

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Daniel de Pádua Andrade

ASSOCIAÇÃO E DISCRIMINAÇÃO:

limites jurídicos para os critérios de admissão, exclusão e categorização de associados

BELO HORIZONTE

2018

Daniel de Pádua Andrade

**ASSOCIAÇÃO E DISCRIMINAÇÃO:
limites jurídicos para os critérios de admissão, exclusão e categorização de associados**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: História, Poder e Liberdade
Área de Estudo: Direito Civil na Interdisciplinaridade

Orientador: Prof. Dr. Fabio Queiroz Pereira

BELO HORIZONTE

2018

A553a Andrade, Daniel de Pádua
Associação e discriminação: limites jurídicos para os critérios de
admissão, exclusão e categorização de associados / Daniel de Pádua
Andrade. – 2018.

Orientador: Fabio Queiroz Pereira.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Liberdade de associação – Teses 3. Estatuto,
legal, leis, etc. – Teses 4. Discriminação – Teses 5. Igualdade perante a
lei – Teses I.Título

CDU(1976) 342.728

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz CRB 6/2233.

Daniel de Pádua Andrade

ASSOCIAÇÃO E DISCRIMINAÇÃO:

limites jurídicos para os critérios de admissão, exclusão e categorização de associados

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando à obtenção do título de Mestre em Direito e considerada _____, com nota _____.

Belo Horizonte, 23 de novembro de 2018

Componentes da banca examinadora:

Professor Doutor Fabio Queiroz Pereira (Orientador)
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Leandro Martins Zanitelli
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Denis Franco Silva
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Doutora Mariana Alves Lara (Suplente)
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

Aos meus pais Auro e Helisiane,
por todo o apoio, carinho e
exemplo.

Après la liberté d'agir seul, la plus naturelle à l'homme est celle de combiner ses efforts avec les efforts de ses semblables et d'agir en commun. Le droit d'association me paraît donc presque aussi inaliénable de sa nature que la liberté individuelle. Le législateur ne saurait vouloir le détruire sans attaquer la société elle-même. Cependant, s'il est des peuples chez lesquels la liberté de s'unir n'est que bienfaisante et fécondé en prospérité, il en est d'autres aussi qui, par leurs excès, la dénaturent, et d'un élément de vie font une cause de destruction.

(Alexis de Tocqueville. **De la Démocratie en Amérique**)¹

¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la Démocratie em Amérique**. t. 1º. Paris: Éditions M.-Th. Génin, 1951, p. 305. Na tradução de Neil R. da Silva: “Depois da liberdade de agir sozinho, a mais natural ao homem é a de combinar os seus esforços com os esforços de seus semelhantes e agir em comum. Por isso, o direito de associação parece-me quase tão inalienável, pela sua natureza, quanto a liberdade individual. Um legislador não poderia desejar reduzi-lo sem atacar a própria sociedade. Entretanto, se existem povos entre os quais a liberdade de se unir não é senão benfazeja e fecunda em prosperidade, existem outros que, pelos seus excessos, a desnaturam e, de um elemento de vida, fazem uma causa de destruição”. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Trad. Neil R. da Silva. Belo Horizonte: Itatiaia, 1962, p. 149-150.

RESUMO

A conciliação entre a autonomia associativa e a proibição de discriminação não é uma tarefa fácil. O direito à liberdade de associação permite que as associações definam suas normas internas de acordo com seus próprios interesses, mas o direito à igualdade proíbe o estabelecimento de cláusulas estatutárias consideradas discriminatórias. Diante desse aparente dilema, o trabalho objetiva identificar pautas materiais que possam subsidiar o controle judicial dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados de maneira coerente com o ordenamento jurídico nacional. Por meio de uma pesquisa teórica de cunho jurídico-dogmático e tipologia compreensiva-comparativa, busca-se detalhar os pressupostos normativos do problema da discriminação no âmbito associativo, questionar os modelos atualmente utilizados para o seu enfrentamento e propor caminhos que conduzam a resultados mais seguros. Parte-se da hipótese de que a verificação de licitude dos tratamentos diferenciados promovidos pelas associações pode ser aprimorada por meio da consideração das teorias da discriminação desenvolvidas no campo da filosofia moral. Essas teorias fornecem concepções detalhadas sobre os elementos responsáveis pela caracterização de uma distinção como discriminatória e, por isso, podem ser aproveitadas para tornar os debates jurídicos mais transparentes, coerentes e assertivos. A investigação realizada comprova essa suposição por meio da exposição ilustrativa e da aplicação hipotética da noção de discriminação como inferiorização formulada por Deborah Hellman.

Palavras-chave: Associação civil. Estatuto. Discriminação. Direito à liberdade de associação. Direito à igualdade.

ABSTRACT

Reconciling associative autonomy with the prohibition of discrimination is not an easy task. The right to freedom of association allows associations to define their internal rules according to their own interests, but the right to equality prohibits the establishment of bylaw's clauses considered discriminatory. Faced with this apparent dilemma, the work aims to identify substantial guidelines that can subsidize judicial control of the criteria for admission, exclusion and categorization of associates in a manner consistent with the national legal system. Through a theoretical research of juridical-dogmatic nature and comprehensive-comparative typology, the work seeks to detail the normative context of the problem of discrimination in the associative sphere, to question the models currently used for its confrontation, and to propose ways that lead to safer results. It is hypothesized that the verification of the lawfulness of the differentiated treatments promoted by the associations can be improved by considering the theories of discrimination developed in the field of moral philosophy. These theories provide detailed insights into the elements responsible for characterizing a distinction as discriminatory and can, therefore, be used to make legal discussions more transparent, coherent and assertive. The research carried out confirms this assumption through the illustrative exposition and the hypothetical application of the notion of discrimination as demeaning formulated by Deborah Hellman.

Keywords: Civil association. Bylaws. Discrimination. Right to freedom of association. Right to equality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O PANORAMA DA AUTONOMIA ASSOCIATIVA NO DIREITO BRASILEIRO	13
1.1 A liberdade de associação enquanto direito fundamental na Constituição de 1988	13
1.2 A associação como pessoa jurídica de direito privado e o Código Civil de 2002	22
1.3 O poder normativo das associações e a natureza jurídica do estatuto	32
1.4 O reconhecimento da vinculação das associações aos direitos fundamentais	44
2 AS RESPOSTAS JURÍDICAS PARA O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO NO ÂMBITO ASSOCIATIVO.....	57
2.1 O recorte dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados.....	57
2.2 O modelo estadunidense: a natureza íntima ou expressiva da associação como parâmetro	66
2.3 O modelo espanhol: o predomínio socioeconômico da associação como parâmetro	74
2.4 A busca por soluções no ordenamento jurídico brasileiro	85
3 A NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DO CONCEITO JURÍDICO DE DISCRIMINAÇÃO	95
3.1 A insuficiência da concepção de discriminação prevalecente no direito brasileiro.....	95
3.2 A contribuição da filosofia moral para o enquadramento jurídico da discriminação ...	102
3.3 A noção de discriminação como inferiorização elaborada por Deborah Hellman	110
3.4 Proposta de análise de casos a partir da noção de discriminação como inferiorização	119
CONCLUSÃO.....	127
REFERÊNCIAS	134

INTRODUÇÃO

James Dale era líder de uma tropa de escoteiros de New Jersey vinculada aos *Boy Scouts of America*, a maior associação de escotismo infanto-juvenil dos Estados Unidos. Ao tomar ciência de que Dale era assumidamente homossexual e ativista dos direitos LGBT, no entanto, os *Boy Scouts* decidiram expulsá-lo de seus quadros sociais. O argumento utilizado para o desligamento foi que a postura apresentada por Dale era incompatível com os valores que os *Boy Scouts* pretendiam transmitir. Depois de gerar grande comoção e dividir a opinião pública, o caso chegou na Suprema Corte que, por maioria de votos, deu razão aos *Boy Scouts*. Nos termos do posicionamento majoritário, a possibilidade de expressar de maneira organizada uma visão de mundo particular representa um aspecto inafastável do direito fundamental à liberdade de associação².

Desfecho diferente foi observado no caso do Club Atlético Paulistano, que se recusou a admitir o ingresso do companheiro homoafetivo de um associado em seus quadros sociais. De acordo com a literalidade do estatuto do clube, a união estável que gerava direito à inscrição de dependentes era tão somente aquela realizada entre um homem e uma mulher. A questão foi judicializada e o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a sentença que determinou a inclusão forçada do sujeito preterido. O acórdão asseverou, à unanimidade, que a organização interna das associações não é imune à incidência da Constituição e por isso os critérios de admissão devem ser interpretados em conformidade com as exigências do direito fundamental à igualdade³.

Os dois casos narrados acima evidenciam a tensão existente entre a autonomia associativa e a proibição de discriminação. Se, por um lado, o direito à liberdade de associação garante às associações a prerrogativa de estabelecerem sua organização interna de acordo com seus próprios interesses, por outro lado, o direito à igualdade nega validade jurídica às cláusulas estatutárias que promovam tratamentos discriminatórios. No ordenamento jurídico nacional, esse dilema é agravado pelo fato de que tanto a liberdade de associação quanto a igualdade foram contemplados enquanto direitos fundamentais na Constituição de 1988. Percebe-se, portanto, a complexidade que envolve o tema da

² ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. 530 U.S. 640 (2000). Petitioner: Boy Scouts of America. Respondent: Dale. Washington, 28 de junho de 2000.

³ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sexta Câmara de Direito Privado. Apelação n. 0132644-15.2011.8.26.0100. Apelante: Club Atlético Paulistano. Apelado: Ricardo Tapajós Martins Coelho Pereira. Relator: Des. Fortes Barbosa. São Paulo, 29 de novembro de 2012.

delimitação jurídica das diferenciações entre pessoas promovidas pelas associações. Nas palavras de Juan María Bilbao Ubillos:

Se ha dicho, no sin razón, que, cualquiera que sea la perspectiva desde la que se aborde, el tema de la tutela del individuo en el seno de las asociaciones deja al estudioso “con las manos medio vacías”, que es muy difícil encontrar soluciones mínimamente satisfactorias. En este terreno, hay más interrogantes que soluciones⁴.

No direito brasileiro, as reflexões sobre o problema da discriminação no âmbito associativo ainda são relativamente incipientes. O aprofundamento dessa questão no contexto nacional perpassa pela incursão no controverso campo que Roger Raupp Rios denomina de direito da antidiscriminação⁵. Nos últimos tempos, observou-se no Brasil a multiplicação de proibições de tratamentos discriminatórios, bem como o crescimento do ativismo judiciário na defesa de pautas minoritárias. Ocorre que as discussões jurídicas sobre o tema da discriminação permanecem um tanto assistemáticas e desatualizadas, o que põe em risco a efetivação concreta do direito fundamental à igualdade. Assim, para que seja possível compreender melhor e enfrentar adequadamente as diversas manifestações discriminatórias, é preciso que a jurisprudência, a legislação e a doutrina nacionais busquem apoio nas experiências estrangeiras e nos desenvolvimentos das outras ciências sociais.

Além da insuficiência das respostas apresentadas pelo direito brasileiro, outro fator que justifica a problematização das diferenciações entre pessoas promovidas pelas associações é a crescente relevância do papel que essas entidades têm desempenhado em nossa sociedade. O fomento estatal ao associativismo, a sofisticação da sociedade civil organizada e as oportunidades surgidas no chamado terceiro setor são elementos que têm contribuído para uma expansão nacional da atuação das associações, não apenas no plano quantitativo, mas também no plano qualitativo. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por exemplo, em 2010, o Brasil já contava com 238.028 unidades locais

⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao. **Libertad de asociación y derechos de los socios**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997, p. 46-47.

⁵ Na conceituação de Roger Raupp Rios, “[o] direito da antidiscriminação acrescenta elementos, princípios, institutos e perspectivas para a compreensão do conteúdo jurídico do princípio da igualdade e de suas consequências [...]. De fato, o direito da antidiscriminação, visualizado como campo específico da reflexão e da prática jurídicas, volta sua atenção, desde o início, para o fenômeno da discriminação, suas modalidades, seus principais desafios e questões. Ele descortina dinâmicas persistentes de discriminação (direta e indireta [...]) e formula respostas jurídicas concretas (desde a censura jurídica e reparação direta, até as ações afirmativas [...])”. RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 13.

de associações sem fins econômicos, que juntas empregavam o total de 1.797.349 trabalhadores assalariados⁶.

O presente trabalho tem por objetivo a identificação de pautas materiais que contribuam, no contexto do direito brasileiro, para o desate judicial da colisão entre a autonomia associativa e a proibição de discriminação. A partir de uma pesquisa teórica de cunho jurídico-dogmático e tipologia compreensiva-comparativa, busca-se detalhar os pressupostos normativos do problema da discriminação no âmbito associativo, questionar os modelos atualmente utilizados para o seu enfrentamento e propor caminhos que conduzam a resultados mais seguros.

A estruturação do texto é dividida em três partes principais. O primeiro capítulo apresenta, como pano de fundo para o desenvolvimento da investigação, um panorama da autonomia associativa no direito brasileiro. Assim, logo no início, analisa-se a proteção da liberdade de associação enquanto direito fundamental previsto na Constituição de 1988 (1.1). Em seguida, é detalhado o regramento geral que o Código Civil de 2002 dispensou às associações na qualidade de pessoas jurídicas de direito privado (1.2). Assentadas as bases constitucionais e infraconstitucionais da autonomia associativa, passa-se para a consideração concreta do poder normativo exercido pelas associações através de seus respectivos estatutos (1.3). Ao final, são estudadas as restrições decorrentes do reconhecimento da vinculação das associações aos direitos fundamentais (1.4).

O segundo capítulo, por sua vez, expõe o estado da arte por meio da revisão crítica das principais respostas jurídicas atualmente apresentadas para o problema da discriminação no âmbito associativo. Preliminarmente, realiza-se o recorte dos desafios judiciais de controle dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados (2.1). Retratam-se, então, as duas propostas estrangeiras que mais influenciaram as reflexões brasileiras: a) o modelo estadunidense, que utiliza a intimidade e a expressividade da associação como parâmetro (2.2); e b) o modelo espanhol, que utiliza o predomínio socioeconômico da associação como parâmetro (2.3). A articulação culmina na identificação e na avaliação das soluções jurisprudenciais, legislativas e doutrinárias presentes no contexto do ordenamento jurídico nacional (2.4).

O terceiro capítulo, a seu turno, desenvolve a hipótese de que o aprimoramento do controle das diferenciações entre pessoas promovidas pelas associações pode ser obtido por

⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil**: 2010. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Fundacoes_Privadas_e_Associacoes/2010/fasfil.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018, p. 79.

meio do aprofundamento do conceito de discriminação empregado nas discussões jurídicas. A argumentação começa com a demonstração da insuficiência da concepção de discriminação prevalente no direito brasileiro (3.1). Diante desse diagnóstico, indica-se a assimilação das teorias normativas da filosofia moral como alternativa para sofisticar o enquadramento jurídico da discriminação (3.2). Com vistas à comprovação dessa suposição, as duas últimas seções do desenvolvimento, respectivamente, descrevem a noção de discriminação como inferiorização elaborada por Deborah Hellman (3.3) e demonstram como essa concepção poderia ser empregada para esmiuçar a verificação dos critérios distintivos estipulados pelas associações (3.4).

Ainda a título introdutório, cumpre realizar um breve acerto semântico em relação às duas palavras centrais do presente trabalho: associação e discriminação. Em sentido amplo, o termo associação é utilizado para designar os mais diversos agrupamentos humanos, incluindo, do ponto de vista do direito, toda sorte de entidade coletiva personalizada ou despersonalizada. Para que o objeto de pesquisa não se tornasse demasiadamente amplo, no entanto, adotou-se aqui a acepção restrita de associação como pessoa jurídica de direito privado caracterizada por perseguir finalidades não econômicas, que não se confunde com as organizações religiosas nem com os partidos políticos. O termo discriminação também possui inúmeras definições e pode ser usado tanto em um sentido neutro (para caracterizar qualquer tipo de diferenciação) quanto em um sentido negativo (para caracterizar apenas as distinções consideradas reprováveis). Com vistas à obtenção de alguma uniformidade, optou-se por utilizar a palavra discriminação tão somente em seu sentido negativo ao longo do texto. Por fim, insta ressaltar que, enquanto os dois primeiros capítulos da pesquisa trabalham com uma noção genérica, o terceiro capítulo expõe e problematiza concepções específicas do termo discriminação.

1 O PANORAMA DA AUTONOMIA ASSOCIATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 A liberdade de associação enquanto direito fundamental na Constituição de 1988

O destaque dado à liberdade de associação pelos ordenamentos contemporâneos reflete o reconhecimento jurídico do associativismo como importante elemento da vivência humana. Em sentido amplo, as associações permitem a autorrealização dos indivíduos ao viabilizarem a sua articulação em prol dos mais diversos objetivos compartilhados. Ademais, ao perseguir seus próprios fins, os grupos privados favorecem o estabelecimento de democracias pluralistas e fomentam uma série de interesses gerais. É o caso, por exemplo, da liberdade de expressão, da liberdade religiosa, da livre iniciativa, do direito ao esporte, do direito ao lazer, dentre outros⁷. O papel da liberdade de associação na consecução de outros direitos, entretanto, não retira o seu valor particular. Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que “[a] liberdade de associação é um direito dotado de autonomia com relação aos objetivos que pode vir a buscar satisfazer”⁸.

A infinidade de manifestações da liberdade de associação ao longo da história humana inviabiliza qualquer tentativa de apreensão linear de sua evolução no tempo. Em linhas gerais, pelo menos no que tange aos ordenamentos de matriz romano-germânica, pode-se dizer que o enquadramento dogmático atual desse direito remonta a meados do século XX. Depois da Segunda Guerra Mundial, a liberdade de associação ganhou projeção global ao ser referenciada como direito humano em sucessivos instrumentos internacionais⁹. Paralelamente,

⁷ Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco: “A liberdade de associação presta-se a satisfazer necessidades várias dos indivíduos, aparecendo, ao constitucionalismo atual, como básica para o Estado Democrático de Direito. Quando não podem obter os bens da vida que desejam, por si mesmos, os homens somam esforços, e a associação é a fórmula para tanto. Associando-se com outros, promove-se maior compreensão recíproca, amizade e cooperação, além de se expandirem as potencialidades de autoexpressão. A liberdade de associação propicia autoconhecimento, desenvolvimento da personalidade, constituindo-se em meio orientado para a busca da autorrealização. Indivíduos podem se associar para alcançar metas econômicas, ou para se defenderem, para mútuo apoio, para fins religiosos, para promover interesses gerais ou da coletividade, para fins altruísticos, ou para se fazerem ouvir, conferindo maior ímpeto à democracia participativa. Por isso mesmo, o direito de associação está vinculado ao preceito de proteção da dignidade da pessoa, aos princípios da livre iniciativa, da autonomia da vontade e da garantia da liberdade de expressão”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Liberdades**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 343-344.

⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Liberdades**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 344.

⁹ Para uma lista exaustiva dos instrumentos internacionais referentes à liberdade de associação, cf. ORGANIZATION FOR SECURITY AND COOPERATION IN EUROPE, Office for Democratic Institutions and Human Rights. **Guidelines on freedom of association**. Warsaw: OSCE’s Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2015. Disponível em: <<https://www.osce.org/odihr/132371?download=true>>. Acesso em: 25 fev. 2018, p. 90-107.

no âmbito interno de variados países, o mesmo período foi marcado pela generalização da liberdade de associação em Constituições nacionais¹⁰.

No Brasil, o histórico constitucional da liberdade de associação revela um intrigante paradoxo. Em virtude da influência estadunidense, a Constituição de 1891 já previa precocemente o direito à liberdade de associação (art. 72, § 8º). A menção expressa foi reiterada nas Constituições de 1934 (art. 113, inciso 12), de 1937 (art. 122, § 9º), de 1946 (art. 141, § 12) e de 1967, modificada pela Emenda Constitucional n. 1/1969 (art. 150, § 28). Não obstante as sucessivas disposições constitucionais, a liberdade de associação foi pouco efetivada no direito brasileiro anterior à Constituição de 1988. Como evidenciado por Rodrigo Xavier Leonardo, essa situação decorreu de uma série de interferências estatais restritivas, que prejudicaram a concretização dos ditames constitucionais da liberdade de associação¹¹.

O advento da Constituição de 1988 trouxe impactos significativos na percepção e na aplicação da liberdade de associação no Brasil. Em um primeiro momento, chama atenção a profusão de referências a esse direito no atual texto constitucional (art. 5º, XVII a XXI; art. 8º; art. 37, VI; art. 174, § 2º; art. 217, I etc.). Para além do incremento quantitativo, ressalta-se a alteração qualitativa de tratamento, sobretudo a inserção explícita da liberdade de associação no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Essa inovação, além de reforçar a posição especial da liberdade de associação no ordenamento brasileiro, atraiu importantes atributos constitucionais, como a aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º) e o caráter de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV)¹².

A teoria dos direitos fundamentais compreende uma série de classificações didáticas, como a categorização em direitos de primeira, segunda ou terceira geração e a rotulação em

¹⁰ Cf. Constituição italiana de 1947 (art. 18); Lei Fundamental alemã de 1949 (art. 9); Constituição portuguesa de 1976 (art. 46º); Constituição espanhola de 1978 (art. 22).

¹¹ Depois de analisar detalhadamente a liberdade de associação no contexto brasileiro anterior à Constituição de 1988, Rodrigo Xavier Leonardo apresenta a seguinte conclusão: “A investigação sobre as associações na histórica constitucional brasileira permite alcançar conclusões impressionantes. Se, por um lado, a proteção da liberdade de associação é dita e repetida nas diversas constituições brasileiras (plano meramente normativo), por outro lado, o efetivo exercício dessa liberdade nunca foi incentivado, nem tampouco garantido. Pode-se concluir por uma desconexão entre o histórico programa constitucional e as práticas efetivas de poder: o programa constitucional de liberdade de associação nunca passou de um *mero programa*, pelo menos até 1988”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 105.

¹² Adota-se aqui a definição de Ingo Wolfgang Sarlet: “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009. p. 77.

positivos ou negativos, individuais ou institucionais, subjetivos ou objetivos etc. No direito brasileiro, entretanto, a dinâmica operacional da liberdade de associação não comporta uma definição estanque. Trata-se de um direito complexo, que apresenta diferentes facetas a depender do referencial em questão¹³. Na síntese de Paulo Gustavo Gonet Branco, “[a] liberdade de associação compreende, portanto, um amálgama de direitos, de diferentes titulares”¹⁴.

Além de multifacetada, a incidência do direito fundamental à liberdade de associação é bastante ampla. No Brasil, o posicionamento majoritário defende uma interpretação abrangente que alcança os mais diversos grupos privados¹⁵. Nesse sentido, afirma-se que a Constituição de 1988 protege um modelo geral associativo, passível de desdobramento em inúmeras espécies igualmente tuteladas, como as associações em sentido estrito previstas no art. 44, I do Código Civil de 2002, mas também os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades e até mesmo alguns entes despersonalizados¹⁶. Na expressão utilizada pelo

¹³ Na explicação de Jorge Miranda, “[o] direito de associação apresenta-se como um direito complexo, com múltiplas dimensões – individual e institucional, positiva e negativa, interna e externa – cada qual com a sua lógica própria, complementares umas das outras e que um sistema jurídico-constitucional coerente com princípios de liberdade deve desenvolver e harmonizar”. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 476. No mesmo sentido, Rodrigo Xavier Leonardo afirma que “o direito fundamental da liberdade de associação congrega um pouco de cada uma das gerações dos direitos fundamentais”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 106.

¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Liberdades**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 346.

