casuística e tópica, nada impedindo que, em outro caso, a análise dos fatores venha a enaltecer aquele princípio que, em casos anteriores, havia sofrido restrições.

Assim, somente a situação analisada poderá conferir ao intérprete os elementos necessários para a ponderação. A atual configuração do ordenamento não mais permite a criação de esquemas normativos *a priori*, que legitimam uma postura meramente subsuntiva do juiz no momento de aplicar a lei. São as circunstâncias do fato que devem direcionar o intérprete para encontrar a mais adequada solução para o caso concreto. Segundo Pietro Perlingieri,

Do confronto fato-norma se individua o significado jurídico a ser atribuído àquele fato concreto e o ordenamento assume um significado real, sem perder sua intrínseca função de ‘ordenar’. Fato e norma são o objeto do conhecimento do jurista, destinado a proceder do particular ao particular, reduzindo tudo à unidade dos valores jurídicos sobre os quais se fundam a convivência social e a justiça de cada caso³⁹.

É correto afirmar que essa postura não interfere na consideração valorativa em abstrato e no enquadramento normativo geral dos princípios em confronto.

Diante da caracterização dessa técnica, tornou-se necessário, para que arbitrariedades não fossem cometidas, que algumas diretrizes e critérios fossem fixados para o seu direcionamento, costumando-se apontar para a concretização de tal fim a adoção do princípio da proporcionalidade.

As diretrizes que passariam a informar a técnica da ponderação seriam as seguintes: necessidade de coordenação entre as medidas adotadas e os fins a serem alcançados; a exigência

³⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 657.

de que as finalidades fossem obtidas da forma menos gravosa possível e também que os prejuízos causados com a medida devessem ser menores que os benefícios por ela implementados.

É realmente indubitável a adequação desse procedimento formal às hipóteses de conflito de interesses, porquanto seja capaz de conferir a solução menos onerosa para o problema apreciado.

Para confirmar essa assertiva basta relembrar a igualdade de hierarquia e de valor existente entre os princípios constitucionais, de modo que os direitos conferidos por meio dessas normas, não podem vir a sofrer restrições desarrazoadas, devendo, ao contrário, constar a devida fundamentação para a excepcional limitação a eles conferida. Por isso, de acordo com as peculiaridades demonstradas pela situação *sub judice*, a intenção deve ser a de preservar ao máximo a coexistência entre os princípios, de modo que, quando isso não for possível, o sacrifício mínimo a ser imposto sobre um deles deverá ser relevante e eficaz somente para o caso em voga.

É importante salientar que a ponderação não se encontra desvinculada da racionalidade e controlabilidade das decisões⁴⁰, porque uma das maiores críticas sofridas por essa técnica é justamente a incerteza e a possibilidade de se encampar o decisionismo judicial. Mas, a fundamentação das decisões (art. 93, IX, CF de 1988) é uma exigência representativa para os cidadãos, por expressar justamente segurança e independência, compatibilizando-se com o Estado de Direito mediante uma argumentação precisa e razoável, a permitir confrontações, sendo utilizada inclusive a doutrina de Chaim Perelman para se

⁴⁰ Argumentação significa: “...é a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de uma determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta...” BARROSO, Luis Roberto. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. *Revista da OAB-RJ*, vol.24, n. 1, p. 201-260, jul-dez, 2008, p. 237.

afirmar que o argumento não deve convencer tão somente ao juiz, e sim um auditório formado por pessoas inteligentes, cuidadosas e desinteressadas⁴¹.

A aplicação das normas constitucionais às relações privadas, em alguns casos, conduzirá à necessidade de ponderação de interesses, principalmente da autonomia, eis que muitas as hipóteses em que, diante ou não dos poderes sociais, é possível antever que a própria pessoa titular do direito se insere voluntariamente numa relação de desigualdade ou discriminação, evidenciando que o exercício da liberdade foi feito de maneira desenfreada, vindo a colidir frontalmente com a expressão jurídica de proteção a outros valores. Nesses casos, impõe-se a opção por uma decisão que seja ponderada e justificada racionalmente e, para tanto, além das regras básicas de ponderação, que dizem respeito à adequação, necessidade e proporcionalidade, a doutrina⁴² costuma elencar outras diretrizes que podem ajudar a legitimar a decisão para tão intrincados casos.

