

***Drittwirkung* de Direitos Fundamentais e Associações Privadas**

André Rufino do Vale

*Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de
Brasília, Assessor do Procurador-Geral da República na Área
de Controle de Constitucionalidade.*

DOI: 10.11117/22361766.09.01.03

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve relato do caso em julgamento e da jurisprudência do STF; 2 Contornos teóricos da eficácia jurídica dos direitos fundamentais no âmbito privado: a doutrina da *Drittwirkung der Grundrechte*; 3 A doutrina da *Drittwirkung der Grundrechte* e sua aplicação às associações privadas: o conflito entre autonomia do grupo e direitos fundamentais do indivíduo; 4 A recepção da doutrina da *Drittwirkung der Grundrechte* na jurisprudência do STF: aplicação imediata do princípio constitucional do devido processo legal nas relações privadas endoassociativas; À guisa de conclusão.

INTRODUÇÃO

Um dos aspectos mais característicos e determinantes da fundamentalidade formal e material das constituições na atualidade, ou seja, de sua pretensão de assumir efetivamente a posição de norma suprema do ordenamento jurídico,¹ consiste na interação entre Constituição e direito privado² e, especificamente, na influência dos princípios constitucionais na ordem jurídica privada.

Assim, muito se tem discutido a respeito do fenômeno da constitucionalização do direito privado,³ tanto que a doutrina passou a instituir a expressão direito civil constitucional.⁴ De fato, hoje os civilistas se preocupam com a

1 Riccardo Guastini entende a “constitucionalização do ordenamento jurídico” como um processo de total “impregnação” do ordenamento por normas constitucionais. Em suas palavras, “um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais” (tradução livre). GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México/DF: Fontamara, 2003, p. 153. Pedro Cruz Villalón fala em “ordenamento jurídico invadido pela Constituição”. CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

2 Sobre o tema, vide: HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

3 Para Flóres-Valdés, mais adequado é falar em constitucionalização do direito civil. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. *El derecho civil constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 20.

4 “*El Derecho civil constitucional*”, expressão singularizada por Joaquín Arce y Flóres-Valdés, com base em alguns trabalhos a respeito do tema, como o do conhecido autor italiano Pietro Perlingieri. Cf. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. Op. cit., p. 183-190.

questão da influência das normas constitucionais no direito civil e o tema aparece em distintos capítulos dos manuais, sendo cada vez mais numerosos e variados os estudos monográficos sobre matérias civis desde uma ótica constitucional.⁵ Segue-se então o que ensina DÍEZ-PICAZO, quando enfatiza que à perspectiva habitual no estudo e análise do direito civil deve adicionar-se, como ponto de partida, uma permanente perspectiva constitucional.⁶

No contexto do tema da constitucionalização do direito privado, assume especial importância o problema da incidência das normas constitucionais, mormente aquelas que consagram direitos fundamentais, nas relações jurídicas privadas.⁷ O tema tem sido alvo constante dos constitucionalistas brasileiros, cujas pesquisas e trabalhos começam a construir, por meio dos aportes da doutrina do direito comparado – especialmente nas realidades lusitana, espanhola e alemã –, um corpo doutrinário sistemático a respeito da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º)⁸ do catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988 na ordem jurídica privada.⁹

- 5 Dentre vários, podem-se citar, na doutrina nacional, os seguintes trabalhos: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002; TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; RAMOS, Carmen Lucia Silveira et al. *Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 29, jan./mar. 1999; LOTUFO, Renan (coord.). *Direito civil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002; BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- 6 Apud ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, Joaquín. Op. cit., p. 37.
- 7 Pode-se afirmar, com certa segurança, que o problema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares constitui o tema mais polêmico no contexto mais amplo da constitucionalização do direito privado.
- 8 A Constituição de 1988, ao trazer um elenco generoso de direitos e garantias fundamentais e impor que as normas definidoras desses direitos e garantias “têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º), criou um terreno fértil para o desenvolvimento da discussão sobre a extensão da eficácia dessas normas às relações privadas.
- 9 Dentre outros, cabe mencionar os trabalhos mais recentes: STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Cadernos de Soluções Constitucionais*, 1, São Paulo: Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas, Malheiros, 2003; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – Análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 221; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. São Paulo: Renovar, 2003.

Como não poderia deixar de ser, o crescente desenvolvimento da doutrina especializada sobre o assunto acabou refletindo diretamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. No recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ, o Ministro GILMAR MENDES defendeu a tese da incidência direta do princípio constitucional do devido processo legal nos procedimentos para expulsão de sócios de uma sociedade civil. Nesse aspecto, o voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES adentra na jurisprudência constitucional brasileira como precursor no desenvolvimento da eficácia jurídica imediata dos princípios constitucionais no âmbito privado.¹⁰

O presente ensaio pretende tecer comentários sobre esse importante voto, demonstrando os aspectos relevantes da doutrina que o circunda. A primeira parte é dedicada a um simples e breve comentário a respeito do caso sob exame do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ. Nessa perspectiva, torna-se imprescindível o relato da jurisprudência anterior, que de uma certa forma já anunciava uma tendência para a aceitação da tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais na seara privada. Num segundo momento, o estudo passa a focar-se na doutrina alemã da *Drittwirkung der Grundrechte*, recepcionada pelo voto do Ministro GILMAR MENDES. A partir desse estudo, analisa-se a aplicação dessa doutrina no âmbito das associações privadas, de forma a compreender os tipos de relações associativas e os direitos fundamentais nelas influentes. Todas essas considerações são utilizadas na quarta parte para analisar o voto do Ministro GILMAR MENDES e seus aspectos mais relevantes.

1 BREVE RELATO DO CASO EM JULGAMENTO E DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Está em julgamento no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ, cujo tema central diz respeito à doutrina da eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais nas relações entre particulares e sua aplicação às associações privadas.

O caso em julgamento pode ser assim resumido: a União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado, excluiu um de seus sócios por supostas infrações estatutárias por ele cometidas. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que havia sido violado o direito fundamental de ampla defesa e anulou a decisão da entidade.

O Ministro GILMAR MENDES, em seu voto, salientou que se tratava de “um caso típico de aplicação de direitos fundamentais às relações privadas”, um tema que, em sua opinião, deveria “ser apreciado sob a perspectiva de uma jurisdição de perfil constitucional”.

10 Supremo Tribunal Federal, RE 201.819-8/RJ, 2ª Turma, Relª Min. Ellen Gracie, Voto-Vista do Ministro Gilmar Mendes, DJ 24.11.2004.

Nesse sentido, ao fundamentar seu voto, o Ministro analisou com profundidade a relevante discussão doutrinária e jurisprudencial do direito comparado, tanto na perspectiva da *Drittwirkung der Grundrechte* do direito constitucional alemão, como sob o ângulo da *state action* norte-americana.¹¹ O voto caracterizou-se, nesse aspecto, como meio introdutório do tema na jurisprudência pátria.