¹⁵ Os juristas brasileiros costumam limitar o alcance da liberdade de associação aos grupos privados, excluindo de seu âmbito as chamadas “associações públicas” previstas no art. 41, IV, do Código Civil de 2002, bem como na Lei n. 11.107/2005 e no Decreto n. 6.017/2007. Na justificativa de Rodrigo Xavier Leonardo, “[a] despeito da coincidência terminológica, pela utilização do termo comum “associação” próprio às entidades de direito privado, não nos parece que as associações públicas possam ser consideradas como um subtipo associativo reconduzível à liberdade de associação garantida constitucionalmente. Isto porque, os direitos e garantias fundamentais não podem ser titularizados por pessoas jurídicas de direito público, seja por uma interpretação literal do art. 5º, *caput*, seja pela própria concepção de *garantia fundamental* como algo que em suas origens se opõe ao Estado”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 109.

¹⁶ Esse entendimento é compartilhado por Rodrigo Xavier Leonardo: “A liberdade de associação, tal como garantida constitucionalmente (CF, art. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX e XI), serve de suporte para toda e qualquer organização de pessoas dotada de razoável estabilidade e destinada ao desenvolvimento de atividade comum. [...] Partindo do tipo geral associativo, cujos dados podem ser estabelecidos segundo o modelo muito amplo posto na norma constitucional, destacam-se inúmeros outros subtipos: partidos políticos, sindicatos, associações religiosas, a associação em sentido estrito (associação sem fins econômicos do Código Civil) e a sociedade”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 106-107. A inclusão dos entes despersonalizados é expressamente defendida por Paulo Gustavo Gonet Branco: “A garantia constitucional, de outra parte, não se limita aos grupamentos dotados de personalidade jurídica; vale dizer, àqueles que cumpriram requisitos legais para serem reconhecidos como titulares de direitos e obrigações civis. A personalidade jurídica não é elemento indispensável para que se reconheça num grupamento de pessoas uma associação protegida constitucionalmente. O termo *associação* no texto constitucional tem sentido amplo, nele se incluindo as modalidades diversas de pessoas jurídicas conhecidas do direito civil, bem como outros grupamentos desvestidos de personalidade jurídica”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Liberdades**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 347-348. Em sentido contrário, Flávia de Campos Pinheiro propõe uma interpretação

Ministro Celso de Mello em seu voto de relatoria no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.045-1/DF, a liberdade de associação representa um “instrumento de ação multiforme”¹⁷. À míngua de uma definição constitucional exata, entretanto, coube à doutrina estabelecer os contornos mínimos do suporte fático desse direito fundamental. Após considerar as propostas de diferentes autores nacionais, Flavia de Campos Pinheiro organiza os pressupostos da liberdade de associação em quatro elementos: a) o agrupamento voluntário de pessoas; b) a organização com vista a uma finalidade comum (direção unificante); c) a permanência (pretensão de durar no tempo) e d) a finalidade lícita¹⁸.

Percebe-se, portanto, que a liberdade de associação origina inúmeros desdobramentos no ordenamento jurídico brasileiro. O recorte a seguir, contudo, considerará apenas algumas das principais repercussões específicas desse direito fundamental. Nesse sentido, a exposição abaixo tomará por base os incisos XVII a XXI do art. 5º, que juntos consubstanciam o núcleo textual da tutela da liberdade de associação na Constituição de 1988.

Em primeiro lugar, o inciso XVII do art. 5º dispõe que “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. Por um lado, o dispositivo estabelece uma previsão genérica de liberdade de associação reforçada pelo adjetivo “plena”¹⁹. Por outro, indica-se a ilicitude dos fins associativos como filtro de adequação

limitada às associações em sentido estrito: “É importante lembrar, como já foi visto, que existem outras formas específicas de associação, tais como sindicatos e partidos políticos. Sobre elas, a Constituição de 1988 optou por protegê-las textualmente, garantindo-lhes direitos específicos e delimitando sua forma de atuação. Portanto, a liberdade de associação se refere especificamente à forma associativa sem fim lucrativo, prevista como direito individual de exercício coletivo disposta no Título dos Direitos Fundamentais, Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”. PINHEIRO, Flavia de Campos. **O conteúdo constitucional da liberdade de associação**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062856.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2018, p. 104.

¹⁷ No trecho original do voto: “É pelo exercício concreto dessa liberdade pública que se instituem as associações, gênero a que pertencem as sociedades (que podem ser simples ou empresárias), de um lado, e as associações em sentido estrito, de outro. O direito de associação, bem por isso, se erige em instrumento de ação multiforme, podendo revestir-se de caráter empresarial, cultural, filantrópico, sindical ou político”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.045-1/DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de agosto de 2005.

¹⁸ PINHEIRO, Flavia de Campos. **O conteúdo constitucional da liberdade de associação**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062856.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2018, p. 117.

¹⁹ A relevância semântica do adjetivo “plena” é defendida por Wendel de Brito Lemos Teixeira: “Não entendemos como o notável e culto Cretella Júnior taxa a expressão “é plena a liberdade” como redundante, por considerar que ou é plena a liberdade ou não há liberdade. Acreditamos que a taxação da liberdade de associação como “plena” pelo constituinte teve o intuito de enfatizar a importância da liberdade de associação, demonstrando a inaceitabilidade de limitações que não as constantes em lei”. TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 45-46.

sistêmica conjugado com a rejeição expressa das associações paramilitares²⁰. No direito brasileiro, diferentemente da orientação adotada por algumas constituições estrangeiras, a apuração de licitude das finalidades da associação não se restringe ao contraste com a legislação penal²¹. Com efeito, a doutrina defende a realização de um exame abrangente em face do ordenamento jurídico como um todo²². Ademais, como pontua Wendel de Brito Lemos Teixeira, “as finalidades sociais devem ser analisadas *in concreto* e não somente na frieza da disposição estatutária”²³.

A desconstituição da presunção de licitude das finalidades da associação, entretanto, demanda uma fundamentação objetiva e circunstanciada. Nesse aspecto, dois itens da legislação brasileira atual apresentam questionável adequação constitucional. O *caput* do art. 39 do Decreto-Lei n. 3.688/1941 (Lei das Contravenções Penais) tipifica como contravenção penal o ato de “participar de associação de mais de cinco pessoas, que se reúnam periodicamente, sob compromisso de ocultar à autoridade a existência, objetivo, organização ou administração da associação”. Curiosamente, o § 2º do mesmo dispositivo prevê que “o juiz pode, tendo em vista as circunstâncias deixar de aplicar a pena, quando lícito o objeto da associação”. Ocorre que a natureza secreta de uma associação, por si só, não constitui justificativa suficiente para atrair a reprovação jurídica²⁴. Também é controverso o art. 115 da

²⁰ Na definição de Paulo Gustavo Gonet Branco, “[o] caráter paramilitar que torna imprópria a associação, afinal, não tem que ver necessariamente com a finalidade do ente, mas com o modo como desenvolve as suas atividades, em desafio ao monopólio da força bruta pelo Estado. O caráter paramilitar liga-se ao desempenho de atividades bélicas pela associação, tenham os seus membros armas ou não. É típico da associação paramilitar a adoção de estrutura interna similar às das forças militares regulares – apresentando hierarquia bem definida e adotando o princípio da obediência”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 348. A repulsa da Constituição de 1988 às associações paramilitares também está presente nos arts. 5º, XLIV e 17, § 4º.

²¹ Cf. Constituição italiana de 1947 (art. 18); Lei Fundamental alemã de 1949 (art. 9º, I); Constituição portuguesa de 1976 (art. 46º, I).

²² TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 48.

²³ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 49.

²⁴ Como expõe Wendel de Brito Lemos Teixeira, “[o] que torna a associação ilícita não é o fato de ser secreta ou não, e sim a legalidade ou não dos fins que a mesma persegue. A *mens legis* é vedar as associações criminosas (*societas sceleris* e *societas criminis*) e não as associações secretas com fins lícitos. O único inconveniente é que as associações secretas, apesar de não serem consideradas ilícitas, não terão personalidade jurídica caso não cumpram os requisitos previstos na legislação civil para aquisição de personalidade jurídica”. TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 54. Em sentido contrário, Flavia de Campos Pinheiro defende que “[a] Constituição não prevê a liberdade de associação com finalidade secreta. Em outras palavras, ao garantir a liberdade de associação, traz em si alguns elementos lógicos à sua própria constituição, tais como sua finalidade lícita. Como visto, todo direito deve apresentar tal finalidade. Qualquer associação secreta oculta sua finalidade, de modo que não se encontra em conformidade com a Constituição”. PINHEIRO, Flavia de Campos. **O conteúdo constitucional da liberdade de associação**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062856.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2018, p. 130-131.

Lei n. 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos), que impede o registro de “atos constitutivos de pessoas jurídicas, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitos ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes”. Nesse caso, o problema está na abertura excessiva dos termos empregados pela legislação, que dão margem para o cerceamento arbitrário dos fins almejados pelos grupos privados²⁵.

O inciso XVIII do art. 5º, a seu turno, dispõe que “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”²⁶. A parte inicial do dispositivo destaca a desnecessidade de prévia permissão estatal para o surgimento das associações em geral, com a ressalva da sujeição particular das cooperativas à disciplina legal. A liberdade de criação, contudo, não obsta o estabelecimento de requisitos infraconstitucionais para que as associações titularizem determinadas posições jurídicas, desde que esteja presente uma motivação razoável fundamentada na ordem pública ou em direitos de terceiros²⁷. A parte final do inciso, por sua vez, evidencia a proteção fornecida pela Constituição de 1988 à autonomia associativa, ou seja, à liberdade de gestão interna dos grupos privados conforme seus próprios objetivos, tópico que demanda um maior aprofundamento²⁸.

A autonomia associativa consubstancia um aspecto essencial da liberdade de associação. Nas palavras de Gustavo Binbenojm, “a livre conformação dos atos constitutivos da associação, com a definição da lógica interna de formação da vontade e distribuição de

²⁵ Nesse sentido é a opinião de Rodrigo Xavier Leonardo: “Ocorre que, com tamanha amplitude de poderes para que se decida registrar ou não os atos constitutivos de uma associação *por um oficial registral*, caso a existência da entidade ficasse dependente deste ato estatal, o resultado seria, de um lado, a vedação à constituição de muitas associações, segundo critérios aplicados por um funcionário do Poder Executivo e, de outro, a destinação a um *limbo jurídico* para as entidades que ousassem funcionar sem o registro. [...] Uma leitura conforme a Constituição Federal [...] permite sustentar a inconstitucionalidade do art. 115 da Lei 6.015/1973”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 222.

²⁶ A relevância do inciso XVIII é enfatizada por Gustavo Binbenojm: “É indubitável que a autonomia dos associados na constituição e funcionamento das entidades associativas constitui o ponto mais sensível da liberdade de associação – sua quintessência”. BINENBOJM, Gustavo. As associações e o novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 23, p. 207-229, jul./set. 2005, p. 222.

²⁷ Na afirmação de Paulo Gustavo Gonet Branco, “[s]e a associação, para se inserir no domínio da tutela constitucional, não precisa assumir um feitiço predefinido na legislação ordinária, o legislador está legitimado para, nos limites impostos pela razoabilidade, dispor sobre direitos e atividades que somente podem ser titularizados ou desempenhados por entidades devidamente registradas e que assumam determinada forma jurídica. Há considerações de ordem pública e de defesa de terceiros aptas a justificar normas com tal conteúdo”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Liberdades**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 348.

²⁸ Registre-se a discordância terminológica de Pontes de Miranda, que defende que as associações possuem autodeterminação, autoadministração ou autarquia, mas não autonomia propriamente dita. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 374.

competências, é de tal forma conatural à noção de liberdade de associação, que esta não existiria sem aquela”²⁹. Trata-se de manifestação institucional e negativa do direito fundamental à liberdade de associação, que consagra a proteção da disciplina dos grupos privados contra as intromissões indevidas de qualquer um dos Poderes Públicos. Algumas espécies de associação, inclusive, contam com dispositivos específicos que reforçam a liberdade de auto-organização. É o caso das entidades desportivas (art. 217, I, da Constituição de 1988) e das organizações religiosas (art. 44, § 1º, do Código Civil de 2002). Em qualquer hipótese, a violação da autonomia associativa representa uma grave transgressão que sujeita a autoridade infratora à responsabilização em diferentes esferas jurídicas³⁰. Na prática, a liberdade de funcionamento das associações em geral possui diversas repercussões. Cada grupo privado, por exemplo, é livre para definir a sua finalidade, a sua estrutura jurídica, a sua denominação, a sua divisão orgânica, a sua composição, dentre outros infindáveis aspectos de gestão interna³¹.

A autonomia associativa garantida constitucionalmente, entretanto, não é absoluta. Em outras palavras, a liberdade de auto-organização não imuniza as associações em sentido amplo contra todo e qualquer mecanismo de controle estatal³². Nesse sentido, admite-se a edição de normas infraconstitucionais regulamentadoras fundamentadas na consideração democrática de outros interesses públicos relevantes³³ e até na realização da própria liberdade de associação³⁴.

²⁹ BINENBOJM, Gustavo. As associações e o novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 23, p. 207-229, jul./set. 2005, p. 228.

³⁰ Exemplificativamente, a afronta à autonomia associativa pode caracterizar crime de responsabilidade (art. 4º, III, da Lei n. 1.079/1950) e abuso de autoridade (art. 3º, f, da Lei n. 4.898/1965).

³¹ As semelhanças e as diferenças entre a autonomia associativa e a autonomia individual são ressaltadas por Andreas von Thur: “*A veces, por autonomía no se entiende más que la facultad de las asociaciones de ordenar sus asuntos mediante las resoluciones de sus órganos, sin la intervención del poder del Estado. [...] Sin embargo, en este sentido corriente, tiene autonomía no sólo la asociación sino también el individuo en su esfera jurídica, pues dentro de ciertos límites el orden jurídico le permite configurar sus relaciones jurídicas mediante contrato, testamento, etc. Por el hecho mismo de tener miembros, las relaciones de la asociación son diversas y mucho más complejas que las del individuo, de manera que en la esfera jurídica de este no se encuentra analogía con la mayor parte de las cuestiones a que se refieren los estatutos; el individuo es señor único de su patrimonio; sus decisiones son procesos psicológicos y no jurídicos; no requieren reglamentación jurídica*”. THUR, Andreas von. **Derecho civil**. Trad. Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1946. v. I. p. 168.

³² Trata-se de entendimento compartilhado pelo Ministro Celso de Mello que asseverou, em seu voto de relatoria no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.045-1/DF, que “a prerrogativa constitucional da autonomia não **traduz** a outorga, às associações civis em geral – e às organizações desportivas em particular – **de poder absoluto** que lhes permita existir e atuar em um universo particular e diferenciado, **incompreensivelmente** imune ao império das normas estatais, **como** se tais entidades pudessem existir em regime de **completa** desvinculação normativa **em relação** ao ordenamento positivo do Estado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.045-1/DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de agosto de 2005.

³³ De acordo com Wendel de Brito Lemos Teixeira, “admite-se a constitucionalidade das restrições e/ou regulamentações previstas na lei, inclusive na Lei Civil, desde que não aniquilem o núcleo essencial do direito fundamental de associação e guarde a devida proporcionalidade/razoabilidade constitucional. Como dito, as disposições civis acerca das associações têm por intuito tutelar os associados e terceiros perante as associações e

Da mesma forma, deve-se reconhecer a legitimidade da atuação do Poder Judiciário no sentido de adequar casuisticamente a disciplina dos grupos privados ao ordenamento jurídico nacional³⁵. Trata-se, inclusive, de decorrência do princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional ante a ocorrência de lesão ou de ameaça a direito previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988³⁶.

Na prática, contudo, o controle judicial da autonomia associativa é bastante tormentoso. Nos casos mais complicados, é difícil identificar claramente os limites para o exercício da auto-organização das associações em geral. Dada a complexidade da sociedade contemporânea, é comum que a disciplina interna das entidades entre em choque com a proteção de diversos bens jurídicos importantes. Especialmente controversas são as situações em que o regramento dos grupos privados ameaça a observância de normas reputadas fundamentais. Nessas hipóteses, entram em cena as reflexões propiciadas pelo desenvolvimento teórico da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais³⁷.

O inciso XIX do art. 5º, por sua vez, prevê que “as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”. Trata-se de manifestação da liberdade de associação orientada para a inibição dos desmandos estatais observados historicamente no Brasil. A necessidade de decisão judicial para dissolução involuntária ou suspensão das atividades das associações em geral prestigia o princípio do devido processo legal perfilhado no inciso LIV do art. 5º e evidencia a opção constitucional de abandonar a fiscalização preventiva em prol da adoção de mecanismos de controle repressivo³⁸. A suspensão das atividades da entidade pode ser efetivada via tutela de urgência, desde que presente um

vice-versa. Tais normas têm por escopo tutelar os direitos fundamentais dos associados, terceiros e da própria associação”. TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 60.

³⁴ Paulo Gustavo Gonet Branco, parafrazeando Gilmar Mendes, explica que “a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica, etc.)”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Liberdades*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 349.

³⁵ Nesse sentido são lições de Rodrigo Xavier Leonardo: “Cabe frisar que o inc. XVIII do art. 5º não impede ao Poder Judiciário averiguar a licitude das disposições estatutárias; tampouco impede-se que sejam apreciadas as situações de violação aos direitos dos associados estipulados em estatuto e, muito menos, que sejam julgados os atos praticados pelas associações”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 154-155.

³⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. Da associação no novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 27, p. 42-62, 2004, p. 46.

³⁷ A questão da vinculação das associações aos direitos fundamentais será aprofundada no capítulo 1.4.

³⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157.

robusto conjunto probatório³⁹. A dissolução compulsória, diversamente, demanda sempre decisão judicial transitada em julgado e, em consonância com o inciso XVII, deve basear-se exclusivamente na ilicitude dos fins ou no caráter paramilitar do grupo privado.

Já o inciso XX do art. 5º estabelece que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”. Em sua dimensão individual, o direito fundamental à liberdade de associação rejeita tanto a associação quanto a desassociação forçada⁴⁰. Na metáfora de Nagib Slaibi Filho, “[a] liberdade de associação é afirmada na Constituição como verdadeira via de trânsito de mão dupla”⁴¹. Para a doutrina brasileira, inclusive, essa prerrogativa não se limita às pessoas naturais⁴². Nesse sentido, reconhece-se também às pessoas jurídicas e aos entes despersonalizados o direito de agremiar-se ou não segundo seus próprios interesses. O ordenamento jurídico nacional, entretanto, admite excepcionalmente as chamadas associações induzidas. Segundo Rodrigo Xavier Leonardo, “nestes casos, não se verificaria uma autêntica *obrigação* de se associar ou de constituir uma associação, pois o que ocorre é uma indução à associação como um ônus [...] para o desenvolvimento de determinada atividade”⁴³. Em diferentes oportunidades, o Supremo Tribunal Federal já decidiu tanto pela constitucionalidade⁴⁴ quanto pela inconstitucionalidade⁴⁵ de leis que condicionavam a obtenção de benefícios à participação em certa associação.

³⁹ No Brasil, são recorrentes os pedidos de suspensão liminar das atividades de torcidas organizadas de clubes de futebol. Cf. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 7ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n. 2078081-07.2015.8.26.0000. Agravante: Luis Claudio Lacerda e G. E. R. C. Tricolor Independente. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Desembargadora Silvia Maria Facchina Espósito Martinez. São Paulo, 24 de fevereiro de 2016.

⁴⁰ A relevância dos dois aspectos do inciso XX pode ser ilustrada por duas discussões que contam com repercussão geral reconhecida e atualmente aguardam julgamento no Supremo Tribunal Federal: uma referente à possibilidade das associações de moradores cobrarem taxas de proprietários não associados e outra relativa à licitude da prática de condicionar o desligamento de associado à quitação de dívidas com a entidade. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Repercussão Geral no Agravo de Instrumento n. 745.831/SP. Agravante: Teresinha dos Santos. Agravado: Associação de Proprietários Amigos da Porta do Sol – APAPS. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 20 de outubro de 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 820.823/DF. Reclamante: Rosilena Fernandes dos Santos. Reclamado: Associação dos Agentes de Polícia Civil do Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de outubro de 2016.

⁴¹ SLAIBI FILHO, Nagib. Da associação no novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 27, p. 42-62, 2004, p. 47.

⁴² Nas palavras de Rodrigo Xavier Leonardo, “atualmente, muitas necessidades humanas só podem ser adequadamente alcançadas mediante a união de outras organizações menores, ou seja, por meio de uma *associação* de *associações*, também chamadas de associações híbridas. [...] Na atualidade, restringir a liberdade associativa à união entre pessoas naturais significa excluir uma série de importantíssimas manifestações associativas em razão de um individualismo que não é justificável e que, em última análise, acaba resultando em limitações às aspirações legitimamente organizadas”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 127.

⁴³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 131.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.054-4/DF. Requerente: Partido Social Trabalhista – PST. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ilmar Galvão. Redator para o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 2 de abril de 2003.

Por fim, o inciso XXI do art. 5º define que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. Esse dispositivo busca facilitar a atuação da sociedade civil organizada na defesa dos direitos coletivos em sentido amplo, que incluem os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos. Atualmente, esse é o aspecto da liberdade de associação mais discutido nos tribunais brasileiros⁴⁶⁻⁴⁷. O espírito do inciso XXI é compartilhado por outras previsões constitucionais e infraconstitucionais que viabilizam a representação associativa em variadas situações jurídicas, tais como: mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, b, da Constituição de 1988 e art. 21 da Lei n. 12.016/2009); controle concentrado de constitucionalidade (arts. 102, § 1º, e 103, VIII e IX, da Constituição de 1988; art. 2º, VIII e IX, da Lei 9.868/1999 e art. 2º, I, da Lei n. 9.882/1999); a atuação sindical (art. 8º, III, da Constituição de 1988); a ação civil pública (art. 5º, V, da Lei n. 7.347/1985); e a defesa dos interesses consumeristas (art. 82, IV, da Lei n. 8.078/1990).

1.2 A associação como pessoa jurídica de direito privado e o Código Civil de 2002

Dentre as várias espécies de associação extraídas do direito fundamental à liberdade de associação reconhecido na Constituição de 1988, o presente trabalho atém-se a um subtipo específico: a associação em sentido estrito ou simplesmente associação. No direito brasileiro atual, essas duas expressões remetem à figura da associação com fins não econômicos

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.464-2/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 29 de outubro de 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.587-8/DF. Requerente: Governador do Distrito Federal. Requerido: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de dezembro de 2007.

⁴⁶ Segundo Rodrigo Xavier Leonardo, “[p]ode-se afirmar que, atualmente, a expressiva maior parcela de discussões a respeito da *liberdade de associação* que se verifica nos tribunais deixou de fixar-se em questões pertinentes à sua constituição para deter-se na averiguação de sua *legitimidade*, seja para representar seus associados, seja para substituí-los, seja, ainda, para defender direitos coletivos. Tal constatação é fruto direto e necessário do papel que as associações assumiram para a tutela dos direitos coletivos e para a tutela coletiva de direitos”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 158.

⁴⁷ A título ilustrativo, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 573.232/SC, ao analisar o alcance do art. 5º, XXI, da Constituição, o Plenário do Supremo Tribunal Federal estabeleceu as seguintes teses: “REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário n. 573.232/SC. Recorrente: União. Recorrido: Fabrício Nunes e outro(a/s). Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de maio de 2014.

prevista como espécie de pessoa jurídica de direito privado no Código Civil de 2002. O tema das associações em sentido estrito tem sido tradicionalmente pouco explorado pela doutrina nacional, sobretudo no campo do direito privado⁴⁸. Nos últimos tempos, contudo, além dos debates provocados pela chegada da nova codificação, destacam-se algumas obras mais recentes que analisaram o assunto com maior profundidade⁴⁹. A tendência de crescimento do interesse jurídico pelas associações reflete o desenvolvimento do papel ocupado por essas entidades na sociedade brasileira.