A existência de situação de igualdade ou desigualdade fáctica entre as partes é um dos critérios que pode ser utilizado para auxiliar na ponderação de interesses, eis que quanto mais igualdade houver entre as pessoas mais respeito se impõe à autonomia, porquanto numa relação entre iguais afigura-se mais difícil verificar lesão aos interesses de uma das partes, considerada a premissa de uma mais fácil e informada discussão sobre os interesses em jogo. Também é importante saber se a própria pessoa participou do ato ou se se tratou de uma decisão unilateral, como, por exemplo, a despedida de um empregado por ser portador de certa doença.

Outro fator diz respeito à natureza do interesse discutido, se patrimonial ou existencial, uma vez que adotado o valor existencial da dignidade da pessoa como preponderante em

⁴¹ *apud* MACCORMICK, Neil. *Op. cit.*, p. 23.

⁴² SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 277- 281; e UBILLOS, Juan María Bilbao. *Op. cit.*; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, p. 187-189.

nosso sistema, todas as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas em seu favor.

Além disso, quanto mais próxima à esfera privada revelar-se a relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental vir a ser sopesado e prevalecer sobre a autonomia privada. Exemplificativamente, numa hipótese em que se tenha uma desigualdade ocorrida no interior da família ou da escola, ter-se-ia que esta última, por sua conotação mais social, deve suportar de forma mais direta a aplicação da Constituição.

Ao fim, deve-se tentar preservar a pluralidade característica da sociedade brasileira, com as suas diversas identidades e peculiaridades de seus agentes sociais, manifestadas sobretudo através da raça, da liberdade religiosa e da cultura.

Em síntese, deve-se partir do pensamento de Pietro Perlingieri, ao afirmar que a aplicação da norma na legalidade constitucional deve considerar três aspectos: a Constituição é um ato normativo como qualquer outra lei, contendo, portanto, disposições preceptivas; a aplicação das normas-princípio não obedece ao método silogístico da subsunção, impondo-se a sua otimização, de acordo com uma razoável ponderação em relação ao caso concreto a ser decidido; o ordenamento encontra-se permeado de valores e princípios historicamente enraizados, sendo relevante a ideia de sociedade e de ética pressuposta na Constituição⁴³.

5. O LIVRE DIREITO DE ASSOCIAR-SE CIVILMENTE NO CONTEXTO DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

5.1. ASPECTOS GERAIS

O Código Civil brasileiro, no início da parte geral, trata das pessoas naturais e, logo após, das pessoas jurídicas. Sobre

⁴³ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 595-596.

estas, dispondo especificamente a respeito das espécies pertencentes ao direito privado, elencou em seu art. 44, aquelas que possuem intuito de lucro – sociedades; as que se estruturam sobre um patrimônio destinado à consecução de um objetivo – fundações; as de natureza religiosa – organizações religiosas; e aquelas de cunho estritamente político – partidos políticos. Além dessas, tratou ainda de uma pessoa jurídica cujas características seriam congregar um grande número de pessoas e perseguir fins morais, pios, literários, artísticos, desportivos ou de lazer⁴⁴. Trata-se da associação, ente criado pela manifestação da vontade humana para o fim de perseguir finalidades que não estejam vinculadas à repartição de lucros entre os seus participantes. Sua organização deve ser disciplinada pelo estatuto, elencando a lei cláusulas que são consideradas essenciais a sua validade (art. 54), bem como outros aspectos da vida associativa, tais como matérias pertinentes à relação da associação com seus associados (arts. 53, 55 e 56), a regulação de alguns de seus órgãos e respectivas atribuições (arts. 59 e 60).

O direito serve para regular a vida em sua dimensão relacional, não devendo ser esquecido que mesmo ao tratar de direitos individuais, parte-se do pressuposto de que o seu exercício se dará no contexto da comunidade e não de forma isolada⁴⁵. Assim é que a criação de uma pessoa jurídica bem demonstra esse aspecto da vida de relação, eis que sua gênese encontra-se na dificuldade reconhecida pelo ser humano no sentido de obter sozinho alguns resultados que somente a união de pessoas e de bens pode ofertar.