Importante mencionar que casos semelhantes já haviam sido levados à Corte Suprema em outras duas ocasiões, sem que o Tribunal se utilizasse dos aportes da doutrina estrangeira a respeito da eficácia *inter privatos* dos direitos fundamentais.

No Recurso Extraordinário nº 158.215/RS,¹² havia controvérsia constitucional a respeito da legitimidade formal da expulsão de sócios de uma cooperativa sem a observância das regras estatutárias alusivas à ampla defesa dos excluídos. A Corte Suprema considerou a decisão da cooperativa atentatória à garantia fundamental do devido processo legal e determinou a reintegração dos sócios. O acórdão restou assim ementado:

“DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM – A intangibilidade do preceito constitucional assegurado 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.”

11 O Ministro Gilmar Mendes utilizou, como fundamento de seu voto, trabalho doutrinário de sua autoria: Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional 1999, p. 218-229.

12 Supremo Tribunal Federal, RE 158.215/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.06.1996.

O Recurso Extraordinário nº 161.243-6/DF,¹³ por sua vez, tratou de caso em que o estatuto de uma empresa de aviação francesa concedia vantagens somente aos empregados franceses, deixando de fora os empregados brasileiros. O Excelso Pretório examinou a questão sob o prisma do direito fundamental de igualdade e determinou a aplicação das regras estatutárias de forma isonômica aos trabalhadores brasileiros. A ementa do acórdão está assim escrita:

“CONSTITUCIONAL – TRABALHO – PRINCÍPIO DA IGUALDADE – TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA – ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA – APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO – CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, *caput*. I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, *caput*. II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc. é inconstitucional. Precedente do STF: AG 110.846/PR (AgRg), CÉLIO BORJA, RTJ 119/465. III – Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV – RE conhecido e provido.”

Com base nesses precedentes, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal, apesar de não ter discutido o aspecto teórico da questão, já se inclinava para a tese da eficácia direta das normas de direitos fundamentais nas relações privadas.

O voto do Ministro GILMAR MENDES, levando em conta os ensinamentos da ainda incipiente doutrina brasileira,¹⁴ vem consolidar a tendência, já demonstrada pelo Supremo Tribunal Federal, para a adoção da tese da eficácia imediata das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais na seara privada.

Dessa forma, o voto anuncia e sugere uma verdadeira gama de questões que requerem ser analisadas com a profundidade teórica necessária para a construção de uma dogmática dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada.

13 Supremo Tribunal Federal, RE 161.243/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19.12.1997.

14 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr./maio 2002; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: possibilidades e limites de aplicação no direito constitucional brasileiro*. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

O primeiro aspecto diz respeito à utilização dos aportes doutrinários do direito comparado sobre o problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. A doutrina alemã da *Drittwirkung der Grundrechte* passa a cobrar uma análise acurada que enseje a sua adequada recepção no direito constitucional brasileiro.

Ademais, ao formular razões para a observância obrigatória do princípio do devido processo legal nos procedimentos disciplinares internos das associações, o voto deixou plantados questionamentos sobre quais os tipos de associações e quais direitos fundamentais podem receber o mesmo tratamento aplicado na decisão.¹⁵ Assim, num segundo momento, impende refletir a respeito das relações privadas endoassociativas e dos direitos fundamentais nelas influentes, aplicando, dessa forma, a doutrina da *Drittwirkung der Grundrechte* no âmbito das associações privadas. O objetivo desta análise, com base nas premissas fixadas pelo voto do Ministro GILMAR MENDES, será construir critérios mais ou menos precisos que possam servir como guia ou norte para a jurisdição civil ordinária.

2 CONTORNOS TEÓRICOS DA EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO PRIVADO: A DOUTRINA DA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE*

Como já anunciado, o voto do Ministro GILMAR MENDES no Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ adentra na jurisprudência constitucional brasileira como pioneiro na recepção da doutrina alemã da *Drittwirkung der Grundrechte* e das teorias sobre a eficácia jurídica das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais na ordem jurídica privada.

A idéia de *Drittwirkung* dos direitos fundamentais é uma criação da ciência jurídica alemã e representa, de acordo com INGO VON MÜNCH, um dos conceitos jurídicos mais interessantes dos tempos modernos.¹⁶ Com essa expressão alemã, denota-se a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

15 A eficácia de direitos fundamentais em âmbitos privados adquire contornos diferenciados conforme o tipo de relação privada estabelecida e, ainda, segundo o direito específico incidente sobre ela.

16 MÜNCH, Ingo Von. *Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania*. In: CODERCH, Pablo Salvador (org.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997, p. 29. Ingo Von Münch fala em “vigência de direitos fundamentais entre cidadãos no tráfico jurídico privado”. Segundo este autor, a literatura sobre o tema é, ultimamente, na Alemanha, quase inabarcável. Citando alguns exemplos: J. Hager, *Grundrechte im Privatrecht*; P. Lerche, *Grundrechtswirkungen im Privatrecht, Einheit der Rechtsordnung und materielle Verfassung*; S. Oeter, *Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts*. Konrad Hesse cita outros, que reputa fundamentais para o estudo da questão: DÜRIG, G. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. In: *Festschrift für Hans Nawiasky* (1956); LEISNER, W. *Grundrechte und Privatrecht* (1960); CANARIS, C. W. *Grundrechte und Privatrecht*; STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*; RÜFNER, W. *Drittwirkung der Grundrechte*. In: *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens* (1987). HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 278.

A história desse conceito jurídico é relativamente recente.¹⁷ A partir da década de cinquenta, na Europa, começam a aparecer posições doutrinárias que apontam numa mesma direção: as normas constitucionais que reconhecem direitos fundamentais são eficazes por todo o ordenamento jurídico.

Apesar das divergências quanto ao modo de operação dessa eficácia, eram cada vez mais numerosos os autores persuadidos da unidade do ordenamento e da imperiosa necessidade de proteção das liberdades frente aos poderes de fato, constatada a aproximação substancial entre as relações públicas e privadas de dominação. Gradualmente foi crescendo a convicção de que a tutela dos direitos fundamentais seria incompleta se não abarcasse de alguma maneira os ataques provenientes de sujeitos privados, ou até mesmo do Estado quando atua como ente privado.¹⁸

Assim, com os primeiros aportes doutrinários de sua criação, realizados por H. P. IPSEN, a denominação *Drittwirkung* buscou destacar os novos destinatários dos direitos fundamentais, os terceiros (*Dritte*), frente à já tradicional vinculação estatal.¹⁹

Posteriormente, a expressão *Drittwirkung* chegou a ser substituída por *Horizontalwirkung*, que possui o significado de “eficácia horizontal”, justamente para abranger um segundo âmbito de vigência dos direitos fundamentais, ou seja, ao lado de um plano vertical, no qual se dá as relações entre indivíduo e Estado, existe um plano horizontal, formado pelas relações entre indivíduos e entes privados entre si. É dizer, o conceito de vigência horizontal de direitos fundamentais nasce em oposição ao de vigência vertical, ou seja, de um contraste entre uma relação de equiparação e outra de subordinação.²⁰ Como bem coloca ALEXY, ao tratar a respeito do tema, a relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direito fundamen-

17 A questão sobre se os direitos fundamentais incidem também no tráfico jurídico privado entre cidadãos já havia sido tratada nos tempos da Constituição de Weimar. Não obstante, uma discussão sistemática e profunda não se iniciou até a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949. MÜNCH, Ingo Von. *Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania*. In: CODERCH, Pablo Salvador (org.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997, p. 28.