Rodrigo Xavier Leonardo sistematiza em três passagens a história moderna das associações sem fins econômicos⁵⁰. A primeira passagem refere-se ao advento da Idade Moderna e o repúdio às associações. Nessa época, a concepção corporativista de sociedade deu lugar a uma perspectiva individualista. Mais especificamente, o cerceamento promovido durante o Antigo Regime por certas organizações privilegiadas motivou grande desconfiança em relação às entidades intermediárias posicionadas entre os indivíduos e o Estado⁵¹.

A segunda passagem, por sua vez, diz respeito à transição do repúdio ao reconhecimento das associações. O inevitável desenvolvimento do associativismo levou os Estados a substituírem a política de repressão pela de aceitação das associações mediante controle público. De meados do século XIX até a primeira metade do século XX, os ordenamentos nacionais assimilaram uma série de mecanismos de ingerência sobre as associações, como a regulação legal de sua origem contratual e de sua personificação jurídica.

A terceira passagem, por fim, refere-se à evolução do reconhecimento à promoção vivenciada atualmente pelas associações. Especialmente após a Segunda Guerra Mundial, vários fatores impulsionaram a expansão quantitativa e qualitativa das associações sem fins econômicos pelo mundo afora: o direito à liberdade de associação foi progressivamente

⁴⁸ Rodrigo Xavier Leonardo observa que “[o] tema das associações sem fins econômicos no Brasil, especialmente sob a lente do direito privado, parece se enquadrar dentre aqueles assuntos que são guardados por um silêncio eloquente. Os livros de direito civil pouco ou nada mencionam a respeito dele; os livros de direito empresarial, quando muito, tratam lateralmente do assunto para propor uma diferenciação em relação às sociedades, e as obras de direito constitucional costumam-se limitar a abordar o tema sob a perspectiva da garantia constitucional da *liberdade de associação em sentido amplo*”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 170.

⁴⁹ Cf. TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

⁵⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 22-82.

⁵¹ A desconfiança dos revolucionários franceses em relação às entidades intermediárias foi explicitada no terceiro artigo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”. No original: “*Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément*”.

difundido tanto em constituições nacionais quanto em tratados internacionais; as organizações não governamentais (ONGs) ganharam credibilidade e visibilidade na defesa de diversos interesses metaindividuais; a percepção das limitações do modelo de Estado Social evidenciou a necessidade de consideração de ações públicas voltadas não apenas para a prestação, mas também para a promoção de direitos; a crise de representatividade política enfrentada pelas democracias ocidentais incentivou a busca por novas maneiras de articulação da sociedade civil; e o chamado terceiro setor consolidou-se enquanto instância *sui generis* de realização de objetivos coletivos⁵². Na prática, todas essas circunstâncias conectam-se de alguma forma ao arrefecimento do controle estatal sobre as associações e à institucionalização de instrumentos legais de fomento ao associativismo. O contexto da terceira passagem, no Brasil, resultou em uma considerável ampliação do papel social ocupado pelas associações.

Até a promulgação do Código Civil de 2002, entretanto, a legislação brasileira não disciplinava a associação como uma espécie autônoma de pessoa jurídica. Sob a égide do Código Civil de 1916, as associações em sentido estrito estavam inseridas na ampla e complexa categoria das sociedades civis. Nos termos do art. 16 da antiga codificação, com a redação alterada pela Lei n. 9.096/1995, eram consideradas espécies de pessoas jurídicas de direito privado: “I – as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações; II – as sociedades mercantis e III – os partidos políticos”. Apesar da aglutinação promovida pelo texto legal, a doutrina da época dividia-se entre defensores de um regime único e apoiadores de um tratamento jurídico específico para as associações. Este último entendimento foi favorecido pelo passar do tempo, que evidenciou gradativamente as peculiaridades das associações sem fins econômicos e a consequente necessidade de um enquadramento social e jurídico diferenciado⁵³.

⁵² Rodrigo Xavier Leonardo alerta para a necessidade de distinção entre o espectro das associações sem fins econômicos e o campo do terceiro setor: “O surgimento do discurso do terceiro setor e a terceira passagem das associações – do reconhecimento à proteção –, são em grande medida contemporâneos. Não necessariamente, no entanto, serão convergentes. O momento histórico e político de promoção das associações, por diversas razões não se confunde (nem se pode confundir) com a carga ideológica daquilo que se reconhece por um *terceiro setor*. Em primeiro lugar, esse ambiente de paz artificial e complementariedade entre setores, tão arraigado no discurso do terceiro setor, não condiz propriamente com a promoção das associações. [...] Em segundo lugar, enquanto ao terceiro setor costuma ser imputado exclusivamente o desenvolvimento de atividades de interesse público, nada impede que num contexto promocional caiba às associações o desenvolvimento de atividades eminentemente particulares (ainda que sem fins econômicos). [...] Por fim, limitar a promoção das associações apenas ao campo semântico do *terceiro setor* resultaria num cerceamento da liberdade de associação apenas a algumas finalidades, o que, por si só, é contraditório com a amplitude da liberdade de associação”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 80-81.

⁵³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 169-171.

A tendência de autonomização das associações em sentido estrito foi perfilhada pelo Código Civil de 2002 que, na redação original de seu art. 44, elencou como pessoas jurídicas de direito privado: “I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações”. Posteriormente, seguindo a linha de desdobramentos específicos, a Lei n. 10.825/2003 incluiu “IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos”, enquanto a Lei n. 12.441/2011 adicionou ao rol “VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada”⁵⁴. Em especial, a nova codificação civil dedicou um capítulo exclusivo para a disciplina geral das associações (arts. 53 a 61).

O conceito legal de associação em sentido estrito consta do *caput* do art. 53: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”. Não obstante as reservas quanto à definição de institutos jurídicos pela legislação⁵⁵, esse dispositivo tem o mérito de fixar o suporte fático das associações e de embasar sua distinção em relação a outras figuras próximas. A partir dele, depreendem-se os três componentes essenciais da associação: “a) a união de pessoas; b) a adoção de uma determinada organização; [e] c) a busca de finalidades não econômicas”⁵⁶. O primeiro elemento representa a manifestação de vontade consciente e convergente, entre duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, voltada à união associativa. Já o segundo elemento diz respeito ao emprego de um arranjo corporativo peculiar com vistas à consecução de um fim não econômico, que por sua vez consubstancia o terceiro e último elemento⁵⁷.

A utilização da expressão “fins não econômicos” pelo Código Civil de 2002 originou um debate interpretativo que perdura até os dias de hoje. Parte da doutrina, em consonância

⁵⁴ Registre-se, contudo, a existência de corrente doutrinária que defende a natureza exemplificativa do rol de pessoas jurídicas de direito privado. Nesse sentido, o enunciado 144, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, dispõe que “[a] relação das pessoas jurídicas de direito privado constante do art. 44, incs. I a V, do Código Civil não é exaustiva”.

⁵⁵ Na crítica de Wendel de Brito Lemos Teixeira, “[a] boa técnica legislativa aconselha que o legislador não promova conceituações, haja vista que esse labor pertence à doutrina, entretanto no *caput* do art. 53 do Código Civil a advertência foi ignorada”. TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 68.

⁵⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 196.

⁵⁷ A parte final do art. 53 do Código Civil de 2002 afastou-se da orientação de Pontes de Miranda, que identificava o traço distintivo das associações não na ausência de finalidade econômica, mas sim na presença de corporificação: “Nem as distinguiria o fim econômico ou não-econômico: há associações de fim não-econômico e associações de fim econômico; sociedades de fim econômico e sociedades de fim não-econômico. [...] A dicotomia dos fins é sem qualquer interesse para a distinção [...]. No direito suíço, a atitude do legislador foi, até certo ponto, arbitrária: considerou associação qualquer união de pessoas, corporativamente, sem fins econômicos [...] A sociedade de regra não *corporifica*; a associação é essencialmente *corporativa*. Daí falar-se em substrato corporativo da associação [...]: na sociedade, há sócios; não, *as*-sociados. A reunião de pessoas é associação quando de tal maneira se organizou que os seus membros se apresentam como todo único e uno e os *cobre*; isto é, quando o membro tem qualidade comum, sem ser só o “sócio”, o que participa da vida social. A individualidade do membro entra pouco, ou nada”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 319-320.

com a terminologia legal, defende que a associação pode ter finalidades lucrativas desde que não econômicas⁵⁸. Outros autores, discordantes da opção legislativa, pregam exatamente o contrário⁵⁹. Por sua maior coerência sistêmica, adota-se aqui o primeiro posicionamento. Essa discussão, no entanto, apresenta pouca utilidade prática tendo em vista a existência de uma concordância substancial por trás das diferentes formulações. De modo geral, a doutrina reconhece que as associações podem e até mesmo devem promover atividades que sustentem financeiramente a busca de seu respectivo objetivo, sempre com a ressalva de que os recursos levantados devem ser reinvestidos na própria entidade. Em outras palavras, o que é vedado é a instrumentalização da associação para a distribuição dos resultados positivos obtidos, como acontece no caso das sociedades, por exemplo. Faz-se necessário, portanto, alterar o foco da problematização para questões mais produtivas, como os desafios de regulação da atuação das associações no mercado⁶⁰.

Também é digna de nota a amplitude de possibilidades do universo dos “fins não econômicos”. A caracterização legal das associações em sentido estrito abrange entidades com os mais diversos objetivos, tais como culturais, religiosos, assistenciais, profissionais, representativos, científicos, políticos, esportivos, recreativos etc.⁶¹ Ademais, o respeito à pluralidade social impõe que se reconheçam não apenas as associações que buscam interesses públicos prestigiados socialmente, mas também aquelas que apresentam finalidades impopulares, exóticas, fúteis ou egoísticas⁶². Naturalmente, a disciplina geral do Código Civil

⁵⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 205-209.

⁵⁹ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 68-73. Da mesma forma, o enunciado 534 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal afirma que “[a]s associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa”. A ausência de fins lucrativos também é mencionada na legislação como requisito para a obtenção dos títulos de Organização Social (art. 2º, b da Lei n. 9.637/98), Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (art. 1º, § 1º da Lei n. 9.790/1999) e Organização da Sociedade Civil (art. 2º, I, a da Lei n. 13.019/2014).

⁶⁰ Nesse sentido, por exemplo, destacam-se os estudos realizados por Márcia Carla Pereira Ribeiro (sobre os aspectos concorrenciais da atuação das associações no mercado) e por Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (a respeito da possibilidade de recuperação judicial de associações). Cf. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Exercício de atividade empresária por associação: avanço ou retrocesso social?. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017; ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Recuperação judicial de associações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

⁶¹ Exemplificativamente, Wendel de Brito Lemos Teixeira elenca as associações “pias, beneficentes ou filantrópicas, creches, Apaes, de alcoólatras, hospitais beneficentes, torcidas organizadas, associação de socorro mútuo, hospícios, asilos, orfanatos, clubes, profissionais (advogados, magistrados, Ministério Público, médicos, policiais, odontólogos etc.), fraternidade, maçonaria, academias científicas literárias, musicais ou artísticas, de defesa do consumidor, produtores rurais, de bairro, sindicatos, comercial e industrial, de teatro, empresas de um determinado setor, suinocultores, pecuaristas, organizações não governamentais (ONGs) etc.”. TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 75.

⁶² TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 75.

de 2002 deverá ser adaptada ao arcabouço normativo de cada subtipo associativo. Ficam excluídos desse âmbito, no entanto, as organizações religiosas e os partidos políticos, que consubstanciam espécies autônomas de pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, IV e V)⁶³.

As associações adquirem personalidade jurídica com a inscrição de seu ato constitutivo no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (art. 45, *caput*, do Código Civil de 2002 c/c art. 114, I, da Lei n. 6.015/1973). A lei exige que o ato constitutivo contenha uma série de elementos obrigatórios, mas limita ao prazo decadencial de três anos a possibilidade de anulação da constituição da associação motivada por defeito do respectivo ato (arts. 46 e 45, parágrafo único, do Código Civil de 2002). Não há consenso, contudo, quanto à natureza jurídica do ato constitutivo da associação. Grosso modo, é possível dividir os entendimentos doutrinários em dois grandes blocos: os contratualistas e os anticontratualistas⁶⁴. Os primeiros defendem que o surgimento da associação decorre de um contrato⁶⁵, enquanto os segundos acreditam que se trata de um negócio jurídico diverso⁶⁶. Ao que tudo indica, o legislador brasileiro optou pela última corrente ao estabelecer, no parágrafo único do art. 53 do Código Civil de 2002, que “[n]ão há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos”.

A personificação das associações em sentido estrito acarreta o surgimento de diversas posições jurídicas. Em primeiro lugar, a constituição da associação deixa nítida a distinção entre a entidade e seus membros⁶⁷. Além disso, uma vez constituída, a associação passa a ser apresentada⁶⁸ socialmente pelos atos do respectivo administrador (art. 47 do Código Civil de

⁶³ Como explica Damiano Alves de Azevedo, “[o]s partidos políticos e as organizações religiosas têm a mesma natureza jurídica e suporte fático das associações, as quais são erigidas sobre uma pluralidade de pessoas e não possuem fins lucrativos, como dispõe o art. 53 do Código Civil, que as define. Entretanto, foram destacados individualmente no art. 44 e dispensados de se adequarem às disposições relativas às associações em geral, apenas em função de um reconhecimento público das formas de organização que lhes são próprias, o que não significa que estejam fora da abrangência das normas gerais do Direito Civil”. AZEVEDO, Damiano Alves de. Partidos políticos, organizações religiosas e instituições confessionais: sua adequação ao novo Código Civil e a continuidade de convênios públicos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 32, p. 101-107, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/705/885>>. Acesso em: 10 mar. 2018, p. 106.

⁶⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 172.

⁶⁵ Cf. SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades: semelhanças e distinções à luz da noção de contrato plurilateral. **Revista de Direito Privado**, v. 21, ano 6, p. 233-234, jan./mar. 2005.

⁶⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 171-193.

⁶⁷ Trata-se, contudo, de distinção existencial passível de flexibilização no caso de desconsideração da personalidade jurídica da associação, medida que tem sido admitida no Brasil, embora exclusivamente em relação aos dirigentes do grupo. Cf. GONÇALVES, Oksandro. A desconsideração da personalidade jurídica nas associações. In: FRAZAO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

⁶⁸ Permanecem válidas as lições de Pontes de Miranda sobre a distinção entre representação e apresentação de pessoa jurídica: “Ato jurídico do órgão é ato da pessoa jurídica, e não de quem é órgão, sem se precisar de pensar em representação, na qual o ato do representante se *faz* ato do representado [...]. O órgão da pessoa jurídica é parte dela, como o cérebro é parte da pessoa física. Não representa, *pròpriamente*; pratica o ato da pessoa jurídica [...]. A pessoa jurídica pode ter o órgão e ter representante. Órgão não representa, *presenta*”. PONTES DE

2002). Outra consequência relevante é a aplicação, no que couber, da proteção dos direitos da personalidade (art. 52 do Código Civil de 2002)⁶⁹. No mais, é comum encontrar na legislação brasileira a exigência de personalidade jurídica como requisito para a titularização de determinados direitos e deveres⁷⁰. Tais fatores, dentre outros, evidenciam as inegáveis vantagens operacionais decorrentes da aquisição de personalidade jurídica pelas associações⁷¹.

O Código Civil de 2002 também buscou regular certos aspectos do funcionamento das associações. A disciplina constante de sua versão original, todavia, foi reputada excessivamente intervencionista em vários pontos, o que gerou críticas de diferentes setores da sociedade em prol da defesa da autonomia associativa garantida constitucionalmente (art. 5º, XVIII, da Constituição de 1988)⁷². A pressão política resultou na promulgação da Lei n. 11.127/2005, que alterou alguns dispositivos da nova codificação com vistas à diminuição da intervenção legislativa nos assuntos *interna corporis* das associações. Antes de analisar o regime atualmente em vigor, entretanto, é necessário considerar o papel central ocupado pelo estatuto na estruturação da dinâmica associativa.

O estatuto define os fundamentos da organização da associação. Ele determina o desenho institucional adotado, a distribuição de competências, os princípios de convivência, o perfil dos membros, as medidas punitivas, dentre muitas outras questões internas. De início, é preciso deixar claro que o estatuto não se confunde com o ato constitutivo, muito embora seja

MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 331-332.

⁶⁹ Brunello Stancioli, em consonância com João Baptista Villela, qualifica o art. 52 do Código Civil de 2002 como “um descabido exagero antropomorfista, ao realizar tal equiparação entre pessoas jurídicas e pessoas naturais”. STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade**: ou como alguém se torna o que quiser. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 33. No mesmo sentido, indica o enunciado 286 aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos”.

⁷⁰ Veja-se, por exemplo, o caso da legitimidade ativa para propositura de ação civil pública (art. 5º, V, a da Lei n. 7.347/1985) e da qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (art. 1, *caput* da Lei n. 9.790/1999).

⁷¹ Não se deve ignorar, todavia, a importância e os desafios regulatórios das associações não personificadas presentes na realidade brasileira. Cf. SANTOS-PINTO. **As associações não personificadas no plano da existência**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35673>>. Acesso em: 10 mar. 2018; OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

⁷² A título ilustrativo, a versão original do art. 59 do Código Civil de 2002 foi objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.045-1/DF e n. 3.272/DF. Ambas, no entanto, foram julgadas prejudicadas em face da alteração da redação do dispositivo promovida pela Lei n. 11.127/2005. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.045-1/DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de agosto de 2005; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.272/DF. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de dezembro de 2013.

frequente e até mesmo necessária a junção das duas figuras no instrumento originalmente levado a registro⁷³. Como explica Wendel de Brito Lemos Teixeira, “[o] ato constitutivo é o ato criador da associação, enquanto o estatuto é a regulamentação do funcionamento e extinção da associação”⁷⁴. Em última análise, portanto, todas as restrições à gestão interna das associações estabelecidas pelo Código Civil de 2002 correspondem, na prática, a restrições à liberdade que essas pessoas jurídicas possuem de formatar seus estatutos conforme seus próprios interesses privados⁷⁵.

Ao regular o funcionamento das associações, o Código Civil de 2002 estabeleceu normas dispositivas e normas cogentes⁷⁶. Como representante do primeiro grupo, é possível indicar o art. 56, que estabelece a presunção relativa de intransmissibilidade da qualidade de associado, salvo disposição estatutária em contrário. Já como expoente do segundo grupo, o art. 54 impõe, sob pena de nulidade, a presença de uma série de elementos obrigatórios no estatuto. São eles: a) a denominação, os fins e a sede da associação; b) os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; c) os direitos e deveres dos associados; d) as fontes de recursos para sua manutenção; e) o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; f) as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução e g) a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas. Em virtude do princípio da conservação dos negócios jurídicos, todavia, a sanção de nulidade do estatuto, prevista no *caput* art. 54, deve ser interpretada com certa reserva⁷⁷. Outros exemplos

⁷³ De acordo com Ralpo Waldo de Barros Monteiro, “[a] constituição das pessoas jurídicas em geral [...] realiza-se por meio do ato constitutivo *lato sensu*, que é composto pela declaração de vontades dirigidas à criação da entidade coletiva e apresenta o ato constitutivo propriamente dito, e pelo ato regulamentar da sua organização e funcionamento. Essa regulamentação vem contida no contrato, se se trata de sociedade, ou no estatuto, se a pessoa jurídica *in fieri* for uma associação, uma fundação ou um partido político. [...] O estatuto, portanto, é o conjunto de normas abstratas e genéricas, destinado primordialmente a dispor sobre a organização da entidade coletiva sem fins lucrativos e a disciplina de seu funcionamento, tendo em vista alcançar os fins procurados pelo grupo”. MONTEIRO, Ralpo Waldo de Barros. Arts. 40 a 61. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo código civil**: das pessoas. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 890.

⁷⁴ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 80. No mesmo sentido, António Menezes Cordeiro afirma que a autonomia do estatuto “deriva do seu conteúdo puramente organizatório”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 4. 4. ed. Colab. A. Barreto Meneses. Coimbra: Almedina, 2016, p. 655.

⁷⁵ O papel do estatuto enquanto manifestação por excelência do poder normativo das associações, bem como as peculiaridades de sua natureza jurídica, serão aprofundados no tópico 1.3.

⁷⁶ Como expõe Marcelo de Oliveira Milagres, “[q]uanto à imperatividade, as normas jurídicas podem ser cogentes ou dispositivas. As normas cogentes (*jus cogens*) tutelam elevados interesses sociais e não admitem disposição consensual em sentido contrário. São inderrogáveis pelas partes. Já as normas dispositivas (*jus dispositivum*) estabelecem balizas de conduta que podem ser modificadas pelos sujeitos de direito. Ajustam-se ao exercício regular da autonomia privada”. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Normas cogentes e dispositivas de direito de família. **Revista de direito privado**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 211-228, jul./set. 2008, p. 219.

⁷⁷ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 90-91; MAIELLO, Anna Luiza Duarte. **Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 41. Na síntese de Gilberto Fachetti Silvestre e Francisco Vieira Lima Neto, a ideia do princípio da conservação do negócio

de normas impositivas podem ser encontrados no art. 59 (que atribui à assembleia geral competência privativa para destituir administradores e alterar o estatuto) e no art. 60 (que garante o direito de convocação dos órgãos deliberativos por um quinto dos associados).

O art. 61 do Código Civil de 2002, a seu turno, dispõe que:

Art. 61. Dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais referidas no parágrafo único do art. 56, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto, ou, omisso este, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

§ 1º Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente referida neste artigo, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação.

§ 2º Não existindo no Município, no Estado, no Distrito Federal ou no Território, em que a associação tiver sede, instituição nas condições indicadas neste artigo, o que remanescer do seu patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União.

O objetivo desse dispositivo é regular a destinação do remanescente do patrimônio líquido da associação. O questionamento do alcance e da constitucionalidade do art. 61, entretanto, tem dado origem a entendimentos divergentes. Parte da doutrina, embasada no texto legal, defende a impossibilidade de distribuição do remanescente do patrimônio da associação entre os associados⁷⁸. No máximo, mediante previsão estatutária ou deliberação específica, seria possível restituir com correção monetária as contribuições efetivamente prestadas para a entidade e representadas por cotas ideais, frações ideais ou qualquer outro meio⁷⁹. Há quem entenda, por outro lado, que o art. 61 é inconstitucional e por isso os associados poderiam dispor livremente do patrimônio remanescente da associação⁸⁰. A adoção desse segundo posicionamento, entretanto, acarretaria o desvirtuamento da finalidade

jurídico, também chamado de *favor negotii*, “é basicamente direcionada a evitar, dentro do máximo possível, que o negócio maculado por um defeito deixe de produzir os efeitos (ou alguns efeitos) pretendidos pelas partes”. SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LIMA NETO, Francisco Vieira. A favor das relações econômico-negocias: o princípio do *favor negotii* no Código Civil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 1, p. 10-41, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/19947/18793>>. Acesso em: 10 mar. 2018, p. 12.

⁷⁸ Nesse sentido indica o enunciado 407, aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “[a] obrigatoriedade de destinação do patrimônio líquido remanescente da associação à instituição municipal, estadual ou federal de fins idênticos ou semelhantes, em face da omissão do estatuto, possui caráter subsidiário, devendo prevalecer a vontade dos associados, desde que seja contemplada entidade que persiga fins não econômicos”.

⁷⁹ Para Rodrigo Xavier Leonardo, “[a] dissolução da associação não implica *distribuição do seu patrimônio* entre os associados. A dissolução das associações, no máximo, envolve uma restituição de contribuições associativas, sejam elas por atribuições patrimoniais que tenham representação em cotas ou frações ideais, sejam elas por contribuições de outra espécie”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 190-191.

⁸⁰ Segundo Wendel de Brito Lemos Teixeira, “o art. 61 do Código Civil de 2002 [...] aniquila parte importante do núcleo essencial do direito fundamental de associação. [...] Trata-se de confisco, inadmissível no ordenamento jurídico”. TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 196.

não econômica e a conseqüente descaracterização da associação em sentido estrito no direito brasileiro⁸¹.