Esses grupos, denominados de formações sociais e que, na verdade, assumem a fisionomia de comunidades intermediárias, possuem um objetivo fixado pelos seus participantes, mas em sua essência encontram-se, como quaisquer outros institu-

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, p. 349.

⁴⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 464.

tos do direito civil, funcionalizados à realização e incremento da personalidade. Para Pietro Perlingieri, essa “idoneidade funcional à concretização do valor-pessoa identifica o limite e, ao mesmo tempo, a razão justificadora da tutela oferecida pelo ordenamento às formações sociais.”⁴⁶ É certo que não se pode realizar um nivelamento que equipare todas as formações sociais (família, escola, sindicato, partido), pois há nelas, a depender do tipo, características mais relacionadas ao patrimônio ou aos interesses existenciais, mas o que não pode ser negado é o fato de que a sua própria formação atende à realização de um interesse pessoal humano vocacionado à realização de certos fins⁴⁷.

5.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

No direito brasileiro a prerrogativa de associar-se encontra seu fundamento na Constituição Federal⁴⁸, como direito fundamental que se insere na previsão mais ampla do direito à liberdade da pessoa humana. Será visto mais à frente que há temperamentos a essa prerrogativa, atitude, sem dúvida, neces-

⁴⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 466.

⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 466.

⁴⁸ “Art. 5º (...)

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

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

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;”
BRASIL. *Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

sária para a harmonização de todas as liberdades constitucionais.

Em 1891 (art. 72, § 8º), foi apresentada a primeira previsão constitucional para o direito de associação, considerado à época juntamente com o direito de reunião. Foi repetido e solidificado nas Cartas posteriores até a sua atual redação.

No contexto internacional não esteve presente nas primeiras grandes declarações de direitos, tendo sido a ideia de associar-se, inclusive, recusada no auge do liberalismo, por sua vocação individualista. Para os ideais da Revolução Francesa, a formação de um ente associativo afrontaria a igualdade, os direitos individuais e a liberdade política. No entanto, em um ambiente democrático essa concepção não encontra fundamento, justamente porque dada a independência e fraqueza que caracterizam os cidadãos, os mesmos cairiam na impotência se não aprendessem a ajudar-se livremente.⁴⁹

Para a doutrina constitucionalista brasileira os elementos básicos do direito de associar-se encontram-se na sua base contratual, como ente surgido da manifestação da vontade humana; na permanência desse vínculo – contrariamente, por exemplo, ao direito de reunião; e na licitude de seus fins, já que não se permite a constituição de entes que persigam finalidades contrárias aos valores e interesses que sustentam o Estado brasileiro. Em acréscimo, a liberdade associativa compreenderia as atitudes de criar a pessoa jurídica, aderir à mesma, desligar-se dela e, até mesmo, de dissolvê-la⁵⁰. A determinação constitucional de não intervenção do Estado conduz à prerrogativa de auto-organização, sendo as associações autônomas e livres para a elaboração de seus próprios atos constitutivos, sem interven-

⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 414.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115.

ções externas.⁵¹

É importante afirmar que na mesma previsão constitucional encontra-se o fundamento não só para as associações propriamente ditas, mas também para outros agrupamentos, tais como, as sociedades, entidades sindicais e profissionais, cooperativas, e outras.

A própria Constituição, no entanto, impõe o contrapeso necessário à enunciação da liberdade associativa, determinando, como afirmado anteriormente, a licitude de seus fins e a vedação de que sejam criadas associações de caráter paramilitar.⁵² Essa restrição se inspira claramente no passado político vivenciado pelo país, repudiado de forma veemente pelo constituinte democrático de 1988. Não seria possível, porém, que todas os limites fossem enunciados de maneira explícita, sendo tal até mesmo desnecessário uma vez se considere que todas as prerrogativas constitucionais são relativas, devendo harmonizar-se com as demais.

Sabe-se que as restrições aos direitos fundamentais por vezes vem instituídas detalhadamente pelo próprio legislador constitucional, já outras vezes este somente permite que a legislação infraconstitucional venha realizá-la (art. 5º, XII, sobre o sigilo de comunicações e correspondências), mas, em todos os casos, é possível antever a possibilidade de que o juiz, diante do caso concreto, através do método ponderativo, venha a realizar as compressões necessárias na extensão dos direitos fundamentais, para o fim de declarar a normativa mais adequa-

⁵¹ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 470.