18 UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 270.

19 Cf. ESTRADA, Alexey Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 90.

20 Cf. MUNCH, Ingo Von. Op. cit., p. 31-32. Porém, ainda que a denominação “eficácia horizontal” tenha a vantagem de ressaltar a existência de uma relação entre titulares de direitos fundamentais, aspecto descuidado pela concepção liberal, que somente reconhecia uma eficácia desses direitos nas relações verticais entre indivíduo e Estado, esse conceito ignora que em muitas relações privadas se verifica a presença dos chamados poderes privados, em que uma das partes goza de maiores poderes que a outra, o que as faz assumir também a condição de relações verticais. Sobre a terminologia utilizada para expressar o fenômeno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, vide: VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 101.

tal e um não-titular de direito fundamental; por outro lado, a relação cidadão/cidadão é uma relação entre titulares de direitos fundamentais.²¹

Com o tempo, a doutrina da *Drittwirkung* de direitos fundamentais, de origem exclusivamente germânica, se transformou em produto de exportação jurídica. A idéia de eficácia de direitos fundamentais no âmbito privado penetrou no pensamento jurídico de vários países, como Espanha, Portugal, Irlanda, Itália, Bélgica, Holanda, Áustria, Suíça e, inclusive, Japão e África do Sul.²² A essa lista devem ainda ser inseridos países latino-americanos como Peru, Colômbia e Costa Rica, em cujos ordenamentos está consagrada expressamente a eficácia entre particulares dos direitos fundamentais.²³ Ultimamente, também tem ganhado importância no âmbito do sistema de proteção dos direitos humanos da União Européia, mormente com relação à liberdade de associação e ao direito à vida privada. Segundo informa RUIZ MIGUEL, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) tem procurado estender o Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Públicas (CEDH) às relações entre particulares, reconhecendo, ainda que de uma forma prudente, a doutrina da *Drittwirkung* em suas decisões.²⁴

Assim, atualmente não existem maiores resistências ao reconhecimento de uma eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares. O debate doutrinário a respeito do tema, deixando de lado algumas teorias que negam tal eficácia,²⁵ passa a focar-se na resolução de um problema: como e em que medida opera-se a eficácia dos direitos fundamentais em âmbitos privados.²⁶

A discussão acontece, principalmente, entre aqueles que advogam uma eficácia direta (*unmittelbare Drittwirkung*)²⁷ e outros que defendem uma eficácia somente indireta (*mittelbare Drittwirkung*).²⁸

21 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 511.

22 Idem, ibidem, p. 30-31

23 Cf. ESTRADA, Alexey Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 102.

24 A primeira sentença na qual se constata um típico caso de aplicação da *Drittwirkung* é a sentença Young, James y Webster, que trata da compatibilidade do sistema britânico de filiação sindical obrigatória (*closed shop*) com o direito de associação (STEDH Young, James y Webster, A 44, n. 49). MIGUEL, Carlos Ruiz. *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos*. Madrid: Civitas, 1994, p. 81.

25 Sobre as concepções doutrinárias que negam uma eficácia *inter privatos* de direitos fundamentais, vide: VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 112.

26 Segundo Alexy, a questão acerca de como os direitos fundamentais influem nas relações privadas é um problema de construção. A questão acerca de em que medida o fazem sugere um problema material, ou seja, um problema de colisão. Op. cit., p. 511.

27 A tese da eficácia imediata foi formulada por Hans Carl Nipperdey, um prestigioso especialista em direito civil e trabalhista que foi discípulo de Kelsen. Nipperdey defende essa tese em "Die Würde des Menschen", um trabalho publicado em *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, obra coletiva dirigida por F. L. Neumann, H. C. Nipperdey e V. Scheuner (Berlin: Dunker & Humblot, t. II, 1954), e, posteriormente, em Ennecerus e; H. C. Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (J. C. B. Mohr, Tübingen, 1959). A *unmittelbare Drittwirkung* foi acolhida pela primeira vez pelo Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha.

28 O principal defensor dessa tese é Günther Dürig. A sustentação de Dürig está contida na obra *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, publicada em livro editado por Maunz, Festschrift zum 75.

Uma eficácia indireta expressa a idéia de irradiação dos direitos fundamentais no âmbito privado por meio das disposições legais que regem o direito civil, mormente as chamadas cláusulas gerais, e imputa a violação de direitos fundamentais, no caso concreto, ao julgador que, chamado a resolver uma demanda civil baseada em direitos fundamentais, não decide de maneira correta sobre a eficácia desses direitos na esfera privada. A eficácia opera indiretamente, ou seja, pela mediação de um órgão do Estado (legislador, juiz), que está vinculado diretamente aos direitos fundamentais.

Como se pode perceber, uma eficácia direta representa a incidência imediata, sem concretizações intermediárias, dos direitos fundamentais, como direitos subjetivos, frente a violações procedentes de sujeitos privados. Como acentua BILBAO UBILLOS, a doutrina da eficácia imediata reivindica a aplicação da norma constitucional como razão primária e justificadora de uma determinada decisão.²⁹

Nesse ponto, deve ser chamada a atenção para o fato de que o debate a respeito de uma eficácia mediata ou imediata tem perdido relevo dentre os doutrinadores que mais recentemente trataram do tema.³⁰ Como salienta CANOTILHO, “o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas”, de acordo com o tipo de direito fundamental posto em questão no caso concreto.³¹

Geburtstag von Hans Nawiasky, München, 1956, p. 157 e ss. A *mittelbare Drittwirkung* foi delimitada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão com o famoso caso *Lüth-Urteil* (BverfGE 7, 198), de 15 de janeiro de 1958, que entrou para a história constitucional e foi tema de vasta literatura jurídica a respeito do tema. O Tribunal Constitucional alemão não modificou esse entendimento, tendo-o reiterado nos também famosos casos *Blinkfuer* (BverfGE 25, 256), *Lebach* (BverfGE 35, 202) e *Wallraff* (BverfGE 66, 116).