A análise do regramento das associações no Código Civil de 2002 evidencia ainda um problema de ordem intertemporal. Inúmeras associações que já estavam em pleno funcionamento no Brasil foram surpreendidas pela necessidade de adaptação de seus estatutos à nova codificação. O art. 2.031, constante do Livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, após sucessivas alterações de redação, estabeleceu que essas entidades, dentre outras, deveriam adequar-se até a data de 11 de janeiro de 2007⁸². Ocorre que o dispositivo não trouxe qualquer punição para a hipótese de descumprimento. Ademais, trata-se de imposição legal questionável em face da proteção dispensada no ordenamento nacional ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (art. 6º, § 1º e §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1998), bem como à própria liberdade de associação (art. 5º, XVIII, da Constituição de 1988). Com efeito, formaram-se inúmeros posicionamentos a respeito do tema⁸³. Em um extremo, figura o entendimento de que as regras organizativas trazidas pelo Código Civil de 2002 seriam apenas dispositivas em relação às associações anteriores à sua vigência⁸⁴. No outro extremo, em consonância com a tendência jurisprudencial, encontra-se a compreensão de que essas normas supervenientes consubstanciam imperativos de ordem pública de aplicabilidade imediata⁸⁵.

Em linhas gerais, o desenho normativo da associação em sentido estrito no Código Civil de 2002 busca equilibrar a tutela de interesses públicos relevantes com a concretização

⁸¹ Pelo mesmo motivo, é preciso ter reservas quanto à possibilidade de transformação da associação em sociedade, operação que tem sido admitida no direito brasileiro em casos excepcionais. Cf. CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. De associação sem fins lucrativos à sociedade lucrativa: a legitimidade dos atos de transformação. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

⁸² Em sua redação original, o art. 2.031 estabelecia o prazo de um ano para que as associações, dentre outras entidades já constituídas, se adaptassem às disposições do Código Civil de 2002. Esse prazo foi dobrado pela Lei n. 10.838/2004, dilatado até 11 de janeiro de 2006 pela Medida Provisória n. 234/2005 e, finalmente, estendido até 11 de janeiro de 2007 pela Lei n. 11.127/2005. Além disso, a aplicação do art. 2.031 em relação às entidades de administração de desporto profissional foi definitivamente afastada pelo parágrafo único do art. 12 da Medida Provisória n. 70/2002.

⁸³ Para uma lista extensiva de referências sobre a discussão doutrinária a respeito do art. 2.031, cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 239-240.

⁸⁴ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 88-90; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 239-248.

⁸⁵ Esse entendimento foi explicitado na ementa do acórdão do Recurso Especial n. 1.444.707/SP, julgado à unanimidade pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “O termo adaptar, previsto no art. 2.031 do CC/2002, apenas estabelece que as pessoas jurídicas deverão se amoldar, dentro do prazo estipulado, ao regime jurídico em vigor a partir de 11/01/2003. Assim, todos os atos praticados posteriormente àquela data deverão respeitar as novas disposições normativas, sob pena de nulidade e/ou ineficácia”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.444.707/SP. Recorrente: Esporte Clube Pinheiros. Recorrido: José Pedro dos Santos. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 7 de junho de 2016.

do direito fundamental à liberdade de associação. Nas palavras de Miguel Reale, “[o] Código Civil, ao disciplinar a vida das associações [...], tem por finalidade “democratizá-las”, respeitando-lhes sua necessária autonomia”⁸⁶. Nos últimos tempos, contudo, o desenvolvimento jurídico tem demonstrado que a obtenção desse equilíbrio é bastante complexa e envolve uma série de dificuldades. Além disso, olhando em retrospectiva, percebe-se que a tutela das associações no Código Civil de 2002 poderia ter sido mais principiológica e menos regulamentar, com vistas a uma maior flexibilidade e adaptabilidade social⁸⁷. Ainda assim, no entanto, deve-se reconhecer o avanço proporcionado pela disciplina geral da associação enquanto pessoa jurídica de direito privado no direito brasileiro⁸⁸.

1.3 O poder normativo das associações e a natureza jurídica do estatuto

Vistos os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da associação em sentido estrito, passa-se agora à análise da concretização da autonomia associativa no mundo do direito. De modo geral, a doutrina brasileira ocupa-se apenas superficialmente do poder normativo das associações e da natureza jurídica do estatuto. A problematização desses temas, no entanto, para além de mero academicismo, constitui a chave para a resolução de uma série de questões práticas e teóricas. O regime jurídico aplicável ao regramento interno das associações depende da caracterização atribuída à auto-organização realizada por essas entidades. Em especial, o enquadramento dogmático da autorregulação associativa é determinante para a definição de como será realizado o controle jurídico do estatuto das associações.

O estudo do poder normativo das associações demanda a consideração preliminar de uma categoria mais ampla: a dos poderes privados. Dentre outros vários significados possíveis, adota-se para o presente trabalho a noção de poderes privados como poderes de

⁸⁶ REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 83.

⁸⁷ Segundo Giordano Bruno Soares Roberto, “[o]s códigos clássicos, porque pretendiam abranger tudo, usavam a técnica regulamentar, pela qual deveria haver uma regra para cada situação imaginada. Um código para os nossos dias, justamente porque não pode mais ter a ilusão de tudo prever, deveria ser menos regulamentar e mais principiológico. Assim, ainda que não estabelecesse regras específicas para cada um dos novos problemas, apresentaria princípios e, portanto, normas jurídicas, aptas a reger os casos que fossem surgindo no desenvolvimento das relações sociais”. ROBERTO, Giordano Bruno. **Introdução à história do direito privado e da codificação**: uma análise do novo Código Civil. 3. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2011, p. 84.

⁸⁸ As disposições do Código Civil de 2002 relativas aos critérios de admissão, expulsão e categorização de associados (arts. 54, II e III, 55 e 57) serão analisadas no tópico 2.1.

supremacia conferidos pela ordem jurídica aos particulares⁸⁹. Esse enfoque eminentemente jurídico exclui os chamados poderes de fato, que dizem respeito a fatores de proeminência social externos ao direito. Atualmente, a literatura jurídica reconhece que a autoridade e a unilateralidade não são características exclusivas do direito público. Como explica C. Massimo Bianca, “também o direito privado conhece o fenômeno da autoridade, como poder de impor juridicamente ao outro a própria decisão”⁹⁰. Nesse ponto, a ideia de poderes privados aproxima-se bastante do instituto dos direitos potestativos⁹¹, mas, diferentemente destes, os poderes privados não são episódicos e apresentam o traço da reiteração⁹². A autoridade privada é frequentemente encontrada, por exemplo, nas relações associativas e laborais⁹³. No campo do direito privado, entretanto, as situações de poder representam uma realidade pontual e excepcional⁹⁴.

Os poderes privados exteriorizam-se tanto por meio de atos concretos (como ordens, proibições e punições) quanto por meio de atos normativos (como estatutos e regulamentos)⁹⁵. Nesse último caso, fala-se em poder normativo privado, expressão definida por Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves como o “poder jurídico privado para a emissão de comandos gerais abstractos com força vinculativa”⁹⁶. Para Widar Cesarini Sforza, o poder normativo privado é responsável pela produção do chamado direito dos privados, que por sua vez corresponde ao “*complejo de normas que autoridades no estatales emanan para regular*

⁸⁹ GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008, p. 612.

⁹⁰ No original: “*anche il diritto privato conosce il fenomeno dell'autorità, quale potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni*”. BIANCA, C. Massimo. **Le autorità private**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1977, p. 4.

⁹¹ De acordo com Flávio Pimentel de Lemos Filho, as principais características do direito potestativo são: “a. poder jurídico conferido ao titular; b. declaração unilateral de vontade; c. realizável de per si ou através de decisão judicial; d. estado de sujeição da contraparte; e. influência na situação jurídica preexistente; e f. produção de efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos”. LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. **Direito potestativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 35.

⁹² GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008, p. 612.

⁹³ No direito trabalhista brasileiro, o fenômeno do poder normativo privado é amplamente debatido enquanto aspecto do “poder empregatício”. Cf. DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

⁹⁴ GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008, p. 613-614.

⁹⁵ GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008, p. 613.

⁹⁶ GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008, p. 696.

*determinadas relaciones jurídicas entre personas a ellas subordinadas*⁹⁷. Não se deve confundir, todavia, a noção de poder normativo privado com a situação em que os sujeitos, embora privados, se encontram investidos de poderes normativos de natureza pública via delegação.

A legitimidade dos poderes privados (e em especial do poder normativo privado) depende em regra de um ato de livre submissão. Em outras palavras, a incidência da autoridade privada pressupõe a ocorrência de um ato voluntário de adesão ou de um livre contato entre as partes envolvidas na relação de supremacia⁹⁸. Trata-se de exigência embasada no princípio da autonomia privada, que afasta a sujeição não consentida entre particulares⁹⁹⁻¹⁰⁰. No âmbito do direito privado, como aduz Caio Mário da Silva Pereira, “arrepia ao senso jurídico aceitar-se a criação de um complexo cogente contra a vontade daqueles a quem se impõe”¹⁰¹. A necessidade de um ato de ingresso juridicamente livre, no entanto, não descaracteriza a heteronomia inerente ao poder normativo privado. A partir da entrada e enquanto permanecer na esfera de autoridade privada, o indivíduo fica sujeito a vinculações jurídicas independentemente e até contra sua própria vontade. Da mesma forma, a heteronomia não é afastada pela possibilidade de participação do indivíduo na formação da vontade da entidade privada, como acontece, por exemplo, no caso das assembleias gerais das associações, pois, uma vez aprovada, a decisão do órgão deliberativo valerá não apenas para

⁹⁷ SFORZA, Widar Cesarini. **El derecho de los particulares**. Trad. José Calvo González. Madrid: Editorial Civitas, 1986, p. 65.

⁹⁸ GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008, p. 615-617.

⁹⁹ Como explica Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves, “[n]o caso dos poderes privados, dispensa-se o consenso actual do particular em situação de subordinação, mas, pelo menos em princípio, não se aceita a subordinação não consentida. A justificação da desigualdade há-de residir ainda na *autonomia privada*. Daqui decorre que a situação de desigualdade só pode ser instituída no âmbito de relações jurídicas constituídas voluntariamente, no desenvolvimento da capacidade de autodeterminação dos indivíduos. [...] As normas privadas só podem, por isso, vincular quem se submete voluntariamente ao titular do poder normativo, expondo-se à incidência das normas que ele venha a emitir. Neste sentido, a autonomia individual constitui o pressuposto da heteronomia privada”. GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008, p. 615-616, 698.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, aponta o que Marcos Bernardes de Mello chama de princípio da incolumidade das esferas jurídicas alheias: “A esfera jurídica está juridicamente protegida como decorrência do *princípio da incolumidade das esferas jurídicas alheias*, segundo o qual a ninguém é dado interferir na esfera jurídica de outrem sem o seu consentimento ou autorização de lei”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 1ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 75.

¹⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 127.

os que concordaram, mas também para os que não se manifestaram ou mesmo discordaram de seu conteúdo¹⁰².

Logicamente, a aceitação de um poder normativo privado desafia a ideia outrora vigente de que o Estado detém o monopólio da produção jurídica. O entendimento de que a estatualidade constitui uma propriedade essencial ao direito surgiu há cerca de duzentos anos na Europa Ocidental e tem na Revolução Francesa o seu marco histórico principal. Naquela época, de maneira bastante simplificada, pode-se dizer que o objetivo de substituição do Antigo Regime por um modelo democrático de governo motivou a consolidação do primado da lei (*rule of law*)¹⁰³. Nesse sentido, a adoção da lei como fonte jurídica exclusiva representava a garantia de maior igualdade, objetividade e transparência na produção do direito. Esse monismo legislativo, embora tenha marcado de maneira indelével o desenvolvimento dos ordenamentos de matriz romano-germânica, recebeu críticas praticamente desde o seu aparecimento. Como afirma António Manuel Hespanha, “[v]árias correntes, de inspirações teóricas e filosóficas distintas, insistiram no caráter redutor do legalismo e na necessidade de uma concepção mais alargada, mais plural, do ordenamento jurídico”¹⁰⁴.

O movimento anti-estatalista fortaleceu-se progressivamente com o passar do tempo. Nessa evolução, as experiências traumáticas com os regimes políticos autoritários de meados do século passado, que identificavam o direito com a lei e com a atuação totalitária do Estado, representaram apenas “a cereja no topo do bolo”¹⁰⁵. A partir de então, qualquer concepção estritamente legalista traria consigo a suspeita da comunidade jurídica. Além disso, a sucessiva percepção de fatores de distorção do processo eleitoral acarretou um certo desencantamento com o modelo de democracia representativa¹⁰⁶. O maior argumento contra o monismo legislativo nos dias de hoje, no entanto, é a constatação de sua incompatibilidade com as sociedades ocidentais contemporâneas, que se tornam cada vez mais complexas,

¹⁰² GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2008, p. 698.

¹⁰³ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 52-57.

¹⁰⁴ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 59.

¹⁰⁵ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 27.

¹⁰⁶ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 58.

diversificadas e globalizadas¹⁰⁷. Na presente “constelação pós-nacional”¹⁰⁸, o papel do Estado definido na Idade Moderna sofre um “questionamento multiforme”¹⁰⁹ que demanda, dentre outras reflexões, a revisão da função estatal na produção jurídica.

Por todos esses fatores, é hoje pacífica a afirmação de que o direito não se resume à atuação legiferante do Estado¹¹⁰. Não existe consenso, todavia, sobre qual seria a melhor alternativa para a reconstrução atual da metodologia jurídica¹¹¹. Em outras palavras, a admissão da pluralidade de fontes do direito deixa em aberto o problema de como coordenar harmonicamente os diferentes polos de produção jurídica presentes na sociedade. Os detalhes dessa discussão, entretanto, extrapolam os limites do presente trabalho, pois, para os fins ora propostos, cumpre tão somente compreender a superação do monismo legislativo como um importante pressuposto para o reconhecimento jurídico do poder normativo privado.

Nesse contexto, ainda que sob diferentes formulações e designações, parte considerável da doutrina contemporânea considera que o poder normativo privado integra o rol das fontes do direito. É nesse sentido, por exemplo, que António Manuel Hespanha refere-se à “normação privada”¹¹², enquanto Menezes Cordeiro menciona os “regulamentos privados”¹¹³ e Edgar de Godoi da Mata-Machado apresenta os “direitos extraestatais intranacionais de sociedades”¹¹⁴. Em especial, o poder normativo privado foi enquadrado como fonte do direito por alguns juristas franceses do final do século XIX e início do século XX, que o associaram à categoria inédita do “ato-regra”. Essa corrente, que teve início no direito público a partir dos trabalhos de Léon Duguit, foi posteriormente desenvolvida e

¹⁰⁷ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 28-29.

¹⁰⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

¹⁰⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 46.

¹¹⁰ MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; VIEIRA, Mônica Silveira; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **A LICC e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 81.

¹¹¹ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 63-64.

¹¹² HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 570-580.

¹¹³ António Menezes Cordeiro apresenta as seguintes considerações sobre os regulamentos privados: “Pergunta-se pela natureza de tais regulamentos. A sua natureza privada não levanta dúvidas: eles nascem e conformam-se fora de quaisquer poderes de soberania estaduais. Mas a sua potencialidade normativa não deixa de se impor: os regulamentos privados são fonte de proposições imperativas, gerais e abstratas, que se aplicam quando se concretizem os factos neles previstos”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 1. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 556.

¹¹⁴ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 229.

difundida por Gaston Jèze, Jean Brethe de la Gressaye e Marcel Laborde-Lacoste¹¹⁵. No Brasil, ela foi denominada de teoria moderna das fontes do direito, ou simplesmente doutrina realista, e impactou significativamente o pensamento de grandes autores nacionais, como Caio Mário da Silva Pereira, Francisco Amaral, Miguel Maria de Serpa Lopes e Orlando Gomes¹¹⁶⁻¹¹⁷. As repercussões dessa vertente teórica no direito brasileiro, principalmente no que diz respeito à compreensão do poder normativo privado por meio da figura do ato-regra, justificam um maior detalhamento.

A grande inovação da doutrina realista foi a superação da distinção entre atos jurídicos e fontes do direito¹¹⁸. A concepção clássica, que remonta à Idade Moderna, considera que os atos jurídicos não são fontes do direito porque regem situações individuais e concretas, ao contrário da lei, que regula posições genéricas e abstratas¹¹⁹. Esse contraste tradicional foi suplantado por uma proposição teórica que pode ser dividida didaticamente em dois movimentos. Em primeiro lugar, o conceito de ato jurídico foi ampliado para abranger toda e qualquer manifestação de vontade exteriorizada com o objetivo de produzir efeitos jurídicos reconhecidos pelo ordenamento¹²⁰. Em segundo lugar, a noção reformulada de ato jurídico foi

¹¹⁵ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, 1921, p. 219-224; JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**. 3. ed. Paris: Marcel Giard, 1925, p. 22-59; GRESSAYE, Jean Brethe de la; LABORDE-LACOSTE, Marcel. **Introduction générale a l'étude du droit**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 172-177.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 25. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49-51; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 129-131; AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 117; LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 82-83; GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 66-68; GOMES, Orlando. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 68-84.

¹¹⁷ Em relação a Orlando Gomes, é importante pontuar que a doutrina realista deixa de ser mencionada pelo autor a partir da oitava edição da obra “Introdução ao direito civil”, publicada em 1986. Cf. GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

¹¹⁸ Sobre a superação da distinção entre atos jurídicos e fontes do direito realizada pela doutrina realista, cf. ANDRADE, Daniel de Pádua. O ato jurídico como fonte do direito: contributos da “doutrina moderna das fontes” para uma reconstrução pluralista da teoria geral do direito. In: FIALHO, Cláudia; NUNES, Maria Emília Naves; CHADI, Ricardo (Org.). **Direito civil aplicado**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹¹⁹ Nas palavras de Miguel Maria de Serpa Lopes, “[t]al é a idéia da teoria clássica, excluindo os *atos jurídicos* da categoria de fontes do Direito, por se destinarem a reger um caso particular, e por só regularem uma situação individual, estando em oposição ao conceito de lei. Manteve-se, assim, na doutrina clássica, este vivo contraste entre as *fontes do Direito* propriamente ditas e os *atos jurídicos*, dando causa a situações individuais, a Direito subjetivo ou poderes de Direito”. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 83.

¹²⁰ Segundo Léon Duguit, “a definição mais simples e ao mesmo tempo mais exata que nos parece poder ser dada ao ato jurídico é esta: É ato jurídico todo ato de vontade que intervém com a intenção de que se produza uma modificação do ordenamento jurídico tal como existe no momento em que ocorre, ou como existirá em um momento futuro específico”. No original: “*La définition la plus simple et en même temps la plus exacte qui nous semble pouvoir être donnée de l'acte juridique est celle-ci: Est acte juridique tout acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification das l'ordonnancement juridique tel qu'il existe au moment ou il se produit, ou tel qu'il existera à un moment futur donné*”. DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, 1921, p. 219.

utilizada como fator unificador para o estabelecimento de um sistema uniforme das fontes do direito¹²¹. Para a doutrina realista, todo ato jurídico (público ou privado, individual ou genérico, concreto ou abstrato) é fonte do direito e vice-versa¹²².

A partir desse pressuposto, os adeptos da doutrina realista passaram a subdividir o ato jurídico com base na variação de alguns elementos acidentais. Nesse sentido, por exemplo, foram consideradas as diferenças casuísticas quanto à manifestação volitiva originária, à morfologia, à extensão dos efeitos etc.¹²³ Não obstante a diversidade de classificações que surgiram desse esforço, a categorização que prevaleceu no Brasil foi a que propôs o refinamento do ato jurídico em sentido amplo em quatro espécies distintas: a) o ato-subjetivo; b) o ato-condição; c) o ato jurisdicional; e d) o ato-regra¹²⁴. Esta última categoria abrange o poder normativo privado e por isso é a que mais interessa para o presente trabalho. Antes de abordar o ato-regra, contudo, é importante analisar, ainda que perfunctoriamente, as outras três subdivisões limítrofes.

O ato subjetivo representa uma manifestação de vontade (unilateral ou bilateral), expressada com vistas à obtenção de uma alteração jurídica concreta, de conteúdo livremente estipulado, mas com efeitos restritos aos participantes concordantes¹²⁵. O exemplo por excelência de ato subjetivo é o contrato propriamente dito¹²⁶. Dessa forma, percebe-se que a caracterização do ato subjetivo pela doutrina realista se aproxima da noção corrente de negócio jurídico no direito brasileiro. Já o ato-condição diz respeito à manifestação volitiva (de um ou mais sujeitos) no sentido de incluir um indivíduo específico em uma situação

¹²¹ Nesse sentido, Jean Brethe de la Gressaye e Marcel Laborde-Lacoste defendem, “em substituição a uma concepção heterogênea, baseada na oposição entre as fontes do direito geral e os atos jurídicos individuais, uma construção *unitária*, que mostra bem o papel da vontade em todo o direito positivo, como causa geratriz da regra de direito e dos direitos individuais”. No original: “*On substitue à une conception hétérogène, fondée sur l’opposition entre les sources du droit général et les actes juridiques individuels, une construction unitaire, qui montre bien le rôle de la volonté dans tout le droit positif, comme cause génératrice de la règle de droit et des droits individuels*”. GRESSAYE, Jean Brethe de la; LABORDE-LACOSTE, Marcel. **Introduction générale a l’étude du droit**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 174.

¹²² Na síntese de Caio Mário da Silva Pereira: “Desde, pois, que existe uma similitude de fatores de constituição (vontade) e uma identidade de resultados (produção de efeitos jurídicos), é possível reunir nesta fórmula uniforme toda a noção de fonte de direito, congregamento que se efetua por dizer que a *fonte formal do direito é o ato jurídico*”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 25. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49.

¹²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 25. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49.

¹²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 25. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 130; AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 117.

¹²⁵ GOMES, Orlando. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 69-70.

¹²⁶ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, 1921, p. 223.

jurídica impessoal predeterminada pelo ordenamento¹²⁷. São exemplos de ato-condição a nomeação de um funcionário público, o reconhecimento de paternidade e a naturalização¹²⁸. A definição do ato-condição pela doutrina realista, por sua vez, assemelha-se à noção atualmente prevalecente no Brasil sobre o ato jurídico em sentido estrito. O ato jurisdicional, por fim, refere-se à manifestação de vontade emitida pelo órgão estatal investido de jurisdição que objetiva aplicar casuisticamente o direito objetivo nos limites da autoridade relativa da coisa julgada¹²⁹. No direito brasileiro, a sentença judicial consubstancia o principal exemplo de ato jurisdicional¹³⁰.

Segundo a doutrina realista, o ato-regra distingue-se dos demais subtipos de ato jurídico em sentido amplo na medida em que corresponde a uma manifestação volitiva orientada para a criação de uma norma abstrata e aplicável de maneira cogente em um determinado âmbito social. Na seara pública, a lei consubstancia o principal expoente da categoria do ato-regra. Também no campo privado, entretanto, o ordenamento jurídico confere a determinadas entidades a aptidão excepcional para emissão de comandos obrigatórios na respectiva esfera de autoridade. No direito brasileiro, por exemplo, esse é o caso da convenção do condomínio edilício, da convenção coletiva de trabalho e do estatuto da associação¹³¹⁻¹³².

¹²⁷ GOMES, Orlando. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 70-71.

¹²⁸ DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, 1921, p. 222.

¹²⁹ GRESSAYE, Jean Brethe de la; LABORDE-LACOSTE, Marcel. **Introduction générale a l'étude du droit**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 178-179.