⁵² Conceitualmente, organizações paramilitares seriam: “corporações privadas de cidadãos ou estrangeiros que se apresentam armados, fardados e até adestrados, embora não integrem os quadros do Exército, nem da polícia de um país. Treinam os seus componentes, possuidores ou não de armamentos particulares, para manusearem armas de fogo ou armas brancas, em operações bélicas ou de extermínio de pessoas.” BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit.*, p. 469.

da e proporcional para a solução do conflito. Assim, nem mesmo a determinação de que as atividades associativas devem ser lícitas precisava restar expressa no texto, pois uma análise sistemática do ordenamento conduz a esse resultado, sendo importante afirmar com a doutrina civilista que “...a criação de um ente associativo não gera uma realidade à parte do ordenamento, a qual possa ser regulamentada como um universo independente, insuscetível de controle judicial quanto à compatibilidade das atividades desenvolvidas com a ordem pública constitucional.”⁵³

5.3. O ACESSO AOS QUADROS ASSOCIATIVOS

Uma característica que merece ser ressaltada e repetida sobre a configuração jurídica das associações é aquela segundo a qual toda a sua organização encontra-se inserida no contexto do sistema jurídico, não podendo, portanto, desvincular-se de seus valores e imposições. Funcionalizada ao interesse da pessoa, “A associação é merecedora de tutela enquanto for idônea a consentir a formação e o desenvolvimento dos seus associados que, quando alcançam o escopo associativo, realizam a si mesmos”⁵⁴. No entanto, é necessário que o exercício dessa prerrogativa existencial se dê em consonância com os outros interesses que se encontram em paralelo, num contexto de uma sociedade solidária, impondo-se que a finalidade da nova formação social seja alcançada sem arbitrárias discriminações, com igualdade de tratamento e com respeito aos princípios de ordem constitucional⁵⁵.

Sobre esse assunto, importante trabalhar com a relação

⁵³ TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 139.

⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.*, p. 473.

⁵⁵ *Id. Ibidem*, p. 474.

estabelecida entre as associações e a pessoa dos associados, principalmente no que diz respeito aos procedimentos de admissão e exclusão dos mesmos do quadro associativo. Sabe-se que a associação, por suas próprias características, se perfaz através da união de pessoas que comungam uma determinada forma de pensamento, ocorrendo a união para que o fim se torne viável de forma mais facilitada e exitosa. A consideração sobre a pessoa do associado é preponderante, tanto assim que o próprio art. 56 do Código Civil dispõe sobre a intransmissibilidade daquela qualidade, salvo nos casos de previsão estatutária. Assim, é possível que seja vedado o acesso, assim como seja determinada a retirada de algum dos seus integrantes caso se verifique que não mais ocorre aquela identidade de ideologias e de objetivos.

Sobre a exclusão de associados que não manifestem condutas adequadas aos fins associativos é imprescindível que sejam obedecidas as previsões estatutárias ou as deliberações adotadas pela Assembleia Geral (art. 57, CC), mas sempre num contexto mais amplo que agrega as previsões constitucionais. As normas constitucionais, quando possível, devem ser aplicadas diretamente às relações estabelecidas no interior da associação, não sendo possível aceitar-se a hipótese de que se estabeleça um regramento à parte. As soluções previstas no estatuto foram pensadas e aceitas pelos próprios associados, mas tal fato não serve para o fim de afastar a força das normas constitucionais que informam a interpretação e aplicação de todas as previsões normativas menores.

A admissão e a exclusão de associados podem ser denegadas com base no estatuto, sob a alegação de não preenchimento, pelo proponente, de requisitos voltados para a unidade e o bem do corpo associativo. “Contudo, não poderá o estatuto funcionar como uma realidade fora do ordenamento, não lhe sendo permitido evadir-se de atender plenamente à tábua prin-