29 Op. cit., p. 327.

30 O grande equívoco que paira sobre as construções teóricas a respeito da maneira como os direitos fundamentais influenciam a seara privada é, sobretudo, o fato de que cada teoria trata o assunto de forma a excluir as demais, como se eficácia mediata, imediata e eficácia produzida por direitos de defesa e de prestação fossem categorias inconciliáveis entre si. Cada construção teórica, portanto, concebe-se como a única correta, negando as demais. Como visto, o que deve ser sustentado é que cada uma das construções sublinha corretamente alguns aspectos das complicadas relações jurídicas que caracterizam os casos de efeitos entre terceiros e que o que as transforma em inadequadas é que consideram que os aspectos por elas abarcados constituem a solução completa. Com efeito, somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer a solução completa e, nesse sentido, adequada. Pelas análises expendidas acima, não há como negar que coexistem diversos níveis de eficácia (mediata, imediata, desenvolvida pelos direitos frente ao Estado), cada um referindo-se a um aspecto do problema, sem a pretensão de primazia de uns sobre outros. Dessa forma, a solução está na construção de um modelo que, englobando todos os aspectos relevantes de cada teoria, represente de forma transparente o modo como incidem os direitos fundamentais no âmbito privado, distinguindo diferentes níveis, conforme o tipo de função exercida pelo direito fundamental em questão. Um modelo de níveis de eficácia possui a vantagem de superar as divisões estanques e os tratamentos diferenciados das construções teóricas, e a de implementar uma complementariedade recíproca entre eficácia mediata, imediata e eficácia produzida por direitos frente ao Estado. Assim, coexistem diversos níveis de eficácia, conforme a função dos direitos fundamentais em cada âmbito do sistema jurídico. Cf. VALE, André Rufino do. Constituição e direito privado: algumas considerações sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, v. 6, p. 121, out./dez. 2004.

31 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1208.

As construções eficácia mediata e eficácia imediata, por estarem referidas, ao fim e ao cabo, à atividade do juiz, acabam sendo equivalentes em termos de resultado, como ensina ALEXY. Para as duas construções, o efeito dos direitos fundamentais nas relações particulares é, em última instância, uma questão de ponderação, em que o importante não é o tipo de construção a ser aplicada (eficácia mediata ou imediata), mas a valoração que lhes dá conteúdo.³²

Nada obstante, e assim comenta ALEXY, o fato de que as construções doutrinárias sejam equivalentes em seus resultados não implica um abandono da verificação, caso a caso, de como se dá a eficácia de direitos fundamentais no âmbito privado. Por isso, uma jurisprudência preocupada com a plena realização dos direitos fundamentais não pode se conformar com o fato de que se chegue a resultados equivalentes, qualquer que seja a construção incidente no caso concreto. Sem a aplicação de uma construção correta, caso a caso, não seria possível obter a imagem do efeito das normas consagradoras de direitos fundamentais por todo o sistema jurídico.³³

Dessa forma, a delimitação, por parte do Supremo Tribunal Federal, de uma construção teórica aplicável ao caso da incidência do direito fundamental ao devido processo legal, no âmbito da expulsão de sócios de associações privadas, possibilita uma informação clara de como e em que medida as normas constitucionais de direitos fundamentais influem no âmbito das associações privadas, informação esta imprescindível tanto para a jurisdição civil ordinária como para a doutrina.

A verificação de como e em que medida incide um direito fundamental numa relação entre particulares dependerá, nesse sentido, das circunstâncias do caso concreto.

Assim, o tipo de direito fundamental e o modo como se configura a relação jurídica privada serão determinantes para a delimitação de uma eficácia mediata ou imediata, ou seja, de uma prevalência da autonomia privada ou do direito fundamental em questão. Tudo se resume, portanto, na ponderação entre autonomia privada e direito fundamental. No caso das associações privadas, o conflito instala-se entre a autonomia do grupo e os direitos dos indivíduos associados.³⁴

32 Op. cit., p. 514-515.

33 Idem, ibidem, p. 515.

34 Existe, nesse caso, uma colisão entre as duas faces de um mesmo direito fundamental, o direito de liberdade de associação. Sobre os diversos tipos de colisões entre direitos fundamentais no âmbito privado, vide: VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 178.

3 A DOUTRINA DA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* E SUA APLICAÇÃO ÀS ASSOCIAÇÕES PRIVADAS: O CONFLITO ENTRE AUTONOMIA DO GRUPO E DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO

O direito fundamental de associação, visto como expressão do direito geral de liberdade, inclui, primordialmente, dois âmbitos ou faces,³⁵ que podem ser assim divididos:

- liberdade positiva de associação, consistente no direito de constituir e organizar novas associações, assim como de ingressar e participar de associações já existentes (art. 5º, XVII, CRF/88);
- liberdade negativa de associação, que se expressa no direito de não se associar e de abandonar a associação da qual se é membro (art. 5º, XX, CRF/88).

Esses direitos ora serão exercitáveis individualmente, ora coletivamente, podendo-se afirmar que o direito fundamental de associação possui também uma dupla dimensão, individual e coletiva (liberdade individual de associação e liberdade coletiva de associação).³⁶

Nesses termos, o fato de que o direito de associação seja ambivalente em sua titularidade e heterogêneo em seu conteúdo potencializa sua idoneidade para desenvolver eficácia *inter privados*.³⁷ Dentre as múltiplas ocasiões em que o direito de associação pode manifestar sua *Drittwirkung* se destacam, com frequência, os casos de conflito entre associações e seus sócios ou pessoas interessadas em associar-se. O conflito se expressa pelo embate en-

35 A complexidade do direito fundamental de associação permite falar em “direitos do direito de associação”. Sobre a estrutura heterogênea do direito fundamental de associação, vide: SAUCA CANO, José Maria. Artículo 22 de la Constitución Española: el derecho de asociación. In: BETEGÓN, Jerónimo; LAPORTA, Francisco J.; RAMÓN DE PÁRAMO, Juan; PRIETO SANCHIS, Luis (coords.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 694; Díez-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2003, p. 316.

36 Cf. BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Libertad de asociación y derechos de los socios*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997.

37 Sobre o tema em análise, vide: Díez-PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2003, p. 309; BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Libertad de asociación y derechos de los socios*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997; CODERCH, Pablo Salvador (coord.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Editorial Civitas, 1997; MARIN LÓPEZ, Juan José. El derecho de ingreso en las asociaciones. In: *Los alardes: una perspectiva jurídica*. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares. Irún: Casino de Irún, 2000, p. 13; ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Libertad e igualdad en el derecho de asociación. In: *Los alardes: una perspectiva jurídica*. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares. Irún: Casino de Irún, 2000, p. 123; SAUCA CANO, José Maria. Artículo 22 de la Constitución Española: el derecho de asociación. In: BETEGÓN, Jerónimo; LAPORTA, Francisco J.; RAMÓN DE PÁRAMO, Juan; PRIETO SANCHIS, Luis (coords.). *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 691; ELVIRA, Ascensión. Asociaciones y democracia interna. In: ARAGÓN REYES, Manuel; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan J. (coords.). *La democracia constitucional: estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid: Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 607.

tre a autonomia do grupo e a proteção do indivíduo. Nesses casos, ambas as partes costumam invocar em seu próprio interesse o respaldo constitucional de duas facetas opostas de um mesmo direito fundamental: o indivíduo alega o direito a ingressar e a participar na associação e os órgãos representativos da associação lhe opõem o direito de decidir livremente sobre sua organização e funcionamento. Assim é que o conflito surge com maior frequência nas decisões associativas sobre admissão ou rejeição de novos sócios e naquelas em que os órgãos representativos exercem seu poder disciplinar e sancionador.³⁸

O poder das associações privadas de admissão e expulsão de sócios possui sua raiz na relação jurídica privada que une ambas as partes – associação e sócio –, configurando-se como ato de autonomia privada. Assim sendo, surge a questão de se esta autonomia deverá ser limitada por normas constitucionais asseguradoras de direitos fundamentais dos sócios.