¹³⁰ Os conceitos de ato subjetivo, ato-condição e ato jurisdicional são apresentados com precisão por Caio Mário da Silva Pereira: “*Ato subjetivo* é uma declaração de vontade, unilateral ou bilateral, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos, dentro de lindes restritos. O objetivismo implica a sua *relatividade*, que se traduz pela sua inextensibilidade a quem não participe na declaração volitiva (manifestação bilateral de vontade), ou não a receba como destinatário (declaração receptícia de vontade), circunstância que já os nossos maiores proclamavam ao enunciar que “*res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*”. *Ato-condição* é aquele que resulta de uma declaração de vontade emanada de um órgão público ou particular, apta a colocar o indivíduo em uma situação impessoalmente caracterizada, muito embora lhe granjeie condições pessoais ou subjetivas. Em regra, o *ato-condição* é emanado de pessoa diversa do titular da situação jurídica, mas pode, às vezes, integrar-se com a sua participação ou simples adesão (*ato-condição bilateral*). Os autores exemplificam como tipos de *ato-condição* a nomeação de alguém para cargo público (criação de uma situação de funcionário), o decreto de naturalização (situação de nacionalidade adquirida), a admissão de uma pessoa como empregado. É ainda nesta categoria que alguns inscrevem o casamento, como declaração do órgão público, e participação dos nubentes, apta a gerar para estes um *status individual*. *Ato jurisdicional* é uma declaração de vontade do Estado, através do órgão competente, tendo por efeito o estabelecimento de uma situação jurídica com força de vontade legal. Os atos jurisdicionais podem ser, em tese, administrativos ou judiciais. Entre nós, entretanto, *somente judiciais*, porque não há no Brasil a instituição de Contencioso Administrativo. Aqui são atos jurisdicionais as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário, as quais, com o *trânsito em julgado*, criam situações jurídicas definitivas. Também os atos jurisdicionais são *relativos*, pois que os efeitos não podem ultrapassar das pessoas que participaram do processo em que foram proferidos, ou os sub-rogados, a que também já se definia dizendo “*res inter alios iudicata aliis nec nocet nec prodest*”.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 25. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 50-51.

¹³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 25. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49-50.

Os atos-regra de direito público e os atos-regra de direito privado são materialmente próximos, mas apresentam diferenças significativas. Por um lado, ambos resultam na criação de normas jurídicas gerais, abstratas e circunscritas a um grupamento social. Ademais, os dois pressupõem a existência de aptidão deliberativa, chamada de competência na órbita publicista e de capacidade na órbita privatista¹³³. Por outro lado, enquanto os atos-regra públicos podem atingir a generalidade da população, os atos-regra privados são capazes de vincular tão somente os indivíduos conectados ao respectivo ente coletivo particular. Além disso, existe uma distinção marcante no que diz respeito à voluntariedade da submissão. Em virtude da legitimidade democrática, a sujeição ao ato-regra público independe da anuência do subordinado na maioria das vezes. Já em decorrência da autonomia privada, a sujeição ao ato-regra privado é em princípio condicionada ao livre ingresso e permanência do indivíduo na esfera jurídica da entidade em questão¹³⁴. Para os adeptos da doutrina realista, no entanto, esse último traço distintivo não atrai uma natureza contratual para o ato-regra privado¹³⁵.

A doutrina realista teve o mérito de unificar as fontes do direito sob a figura do ato jurídico e, ao mesmo tempo, permitir a consideração das diferentes situações jurídicas que resultam das manifestações de vontade. Três fatores, contudo, desaconselham a adoção desse

¹³² Sobre a realidade dos atos-regra no âmbito privado, Orlando Gomes afirma que “[a] sociedade moderna está coalhada de entes coletivos, que agrupam os indivíduos para os mais diversos fins, e atuam, no mundo jurídico, como organismos de vida própria, isto é, independentemente de seus membros constituintes. São grupos constituídos para exercer atividade lucrativa, para defender interesses profissionais, para realizar obra cultural, para prestar assistência social, para fins políticos, religiosos, recreativos, esportivos, enfim para a concretização de objetivos comuns. Na sua vida social, tanto para se constituírem como para funcionarem, esses entes coletivos estão sujeitos a preceitos legais, mas são dotados de autonomia, mais ampla ou mais restrita, não só na sua organização, mas, também, na sua atividade externa. Eles se auto-organizam, e se autogovernam, têm, assim relativa liberdade para formar, internamente, seu próprio Direito. Organizam-se, com efeito, mediante *estatutos*, que são, genuinamente, *atos-regra*, completados, não raro, com regulamentos e regimentos. Tais atos jurídicos, considerados *materialmente*, não se distinguem da lei, constituindo, portando, *direito social* de caráter particular. As *regras* condensadas nesses *estatutos*, oriundos de um *ato coletivo*, de natureza privada, criam *direitos e deveres* para quantos integrados estejam no grupo ou nele venham a se integrar. Embora esse *direito estatutário* seja *direito social condicionado*, cuja incidência, portanto, depende da participação do indivíduo no grupo, o ato jurídico que o cria é *ato-regra*, e, por conseguinte, fonte de direito”. GOMES, Orlando. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 68-69.

¹³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 25. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 49-50.

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 130.

¹³⁵ Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira defende que “[n]ão se situa o seu fundamento na ideia contratualista tradicional, como por algum tempo se entendeu, porque esta normativa não limita a sua cogência às pessoas que subscrevem o ato institucional, porém desborda para quem quer que, num momento qualquer, esteja na situação de receber os efeitos da norma. Uma pessoa pode deixar de entrar para o grupo, e, portanto, nunca submeter-se àquela regra, ou pode escapar de sua dominação, dele retirando-se; mas, enquanto participante do agrupamento, ou integrada na situação objetiva, está sujeita inevitavelmente ao seu imperativo. Tem este caráter o estatuto de uma sociedade ou associação, a convenção de condomínio em edifícios, as convenções coletivas de trabalho etc. Tais atos se assemelham visivelmente à *lei*, equiparam-se aos *regulamentos*, constituindo a sua inclusão na noção de *ato-regra* a forma simplificada de sua definição”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 25. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 50.

modelo no direito brasileiro contemporâneo. Em primeiro lugar, não obstante a aceitação por alguns juristas renomados, a doutrina realista não foi suficientemente difundida no Brasil. Em segundo lugar, a terminologia empregada pela doutrina realista traz o risco de confusão quanto ao significado de institutos consolidados na tradição nacional¹³⁶. Em terceiro lugar, a ênfase da doutrina realista no fenômeno volitivo prejudica o reconhecimento de outras fontes do direito não embasadas diretamente na manifestação de vontade, como o costume, os princípios gerais do direito e a doutrina¹³⁷.

Ainda assim, as problematizações realizadas sob a égide da doutrina realista podem ser utilizadas como interessantes referenciais teóricos. No que diz respeito ao presente trabalho, por exemplo, a categoria do ato-regra desenvolvida pela doutrina realista viabiliza a compreensão do fato de que o estatuto, embora seja fruto da vontade da associação, representa uma manifestação do poder normativo privado. Esse enquadramento, por sua vez, permite a compatibilização entre a origem negocial e a eficácia normativa do estatuto das associações¹³⁸.

As bases teóricas do reconhecimento do poder normativo privado, da superação do monismo legislativo e da doutrina realista das fontes do direito auxiliam na compreensão do papel que os estatutos das associações desempenham no ordenamento jurídico nacional. Resta em aberto, no entanto, a seguinte questão: como poderia ser classificada, a partir da gramática do direito brasileiro contemporâneo, a natureza jurídica do estatuto? Com base em uma terminologia mais familiar à teoria do fato jurídico difundida hoje no Brasil, propõe-se a definição do estatuto como um negócio jurídico unilateral e coletivo.

O estatuto constitui um negócio jurídico porque decorre de uma manifestação de vontade orientada à produção de efeitos estipulados livremente dentro dos limites do ordenamento¹³⁹. Nos termos do art. 59, II, do Código Civil de 2002, a alteração do estatuto

¹³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 25. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 51.

¹³⁷ GRESSAYE, Jean Brethe de la; LABORDE-LACOSTE, Marcel. **Introduction générale a l'étude du droit**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 178-179.

¹³⁸ Em sentido contrário, Pontes de Miranda nega a possibilidade de compatibilização entre os aspectos negociais e normativos do estatuto das associações: “Para se afirmar que o ato constitutivo ou os estatutos são direito objetivo, *lex*, complexo de normas jurídicas, seria preciso que se partisse da premissa de não ser negócio jurídico”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 375. Da mesma forma, Andreas von Thur entende que “[*q*]uien, argumentando con tales facultades que la asociación tiene frente a sus miembros, le asigna el carácter de autónoma, parte de la idea de que esas relaciones de poder no se pueden constituir por medio de negocio jurídico”. THUR, Andreas von. **Derecho civil**. v. I. Trad. Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 169.

¹³⁹ De acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, “[*i*]n concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.

compete exclusivamente à assembleia geral da associação. Esse órgão deliberativo, por sua vez, goza de uma liberdade relativamente ampla para fixar os princípios e regras de funcionamento da entidade¹⁴⁰. Além dos tópicos obrigatórios constantes do art. 54, o estatuto pode regular uma infinidade de aspectos *interna corporis*¹⁴¹. Na prática, por exemplo, verifica-se a existência de cláusulas que preveem a categorização dos associados (art. 55); cláusulas que instituem a transmissibilidade de quotas ou frações ideais do patrimônio da associação (art. 56); cláusulas que estabelecem regras de interpretação e integração do próprio estatuto; cláusulas que elegem um foro processual (art. 63 do Código de Processo Civil); e até cláusulas que sujeitam a disputa sobre interesses disponíveis à arbitragem (art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.307/1996)¹⁴². Também é comum que o estatuto seja complementado por regulamentos de hierarquia inferior, geralmente mais flexíveis e atinentes a questões cotidianas da vivência associativa.

Além disso, o estatuto é um negócio jurídico unilateral porque sua existência independe de qualquer outra manifestação de vontade, ainda que sua eficácia tenha como pressuposto um ato voluntário de adesão ou um livre contato entre o destinatário e a esfera de autoridade da associação¹⁴³. Em outras palavras, a aprovação pela assembleia geral é suficiente para que o estatuto se perfectibilize e passe a vigorar como norma abstrata aplicável dentro da esfera de autoridade da associação. A partir de então, seu conteúdo vinculará não apenas os associados, mas também qualquer indivíduo que se encontre temporariamente no

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

¹⁴⁰ Andreas von Thur faz uma interessante analogia entre o estatuto de uma associação e a Constituição de um Estado: “*Los estatutos contienen las normas fundamentales sobre la organización, la actividad de los órganos y los derechos y deberes de los asociados frente a la asociación. Desde este punto de vista, existe una notable analogía entre los estatutos de la asociación y la constitución del Estado*”. THUR, Andreas von. **Derecho civil**. v. I. Trad. Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 167.

¹⁴¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 225-238.

¹⁴² Sobre arbitragem no âmbito associativo, cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier. A arbitragem nas associações: reflexões a partir de sua natureza jurídica. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações**: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

¹⁴³ Segundo Marcos Bernardes de Mello, “[o]s negócios jurídicos unilaterais têm existência e eficácia autônomas, por isso não supõem nem provocam reciprocidade ou correspectividade de efeitos jurídicos. Para existirem, basta a manifestação de vontade suficiente à composição do seu suporte fático. [...] Não se tem, porém, como essencial, outra manifestação de vontade para que exista o negócio jurídico. O negócio existe por si. [...] Os negócios jurídicos unilaterais, de regra, dispensam que a manifestação de vontade que os integra seja receptícia (= seja dirigida e recebida por alguém). Mesmo quando há recepticidade, o fato de ser dirigida a alguém não o bilateraliza, como poderia parecer, pois que o destinatário tem apenas um papel passivo. Além disso, em geral, a recepticidade constitui, apenas, o pressuposto de eficácia do negócio jurídico unilateral, não de sua existência. A falta de recepção frustra os efeitos do negócio, mas não o afeta em sua essência”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 177-178.

que Caio Mário da Silva Pereira chama de “situação peculiar de participação”¹⁴⁴. Este último caso é exemplificado por Wendel de Brito Lemos Teixeira por meio da figura do convidado do associado, que representa uma realidade comum em clubes recreativos¹⁴⁵. Com vistas à proteção da segurança jurídica, no entanto, a oponibilidade do estatuto em face daqueles que não participaram da deliberação instituidora demanda a sua prévia inscrição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (art. 114, I, da Lei n. 6.015/1973).

Finalmente, o estatuto é um negócio jurídico coletivo porque resulta da fusão indissolúvel das manifestações de vontade emitidas pelos associados reunidos em assembleia geral¹⁴⁶. Durante a votação do conteúdo estatutário, os membros da entidade podem adotar diversos posicionamentos individuais. Realizada a respectiva deliberação em assembleia geral, no entanto, o estatuto será externalizado como vontade unitária da associação aplicável a todos aqueles sujeitos à sua esfera de autoridade.

Em síntese, o estatuto pode ser definido como um negócio jurídico unilateral e coletivo que manifesta o poder normativo privado das associações. Nesse sentido, as peculiaridades relativas à estrutura e à função do estatuto justificam a incidência de um regime jurídico especial. O regramento negocial brasileiro tem como principal referência a figura do negócio jurídico bilateral e unipessoal, que objetiva efeitos concretos, individuais e restritos às partes originalmente envolvidas. Diferentemente desse modelo tradicional, contudo, o estatuto consubstancia um negócio jurídico unilateral e coletivo, com eficácia abstrata e aplicável genericamente a qualquer indivíduo que tangencie o âmbito de autoridade da associação. Essa distinção deve ser considerada pelo intérprete, especialmente nas situações de controle do conteúdo estatutário¹⁴⁷.

¹⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 130.

¹⁴⁵ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 87.

¹⁴⁶ Na definição de Marcos Bernardes de Mello, “[o] ato coletivo, colegial, é ato que em sua formação há pluralidade de vontades que se fundem numa só. A deliberação de uma assembléia geral de sociedade anônima, tomada por unanimidade ou por maioria, é ato coletivo. Também o são a deliberação de condôminos em vender bem pertencente ao condomínio e a decisão de duas pessoas de criarem uma fundação. Apesar da pluralidade de vontades, o ato coletivo é sempre unilateral no sentido de que compõe uma só vontade”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 176.

¹⁴⁷ Antônio Menezes Cordeiro, por exemplo, defende que “[a] interpretação dos estatutos, mau grado a sua natureza negocial, obedece a regras de tipo objetivo, mais próprias da interpretação e integração da lei do que da interpretação e integração dos negócios jurídicos. Basta atentar no seguinte: podem ser membros de associações pessoas que nada tenham tido a ver com a outorga inicial dos seus estatutos. Em tais condições, não faz qualquer sentido confrontá-las com o sentido de declaratório normal, com a vontade real das partes ou com a sua vontade hipotética [...]. Além disso, verifica-se que os estatutos, quer das associações, quer das fundações, podem ser oponíveis a terceiros que, com elas, contratem. Tais terceiros não devem deparar com interpretações subjetivas que só às partes celebrantes possam dizer respeito. Propomos, assim, que os estatutos sejam interpretados e integrados de acordo com regras semelhantes às legais”. CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 4. 4. ed. Colab. A. Barreto Meneses. Coimbra: Almedina, 2016, p. 656.

1.4 O reconhecimento da vinculação das associações aos direitos fundamentais

O exercício da autonomia associativa, embora decorra da liberdade de associação protegida constitucionalmente, deve ocorrer em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo. Assim, no desiderato de contenção do poder normativo privado das associações, o Estado vale-se de variados mecanismos institucionais. Nos últimos tempos, tem ganhado destaque a realização de controle judicial dos estatutos com base na vinculação das associações aos direitos fundamentais¹⁴⁸. Como assinala António Manuel Hespanha, a subordinação ao crivo dos direitos fundamentais compensa o natural enviesamento antidemocrático, não igualitário e discriminador da “normação privada”¹⁴⁹⁻¹⁵⁰.

A noção contemporânea de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais remonta a meados do século XX. O fim da Segunda Guerra Mundial marcou o início de um esforço global de reestruturação teórica, metodológica e ideológica do direito constitucional que ficou conhecido como neoconstitucionalismo. Este movimento, no entanto, não se desenvolveu uniformemente, mas sim de maneira bastante difusa e diversificada¹⁵¹. A unificação de variados entendimentos sob a bandeira do neoconstitucionalismo decorre da identificação de algumas tendências comuns, como o reconhecimento da força normativa da Constituição, a defesa da supremacia da Constituição por meio de instrumentos jurisdicionais

¹⁴⁸ Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves, ao tratar do controle público das normas jurídicas de origem privada, sustenta que “[o] exercício de poderes normativos privados desenvolve-se no contexto de “relações de domínio entre particulares”, facto que, seguramente, reclama o reconhecimento *da vinculação dos titulares do poder normativo pelos direitos fundamentais*. Além disso, a circunstância de o Estado – através do reconhecimento – *se envolver* na normação privada acentua a exigência *de protecção estadual dos direitos fundamentais*. No cumprimento desse dever de protecção, cabe ao Estado garantir que o conteúdo das normas de origem privada não é ilegal nem viola as normas que consagram direitos fundamentais. Um tal dever de protecção afigura-se susceptível de ser exercido por expedientes de vária ordem: directamente através da lei, que deve delimitar os conteúdos possíveis das normas privadas; por via da criação legal de obrigações de registro ou de sujeição das normas privadas à aprovação administrativa; através da fiscalização de autoridades administrativas, sobretudo quando em causa estejam normas editadas no contexto de actividades autorizadas pela Administração Pública; por meio do poder de controlo dos próprios pelos tribunais, *v.g.*, promovendo a anulação ou a declaração de nulidade das normas privadas ilegais ou violadoras de direitos fundamentais”. GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 716-717.

¹⁴⁹ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 576.

¹⁵⁰ Em sentido semelhante, Rodrigo Xavier Leonardo afirma que, “[n]o que diz respeito às associações, a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre os particulares apresenta especial interesse, considerando sobretudo o poder que algumas dessas organizações acabam concentrando com a enorme potencialidade de violação dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins económicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

¹⁵¹ Miguel Carbonell, com efeito, refere-se à coexistência de “neoconstitucionalismo(s)”. CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

especiais e a admissão da irradiação do conteúdo constitucional por todos os ramos do direito¹⁵². Como reflexos normativos concretos da orientação neoconstitucionalista, são geralmente apontadas a Constituição italiana de 1947, a Lei Fundamental da Alemanha de 1949, a Constituição portuguesa de 1976, a Constituição espanhola de 1978 e a Constituição brasileira de 1988¹⁵³.

Para o presente trabalho, dentre as múltiplas dimensões do neoconstitucionalismo, importa sobretudo o aspecto da influência dos direitos fundamentais no direito privado. Sob a perspectiva liberal-individualista predominante na Idade Moderna, os direitos fundamentais eram concebidos como garantias de defesa oponíveis exclusivamente em face do Estado¹⁵⁴. As diversas alterações sociopolíticas ocorridas até meados do século XX, no entanto, acarretaram uma releitura do papel dos direitos fundamentais. Em linhas gerais, consolidou-se nesse período a percepção de que os agentes privados, especialmente os mais poderosos, também ameaçavam os bens jurídicos fundamentais. Ao mesmo tempo, a exigência de mera abstenção estatal deu espaço para a reivindicação de uma atuação positiva do Estado em prol da promoção efetiva dos direitos fundamentais. Nesse contexto, difundiu-se a noção originalmente formulada no direito constitucional alemão de que o sistema de direitos fundamentais corresponde a uma ordem de valores objetiva que irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, atingindo não apenas agentes públicos, mas também agentes privados¹⁵⁵.

¹⁵² André Rufino do Vale identifica cinco pontos de convergência entre as teorias neoconstitucionalistas: “a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e moral”. VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007, p. 67-68.

¹⁵³ MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Privado**, ano 8, n. 30, p. 265-304, abr./jun. 2007, p. 266.

¹⁵⁴ Alguns autores, todavia, argumentam que a gênese histórica dos direitos fundamentais está ligada ao reconhecimento de direitos naturais oponíveis a todos os indivíduos, fato que seria evidenciado, por exemplo, pelo teor da Declaração dos Direitos do Homem de 1789. Cf. 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, p. 148-149; STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 36.

¹⁵⁵ 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, p. 107-163. p. 118.

A partir desse arcabouço teórico, desenvolveu-se o entendimento de que os direitos fundamentais impactam o direito privado das mais variadas formas. Nesse sentido, Claus-Wilhelm Canaris apresenta três cenários de interface entre direitos fundamentais e direito privado: a) a influência dos direitos fundamentais sobre a legislação do direito privado; b) a influência dos direitos fundamentais sobre a aplicação e o desenvolvimento do direito privado; e c) a influência dos direitos fundamentais sobre o comportamento dos sujeitos de direito privado¹⁵⁶. Esta terceira e última interconexão tem recebido diversas designações doutrinárias, como eficácia privada, eficácia em relação a terceiros e eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Como demonstra Ingo Wolfgang Sarlet, contudo, a terminologia mais precisa é eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ou mesmo vinculação dos particulares aos direitos fundamentais¹⁵⁷.

De modo geral, é atualmente pacífica a afirmação de que os direitos fundamentais vinculam de algum modo os agentes privados. Para além dessa questão, no entanto, permanece em aberto a discussão sobre como e em que medida deve ocorrer tal vinculação. Nesse ponto, o maior desafio reside no fato de que, nas relações entre particulares, todos os envolvidos são titulares de direitos fundamentais. Trata-se de diferença marcante em comparação com as relações entre particulares e Estado, nas quais, via de regra, apenas os primeiros titularizam direitos fundamentais¹⁵⁸⁻¹⁵⁹. De acordo com Robert Alexy, as

¹⁵⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, p. 22-75.

¹⁵⁷ Na justificativa de Ingo Wolfgang Sarlet: “Desde logo e sem dar ao problema demasiado valor, cumpre afastar a expressão “eficácia privada”, já que muito genérica, além de não colocar em destaque o ponto central da problemática ora examinada. Todavia, constata-se que até mesmo a denominação habitualmente mais utilizada na doutrina e jurisprudência alemã (eficácia em relação a terceiros – *Drittwirkung*) não escapa de uma análise crítica, tendo encontrado um número considerável de opositores inclusive no seu país de origem. Dentre os diversos argumentos citados, cumpre destacar que, de fato, não se trata propriamente de um terceiro nível eficaz (ou de uma terceira classe de destinatários), mas sim de um segundo nível, já que está em pauta a vinculação dos particulares (relação horizontal) em contraposição à clássica e incontestada vinculação das entidades estatais, no âmbito das relações (verticais) entre particular e Estado. Mas também este argumento e, portanto, a expressão “eficácia horizontal” têm sido rejeitados, principalmente em face da circunstância de que expressiva parcela da doutrina acabou aderindo à concepção segundo a qual, em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor de poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia em face de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade. [...] Estas, em suma, algumas das razões pelas quais optamos por abandonar as expressões ainda habituais, filiando-nos aos que preferem tratar o tema sob o título “eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares” ou mesmo “vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais”, por traduzir, de forma mais precisa e fidedigna, a dimensão específica do problema, já destacada”. 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, p. 114.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 528.

¹⁵⁹ Ingo Wolfgang Sarlet pontua, todavia, que “a inoponibilidade de direito fundamental por parte das entidades públicas em relação aos particulares encontra-se excepcionada nas hipóteses em que o poder público é também

construções acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações cidadão/cidadão podem ser didaticamente reunidas em três correntes de origem alemã: a) a teoria da eficácia indireta; b) a teoria da eficácia direta e c) a teoria da eficácia mediada por direitos em face do Estado¹⁶⁰.