ciológica estabelecida na CF.”⁵⁶

O Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades já se manifestou sobre a necessidade de que as associações observassem as normas constitucionais referentes ao devido processo legal, com amplo exercício do direito de defesa para os casos de exclusão de associados. O primeiro caso, julgado em 1996, reintegrou os recorrentes ao quadro social, uma vez verificada a inadmissibilidade da exclusão que fora realizada como resposta punitiva ao desafio lançado pelos mesmos. Considerado o fato de que a exclusão fora uma alternativa lançada pelos próprios recorrentes, resolveu a cooperativa excluí-los de seus quadros sem a observância das regras pertinentes ao direito de defesa. Nesse caso em específico, o direito encontrava também previsão estatutária, mas diante da afronta realizada pelos associados, resolveu o ente proceder à exclusão sumária, sem direito de defesa⁵⁷. O segundo caso, bastante similar, tratava de exclusão de músico pertencente à União Brasileira de Compositores, sem o respeito ao devido procedimento. Apesar de o caso ser bastante parecido, percebe-se que dado o decurso do tempo, já que esta segunda ação fora julgada em 2005, percebe-se uma fundamentação mais concreta e substancial sobre a aplicação direta das normas constitucionais, pelo Poder Judiciário, aos problemas associativos:

⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*, p. 143.

⁵⁷ No voto do Ministro Marco Aurélio tem-se que “...O Colegiado de origem acabou por mitigar a garantia da ampla defesa, levando em conta o desafio lançado pelos Recorrentes no sentido de serem julgados pela Assembléia da Cooperativa. A exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude da defesa nos processos em geral. Mais do que nunca, diante do clima reinante, incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 158215-4 RS. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 1996. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 15.05.2011.

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.⁵⁸

Vistos alguns aspectos sobre a exclusão de associados, é importante que também o acesso aos quadros da pessoa jurídica tenha suas regras e cláusulas estatutárias submetidas às injunções constitucionais, sendo tarefa do operador do direito compatibilizar a regra da liberdade de associação com os outros direitos que porventura possam entrar em colisão. É certo que a determinação constitucional de que as associações não se constituam para fins ilícitos já oferece uma diretriz bastante concreta para a organização da matéria, eis que vedada encontra-se a formação que tenha por objetivo perseguir alguma finalidade contrária ao sistema jurídico. Assim, por exemplo, nada impede que pessoas se reúnam para defender uma determinada ideia que seja lícita e juridicamente aceitável, mas que não seja compartilhada por todos da mesma sociedade. A associação existe como identidade na expressão de uma vontade, o que integra a própria personalidade do indivíduo, afinal, o princípio genético de sua constituição está na vontade gregária de seus

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201819-8 RJ. Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 15.05.2011. A relatora original, Ministra Helen Gracie, restou vencida por entender que a liberdade associativa abrangia a regulamentação sobre a exclusão de associados, não devendo sofrer qualquer tipo de intervenção estatal, já que as partes eram conhecedoras de suas previsões, tendo concordado com as mesmas.

componentes⁵⁹. Mas, isso não deve ser confundido, com a defesa de condutas e de atitudes discriminatórias frente àqueles que não defendem o mesmo ideal, pois nesse caso se verificará o abuso no exercício daquela prerrogativa, através do desrespeito à autonomia das outras pessoas. Desse modo, nada impede, por exemplo, que pessoas que defendam o casamento se reúnam numa associação para cultivar esses valores e passem a permitir tão somente o ingresso de pessoas casadas. No entanto, a prática de atos discriminatórios e violentos, em evidente falta de respeito à liberdade titularizada por todos os seres humanos, deve ser repudiada, não merecendo ser tutelada pelo ordenamento, já que terá se transformado num ajuntamento para fins contrários aos fins constitucionais.

Toda a questão está relacionada à razoabilidade das decisões estatutárias, cabendo um exercício de análise sobre a pertinência que a pessoa pretendente tem com a associação, sendo admitidas restrições que se coadunem com os seus fins, mas que não sejam tão graves de forma a contrariar os valores constitucionais.