O ordenamento jurídico brasileiro assegura elevado grau de autonomia às associações, quando estabelece, por preceito constitucional, que é plena a liberdade de associação para fins lícitos, não dependendo de autorização e sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento (art. 5º, XVII e XVIII, CRF/88). A Constituição garante, assim, um espaço de liberdade associativa imune à intervenção do Estado, dando prevalência, nesse sentido, aos valores do pluralismo político e social.

No entanto, o direito de autodeterminação das associações encontra seus limites precisamente no conteúdo da relação privada determinado pelas regras estatutárias que a própria associação elabora, assim como nas normas e nos princípios de ordem pública, mormente os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos sócios.

Dessa forma, os requisitos para a admissão, demissão e expulsão dos associados devem compor o rol das regras estatutárias, como assim determina o próprio Código Civil:

“Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá:

(...)

II – os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;

(...)

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, obedecido o disposto no estatuto; sendo este omissivo, poderá também ocorrer se for reconhecida a existência de motivos graves, em deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à Assembleia Geral especialmente convocada para esse fim.

38 Cf. CODERCH, Pablo Salvador; FERRER I RIBA, Josep. *Asociaciones, democracia y drittwirkung*. In: CODERCH, Pablo Salvador (coord.). *Asociaciones, derechos fundamentales e autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997, p. 101.

Parágrafo único. Da decisão do órgão que, de conformidade com o estatuto, decretar a exclusão, caberá sempre recurso à Assembléia Geral.”

Como se vê, a autonomia estatutária, quando se trata de matéria de poder sancionador, não é ilimitada, podendo sofrer certo controle de conteúdo.³⁹ Esse controle pode ser levado a efeito com base não somente na legislação civil, mas diretamente em face das normas constitucionais.

Os estatutos, portanto, deverão regular o procedimento sancionador e delimitar os órgãos competentes para impor as sanções, sempre de acordo com os preceitos de ordem pública e assegurando direitos fundamentais do sócio, como a ampla defesa.

Assim, certo é que o direito fundamental de associação estará sempre limitado pelos direitos fundamentais de seus próprios membros.⁴⁰

Essa limitação concretiza-se em algumas regras.⁴¹

A primeira refere-se às associações que ostentem uma posição dominante no campo econômico, cultural, social ou profissional, de maneira que a exclusão de seus quadros supõe um prejuízo, seja econômico ou moral, para o sócio afetado.⁴²

A razão é muito simples. Se num determinado setor só há uma associação, e não é possível a criação de outra, os indivíduos não têm a garantia de sua liberdade de associação, pois, ante o “monopólio”, não lhes é assegurada a oportunidade de ingressar em outras associações.

Para determinar se uma associação tem posição de domínio basta verificar se existe uma concorrência no setor em que atua, de forma que ao

39 Sobre os limites da auto-regulação societária, vide: ELVIRA, Ascensión. Asociaciones y democracia interna. In: ARAGÓN REYES, Manuel; JIMÉNEZ CAMPO, Javier; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan J. (coords.). *La democracia constitucional: estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*. Madrid: Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 623.

40 Lembre-se que se o Estado é considerado como uma ameaça ao espaço de autonomia das associações, ao mesmo tempo também tem o dever de garantir o pleno desfrute dos direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, se a ordem constitucional garante a liberdade de associação livre de intervenção estatal, no caso de violação de direitos fundamentais dos associados, justificado estará o controle judicial das atividades internas das associações que representem ameaça a direitos fundamentais individuais.

41 Cf. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús. Libertad e igualdad en el derecho de asociación. In: *Los alarides: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*. Irún: Casino de Irún, 2000, p. 123.

42 A jurisprudência norte-americana, citada por Bilbao Ubillos, está assentada na utilização do critério da posição de domínio da associação para fundamentar a intervenção judicial no âmbito desses organismos privados. Segundo o autor, a intervenção estatal na vida privada das associações em defesa de direitos dos associados está justificada quando se trata, por exemplo, de uma associação profissional, que está em condições de impedir aqueles que dela não fazem parte o exercício profissional em determinado âmbito. Nesse caso, os juízes têm considerado que a gravidade do prejuízo econômico ocasionado devido à posição de monopólio de fato que ocupa a associação pode justificar a revisão judicial de um ato de recusa de admissão ou de uma eventual expulsão de sócio. Vide: *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *Board of Directors of Rotary International v. Rotary Club of Duarte*, 481 U.S. 537 (1987); *New York State Club Association v. City of New York*, 487 U.S. 1 (1988). Op. cit., p. 26.

sócio expulso seja dada a oportunidade de se associar novamente em grupo distinto, minimizando os prejuízos de sua exclusão.

Quando a questão diz respeito à admissão ou expulsão de sócios, a autonomia estatutária, dessa forma, está condicionada ao exame fundamentado dos interesses das partes em conflito, levando-se em conta o dado fático de uma eventual situação de “monopólio” exercido pela associação, ou de sua posição de poder social, econômico e político. Assim, o grau de discricionariedade quanto à admissão ou expulsão de sócios, atribuído às associações privadas, será tanto menor quanto maior for seu poder social e econômico no meio em que atue, assim como sua importância para a vida do sócio.

Nesse ponto, importante ressaltar que as associações que possuem alto grau de influência em determinado setor social, cultural ou econômico perdem parcela de seu caráter privado, adquirindo relevância pública suficiente para submeter-se a certo controle estatal sobre seu funcionamento interno. Por isso, podem ser denominadas como entidades privadas de caráter ou função pública.⁴³

O critério da posição de predomínio social e econômico, portanto, desencadeia uma eficácia de direitos fundamentais a favor do sócio, em detrimento da autonomia privada da associação.⁴⁴

Assim, se uma associação privada detém posição de domínio ou uma função pública, deve submeter seus atos, principalmente aqueles que impõem a expulsão de sócios, a um amplo controle judicial.⁴⁵ Como acentua

43 Os tribunais norte-americanos têm reconhecido uma conexão entre algumas associações e o Poder Público estreita o bastante para justificar a defesa de direitos fundamentais nas relações privadas endoassociativas. Assim, associações que desenvolvem uma função pública podem sofrer controle judicial de seus atos – que podem ser considerados como *state action* – com base em normas constitucionais protetoras de direitos dos sócios. Nesse sentido: *Hawkin v. North Carolina Dental Society*, 355 F. 2d 18 (1964); *Cornelius v. Benevolent Protective Order of Elks*, 382 F. Supp. 1182 (1974). Nesse contexto, vale citar também o conjunto de casos conhecidos como *White Primary Cases*, nos quais a Suprema Corte norte-americana construiu a teoria da função pública exercida por certos organismos privados, os chamados *public function cases*. Sobre o tema, vide: TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. New York: The Foundation Press, 1988, p. 1691; NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1991. O controle dos atos (que apesar de privados possuem características de *state action*) das associações privadas vem mitigar a forte tradição norte-americana de privilegiar a liberdade de associação, como descrito por Alexis de Tocqueville no clássico *A democracia na América*. TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 206.