A teoria da eficácia indireta (ou mediata) tem Günther Dürig como seu maior expoente e preconiza que a eficácia dos direitos fundamentais perante particulares depende de uma intermediação estatal concretizadora. Essa linha de pensamento tem por base a proteção da liberdade individual e a preservação da autonomia do direito privado. Dessa forma, em um primeiro plano, caberia ao legislador infraconstitucional a tarefa de efetivar os direitos fundamentais no âmbito privado. Já em um segundo plano, cumpriria aos órgãos judiciais a interpretação dos casos privados conforme os direitos fundamentais, especialmente por meio da colmatação das cláusulas gerais¹⁶¹. Desde o julgamento do famoso caso Lüth pelo Tribunal Constitucional, em 1958, a teoria da eficácia indireta consolidou seu predomínio no direito alemão¹⁶².

titular de direitos fundamentais, como ocorre com o direito de propriedade, liberdade de comunicação etc.”. 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, p. 113.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 529.

¹⁶¹ Segundo Wilson Steinmetz, a teoria da eficácia indireta possui quatro características nucleares: “(i) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado [...]; (ii) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em segundo plano; (iii) ao legislador cabe o desenvolvimento “concretizante” dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; (iv) ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado (interpretação conforme os direitos fundamentais), sobretudo daqueles textos que contêm cláusulas gerais”. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136-137.

¹⁶² A título ilustrativo, vale a pena conferir o resumo do caso Lüth elaborado por Virgílio Afonso da Silva: “Em 1950, Erich Lüth, presidente de uma associação de imprensa em Hamburgo, na Alemanha, em uma conferência na presença de diversos produtores e distribuidores de filmes para cinema, defendeu um boicote ao filme *Unsterbliche Geliebte (Amantes imortais)*, do diretor Veit Harlan, que, na época do regime nazista, havia dirigido filmes anti-semitas e de cunho propagandístico para o regime em vigor. Diante disso, o produtor do filme ajuizou ação, considerada procedente pelas instâncias inferiores, contra Lüth, com o intuito de exigir indenização e proibi-lo de continuar defendendo tal boicote, com base no § 826 do Código Civil alemão, segundo o qual “aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo”. Em face do resultado, Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional, que anulou as decisões inferiores, sustentando que elas feriam a livre manifestação do pensamento de Lüth. Mas a decisão não se fundou em uma aplicabilidade direta do direito à manifestação pensamento ao caso concreto, mas em uma exigência de interpretação do próprio § 826 do Código Civil alemão, especialmente do conceito de *bons costumes*, pois, segundo o Tribunal, “toda [disposição de direito privado] deve ser interpretada sob a luz dos direitos fundamentais”. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80.

Ainda no campo da teoria da eficácia indireta, é digno de nota o refinamento proposto por Claus-Wilhelm Canaris a partir da diferenciação entre a função dos direitos fundamentais como proibições de intervenção, de um lado, e como imperativos de tutela, de outro lado. Essa concepção manteve a premissa de que os direitos fundamentais se dirigem primariamente ao Estado, mas acrescentou a identificação de um duplo dever estatal: a) de não invadir, como regra, a esfera privada (proibição de intervenção); e b) de intervir, excepcionalmente, quando legitimamente necessário (imperativo de tutela). Esta última faceta seria responsável por explicar por que os direitos fundamentais produzem efeitos indiretos nas relações privadas¹⁶³⁻¹⁶⁴⁻¹⁶⁵.

Em sentido contrário, a teoria da eficácia direta (ou imediata), formulada inicialmente por Hans Carl Nipperdey, defende que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais independe de qualquer intermediação do Estado. Trata-se de visão embasada no reconhecimento da força normativa da Constituição e no princípio da unidade da ordem jurídica¹⁶⁶. Assim, a realização dos direitos fundamentais no âmbito privado não seria condicionada à benevolência legislativa ou judiciária e, ademais, a sujeição não apenas de agentes públicos como também de agentes privados aos direitos fundamentais evitaria a

¹⁶³ Nas palavras de Claus Wilhelm-Canaris: “Destinatários das normas sobre direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos do direito privado. [...] A circunstância de, não obstante, os direitos fundamentais exercerem efeitos sobre estes últimos explica-se a partir da sua função como imperativos de tutela. Pois o dever do Estado de proteger um cidadão perante o outro cidadão, contra uma lesão dos seus bens garantidos por direitos fundamentais, deve ser satisfeito também – e justamente – ao nível do direito privado. Esta concepção tem a vantagem de, por um lado, não abdicar da posição de que, em princípio, apenas o Estado, e não o cidadão, é destinatário dos direitos fundamentais, mas, por outro lado, oferecer igualmente, uma explicação dogmática para a questão de saber se, e porquê, o comportamento de sujeitos de direito privado está submetido à influência dos direitos fundamentais”. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, p. 133.

¹⁶⁴ A adesão de Claus-Wilhelm Canaris à teoria da eficácia indireta, no entanto, foi flexibilizada em trabalho publicado em 2013 no qual o autor afirma que “as proibições de discriminação fundadas na dignidade humana e na sua proteção vinculam diretamente (no âmbito de uma eficácia em relação a terceiros ou eficácia privada) os atores privados”. CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema de direito privado. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 7, n. 22, p. 15-20, jan./mar. 2013, p. 16.

¹⁶⁵ Para uma revisão crítica da influência das ideias de Claus-Wilhelm Canaris no direito brasileiro, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 12, n. 4, p. 63-88, jul./set. 2017.

¹⁶⁶ Para Wilson Steinmetz, a teoria da eficácia direta possui três premissas básicas: “(i) As normas de direitos fundamentais conferem ao particular (indivíduo, cidadão) uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares. [...] (ii) Os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais independentemente de serem públicos ou privados. (iii) Como direitos subjetivos constitucionais, a não ser que o Poder Constituinte tenha disposto o contrário, operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado”. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 168-169.

instauração de uma dupla ética social¹⁶⁷. Na Alemanha, embora tenha sido adotada em precedentes do Tribunal Federal do Trabalho, a teoria da eficácia direta tornou-se minoritária com o passar do tempo¹⁶⁸.

A teoria da eficácia mediada por direitos em face do Estado, também chamada de teoria da convergência estatista, ganhou projeção por meio da compreensão de Jürgen Schwabe. Para este autor alemão, a ausência de proibição estatal quanto à determinada conduta lesiva a direitos fundamentais deve ser interpretada como uma permissão. Desse modo, tendo em vista que a disciplina das relações privadas é tarefa estatal, o particular eventualmente prejudicado em seus direitos fundamentais pela ação de outro cidadão deveria responsabilizar o Estado por sua omissão. Em síntese, essa orientação teórica reconhece a existência de agressões privadas aos direitos fundamentais, mas imputa ao Estado as suas consequências¹⁶⁹.

Depois de apresentar a teoria da eficácia indireta, a teoria da eficácia direta e a teoria da eficácia mediada por direitos em face do Estado, Robert Alexy adverte que nenhuma delas, isoladamente, é capaz de fornecer uma solução completa. Em substituição, ele defende a integração das três correntes em um modelo unitário, abrangente e compatível com a multifuncionalidade dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Por isso, a proposta de alexyana ficou conhecida como teoria integradora¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Segundo Jean Rivero, “[a]ssim que passamos da formulação abstrata para a análise concreta, percebemos que é impossível separar as relações estatais-privadas das relações privadas. Estabelecer o princípio de uma liberdade é necessariamente encarar sua realização nesses dois domínios. O contrário levaria a uma distorção entre duas éticas diferentes, o que seria inaceitável, porque não há lugar em uma sociedade para duas concepções opostas do homem, válidas uma para as relações públicas e outra para as relações privadas. No original: “*Dès que l’on passe de la formulation abstraite à l’analyse concrète, on s’aperçoit qu’il est impossible de dissocier les relations Etat-particuliers et les relations privées. Poser le principe d’une liberté, c’est nécessairement envisager sa réalisation dans ces deux domaines. A défaut, on aboutirait à une distorsion entre deux éthiques différentes, qui se révélerait inacceptable, car il n’y a pas place, dans une société, pour deux conceptions opposées de l’homme, valables l’une dans les rapports publics, l’autre dans les relations privées*”. RIVERO, Jean. La protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées. In: INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L’HOMME. René Cassin: amicorum discipulorumque liber. v. III. Paris: Éditions A. Pedone, 1971, p. 315.

¹⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91-92.

¹⁶⁹ Sobre a teoria da eficácia mediada por direitos em face do Estado, Wilson Steinmetz explica que: “Segundo Schwabe, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão estatal ou de uma não-proibição estatal. Se o Estado – por meio da legislação, jurisdição e administração – não proíbe uma violação de direito fundamental entre particulares, então o Estado a permite. [...] Assim, o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais desloca-se para o plano das relações entre indivíduo e Estado, plano em que os direitos fundamentais operam eficácia imediata e direta porque direitos de defesa ante o Estado”. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 176.

¹⁷⁰ De acordo com Robert Alexy, “[a]té agora a polêmica sobre os efeitos perante terceiros foi em geral travada como se uma das três construções tivesse que ser a correta. Essa hipótese é falsa. É possível afirmar que cada uma das três construções destaca alguns aspectos das complexas relações jurídicas que são características dos casos de efeitos perante terceiros, e que se torna inadequada apenas quando se pretende que o aspecto destacado

Para além das vertentes de origem alemã, destaca-se no cenário internacional o entendimento prevalecente nos Estados Unidos. A matriz liberal do direito norte-americano amparou o desenvolvimento e a consolidação da tese segundo a qual a função precípua dos direitos fundamentais é a proteção dos indivíduos perante as ações estatais (*state action*). O rigor dessa construção, todavia, foi mitigado pela Suprema Corte em sucessivas decisões que reconheceram, ainda que a título excepcional, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas em que um agente particular atua de maneira equiparável ao Estado (*public function cases*)¹⁷¹.

Atualmente, a despeito da pluralidade de posicionamentos sobre como se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, observa-se uma tendência comum de conformação casuística. De modo geral, as diferentes teorias admitem que a concordância prática dos direitos fundamentais titularizados pelos particulares dependerá, em última análise, das peculiaridades identificadas em cada relação privada. Percebe-se, dessa forma, uma certa aproximação e equivalência de resultados entre as diferentes formulações¹⁷². Nesse sentido, são esclarecedoras as lições de J. J. Gomes Canotilho sobre o estado da arte da problematização da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado:

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*. [...]. Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a *multifuncionalidade* ou *pluralidade de funções dos direitos fundamentais*, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o «referente» do direito fundamental que estiver em *causa* no caso concreto¹⁷³.

Os desenvolvimentos estrangeiros acerca da teorização da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, como não poderia deixar de ser, repercutiram no direito brasileiro.

seja tomado como a solução completa. Somente um modelo que abarque todos os aspectos pode oferecer uma solução completa e, nesse sentido, adequada”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 533.

¹⁷¹ A respeito da mitigação jurisprudencial da teoria da *state action*, André Rufino do Vale esclarece “[u]ma série de decisões da Suprema Corte norte-americana ficaram conhecidas como os “*public function cases*”. Segundo nos informa Tribe, essas decisões da Corte assentaram o entendimento de que atores aparentemente privados (*seemingly private actors*) podem exercer funções inerentemente públicas (*powers or functions governmental in nature*) e, dessa forma, submeter-se diretamente aos limites da Constituição. Assim, a Corte passou a focar sua atenção, para fins de aplicação direta das normas constitucionais, no *status* público ou privado de que podem se revestir algumas entidades privadas”. VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 123.

¹⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 529-532.

¹⁷³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1289.

Aqui, como explica Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷⁴, os primeiros trabalhos a respeito do tema foram empreendidos por autores privatistas que, sob a influência da doutrina italiana, fundaram o chamado “direito civil constitucional” com vistas à releitura dos institutos privados à luz da Constituição de 1988. Esse movimento, embora tenha conquistado ampla projeção no Brasil, fomentou alguns excessos que têm sido identificados e criticados pela doutrina mais recente¹⁷⁵. Pouco depois, vieram as obras dos constitucionalistas, que buscaram inspiração nas experiências alemã, espanhola e portuguesa para problematizar a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Com o passar do tempo, o assunto ganhou popularidade e deu origem a inúmeras publicações no Brasil¹⁷⁶.

A análise da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no ordenamento brasileiro exige a consideração prévia de algumas características do texto constitucional vigente. A Constituição brasileira de 1988, diferentemente do que se observa em alguns outros países, não estabelece expressamente quem está vinculado aos direitos fundamentais em geral¹⁷⁷. Dentre os direitos fundamentais em espécie, no entanto, encontram-se tanto alguns que vinculam exclusivamente os órgãos estatais quanto outros que vinculam (ao menos

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 1-30, jul./set. 2012, p. 2-4.

¹⁷⁵ Fernando Leal, por exemplo, formula seis objeções à corrente do direito civil constitucional: “o aumento potencial de casos difíceis, a carência metodológica, a banalização da dignidade humana, o excesso de paternalismo judicial, o desequilíbrio institucional causado pela onipotência judicial e os riscos de uma plena sobreposição entre os raciocínios jurídico e moral”. LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015, p. 123. No mesmo sentido, Otávio Luiz Rodrigues Junior ressalta a necessidade de preservação da autonomia e do estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. Cf. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito**, ano 143, n. II, p. 43-66, 2011.

¹⁷⁶ Cf. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; NERY, Liliana Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012; 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**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008; SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004; VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

¹⁷⁷ A Lei Fundamental alemã de 1949, por exemplo, prevê em seu art. 1, 3, que: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”. No original: “*Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht*”. A Constituição portuguesa de 1976, a seu turno, dispõe em seu art. 18.º, 1, que: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

também) os particulares¹⁷⁸. Nesse contexto nebuloso, destaca-se o § 1º do art. 5º, que prevê que “[a]s normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Embora a redação deste dispositivo seja bastante aberta, a maioria da doutrina nacional entende tratar-se de decisão inequívoca em favor de uma eficácia direta dos direitos fundamentais não apenas perante os agentes públicos, mas também em face dos agentes privados¹⁷⁹.

O entendimento atualmente predominante no Brasil, entretanto, corresponde a uma versão mitigada da teoria da eficácia direta. Em outras palavras, a maior parte da doutrina brasileira defende hoje que os direitos fundamentais produzem efeitos diretos, mas não absolutos, no âmbito privado. O precursor desse posicionamento foi Ingo Wolfgang Sarlet, que batizou sua tese de eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas¹⁸⁰. A partir de então, essa compreensão foi difundida pelo país, ainda que com diferentes formulações¹⁸¹. Trata-se, na verdade, de reflexo da tendência internacional de busca por soluções diferenciadas que viabilizem, à luz de cada caso concreto, a coordenação dos direitos fundamentais dos sujeitos particulares envolvidos. Nesse sentido, para resolver as inevitáveis tensões entre direitos fundamentais nas relações privadas, o principal referencial brasileiro tem sido a técnica da ponderação apresentada por Robert Alexy¹⁸².

¹⁷⁸ Ilustrativamente, o direito de não extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5º, LII) vincula exclusivamente os órgãos estatais, ao passo que o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V) vincula igualmente os órgãos estatais e os particulares.

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civillistica.com**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 1-30, jul./set. 2012, p. 16.

¹⁸⁰ Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “Já pelo fato de as normas de direitos fundamentais não serem homogêneas, tendo diversos graus de eficácia e gerando efeitos peculiares, mas também pela procedência, ao menos parcial de significativa parcela dos argumentos esgrimidos pelos defensores de uma eficácia apenas indireta, especialmente, contudo, ao salientarem a evidência de se cuidar de relações entre titulares de direitos fundamentais, importa reconhecer uma eficácia direta *prima facie*, em outras palavras, a impossibilidade de uma eficácia direta (e, portanto, de uma vinculação dos particulares) de feições absolutas”. 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, p. 157.

¹⁸¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁸² A influência alexyana é evidenciada pelo seguinte trecho de autoria de Ingo Wolfgang Sarlet: “A inviabilidade de uma eficácia direta “absoluta” e a necessidade de se adotar soluções diferenciadas decorre, em verdade, também (e principalmente) da estrutura normativa e da natureza eminentemente principiológica das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Com efeito, cuidando-se de relações entre titulares de direitos fundamentais, sempre se farão presentes – ponto de vista comum às teorias da eficácia direta e indireta – na esteira do que observou Alexy, conflitos ou, pelo menos, situações de tensão, que, por sua vez, reclamam soluções distintas, de acordo com o caso concreto e do (ou dos) direitos fundamentais em conflito (ou tensão), tratando-se, em última análise, de um problema de ponderação”. 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, p. 157.

Ocorre que a tese da eficácia direta *prima facie*, mesmo complementada pela técnica alexyana da ponderação, configura ainda um modelo eminentemente procedimental e pouco substancial para a solução de problemas envolvendo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Exatamente por isso, os esforços mais recentes da doutrina brasileira têm se concentrado na identificação de parâmetros que possam pautar materialmente a operação de sopesamento. Nesse sentido, de maneira cada vez mais específica e circunstanciada, os autores nacionais apresentam critérios para determinar a intensidade da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Samir José Caetano Martins, por exemplo, aponta quatro balizas que deveriam ser consideradas nos casos concretos: “o grau de essencialidade do bem jurídico envolvido; o grau de publicismo da pessoa envolvida; o grau de desigualdade entre as pessoas envolvidas e o grau de ingerência da pessoa na esfera jurídica alheia”¹⁸³.

Essa busca doutrinária por parâmetros decisórios tem por objetivo principal trazer maior previsibilidade e segurança jurídica em relação à atividade jurisdicional¹⁸⁴. Isso porque, no Brasil, a jurisprudência sobre vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é frequentemente acompanhada por fundamentações pouco técnicas ou insuficientes. De modo geral, no entanto, percebe-se que os tribunais nacionais têm seguido o entendimento doutrinário a favor de uma eficácia direta *prima facie*. Essa orientação foi estampada em dois julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal em 1996, ambos vinculando diretamente determinadas entidades privadas a direitos fundamentais encampados pela Constituição de 1988. No Recurso Extraordinário n. 158.215-4/RS, decidiu-se pela aplicação da garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório no procedimento de exclusão de um membro da Cooperativa Mista São Luiz Ltda.¹⁸⁵ Já no Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF, afirmou-se a aplicação do princípio da igualdade para afastar a

¹⁸³ MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Privado**, ano 8, n. 30, p. 265-304, abr./jun. 2007, p. 303.

¹⁸⁴ Como assinala Daniel Sarmento, “é muito importante traçar parâmetros e *standards* para estes casos de colisão, com o objetivo de fornecer pautas que possam estreitar as margens de discricionariedade judicial, ampliando a segurança jurídica e estabelecendo critérios para o controle social e a crítica pública das decisões jurisdicionais proferidas neste campo. O estabelecimento destes *standards*, especialmente no caso brasileiro, parece-nos de importância ímpar. De fato, se, por um lado, a jurisprudência pátria vem caminhando para o reconhecimento de uma ampla eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, por outro, ela o tem feito praticamente sem qualquer fundamentação jurídica”. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 284.

¹⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 158.215-4/RS. Recorrentes: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrida: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 1996.

diferenciação entre empregados brasileiros e estrangeiros praticada pela companhia Air France¹⁸⁶.

O verdadeiro *leading case*, todavia, surgiria quase uma década depois, com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819-8/RJ em 2005. Trata-se de precedente duplamente relevante para o presente trabalho, pois não apenas trouxe um aprofundamento teórico inédito como também tratou especificamente do problema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das sociedades civis sem fins lucrativos, que correspondem às associações do Código Civil de 2002. O recurso foi interposto pela União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil vinculada ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que determinou a reintegração de um associado ao argumento de que o procedimento adotado em sua expulsão havia violado a garantia constitucional de ampla defesa. O caso desencadeou uma intensa discussão que resultou na contraposição de dois entendimentos na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.

A Min.^a Relatora Ellen Gracie posicionou-se pelo provimento do recurso, no que foi acompanhada pelo Min. Carlos Velloso. As principais razões expostas por eles para negar a vinculação da UBC ao direito fundamental à ampla defesa foram: a) a exclusão de associado não é matéria constitucional; b) as associações têm liberdade de funcionamento; c) o ingresso de compositores na UBC é facultativo e voluntário; d) o ingresso em uma associação significa adesão ao estatuto; e) não houve descumprimento das disposições estatutárias; f) não houve prejuízo econômico porque o associado poderia receber direitos autorais de outra forma; g) a UBC possui natureza eminentemente privada; e h) a intervenção judicial na gestão interna das associações desestimula o associativismo no Brasil. O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, manifestou-se pelo não provimento do recurso, dando origem a uma divergência vitoriosa que foi seguida pelo Min. Joaquim Barbosa e pelo Min. Celso de Mello. Os principais fundamentos elencados por eles para afirmar a eficácia do direito fundamental à ampla defesa em face da UBC foram: a) a jurisprudência e a doutrina brasileira reconhecem a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas; b) a penalidade aplicada extrapolou os limites da liberdade de associação; c) o associado sofreu prejuízos econômicos pela impossibilidade de receber direitos autorais; d) o associado foi lesado em sua liberdade

¹⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 29 de outubro de 1996.

profissional; e e) a vinculação da UBC ao ECAD lhe concede um caráter público, ainda que não estatal¹⁸⁷.

Observa-se, assim, que, no direito brasileiro atual, a vinculação das associações aos direitos fundamentais possui tanto respaldo doutrinário quanto jurisprudencial. A concretização dessa vinculação, no entanto, continua sendo uma tarefa difícil. Por um lado, reconhece-se que o exercício da autonomia associativa está sujeito a um controle judicial baseado na eficácia imediata, ainda que mitigada, dos direitos fundamentais. Por outro lado, não se pode esquecer que os associados, bem como a própria associação, enquanto agentes privados, são também titulares de direitos fundamentais. Nesse sentido, afigura-se inevitável a necessidade de buscar critérios materiais para a solução de problemas mais específicos, como a questão dos tratamentos discriminatórios promovidos pelas associações, que evidencia a tensão entre o direito à liberdade de associação e o direito à igualdade. Nas palavras de

¹⁸⁷ A ementa do acórdão é bastante detalhada: “SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivado em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO”. BRASIL. Superior Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 201.819-8/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores - UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min.^a Ellen Gracie. Redator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005.

Gustavo Tepedino, “o desafio que se apresenta é a definição de parâmetros que permitam identificar hipóteses em que se faz necessária a intervenção do Estado na organização interna das associações, com o escopo de garantir a efetividade dos princípios constitucionais”¹⁸⁸.

¹⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. A admissão de associados e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a constitucionalidade de critérios admissionais diferenciados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 346.

2 AS RESPOSTAS JURÍDICAS PARA O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO NO ÂMBITO ASSOCIATIVO

2.1 O recorte dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados

Dentre os inúmeros aspectos sujeitos à autorregulação das associações, o desenvolvimento a seguir enfocará três questões específicas: a) os critérios de admissão de associados; b) os critérios de exclusão de associados e c) os critérios de categorização de associados. O recorte ora apresentado justifica-se pelo fato de que esses três tópicos representam as principais balizas de diferenciação entre pessoas no âmbito associativo. Todos eles, portanto, são passíveis, em alguma medida, de questionamento em face da proibição jurídica de tratamentos discriminatórios. Além disso, o Código Civil de 2002 estabeleceu a obrigatoriedade da previsão estatutária desses três itens. Seu art. 54 dispõe que “[s]ob pena de nulidade, o estatuto das associações conterà: “II- os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; III – os direitos e deveres dos associados”.