É da essência das associações a afinidade entre seus membros para persecução dos fins almejados: trata-se, como já observado, de uma *universitas personarum*, cumprindo ao corpo social a aprovação de novos associados. Não haveria sentido a imposição, aos associados, da aceitação de novos integrantes que não se mostrassem aptos a auxiliar na busca do fim colimado.⁶⁰

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “A admissão no quadro social é fundada em razões *intuitu personae*, e subordinada a requisitos estatutários (art. 54, II, do Código).”⁶¹ Mas

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 350

⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*, p. 146

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 351.

casos concretos evidenciam que a análise deve ser muito mais ampla, sob pena de que sejam protegidas graves afrontas ao ordenamento jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça já aceitou que fosse proposta denúncia pelo Ministério Público de Minas Gerais no caso em que clube mineiro não aceitou a proposta de inclusão de um casal negro no quadro associativo. No caso em tela, houve tratativas de aquisição das quotas do clube pelo telefone, combinando as partes o valor e o dia em que se encontrariam para o devido repasse. Nesse momento, quando houve contato visual entre os interessados, o responsável pela venda rapidamente se recusou a concretizar a proposta já previamente estabelecida. O denunciado, responsável pelo clube, segundo narra a denúncia, sempre esteve à frente da direção da entidade e nunca teria tolerado a participação de negros, salvo raríssimas exceções.

O Superior Tribunal de Justiça, nesse caso, negou provimento ao recurso em habeas corpus que objetivava o trancaamento da ação penal, entendendo que:

(...) 2. A recusa de admissão no quadro associativo de clube social, em razão de preconceito de raça ou de cor, caracteriza o tipo inserto no artigo 9º da lei 7716/89, enquanto modo da conduta impedir, que lhe integra o núcleo.

3. A faculdade, estatutariamente atribuída à diretoria, de recusar propostas de admissão em clubes sociais, sem declinação dos motivos, não lhe atribui a natureza especial de fechado, de maneira a subtraí-lo da incidência da lei. (...) ⁶²

Esse problema ilustra a constituição de pessoa jurídica cujos fins eram lícitos, pois tratava-se de clube que se destina-

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 12809-MG. Rel. Hamilton Carvalhido. Brasília, 22 de março de 2005. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10.06.11.

va ao entretenimento e lazer, mas cujo procedimento de admissão de associados encontrava-se eivado de grave inconstitucionalidade por impor discriminação racial. Ou seja, a recusa na inclusão dos pretendentes não se afigurava razoável, eis que totalmente desvinculada dos objetivos eleitos pela formação social. Como já anteriormente afirmado pela doutrina: “Quanto ao acesso ao corpo social, este poderá ser mais restrito, como já se aludiu, mas sem chegar ao ponto de permitir atos desarrazoados que traduzam indubitável discriminação, o que não seria compatível com o sistema constitucional.”⁶³

Outra recusa de admissão aos quadros associativos ocorreria novamente no estado de Minas Gerais, só que neste caso dizia respeito a não admissão de menor sob guarda como dependente no clube em que a tia já constava como integrante. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça não chegou a analisar a questão constitucional que envolvia a matéria, por faltar competência para tanto, mas aplicou o art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que equipara para todos os fins a situação do menor sob guarda. Evidente, todavia, que essa previsão constitui um reflexo da previsão constitucional de não discriminação e ampla proteção das crianças e adolescentes, como parte da doutrina do melhor interesse, cuja previsão encontra-se no art. 227.⁶⁴

Outro exemplo, neste caso referente a questões culturais vinculadas à raça, vem do estado da Bahia. O bloco de carnaval Ilê Aiyê, fundado em 1974, sempre teve como objetivo a valorização da cultura negra, tendo trazido para o carnaval baiano instrumentos musicais pertencentes à cultura africana, atitude que recebeu o nome de “reafricanização” do carnaval. Esse

⁶³ TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. *Op. cit.*, p. 147.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 93634-MG e 323.859-MG. Relatores Min. Eduardo Ribeiro e Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 24 de agosto de 1999; 12 de novembro de 2001 (respectivamente). Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10.06.11.

bloco, até passado recente, não aceitava que brancos participassem de seu quadro de associados, pois os mesmos não compartilhavam das mesmas ideias em termos de proteção e divulgação da cultura africana, que era o elemento condutor da criação do grupo⁶⁵.

Nesse caso, é importante ressaltar que, de acordo com o ponto de vista defendido neste trabalho, afigura-se legítima a não aceitação de pessoas brancas para a participação naquele bloco, na medida em que razoável não aceitar o ingresso de pessoas que não partilham as concepções do mesmo país de origem, estando estas interessadas tão somente na diversão proporcionada pela manifestação. Tratava-se, em verdade, de um resgate cultural e não de pura discriminação pela cor.