44 O critério do predomínio econômico ou social funciona como pauta para decisão de casos em que exista um conflito entre direitos fundamentais de ambas as partes de uma relação privada. Assim, verificada a existência de uma relação privada na qual uma das partes possui, por diversos fatores, poderes sociais que tornem impossível a formação livre e consensual da vontade da parte vulnerável, o princípio da autonomia privada abre espaço para a incidência das normas definidoras de outros direitos fundamentais como, no caso, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Nesse sentido, pode-se afirmar que a eficácia dos direitos e garantias fundamentais reconhecidos constitucionalmente será diretamente proporcional ao grau de poder exercido por uma das partes numa relação jurídica privada. Sobre a utilização do critério do predomínio social ou econômico como base para resolução das colisões entre direitos fundamentais nas relações privadas, vide: VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 189.

45 Na Alemanha, a aplicação da *mittelbare Drittwirkung* (eficácia mediata) aos casos de admissão e expulsão deu lugar a uma vasta discussão doutrinária e jurisprudencial, que terminou com algumas resoluções jurisprudenciais de importância. Durante algum tempo, a jurisprudência alemã

BILBAO UBILLOS, “quanto menos privada é uma associação, mais penetrante deve ser a intervenção judicial”.⁴⁶

Ademais, também se mostra relevante o tipo de bem objeto da relação associativa. Quanto mais importante for este bem para o “livre desenvolvimento de sua personalidade”, maiores razões terá o sócio para exigir sua permanência na associação, sendo maior, logicamente, o controle sobre o ato de expulsão.

A limitação da autonomia das associações está também estritamente relacionada com o tipo de associação. Por isso, além do critério do poder social e econômico, é de fundamental importância ter em conta os diversos tipos de associações e os fins por elas perseguidos.

Assim, as associações que promovem fins ideológicos, como, por exemplo, as religiosas ou de pessoas que compartilham um certo ideário ou uma certa concepção do mundo, “integram o núcleo duro da autonomia privada”, como acentuam CODERCH e FERRER I RIBA.⁴⁷ Quando um indivíduo aceita ingressar em tais associações, está aderindo não só a uma unidade jurídica, mas também a uma “unidade moral”. Associações baseadas em um ideário comum não podem subsistir se não há uma comunidade de idéias e interesses. O dever, nesse caso, de assegurar o respeito dos sócios aos postulados ideológicos e às convicções pelo grupo perseguidas confere à associação um elevado poder discricionário tanto para admitir como para expulsar determinados membros, que fica à margem, em termos, do controle judicial.⁴⁸

seguir o critério de aplicação do teste da posição de monopólio (*Monopolstellung*), segundo o qual a associação que detenha uma posição de monopólio em um determinado setor de atividades não pode negar-se, a seu talante, a admitir solicitantes de ingresso como sócio. A doutrina privatista, em sua maioria, prefere a aplicação do teste da função econômica ou social (*wirtschaftliche oder soziale Funktion*) da associação. Em uma importante sentença, o Supremo Tribunal Federal acrescentou um novo critério normativo ao dado fático do monopólio: a falta de justificação do tratamento desigual e do prejuízo causado a quem solicita o ingresso na associação e recebe resposta negativa. O Tribunal impôs aos juízes ordinários o dever de ponderar os interesses em jogo e fundamentar sua decisão, valorando quem pode sofrer maior prejuízo: o solicitante, devido à perda de vantagens econômicas, ou até mesmo de reputação social; ou a associação, que teria dificuldades no processo de formação da vontade social, com possíveis rivalidades internas entre sócios. Cf. CODERCH, Pablo Salvador; FERRER I RIBA, Josep. *Asociaciones, democracia y drittwirkung*. In: CODERCH, Pablo Salvador (coord.). *Asociaciones, derechos fundamentales e autonomía privada*. Madrid: Civitas, 1997, p. 103.

46 BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Libertad de asociación y derechos de los socios*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997, p. 27. Para o autor espanhol, “en el fondo, lo que se protege es el derecho de todas las personas a participar plenamente en la vida económica, profesional o social de la comunidad, a no ser excluidas de aquellas asociaciones que ejercen en uno de estos sectores de actividad una influencia decisiva, cuando esa exclusión se funde en motivos extraños a los propios fines de la asociación, como la voluntad de preservar determinados privilegios de casta o los prejuicios raciales o sexistas”.

47 Op. cit., p. 127.

48 Idem, ibidem, p. 126-127. A jurisprudência da Suprema Corte norte-americana reconhece como “verdadeiramente privados” e, dessa forma, menos sujeitos a controle judicial de seus atos, dois tipos de associações: a) as *expressive associations*, que são associações criadas com o objetivo primordial de defender uma determinada posição política, ideológica ou social e cuja autonomia é reconhecida como garantia dessa liberdade de expressão; b) as *intimate associations*, categoria que se caracteriza pelo estabelecimento de profundos vínculos e compromissos entre um número necessariamente reduzido de pessoas que compartilham aspectos íntimos de suas vidas. Cf. BILBAO UBILLOS. Op. cit., p. 31.

Esses entendimentos são aplicáveis aos partidos políticos que podem ser qualificados como um tipo especial de associação. A filiação voluntária a um determinado partido supõe a adesão às suas idéias e programas políticos, de acordo com seu estatuto, e somente aqueles atos que desrespeitem o estabelecido nas regras estatutárias podem ser revistos judicialmente.

Outro fator limitador do grau de discricionariedade dos órgãos representativos das associações para impor sanções e expulsar seus membros é o do tipo de estrutura organizativa. Por exemplo, associações que mantêm uma organização democrática, nas quais os sócios possuem direitos de informação, de controle da gestão social e de acesso aos órgãos representativos, não podem expulsar seus sócios pelo fato de estes exercerem tais direitos plenamente, como o fazem ao expor opiniões e criticar os atos gestores da associação.

Quanto às cooperativas, deve-se considerar que a revisão judicial de seu poder sancionador é amplo, pois existe a pressuposição de que, pelo caráter econômico da relação, uma expulsão sempre trará prejuízos patrimoniais para o sócio.

Deve-se enfatizar que uma cooperativa não é uma simples associação privada. A própria Constituição faz a distinção, ao estabelecer que sua organização se dará na forma da lei, diferentemente das demais associações (art. 5º, XVIII).