Os critérios de admissão são responsáveis pela definição do perfil ideal de membro da associação. Dessa forma, eles corporificam a liberdade institucional de admitir apenas aquelas pessoas físicas ou jurídicas consideradas de algum modo pertinentes ao corpo associativo. A coesão e a afinidade pessoal são tão importantes para as associações em sentido estrito que a doutrina costuma classificar essa categoria de pessoa jurídica como *universitas personarum*¹⁸⁹ ou *intuito personae*¹⁹⁰. Na prática, os requisitos estabelecidos para a seleção de associados confundem-se muitas vezes com a própria finalidade da associação. Justamente para resguardar a autonomia associativa nesse ponto sensível, a maioria dos autores reconhece que não existe, pelo menos em princípio, um direito subjetivo de ingresso capaz de solapar os filtros estatutários¹⁹¹. Via de regra, portanto, os aspirantes a associar-se não têm escolha senão sujeitar-se à soberania dos critérios admissionais determinados no estatuto¹⁹²⁻¹⁹³.

¹⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. A admissão de associados e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a constitucionalidade de critérios admissionais diferenciados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 339.

¹⁹⁰ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 96.

¹⁹¹ LÔBO, Paulo. Direito dos membros das associações civis. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 1445-1458, 2016, p. 1446; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 128.

¹⁹² Na síntese de Ralphy Waldo de Barros Monteiro: “O direito fundamental de livre associação, em consonância com a natureza e a serventia dos agrupamentos formados para a realização de fins ideais, não econômicos, compreende não só o direito de auto-organização e autogoverno, como também o direito de adotar as

A associação goza de ampla liberdade na fixação do procedimento de admissão. Como assinala Alfredo de Assis Gonçalves Neto, as “condicionantes podem variar ao infinito, ao alvedrio dos fundadores e demais associados, como definido pelo estatuto social”¹⁹⁴. Em princípio, os critérios de admissão podem embasar-se na comprovação de toda sorte de características pessoais, sejam elas ideológicas, religiosas, geográficas, profissionais, biológicas, culturais, econômicas etc. Ricardo Luis Lorenzetti acrescenta que eles podem ser tanto positivos quanto negativos, ou seja, “para ingressar no grupo, não só há que reunir os requisitos de compartilhar o fim, ou ter a característica determinante, mas, ainda, carecer de alguma propriedade não desejada pelo grupo”¹⁹⁵. O estatuto pode também fixar um número mínimo ou máximo de associados, exigir cartas de indicação de membros atuais e até mesmo exigir o pagamento de um valor inicial (conhecido como joia de admissão) ou a aquisição preliminar de um título ou quota de participação¹⁹⁶.

Em sua organização interna, é comum que as associações designem um órgão específico como competente para deliberar sobre a admissão de novos associados. A título ilustrativo, no julgamento da Apelação n. 154.399-2, datado de 1990, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu a legalidade da norma estatutária que conferia à diretoria da Associação dos Empregados do Comércio de Franca o poder de decidir pela conveniência ou não da aceitação de novo membro¹⁹⁷. Na omissão do estatuto, Wendel de Brito Lemos

providências necessárias ao asseguramento de sua própria existência, entre elas, a recusa de ingresso a quem a associação reputa não identificado com os fins do conglomerado ou inadequado às atividades tendentes à realização desses objetivos. Ou seja, o direito de associação supõe a admissão dos iguais e a recusa dos desiguais, em relação ao objeto da entidade”. MONTEIRO, Ralpho Waldo de Barros. Arts. 40 a 61. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo código civil: das pessoas**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 917.

¹⁹³ Esse entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 9219922-46.2007.8.26.0000: “se ninguém haverá de ser membro de determinada associação, clube ou entidade sem a correspondente vontade de associar-se – o que se convencionou chamar de ‘liberdade negativa de associação’ – por outro lado, não há que se cogitar em imposição de que uma pessoa seja admitida como sócio, desrespeitando a vontade da pessoa jurídica ou do ente formado a partir daquela garantia constitucional. Feita essa breve consideração, não há que se falar, desde já, em uma prerrogativa ou direito do autor de ser admitido como sócio da ré, ainda que eventualmente convidado para tanto”. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Primeira Câmara de Direito Privado. Apelação n. 9219922-46.2007.8.26.0000. Apelante: Ocimar de Oliveira Santos. Apelada: AABB – Associação Atlética Banco do Brasil. Relator: Des. Luiz Antonio de Godoy. São Paulo, 19 de julho de 2011.

¹⁹⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O estatuto da associação: conteúdo e limitações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 16.

¹⁹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 205.

¹⁹⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O estatuto da associação: conteúdo e limitações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 16.

¹⁹⁷ Consta do acórdão: “Não obstante o cunho social e familiar da Associação, com finalidades de lazer, de estímulo à prática de esportes e de propiciar meios ao desenvolvimento cultural e intelectual dos seus sócios, trata-se, à evidência, de uma entidade civil de âmbito restrito, privado, dirigido, também, à paz e à tranquilidade

Teixeira entende que essa tarefa caberá à diretoria, tendo em vista a natureza de decisão administrativa de menor importância, bem como a impraticabilidade de levar cada novo pedido à assembleia geral¹⁹⁸.

Os critérios de exclusão, por sua vez, representam as razões estatutárias que justificam o desligamento forçado de um associado. Inicialmente, é preciso ressaltar que a exclusão não se confunde com a demissão, que é a retirada voluntária do associado e decorre do que Pontes de Miranda denomina de “princípio da egressibilidade”¹⁹⁹. A exclusão, pelo contrário, apresenta natureza punitiva e consubstancia o que Alfred Légal e Jean Brethe de la Gressaye chamaram de “poder disciplinar das instituições privadas”²⁰⁰. Na maioria dos estatutos, a exclusão ocupa a posição de *ultima ratio*, ou seja, figura como a última medida de uma escala composta por outras reprimendas menores, como as penas de advertência e de suspensão²⁰¹⁻²⁰². O elenco estatutário das justas causas para expulsão é bastante variável e pode envolver diversos fatores: condutas nocivas perante os associados ou a associação, comportamentos externos reputados inadequados, reprovação em avaliações periódicas, perda ou alteração de

do seu corpo associativo, para que possa atingir as finalidades propostas. Por isso a exigência estatutária de determinados requisitos, voltados para a unidade e o bem desse mesmo corpo. No caso concreto, os estatutos sociais da entidade, no capítulo da “admissão dos associados”, rezam que as propostas de admissão serão dirigidas à diretoria, assinadas por dois associados, em pleno gozo de seus direitos sociais etc. No § 2.º, dispõe que a proposta, dentro de 15 dias de sua apresentação, será encaminhada à comissão de sindicância, que dará parecer da conveniência ou não da admissão do candidato, após o quê será discutida e votada pela diretoria. Entre os poderes da diretoria está o de deliberar sobre a admissão dos associados efetivos e temporários (art. 106, “c”). Nesses poderes incluem-se, também, os de impedir a frequência à sede social e campestre de quem julgar conveniente; bem como os de admitir, readmitir, suspender e excluir associados, nos termos dos estatutos (art. 106, “n” e “p”). Desse conjunto disciplinador de normas, extrai-se a necessidade que tem a entidade de se resguardar do ingresso em seu quadro social de pessoas que possam, eventualmente, vir a se constituir em elementos de discórdia e desagregação. Trata-se, pois, de um resguardo natural, dirigido no sentido da consecução dos objetivos da sociedade, que serão mais dificilmente alcançados se não houver tranquilidade social para tanto. Todas as sociedades dessa natureza utilizam-se do instrumento da sindicância para apurar da conveniência ou não da admissão do proponente”. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Décima Terceira Câmara Civil. Apelação n. 154.399-2. Apelante: Associação dos Empregados do Comércio de Franca. Apelada: Edna Fátima Gerais. Relator: Des. Isidoro Carmona. São Paulo, 24 de abril de 1990.

¹⁹⁸ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 98. Em sentido contrário, sob a égide do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda afirmava que, na omissão estatutária, a competência para admitir novos membros é da assembleia geral. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. t. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 401.

¹⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. t. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 402.

²⁰⁰ LÉGAL, Alfred. GRESSAYE, Jean Brethe de la. **Pouvoir disciplinaire dans les institutions privées**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938.

²⁰¹ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. A exclusão do associado: breves linhas interpretativas e a busca pelos contornos essenciais das previsões estatutárias. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Unie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 462; MAIELLO, Anna Luiza Duarte. **Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 48.

²⁰² Para uma análise empírica das diferentes penalidades presentes nos estatutos de algumas associações brasileiras, cf. MAIELLO, Anna Luiza Duarte. **Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 48.

uma característica pessoal relevante, inadimplência reiterada em relação às contribuições associativas devidas²⁰³ etc.

O Código Civil de 2002 inovou ao trazer um dispositivo específico sobre a exclusão de associados. A redação original do art. 57, contudo, foi alterada pela Lei n. 11.127/2005, nos seguintes termos:

[Redação original:] 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 assembléia geral especialmente convocada para esse fim.

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

[Redação dada pela Lei n. 11.127/2005:] Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

O cotejo entre a redação original e a redação atual do art. 57 evidencia três mudanças principais. A primeira delas foi a supressão da possibilidade de exclusão de associado baseada, na omissão do estatuto, no reconhecimento da “existência de motivos graves, em deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembleia geral especialmente convocada para este fim”. Se antes era possível o desligamento forçado embasado em justa causa ou motivo grave, agora apenas a justa causa permanece como fundamentação admissível. Ao que tudo indica, essa modificação representa uma opção legislativa mais restritiva, impondo um maior rigor no procedimento de expulsão de associados²⁰⁴. Parte considerável da doutrina, no entanto, entende que o rol estatutário de justas causas não é taxativo (*numerus clausus*) mas sim exemplificativo (*numerus apertus*)²⁰⁵.

²⁰³ Em sentido contrário, Wendel de Brito Lemos Teixeira entende que a inadimplência das contribuições associativas não configura hipótese de exclusão, mas constitui um “pedido de demissão tácito”, pois demonstra inequivocamente a intenção do associado de deixar a associação. TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 99-100.

²⁰⁴ Giovanni Ribeiro Rodrigues Alves defende que a configuração da justa causa, diferentemente do que ocorre com o motivo grave, requer: “(i) a demonstração de efetivo prejuízo sofrido pela organização; (ii) em ato praticado, necessariamente, pelo associado cuja exclusão é discutida e; (iii) que a conduta infratora tenha o potencial de impedir o regular funcionamento da associação, com parâmetros similares aos que justificam a exclusão de sócio no âmbito societário”. ALVES, Giovanni Ribeiro Rodrigues. A exclusão do associado: breves linhas interpretativas e a busca pelos contornos essenciais das previsões estatutárias. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 458-459.

²⁰⁵ ALVES, Giovanni Ribeiro Rodrigues. A exclusão do associado: breves linhas interpretativas e a busca pelos contornos essenciais das previsões estatutárias. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 460-461; MAIELLO, Anna Luiza Duarte. **Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 187; TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 107.

Nesse sentido, ainda que não haja previsão expressa, admite-se a exclusão de associado baseada em razão suficientemente séria, que torne insustentável a convivência entre determinado membro e a associação.

A segunda alteração relevante na redação do art. 57 foi a inclusão expressa do “direito de defesa e de recurso”. Trata-se de consagração infraconstitucional dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LIV e LV da Constituição de 1988). Curiosamente, passados menos de quatro meses da publicação da Lei n. 11.127/2005, o Supremo Tribunal Federal julgou o emblemático caso da União Brasileira de Compositores (UBC), reconhecendo a eficácia direta desses mesmos direitos fundamentais no âmbito associativo²⁰⁶. Atualmente, portanto, admite-se que os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório têm eficácia tanto indireta quanto direta nos procedimentos de exclusão de associados²⁰⁷⁻²⁰⁸.

A terceira e última mudança significativa foi a supressão do parágrafo único do art. 57, que previa que “[d]a decisão do órgão que, de conformidade com o estatuto, decretar a exclusão, caberá sempre recurso à assembléia geral”. Enquanto vigorava esse dispositivo, não havia dúvidas sobre a obrigatoriedade de cabimento de recurso para a assembleia geral na hipótese de expulsão de associado decidida por órgão inferior²⁰⁹. A alteração legislativa, no

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 201.819-8/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores - UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min.^a Ellen Gracie. Redator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005.

²⁰⁷ Após analisar várias decisões judiciais brasileiras, Giovani Ribeiro Rodrigues Alves explica que “são vários os julgados em que foi reconhecida a nulidade dos procedimentos administrativos de exclusão de associados, seja por lacuna estatutária acerca do procedimento, seja por ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, todos basilares e inafastáveis de qualquer procedimento administrativo. Entre os equívocos procedimentais identificados no acervo jurisprudencial consultado, encontram-se a supressão de etapas no procedimento administrativo com o conseqüente cerceamento de defesa, especialmente, quanto à produção de provas, a falta de intimação regular para que o associado possa ser cientificado quanto à data e à ordem do dia da assembleia em razão de veiculação da convocação em jornal de restrita circulação e, até mesmo, a simples comunicação ao associado a respeito da exclusão, impossibilitando, por completo, a apresentação de defesa com devido processo administrativo”. ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. A exclusão do associado: breves linhas interpretativas e a busca pelos contornos essenciais das previsões estatutárias. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações**: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 463-464.

²⁰⁸ O processo 001/1.12.0308352-2 traz um exemplo interessante de procedimento administrativo de exclusão de associado que foi considerado válido pelo Poder Judiciário. No caso, a Loja Maçônica Grande Oriente do Rio Grande do Sul (GORS) havia instaurado um inquérito penal maçônico que resultou na expulsão de Norberto de Borba Nunes. Irresignado, o ex-maçom ingressou em juízo alegando a nulidade dos trâmites aos quais fora submetido e requerendo sua reintegração aos quadros sociais, bem como a indenização dos danos morais sofridos e a alteração do estatuto da entidade em questão. A Juíza Oyama Assis Brasil de Moraes, no entanto, julgou a ação improcedente, ao argumento de que o autor não se desincumbiu do ônus de provar a existência das irregularidades que supostamente macularam o procedimento administrativo de exclusão. RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Porto Alegre. Sétima Vara Cível do Foro Central. Processo n. 001/1.12.0308352-2. Autor: Norberto de Borba Nunes. Réu: Grande Oriente do Rio Grande do Sul – GORGs; Jose Aristides Pires; Adatao Machado Pires. Juíza: Oyama Assis Brasil de Moraes. Porto Alegre, 14 de junho de 2018.

²⁰⁹ A título ilustrativo, o Recurso Especial n. 758.621-RJ, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, apresenta a seguinte ementa: “DIREITO CIVIL. RECURSO. SOCIEDADE CIVIL. EXCLUSÃO DE

entanto, deixou em aberto a definição de qual seria a instância revisora competente. Ante a omissão legal, o melhor entendimento é no sentido de que o estatuto poderá determinar livremente o órgão responsável pela revisão da decisão de exclusão de associado.

Os critérios de categorização, a seu turno, dizem respeito aos fundamentos estatutários da segmentação dos associados em diferentes grupos. Na prática, é comum que a organização interna das associações contemple classes especiais de membros com atributos peculiares²¹⁰. É o caso, por exemplo, das categorias de associado fundador, associado efetivo, associado atleta, associado honorífico, associado benemérito, associado remido etc.²¹¹ No direito brasileiro, contudo, a possibilidade de diferenciação dos direitos e deveres dos associados é um assunto tradicionalmente controverso, que deu origem a diversos posicionamentos ao longo do tempo²¹².

A codificação de 1916 tangenciava o tema da categorização dos associados em seu art. 1.394, que dispunha que: “[t]odos os sócios têm direito de votar nas assembléias gerais, onde, salvo estipulação em contrário, sempre se deliberará por maioria de votos”. Esta previsão legal, no entanto, foi interpretada de diferentes maneiras pela jurisprudência. A título de exemplo, na Apelação n. 23.109, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Apelação de São

SÓCIO. RECURSO. ASSEMBLÉIA GERAL. – A teor do Art. 57, parágrafo único, do novo Código Civil, o sócio excluído por deliberação que não seja de assembléia geral expõe-se a recurso para este órgão”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 758.621/RJ. Recorrente: João Manuel de Almeida e outro. Recorrido: Club de Regatas Vasco da Gama. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 9 de agosto de 2005.

²¹⁰ É digna de nota a lista exemplificativa apresentada por Wendel de Brito Lemos: “A doutrina e jurisprudência apontam vários exemplos considerados lícitos de direitos que podem ser privativos de somente um ou determinados associados: de somente alguns associados nomearem órgãos dirigentes (Caio Mário da Silva Pereira); de um único associado indicar membros da administração (José Frederico Marques); de um único associado indicar os administradores (Caio Mário da Silva Pereira e José Frederico Marques); de um determinado associado ter direito à presidência (Orlando Gomes); de um determinado associado ter direito a exonerar os administradores (José Frederico Marques); de um determinado associado ter um posto permanente na direção (Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira); de determinado associado ter direito de nomear e destituir diretoria (Orlando Gomes); de determinado(s) associado(s) ter(em) voto plural (Heinrich Lehmann); de determinado(s) associado(s) ter(em) voto preferente (Andreas Von Tuhr) (Luís A. Carvalho Fernandes); de determinado(s) associado(s) ser(em) privado(s) de votar(em) (Andreas Von Tuhr); de pessoa exercente de determinada função integrar a direção (Andreas Von Tuhr); de administradores serem indicados pelos administradores que os precederam (Andreas Von Tuhr); de um terceiro indicar os administradores (Andreas Von Tuhr); de somente determinado associado ter direito a voto (Roberto Senise Lisboa e Fábio Ulhoa Coelho); de determinados associados não pagarem mensalidade (Maria Helena Diniz e Fábio Ulhoa Coelho); de determinados associados não poderem participar de certas atividades (Arnaldo Rizzardo) etc.” TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 179-178.

²¹¹ Para uma análise empírica das diferentes categorias de associados presentes nos estatutos de algumas associações brasileiras, cf. MAIELLO, Anna Luiza Duarte. **Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 47.

²¹² Pontes de Miranda, por exemplo, defendia a coexistência de dois tipos de direitos associativos: a) os específicos gerais (pertencentes a todos os associados) e b) os específicos preferentes (pertencentes exclusivamente a determinada classe de associados). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. t. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 395.

Paulo decidiu pela natureza dispositiva do art. 1.394, o que permitiria a livre diferenciação do direito de voto entre determinadas classes de associados²¹³. Já no Recurso Especial n. 650.373-SP, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu pelo caráter cogente da primeira parte do art. 1.394, pelo que seria proibida qualquer distinção quanto ao direito de participação nas assembleias gerais²¹⁴.

No período anterior ao Código Civil de 2002, contudo, a discussão mais marcante acerca da categorização de associados se deu no caso do Instituto Mackenzie. O estatuto dessa entidade concedia a posição de associado privilegiado à Igreja Presbiteriana do Brasil, que possuía uma série de direitos e deveres especiais, dentre os quais o de nomear e destituir os membros da diretoria. Em síntese, foram questionados em juízo a validade e o alcance dessas prerrogativas extraordinárias. O processo foi instruído com pareceres de renomados juristas da época, como Miguel Reale, José Frederico Marques, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Pontes de Miranda e Orosimbo Nonato²¹⁵. Todos eles reconheceram que o estabelecimento de classes diferenciadas de associados é compatível com o direito brasileiro, entendimento que prevaleceu na segunda instância²¹⁶ e foi mantido na instância extraordinária²¹⁷.

A controvérsia sobre a categorização de associados ganhou novos rumos com a chegada do Código Civil de 2002. A nova codificação trouxe uma nebulosa previsão sobre o tema em seu art. 55: “Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais”. À primeira vista, a distinção entre direitos e vantagens

²¹³ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Apelação de São Paulo. Primeira Câmara Civil. Apelação n. 23.109. Apelante: Automóvel Clube de São Paulo. Apelado: Dr. Auro Martins. Relator: Des. V. Penteado. São Paulo, 18 de setembro de 1944.

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 650.373/SP. Recorrente: Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição Família e Propriedade – TFP. Recorrentes: Caio Vidigal Xavier da Silveira e outros. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Redator para o acórdão: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 29 de março de 2012. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 20.982-5/MG. Recorrente: Uirapuru Iate Clube. Recorridos: Feliciano Fantini e outros. Relator: Min. Dias Trindade. Redator para o acórdão: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 10 de novembro de 1992.

²¹⁵ REALE, Miguel. Associação civil... **Revista dos Tribunais**, v. 445, ano 61, p. 11-19, nov. 1972; MARQUES, José Frederico. Associação civil... **Revista dos Tribunais**, v. 445, ano 61, p. 19-25, nov. 1972; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Associação civil... **Revista dos Tribunais**, v. 445, ano 61, p. 25-37, nov. 1972; GOMES, Orlando. Associação civil... **Revista dos Tribunais**, v. 445, ano 61, p. 37-44, nov. 1972; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Associação civil... **Revista dos Tribunais**, v. 445, ano 61, p. 44-51, nov. 1972; NONATO, Orosimbo. Associação civil... **Revista dos Tribunais**, v. 445, ano 61, p. 51-60, nov. 1972.

²¹⁶ SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Embargos Infringentes n. 147.324. Embargante: Igreja Presbiteriana do Brasil. Embargados: Oswaldo Müller da Silva, Rodolpho Ortenblad e outros. Relator: Juiz Evaristo dos Santos. São Paulo, 14 de setembro de 1971.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 74.820/SP. Recorrentes: Instituto Mackenzie, Oswaldo Müller da Silva e outros. Recorrida: Igreja Presbiteriana do Brasil. Relator: Min. Antonio Neder; Brasília, 26 de novembro de 1973. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 77.294/SP. Recorrente: Instituto Mackenzie. Recorrida: Igreja Presbiteriana do Brasil. Relator: Min. Antonio Neder. Brasília, 29 de outubro de 1973.

especiais realizada por esse dispositivo não faz o menor sentido²¹⁸. A partir de um esforço hermenêutico, no entanto, a maioria dos juristas brasileiros interpreta que o art. 55 estabelece um princípio de igualdade entre os associados, mas não obsta a criação de diferentes classes, desde que sejam respeitados os limites do ordenamento jurídico²¹⁹.

Não há consenso, contudo, a respeito da definição do núcleo indisponível de direitos dos associados. O direito de participar na formação da vontade da associação mediante voto, por exemplo, é ora tido como inderrogável²²⁰, ora tido como derogável²²¹. Há até quem defenda o cabimento, no âmbito associativo, da aplicação subsidiária das regras societárias sobre o exercício de voto²²². Nesse ponto, contudo, não se pode perder de vista que o art. 59 do Código Civil de 2002 estabeleceu a competência privativa da assembleia geral para destituir os administradores e para alterar o estatuto. Esse dispositivo foi levado em consideração por Thiago Luís Santos Sombra, que defende a impossibilidade de supressão do direito de voto em relação aos assuntos objeto de deliberação privativa da assembleia geral²²³.

²¹⁸ A obscuridade da redação do art. 55 foi percebida pelo deputado federal Ricardo Fiuza, que no Projeto de Lei n. 7.160/02 propôs a alteração do texto legal para: “O estatuto poderá instituir diferentes categorias de associados, especificando os direitos e deveres correspondentes”. O congressista valeu-se da seguinte justificativa: “Pretende-se, aqui, possibilitar a melhor adequação do texto ao propósito pretendido, afastando eventuais dúvidas, posto que vantagens também constituem direitos, sendo comum a formação de associações com categorias de sócios distintas não apenas em relação a vantagens, mas também a direitos, como, por exemplo, sócios honorários, beneméritos, com ou sem direito a voto, entre outros. Dada a importância que as associações têm em nossa sociedade atual, especialmente para o atendimento ao terceiro setor, seria temerária a manutenção de redação que possa implicar interpretação restritiva e até mesmo impeditiva da manutenção de associações em que associados possuam categorias e direitos distintos”. FIUZA, Ricardo. **O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento**. Colab. Mário Luiz Delgado Régis. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.

²¹⁹ LÔBO, Paulo. Direito dos membros das associações civis. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 1445-1458, 2016, p. 1450-1451; PIMENTA, Eduardo Goulart. Vantagens especiais atribuídas a associados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 287-288; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Décima Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.05.737802-8/001. Apelantes: Ismar Geraldo Pontes Nogueira e outros. Apelado: AABR – Associação Atlética Banco Real. Relator: Des. Roberto Borges de Oliveira. Belo Horizonte, 12 de setembro de 2006.