Com alguma discussão que envolvia a possível quebra da resistência da entidade negra – há algumas especulações no sentido de que se trata de estratégia de marketing, e outras no sentido de que trata-se de simples manifestação do bloco no sentido de que não é racista –, o bloco incluiu em seu quadro uma ala alternativa, “Eu também sou Ilê”, e passou a aceitar brancos como seus associados, tendo ocorrido o desfile misto no carnaval de 2010⁶⁶.

Também na Bahia encontra-se o exemplo do bloco Filhos de Gandhi. Também em defesa da cultura negra, mas de forma bastante suave, este grupo fundado em 1949, não faz escolha de raça entre seus associados, ainda que, até pouco tempo, só homens negros fizessem parte de seus quadros. Mas, conforme defendido por seus dirigentes, essa nunca foi uma escolha ideológica, mas meramente incidental já que os estivadores – fundadores do grupo – eram todos negros. Mas, o que chama a

⁶⁵ O refrão do hino entoado no primeiro desfile do bloco já denunciava a proposta dos integrantes: “Somo crioulo doido, somo bem legal, somo bleque pau. Branco se você soubesse o valor que o negro tem, tu tomava banho de piche, ficava preto também.” Disponível em www1.folha.uol.com.br. Acesso em 08.06.11.

⁶⁶ Disponível em www.meionorte.com. Acesso em 08.06.11.

atenção nessa mesma agremiação é o fato de que só homens são admitidos como seus integrantes. Segundo afirma Agnaldo Silva, presidente do bloco, este fora formado por estivadores e não havia mulheres trabalhando na estiva. Os homens trabalhavam no cais e as mulheres ficavam responsáveis pela confecção dos turbantes usados na avenida. Até hoje as mulheres são responsáveis pela indumentária e os homens pela aparição pública na rua na época do carnaval⁶⁷.

Esse problema, porém, merece ser analisado e interpretado de forma diversa do anterior, eis que distintas as circunstâncias em que se apresenta. Deve ser considerado como uma simples contingência o fato de que no momento da formação do grupo – 1949 – só existiam homens em seus quadros. Existe uma justificativa para esse fato, pois até por uma questão de conformação histórica e social de atribuição das funções por gênero, em que aos homens cabia a provisão de alimentos para a subsistência da família e às mulheres os cuidados com o lar e os filhos, não podiam as mulheres trabalhar na estiva. Assim, dada a proposta do bloco de promover a paz e considerada como simples contingência a inexistência inicial de mulheres em seus quadros, não pode ser considerada razoável a escolha de que somente homens façam parte da agremiação, transparecendo uma discriminação de gênero sem qualquer proporcionalidade.

Esse equilíbrio de interesses só poderá ser mensurado no caso concreto, pois é nesse momento que se estabelecerão os dados para o exercício de ponderação. A determinação do relevo a ser conferido ao exercício das prerrogativas constitucionais não pode ser fixado *a priori*. Será a interpretação do caso, com a definição expressa e justificada das necessárias compressões, que legitimará a resposta judicial, corrigindo a ilegalidade cometida e restaurando a harmonia entre os valores preponderantes para a vida social.

⁶⁷ Disponível em www.carnaval.bahia.com.br. Acesso em 08.06.11.

6. CONCLUSÃO

Considerando os aspectos tratados nesta pesquisa, podem ser elencadas as seguintes conclusões:

1. Inicialmente, dada a configuração do estado Liberal havia completa ausência de vínculos entre o Direito Constitucional e o Direito Privado, tratando o primeiro de matérias de exclusivo interesse do Estado, enquanto ao último cabia, principalmente através do Código Civil, regular todas as relações particulares de interesse do indivíduo;
2. Atualmente, a ordem constitucional regula o poder político e a sociedade civil, fazendo-o principalmente através de uma ampla inserção de direitos fundamentais e matérias civis em seu texto, o que viabiliza uma maior intervenção do Estado, na medida em que são enunciados valores que qualitativamente alteram a vida privada das pessoas, algo verdadeiramente impensável sob aquela antiga ótica. O sujeito abstrato das relações jurídicas cedeu, na contemporaneidade, lugar para a pessoa concreta, titular de necessidades individualizáveis
3. As normas constitucionais devem ser aplicadas sempre que necessário nas relações entre particulares, eis que este é efeito que decorre diretamente da qualidade normativa da Constituição. Assim, exista ou não relação de poder, seja ele público ou particular, deve-se aplicar diretamente a norma constitucional.
4. Ultrapassadas, portanto, no direito brasileiro, as seguintes concepções: as ameaças de direitos provenientes da esfera privada se contemplam nas leis civis e penais, portanto na legislação ordinária, e não na Constituição, que restaria somente como documento