Uma cooperativa, nesse sentido, não terá um âmbito tão amplo de autonomia decisória para expulsar sócios como têm as associações privadas de outros tipos. Sujeitando-se a controle judicial, deverão ser levados em conta fatores como o interesse de quem se vê ameaçado de perda de seus direitos sociais, econômicos e de participação que lhe correspondiam devido sua condição de sócio.

No caso das cooperativas, portanto, a possível violação de direitos do sócio expulso será presumida, deixando aberto o caminho para a revisão judicial com fundamento nos direitos fundamentais.

Enfim, constata-se que o desenvolvimento da *Drittwirkung* de direitos fundamentais no âmbito das associações privadas não prescinde de uma taxinomia das associações, das relações privadas endoassociativas e dos direitos nesta seara influentes. A partir dessas análises é possível delimitar algumas balizas para a ponderação dos direitos em conflito, assim como encontrar pautas para fundamentar o controle judicial dos atos privados violadores de direitos fundamentais dos sócios.

Nada obstante, deve-se reconhecer que os fenômenos associativos são múltiplos e heterogêneos, o que certamente leva ao fracasso qualquer intento de estabelecer classificações rígidas. Deve-se esclarecer, assim, que o que se pretende deixar assentado é que a produção de efeitos entre terceiros (*Drittwirkung*) do direito fundamental de associação, em suas diversas facetas, cobra uma análise de tipo classificatório, ainda que sem pretensões analíticas. Isso porque, como abordado, as questões de *como* e *em que me-*

dida o direito fundamental de associação desenvolve *Drittwirkung* depende do tipo de associação, das relações endoassociativas e suas peculiaridades, assim como do direito fundamental posto em questão. Enfim, o diagnóstico sobre a eficácia mediata ou imediata dependerá das circunstâncias do caso concreto objeto da demanda judicial.

Portanto, as análises realizadas têm como escopo apenas desenhar algumas pautas para a ponderação dos direitos fundamentais em conflito nas relações entre associação e associados. A construção dessas pautas depende, com visto, de uma classificação, ainda que precária, dos tipos de associações e das relações privadas existentes nesse âmbito. Nesse sentido, a verificação dessas variantes no caso concreto poderá ser decisiva para a decisão sobre o modo como se opera a eficácia do direito fundamental na relação endoassociativa.

4 A RECEPÇÃO DA DOUTRINA DA *DRITTWIRKUNG DER GRUNDRECHTE* NA JURISPRUDÊNCIA DO STF: APLICAÇÃO IMEDIATA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS ENDOASSOCIATIVAS

Tomando como base esses entendimentos, pode-se analisar o voto do Ministro GILMAR MENDES, que, no caso, aplicou a teoria da eficácia direta ao utilizar a norma constitucional consagradora do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório como critério de decisão, fazendo-a incidir diretamente na relação entre sociedade e sócio.

A decisão tomada no voto, nesse aspecto, não destoa da doutrina formada em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Com efeito, as circunstâncias específicas do caso levam, indubitavelmente, à necessidade de se reconhecer a incidência direta do direito fundamental do sócio ao devido processo legal, sendo-lhe assegurado a ampla defesa e o contraditório no procedimento instaurado para sua punição, tudo em detrimento da autonomia da sociedade para conformar seu estatuto e prever regras disciplinares próprias.

A União Brasileira de Compositores (UBC) constitui sociedade vinculada ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) e possui função de repassar os valores arrecadados em direitos autorais aos compositores a ela associados. Nesse aspecto, pode ser caracterizada como uma entidade que possui posição de predomínio social e/ou econômico, pois dela dependem os compositores/sócios para a fruição de seus direitos de autor.

Sobre a posição de predomínio social ostentada pela UBC, o Ministro GILMAR MENDES teceu considerações de relevo, desta forma:

“O caso em exame apresenta singularidades.

Conforme elucida o parecer da Procuradoria-Geral da República, a recorrente é 'repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)' (fls. 307).

Destarte, 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.

De outro lado, diante da iminência de expulsão disciplinar, ainda que o recorrido tivesse optado por ingressar em outras entidades congêneres, nacionais ou estrangeiras, o ônus subsistiria em razão da eliminação automática do associado, nos termos do art. 18 do Estatuto Social da recorrente (fls. 48).

Nesse particular, lembro que no julgamento de tema relativo à constitucionalidade do perfil institucional do ECAD (ADIn 2.054/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 17.10.2003), o voto condutor do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE abriu a divergência no sentido de que a entidade representa relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, podendo atuar até mesmo como 'prestador de serviço público por delegação legislativa'. E tal como anotara PERTENCE naquela oportunidade, a associação que se recusa a filiar-se ao ECAD arcaria com a consequência grave de não participar da gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e, por conseguinte, não poder fazê-los isoladamente."

Assim, o Ministro GILMAR MENDES, atento para as singularidades do caso em exame, considerou que a UBC, por integrar a estrutura do ECAD, "assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado". "Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como *espaço público* ainda que *não-estatal*".

Com base nessas premissas, pode-se concluir facilmente que, de acordo com as circunstâncias específicas do caso concreto sob exame do Supremo Tribunal Federal, a ponderação entre a autonomia da associação e o direito fundamental do associado resolve-se em prol do direito do indivíduo à aplicação imediata do devido processo legal nos procedimentos disciplinares no âmbito da associação.

Destarte, de acordo com as considerações anteriormente expendidas, o critério do predomínio social ou econômico desencadeia uma eficácia de direitos fundamentais a favor do sócio, em detrimento da autonomia privada da associação.

Assim, o que deve em primeiro lugar ser observado, como antes delineado, é se no caso se trata de uma associação que ostente uma posição dominante no campo econômico, cultural, social ou profissional, de maneira que a exclusão de seu quadro suponha um prejuízo, seja econômico ou mo-

ral, para o sócio afetado. Nesse caso, o grau de discricionariedade quanto à admissão ou expulsão de sócios será tanto menor quanto maior for o poder social e econômico da associação no meio em que atue, assim como sua importância para a vida do sócio.

O Ministro GILMAR MENDES parece ter procedido desta forma, ao atentar para o grau de poder social e/ou econômico exercido pela entidade em questão. Com efeito, ao utilizar o critério do predomínio social ou econômico como baliza da ponderação entre a autonomia da associação e direitos fundamentais do sócio, o Ministro deixou claro que, quando presentes tais características no caso concreto, o resultado da ponderação tende a revelar uma eficácia direta do direito fundamental do sócio, no caso, o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Desta forma manifestou-se o Ministro:

“Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados. Todavia, *afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa*, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADIn 2.054/DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. *Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade*. Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público – ainda que não-estatal – desempenhado pela entidade, peço vênha para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.” (ênfases acrescidas)

Ademais, o Ministro GILMAR MENDES também ressaltou a importância da relação associativa e do bem objeto desta relação para o sócio, deixando consignado o entendimento segundo o qual o rompimento desta relação ensejaria prejuízos para o sócio que poderiam afetá-lo em sua própria dignidade. Nestes termos se manifestou o Ministro:

“Essa realidade deve ser enfatizada principalmente porque, para os casos em que o único meio de subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivem de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional.

Logo, as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defe-

sa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF).

Tem-se, pois, caso singular, que transcende a simples liberdade de associar ou de permanecer associado. Em certa medida, a integração a essas entidades configura, para um número elevado de pessoas, quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional."

Como abordado anteriormente, a ponderação entre autonomia da associação e direitos fundamentais do sócio também deve levar em conta o tipo de bem objeto da relação associativa, no sentido de que quanto mais importante for este bem para o livre desenvolvimento da personalidade do sócio, maiores razões este terá para exigir sua permanência na associação.

No caso em análise, a expulsão do compositor dos quadros da UBC restringiria ou até mesmo anularia sua liberdade de exercício profissional. Isso porque, como visto, a percepção pelos compositores dos valores atinentes aos direitos autorais depende da existência de uma relação associativa com uma das entidades vinculadas ao ECAD, como é o caso da UBC.

Diante desse quadro de relativa escassez do bem objeto da relação associativa, maiores razões existem para que seja privilegiado o direito fundamental do sócio a somente ser expulso da associação por meio de um procedimento que lhe assegure as garantias do devido processo legal.

Assim sendo, resta concluir que o voto do Ministro GILMAR MENDES deixou delineados critérios precisos para a ponderação de direitos fundamentais nas relações privadas no âmbito das associações. A posição de predomínio econômico ou social e o grau de importância da relação associativa e do bem objeto desta relação para a dignidade pessoal do sócio configuram pautas para decisão nos casos em que haja conflito entre autonomia da associação e direitos fundamentais dos sócios. Servem, nesse sentido, como fundamento para determinar uma aplicação direta de direitos fundamentais nessas relações privadas.

Ressalte-se, por fim, que o voto do Ministro GILMAR MENDES abre caminho para que outros direitos fundamentais sejam argüidos nas relações entre associação e associados. Afinal, os conflitos interpretados nas relações associativas, que reclamam a proteção das normas de direitos fundamentais, não se resumem ao caso da expulsão de sócios, como visto anteriormente. Além da garantia ao devido processo legal, direitos de igualdade, de não-discriminação, à vida privada, à honra e à intimidade e mormente o direito de liberdade, que no âmbito das associações se bifurca em liberdades positivas e negativas, também possuem vocação intrínseca para desenvolver eficácia nas relações privadas entre associados e associação.

À GUIA DE CONCLUSÃO

A idéia de um ordenamento jurídico invadido pela Constituição faz transparecer a noção de associações privadas responsáveis pelos direitos

fundamentais de seus associados. Constitucionalizar a ordem jurídica privada significa também submeter o ordenamento jurídico interno dos organismos privados aos princípios constitucionais. Não se trata de restringir ou anular a autonomia privada das associações, mas de reafirmar que a liberdade de associação, assegurada pelo art. 5º, incisos XVII a XX, da Constituição, não pode e não deve ser absoluta, mas sim precisa estar em harmonia com todo o sistema de direitos fundamentais.

Assim, se a heterogeneidade da liberdade de associação contribui decisivamente para que esse direito fundamental desenvolva *Drittwirkung* (eficácia nas relações privadas), depreende-se que o controle estatal sobre os atos dos grupos associativos deve ser tanto maior quanto maior for o seu poder social e econômico. Não há dúvida de que o Estado continua sendo uma ameaça potencial para a liberdade das associações privadas – como reconhece a própria Constituição quando dispõe, em seu art. 5º, que é plena a liberdade de associação, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento. Porém, é preciso ressaltar que o Estado também representa a garantia das liberdades individuais e, nesse caso, dos sócios, frente ao poder privado dos organismos sociais.

Por esta forma, na medida em que aumenta a relevância externa da associação e quanto mais fortes sejam as razões para o sócio permanecer em seu quadro, tanto maior será a exigência de que seus atos sejam corretos e estejam conformes não só com o estatuto, mas com as normas consagradoras de direitos e garantias fundamentais.

Podem ocorrer casos em que, por carecer de alternativas, o sócio excluído não possua, na prática, qualquer possibilidade de conseguir fora da associação a satisfação dos interesses que o levaram a integrá-la. Assim, onde o grau de liberdade do indivíduo seja mais restrito, maior será a responsabilidade da associação.

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

Esses parâmetros podem ser indicativos para decisões judiciais conformes não somente com os estatutos sociais, mas com a ordem constitucional como um todo. O juiz poderá fundamentar sua decisão de anular a sanção (de expulsão) imposta pelos órgãos associativos não só na inobservância das normas internas que regulam os procedimentos disciplinares, mas também na violação de direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente.

A eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais, nesse caso, dependerá da adequação dos estatutos ao ordenamento jurídico.

Uma eficácia mediata ocorrerá quando os direitos fundamentais forem concretizados por meio das normas estatutárias. Dessa maneira, se o princípio do devido processo legal estiver devidamente previsto pelas normas reguladoras dos procedimentos disciplinares internos, ao juiz bastará aplicá-las, em caso de violação a essa garantia, que, nesse caso, não é só constitucional, mas também estatutária.

Porém, na hipótese de lacuna normativa no estatuto, estará aberta a via para a aplicabilidade imediata do direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa.

Procedendo-se dessa forma, a decisão judicial será não somente conforme aos estatutos, mas ao ordenamento jurídico como um todo. Não aplicará somente o direito privado, nem se restringirá ao direito constitucional, mas estará em harmonia com o Direito; ou, na acepção de KARL LARENZ, com um direito justo.⁴⁹ Assim, nas palavras do autor alemão:

“De considerable importancia práctica es la exclusión de um miembro de la asociación. En las asociaciones com finalidad económica la exclusión puede constituir para el asociado uma amenaza existencial. Em otros casos puede perjudicar gravemente a la consideración y buen nombre del asociado. Ello hace que no sea conveniente abandonar um ataque tan grave a la esfera individual del asociado a la libre voluntad de la asociación y privarlo de um examen judicial. Al contrario, para la exclusión tiene que existir uma causa suficiente, pues, em cuanto comporta un carater penal, tiene que existir culpa del asociado y un procedimiento juridicamente formalizado, en el cual el asociado pueda manifestarse respecto de todos los reproches que se le hayan hecho y exigir pleno control por los tribunales no solo de lo que concierne al procedimiento, sino también de los presupuestos materiales de la exclusión.”

O voto do Ministro GILMAR MENDES observou esses parâmetros. Reconheceu a importância social e econômica da sociedade para a vida profissional do sócio e determinou a aplicação direta do princípio do devido processo legal para anular a decisão de expulsão. Nesse caminho, delimitou o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas endoassociativas, adentrando na jurisprudência constitucional como precursor na recepção da doutrina alemã da *Drittwirkung der Grundrechte*, e, nesse passo, gerou frutos promissores para a jurisdição civil ordinária na aplicação imediata dos princípios constitucionais na ordem jurídica privada.

49 LARENZ, Karl. *Derecho justo*. Fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 2001, p. 132.