legislativo que estabelece os limites que os poderes públicos não podem ultrapassar; a aplicação da Constituição deve ser simplesmente indireta ou mediata, encontrando-se condicionada à mediação de um órgão do Estado, que pode ser, a depender da situação, o legislador ou o juiz. Para essa teoria, seria exigível que o legislador ordinário concretizasse a norma constitucional ou, que o juiz o fizesse, através de seu trabalho interpretativo sobre os conceitos indeterminados do direito privado.

5. As normas constitucionais não podem mais ser interpretadas como meras promessas de atuação do legislador infraconstitucional, impondo-se a sua eficácia imediata para o fim de amparar os negócios estabelecidos pelos cidadãos entre si, independentemente do pronunciamento do legislador infraconstitucional sobre o assunto. Até mesmo porque – e aí se verifica a inutilidade da discussão – a Constituição será aplicada mesmo no caso de intermediação de uma norma infraconstitucional.
6. As associações afiguram-se como formações sociais que servem como instrumento para a realização da pessoa, devendo tal aspecto compatibilizar-se com o respeito aos outros direitos constitucionais, dada a inserção numa sociedade solidária.
7. Aspectos associativos, tais como as previsões estatutárias pertinentes à exclusão e aceitação de novos associados, não podem se furtar, quando necessário, a uma intervenção estatal direta, com base nas normas constitucionais. A criação de uma associação não viabiliza a constituição de um ente isolado e excluído da legalidade constitucional.
8. Decisões judiciais evidenciam essa realidade, tanto no sentido da determinação de reintegração de sócios

quando ilegitimamente excluídos, quanto na reprovação de atos discriminatórios de acesso ao quadro. É certo que a resposta jurídica mais adequada não pode ser oferecida em abstrato, eis que necessita dos dados concretos do problema. Assim, questões raciais e discriminações de gênero podem ou não estar embasadas em interesses legítimos contrários, cabendo ao juiz realizar a devida ponderação no caso posto *sub judice*.



7. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. *Revista da OAB-RJ*, vol.24, n. 1, p. 201-260, jul-dez, 2008, p.208.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, n.225, p. 5-37, jul-ago-set. 2001.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª edição. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 158-159.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 158215-4 RS. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 1996. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 15.05.2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 201819-8 RJ. Relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 15.05.2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 12809-MG. Rel. Hamilton Carvalhido. Brasília, 22 de março de 2005. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10.06.11.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 93634-MG e 323.859-MG. Relatores Min. Eduardo Ribeiro e Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 24 de agosto de 1999; 12 de novembro de 2001 (respectivamente). Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 10.06.11.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil ? A eficácia dos direitos fundamentais na origem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bona-*

- vides. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FACHIN, Luiz Edson. Los derechos fundamentales en la construcción del derecho privado contemporâneo brasileiro a partir del derecho civil-constitucional. *Revista de derecho comparado*, v. 15, p. 243-272, Buenos Aires, 2009.
- GRAU, María Venegas. *Derechos fundamentales y derecho privado: los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio da autonomía privada*. Marcial Pons: Madrid, 2004.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madri: Civitas, 1992.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Elsevier, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas. In: *Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In:

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. *Revista Jurídica*, ano 54, n. 341, 11-26, março, 2006.

_____. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes superiores brasileiras. *Revista da OAB-RJ*, vol.24, n. 1, p. 125-142, jul-dez, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código civil interpretado conforme a constituição da república*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 139.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales ? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

OUTROS ACESSOS ELETRÔNICOS:

www1.folha.uol.com.br. Acesso em 08.06.11.

www.meionorte.com. Acesso em 08.06.11.

www.carnaval.bahia.com.br. Acesso em 08.06.11.