²²⁰ LÔBO, Paulo. Direito dos membros das associações civis. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 1445-1458, 2016, p. 1450-1451.

²²¹ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 183.

²²² CAMINHA, Uinie. O direito de voto nas associações: possibilidade de aplicação das regras de direito societário quanto ao seu exercício. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 301-302.

²²³ SOMBRA, Thiago Luís Santos. Critérios diferenciados de voto nas associações civis. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 326. No mesmo sentido indica o enunciado n. 577 e a respectiva justificativa aprovados na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A possibilidade de instituição de categorias de associados com vantagens especiais admite a atribuição de pesos diferenciados ao direito de voto, desde que isso não acarrete a sua supressão em relação a matérias previstas no art. 59 do CC”. “Justificativa: O direito de voto e o de representação em assembleias é apontado por Pontes de Miranda como modalidades de direitos específicos preferentes. Somente haverá a possibilidade de estipulação de padrões diversificados de voto quando em contraste com os direitos específicos gerais de que são titulares todos os indivíduos. O poder de veto da escolha de administradores seria um bom exemplo. O CC 2002 tratou no art. 59 das competências da assembleia geral para alterar o estatuto, mediante um quórum em que considerados todos os integrantes, sem

No ordenamento jurídico brasileiro, seja na fixação de critérios de admissão, de exclusão ou de categorização de associados, percebe-se que as associações possuem uma ampla margem de liberdade para diferenciar as pessoas conforme seus próprios interesses. Vista a questão por outro ângulo, tal qual restou estabelecido pela Terceira Turma do Supremo Tribunal Federal na ementa do Recurso Extraordinário n. 63.279/SP: “A organização e o funcionamento de uma sociedade civil, regulados pelos seus Estatutos, não se submetem ao princípio da isonomia, que rege as relações de direito público ou aquêles em que este interfere”²²⁴. Mais do que um direito, a distinção entre pessoas é um pressuposto lógico do fenômeno associativo privado. O reconhecimento atual da vinculação das associações aos direitos fundamentais, contudo, acarreta o questionamento da autorregulação das associações em face da proibição a tratamentos discriminatórios. Como adverte Pietro Perlingieri, a “atividade associativa não constitui uma área subtraída do primado da pessoa”²²⁵.

Não restam dúvidas a respeito da ilicitude das normas estatutárias que configurem distinções discriminatórias. O grande desafio reside justamente na identificação de parâmetros que subsidiem o controle judicial da diferenciação entre pessoas praticada pelas associações. Afinal, como saber se determinado critério de admissão, exclusão ou categorização de associados é discriminatório? No Brasil, embora de maneira ainda incipiente, observam-se algumas tentativas de solução na jurisprudência, na legislação e na doutrina. A análise das propostas brasileiras, no entanto, demanda a prévia consideração dos dois modelos estrangeiros que mais influenciaram os desenvolvimentos nacionais: o estadunidense e o espanhol.

qualquer menção à possibilidade de exclusão de voto de alguma categoria. Ou seja, o voto é direito comum a todos os associados quanto às matérias deliberadas em assembleia e, ao que tudo indica, não era admitida a sua exclusão em 1916, e continua a não ser em 2002. A liberdade de associação não autoriza, assim, que a representação seja fulminada mediante a exclusão de um direito comum a todas as categorias, conforme o art. 58 CC. Importante esclarecer, todavia, que uma coisa é a vedação da exclusão do direito de voto, outra bem diversa é a previsão de critérios diferenciadores de voto, segundo a categoria do associado. Para efeito de controle normativo dos padrões deliberativos, basta investigar se o associado concordou previamente com a configuração de alguma especificidade do seu voto, se o ato constitutivo o previu ou se constou da própria deliberação permitida por ele (art. 58 do CC). Estes balizadores da definição dos critérios diferenciados de voto devem guardar estrita observância com elementos justificadores do *discrimen* concebido”.

²²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Terceira Turma. Recurso Extraordinário n. 63.279/SP. Recorrente: Orlando Saraiva Novais. Recorrido: Santos Football Club. Relator: Min. Amaral Santos. Brasília, 15 de março de 1968.

²²⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 300-302.

2.2 O modelo estadunidense: a natureza íntima ou expressiva da associação como parâmetro

Nos Estados Unidos, especialmente a partir do final do século passado, a tensão entre autonomia associativa e discriminação suscitou intensos debates jurídicos. O tema da licitude da diferenciação entre pessoas realizada pelas associações privadas foi objeto de sucessivos julgamentos pela Suprema Corte e motivou a produção de uma extensa literatura crítica²²⁶. A experiência estadunidense repercutiu significativamente na doutrina e na jurisprudência brasileira. Referências diretas ou indiretas às propostas de solução desenvolvidas no direito

²²⁶ Cf. BERNSTEIN, David E. Antidiscrimination laws and the First Amendment. **Missouri Law Review**, v. 66, n. 1, p. 83-139, winter 2001; BUSS, William. Discrimination by private clubs. **Washington University Law Review**, v. 67, n. 3, p. 815-853, 1989; CARPENTER, Dale. Expressive association and anti-discrimination law after Dale: a tripartite approach. **Minnesota Law Review**, v. 85, p. 1515-1589, 2001; CHEMERINSKY, Erwin; FISK, Catherine. The expressive interest of associations. **William & Mary Bill of Rights Journal**, v. 9, n. 3, p. 595-617, 2001; DISCRIMINATION in private social clubs: freedom of association and right to privacy. **Duke Law Journal**, v. 19, n. 6, p. 1181-1222, dec. 1970; EMERSON, Thomas I. Freedom of association and freedom of expression. **The Yale Law Journal**, v. 74, n. 1, p. 1-35, nov. 1964; ENDEJANN, N. Nicole. Coming out is a free pass out: Boy Scouts of America v. Dale. **Akron Law Review**, v. 34, n. 4, p. 1-25, july 2015; ESTREICHER, Samuel. Federal power to regulate private discrimination: the revival of the enforcement clauses of the reconstruction era amendments. **Columbia Law Review**, v. 74, p. 449-527, 1974; FAILINGER, Marie A. Equality versus the right to choose associates: a critique of Hannah Arendt's view of the Supreme Court's dilemma. **University of Pittsburgh law review**, v. 49, p. 143-188, 1987; GUTMANN, Amy. Freedom of association: an introductory essay. In: GUTMANN, Amy (Edit.). **Freedom of association**. Princeton: Princeton University Press, 1998; INAZU, John D. The unsettling "well-settled" law of freedom of association. **Connecticut Law Review**, v. 43, n. 1, p. 149-207, nov. 2010; KOPPELMAN, Andrew. Should noncommercial associations have an absolute right to discriminate?. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, p. 27-57, autumn 2004; LENKIEWICZ, Thaddeus Matthew. Green jackets in men's sizes only: gender discrimination at private country clubs. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 44, p. 777-818, 2011; LETO, Anthony L. New York State Club Association v. City of New York: ending gender-based discrimination in private clubs – are associational rights still protected?. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 16, p. 623-637, summer 1989; MARSHALL, William P. Discrimination and the right of association. **Northwestern University Law Review**, v. 81, n. 1, p. 68-105, 1986; MCKENNA, Lois M. Freedom of association or gender discrimination?: New York State Club Association v. City of New York. **The American University Law Review**, v. 38, p. 1061-1092, 1989; MOEGENBURG, Julie A. Freedom of association and the private club: the installation of a "threshold" test to legitimize private club status in the public eye. **Marquette Law Review**, v. 72, n. 3, p. 403-433, spring 1989; MURPHY JR., James P. Public accommodations: what is a private club?. **Montana Law Review**, v. 30, n. 1, p. 47-58, fall 1968; PRIDMORE, Allison; CHEN, Er Jia. Freedom of expressive association and discrimination on the basis of sexual orientation. **The Georgetown Journal of Gender and The Law**, v. 17, p. 281-301, 2016; SAWYER, Thomas H. Private golf clubs: freedom of expression and the right to privacy. **Marquette Sports Law Review**, v. 3, n. 2, p. 187-213, spring 1993; SHIFFRIN, Seana L. What is really wrong with compelled association? **Northwestern University Law Review**, v. 99, n. 2, p. 839-888, 2005; SINOPOLI, Richard C. Associational freedom, equality, and rights against the State. **Political Research Quarterly**, v. 47, n. 4, p. 891-908, Dec. 1994; SMART, Christopher W. The First Amendment: expressive association or invidious discrimination?. **Florida Law Review**, v. 53, p. 389-398, 2001; SPEYER, Katherine E. New York State Club Association v. City of New York: the demise of the all-male club. **Pace Law Review**, v. 10, n. 1, p. 273-325, winter 1990; STATE power and discrimination by private clubs: first amendment protection for nonexpressive associations. **Harvard Law Review**, v. 104, p. 1835-1856, 1991; TOFILON, Joseph L. Masters of discrimination: Augusta National Golf Club, Freedom of Association, and Gender Equality in Golf. **The Journal of Gender, Race & Justice**, v. 9, p. 189-210, 2005; VARELA, Paul. A scout is friendly: freedom of association and the state effort to end private discrimination. **William & Mary Law Review**, v. 30, p. 919-955, 1989.

norte-americano podem ser encontradas, por exemplo, nas obras de Paulo Gustavo Gonet Branco²²⁷, Rodrigo Xavier Leonardo²²⁸, Thiago Penido Martins²²⁹, Wendel de Brito Lemos Teixeira²³⁰, Gustavo Tepedino²³¹ e André Rufino do Vale²³². Além disso, os parâmetros formulados nos Estados Unidos foram mencionados no voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes, no Recurso Extraordinário n. 201.819-8/RJ²³³ e no voto do Min. João Otávio de Noronha, no Recurso Especial n. 650.373/SP²³⁴. Justifica-se, portanto, o interesse na análise desse modelo estrangeiro.

O associativismo é um traço antigo e marcante da sociedade estadunidense. Nesse aspecto, são sempre lembradas as observações de Alexis de Tocqueville, aristocrata enviado pelo governo francês para uma viagem de estudos nos Estados Unidos entre os anos de 1831 e 1832. Dessa visita resultou a obra *De la démocratie en Amérique*, que descreve positivamente uma série de aspectos do sistema político norte-americano, incluindo a importância ocupada pelas associações na vivência democrática daquele país²³⁵. As peculiaridades da profusão associativa nos Estados Unidos decorrem da conjugação de diversos fatores históricos, como

²²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais. **Direito Público**, Porto Alegre; Brasília, v. 1, n. 2, p. 170-174, out./dez. 2003. p. 172; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 351-352.

²²⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 130.

²²⁹ MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 211.

²³⁰ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 98 e 106-107.

²³¹ TEPEDINO, Gustavo. A admissão de associados e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a constitucionalidade de critérios admissionais diferenciados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 348-349.

²³² VALE, André Rufino do. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Direito Público**, Porto Alegre; Brasília, v. 3, n. 9, p. 53-74, jul./set. 2005, p. 65-66.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 201.819-8/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores - UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min.^a Ellen Gracie. Redator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005.

²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 650.373/SP. Recorrente: Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição Família e Propriedade – TFP. Recorrentes: Caio Vidigal Xavier da Silveira e outros. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Redator para o acórdão: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 29 de março de 2012.

²³⁵ Nas palavras de Alexis de Tocqueville: “Os americanos de todas as idades, de todas as condições, de todos os espíritos, se unem sem cessar. Não apenas têm associações comerciais e industriais de que todos participam, mas possuem além dessas mil outras: religiosas, morais, graves, fúteis, muito gerais e muito particulares, imensas e minúsculas, os americanos se associam para dar festas, fundar seminários, construir albergues, erguer igrejas, difundir livros, enviar missionários aos antípodas; criam dessa maneira hospitais, prisões, escolas. Enfim, sempre que se trata de pôr em evidência uma verdade ou desenvolver um sentimento com o apoio de um grande exemplo, eles se associam. Onde quer que, à frente de um novo empreendimento, você vê na França e, na Inglaterra, um grão-senhor, pode estar certo de que, nos Estados Unidos, perceberá uma associação [...] Assim, o país mais democrático da terra é aquele, dentre todos, em que os homens mais aperfeiçoaram em nossos dias a arte de perseguir em comum o objeto de seus desejos comuns e aplicaram ao maior número de objetos essa nova ciência”. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões**. v. II. Trad. Eduardo Brandão. Martins Fontes: São Paulo, 2004, p. 131-132

o fato de que os primeiros imigrantes ingleses eram ideologicamente contrários ao absolutismo e por isso valorizavam a proteção das liberdades públicas. Muitos deles haviam sofrido perseguição religiosa na metrópole e buscavam um local seguro para estruturarem a sua fé. Na doutrina calvinista, em especial, o princípio da universalidade do sacerdócio incentivava a organização autônoma dos colonos em congregações comunitárias. A reduzida intervenção da Inglaterra e a necessidade de desbravar um território inóspito também foram fatores decisivos para o desenvolvimento do associativismo estadunidense²³⁶.

A análise do tratamento dispensado pelos Estados Unidos ao problema da discriminação no âmbito associativo, contudo, exige algumas considerações jurídicas preliminares. O ordenamento jurídico norte-americano filia-se ao sistema do *Common Law* e tem por base uma Constituição de caráter sintético e liberal datada de 1787. No texto constitucional estadunidense, apenas o tratamento discriminatório realizado por agentes estatais é expressamente proibido, nos termos da cláusula de igual proteção (*equal protection clause*), constante da parte final da primeira seção da Décima Quarta Emenda (*Fourteenth Amendment*)²³⁷. A jurisprudência, entretanto, tem reconhecido ao Poder Legislativo a prerrogativa de editar normas que proíbam a discriminação praticada por sujeitos privados em determinados âmbitos sociais, desde que essa interferência legislativa corporifique um propósito estatal legítimo (*compelling government interest*).

Nesse contexto, destacam-se as chamadas leis de acomodação pública (*public accommodation laws*), que objetivam garantir a igualdade no acesso à circulação pública de bens e serviços. O primeiro e mais emblemático exemplo dessa categoria normativa surgiu na esfera federal, mais especificamente na Seção 201 do Título II do *Civil Rights Act* de 1964, posteriormente compilada na Seção § 2000a do Título 42 do *United States Code*. Via de regra, as leis de acomodação pública estabelecem quais são os sujeitos privados vinculados à sua observância e definem quais são as características pessoais que não podem ser utilizadas por esses agentes como critério para negar atendimento à população. Também é comum a presença de uma exceção, frequentemente estabelecida em termos vagos, que isenta algumas entidades reputadas distintamente privadas do cumprimento das determinações legais de

²³⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37-46.

²³⁷ Consta da parte final da primeira seção da Décima Quarta Emenda: “Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis”. No original: “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

impessoalidade. Essa ressalva é apelidada de exceção do clube privado (*private club exemption*) e possui contornos bastante controversos²³⁸.

Com o passar do tempo, as leis de acomodação pública multiplicaram-se nos diferentes níveis da federação norte-americana e a sujeição das associações a essa crescente legislação antidiscriminação acabou motivando reiteradas disputas judiciais. A liberdade de associação, embora não conste expressamente da Constituição dos Estados Unidos, foi reconhecida como direito fundamental implícito na Primeira Emenda (*First Amendment*)²³⁹, em 1958, no julgamento do precedente *National Association for the Advancement of Colored People v. Patterson*²⁴⁰. Invocando esse direito, várias entidades privadas alegaram em juízo a inconstitucionalidade da incidência de leis locais que restringiam a sua autonomia para admitir, excluir e categorizar membros de acordo com seus próprios interesses. O problema dos limites da discriminação nas relações associativas acabou desaguando na Suprema Corte que, por sua vez, consolidou um modelo inédito de solução jurisprudencial ao enfrentar o tema em quatro oportunidades distintas.

O primeiro caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos sobre discriminação no contexto das associações sem fins econômicos foi *Roberts v. United States Jaycees* (1984)²⁴¹. A *United States Junior Chamber*, também chamada de *United States Jaycees*, ou simplesmente *Jaycees*, é uma organização de âmbito nacional com finalidades educacionais e beneficentes, voltada sobretudo para o desenvolvimento cívico dos jovens norte-americanos. Em seus estatutos (*bylaws*) originais, os *Jaycees* admitiam como membros plenos (*regular members*) apenas pessoas do sexo masculino com idade entre 18 e 35 anos. Aos homens mais velhos e às mulheres, facultava-se tão somente a admissão em uma categoria especial

²³⁸ O funcionamento do direito antidiscriminatório nos Estados Unidos pode ser sintetizado no seguinte trecho, constante de um artigo de autoria desconhecida publicado na *Harvard Law Review*: “Enquanto a cláusula de igual proteção proíbe a discriminação estatal, a lei geralmente divide o setor privado em duas esferas: uma esfera de bens e serviços disponíveis publicamente, na qual os comandos antidiscriminatórios operam com força total, e uma esfera de atividade distintamente privada, na qual os legisladores não interferem”. No original: “*While the equal protection clause barred official discrimination, the law generally divided the private sector into two spheres: a sphere of publicly available goods and services, in which legislative antidiscrimination commands operated with full force, and a sphere of distinctly private activity, in which legislatures did not seek to enter*”. STATE power and discrimination by private clubs: first amendment protection for nonexpressive associations. **Harvard Law Review**, v. 104, p. 1835-1856, 1991, p. 1835-1836.

²³⁹ Consta da Primeira Emenda: “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”. No original “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*”.

²⁴⁰ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *National Association for the Advancement of Colored People v. Patterson*, 357 US 449 (1958). Washington, 30 de junho de 1958.

²⁴¹ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984). Washington, 3 de julho de 1984.

(*associate members*), que possuía direitos reduzidos. O conflito teve início quando a central dos *Jaycees* ameaçou desligar duas de suas filiais, localizadas no estado de Minnesota, que aceitavam mulheres como membros plenos. Em sua defesa, as sucursais invocaram a proteção da Seção 363A.11 do *Minnesota Human Rights Act*, que proibia a discriminação baseada em gênero em locais de acomodação pública²⁴². A representação geral dos *Jaycees*, por sua vez, ingressou em juízo requerendo o afastamento daquela legislação estadual, ao argumento de que sua aplicação violaria as liberdades de expressão e de associação presentes na Constituição.

Por unanimidade, a Suprema Corte decidiu pela inexistência de circunstâncias fáticas que atraíssem uma proteção constitucional capaz de isentar os *Jaycees* da observância da legislação antidiscriminação do estado de Minnesota. Essa orientação foi tomada a partir da identificação teórica de dois tipos de associação especialmente tuteladas pela Constituição estadunidense: as associações íntimas (*intimate associations*) e as associações expressivas (*expressive associations*). Em síntese, as associações íntimas seriam aquelas baseadas em vínculos profundos compartilhados por um número reduzido de pessoas, enquanto as associações expressivas seriam aquelas que advogam publicamente um ponto de vista particular, seja ele religioso, político, ideológico etc. Nesse sentido, as peculiaridades atinentes a essas duas categorias justificariam o reconhecimento de uma maior autonomia na definição dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados.

No caso, entretanto, concluiu-se que os *Jaycees* não se enquadravam em nenhuma das duas situações protetivas especiais. Inicialmente, observou-se que as relações entre os associados não eram altamente pessoais, pois as filiais dos *Jaycees* não eram pequenas nem seletivas e muitas das atividades associativas envolviam a participação de terceiros. Além disso, pontuou-se que a aceitação de mulheres como membros plenos acarretaria um impacto muito reduzido na mensagem expressada pela organização e que essa consequência, de toda forma, estaria justificada pela existência de um propósito estatal legítimo de erradicar a discriminação privada nos locais de acomodação pública. Desde então, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu o teste da intimidade e da expressividade da associação como

²⁴² Em sua redação atual, a Seção 363A.11 do *Minnesota Human Rights Act* dispõe que “é uma prática discriminatória injusta: (1) negar a qualquer pessoa o gozo pleno e igual dos bens, serviços, instalações, privilégios, vantagens e acomodações de um lugar de acomodação pública por causa de raça, cor, credo, religião, deficiência, nacionalidade, estado civil, orientação sexual ou sexo”. No original: “*It is an unfair discriminatory practice: (1) to deny any person the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, and accommodations of a place of public accommodation because of race, color, creed, religion, disability, national origin, marital status, sexual orientation, or sex*”.

parâmetro para solucionar o embate entre a autonomia associativa e a legislação antidiscriminação.

Ainda na década de 80, o precedente *Roberts v. United States Jaycees* foi seguido por dois julgamentos semelhantes.

O caso *Rotary Int'l v. Rotary Club of Duarte* (1987) começou quando a *Rotary International* desligou sua sucursal da cidade de Duarte, no estado de Califórnia, que havia aceitado três mulheres como membros efetivos²⁴³. Segundo as normas gerais da organização (*constitution*), as pessoas do sexo feminino poderiam tão somente participar de eventos e formar entidades auxiliares. O clube prejudicado, juntamente com duas de suas associadas, alegou em juízo violação do *Unruh Civil Rights Act*, previsto na Seção 51 do *California Civil Code*²⁴⁴. A *Rotary International*, a seu turno, aduziu a inconstitucionalidade da aplicação da legislação estadual invocada. Por unanimidade, a Suprema Corte decidiu pela ausência de traços associativos íntimos ou expressivos que justificassem o afastamento da lei questionada no caso concreto.

Já o caso *New York State Club Association Inc. v. City of New York* (1988) teve início com a restrição de uma exceção que desobrigava as entidades distintamente privadas do cumprimento do dever de não discriminar dirigido a certos locais de acomodação pública²⁴⁵. A isenção constava da *New York City's Human Rights Law*, prevista no Título § 8-102 do *Administrative Code of the City of New York*. Com a alteração promovida pela *Local Law 63*, a ressalva legal passou a ser expressamente negada para qualquer clube que contasse com mais de 400 membros, que organizasse jantares regulares ou que recebesse fundos de terceiros com vistas à promoção comercial²⁴⁶. A *New York Club Association*, organização que

²⁴³ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Rotary Int'l v. Rotary Club of Duarte*, 481 U.S. 537 (1987). Washington, 4 de maio de 1987.

²⁴⁴ Em sua redação atual, a Seção 51 do *California Civil Code* dispõe que “todas as pessoas dentro da jurisdição deste estado são livres e iguais e, independentemente do sexo, raça, cor, religião, ascendência, origem nacional, deficiência, condição, informações genéticas, estado civil, orientação sexual, cidadania, língua materna ou status de imigração, têm direito a acomodações, vantagens, facilidades, privilégios ou serviços completos e iguais em todos os estabelecimentos comerciais de qualquer tipo”. No original: “All persons within the jurisdiction of this state are free and equal, and no matter what their sex, race, color, religion, ancestry, national origin, disability, medical condition, genetic information, marital status, sexual orientation, citizenship, primary language, or immigration status are entitled to the full and equal accommodations, advantages, facilities, privileges, or services in all business establishments of every kind whatsoever”.

²⁴⁵ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *New York State Club Association Inc. v. City of New York*, 487 U.S. 1 (1988). Washington, 20 de junho de 1988.

²⁴⁶ Em sua redação atual, o Título § 8-102 do *Administrative Code of the City of New York* dispõe que “o termo “lugar ou provedor de acomodação pública” inclui provedores, licenciados ou não licenciados, de bens, serviços, instalações, acomodações, vantagens ou privilégios de qualquer espécie, e lugares, licenciados ou não licenciados, onde bens, serviços, instalações, acomodações, vantagens ou privilégios de qualquer espécie são concedidos, oferecidos, vendidos ou de outra forma disponibilizados. Tal termo não inclui nenhum clube que prove que ele é, em sua natureza, distintamente privado. Um clube não será considerado de natureza distintamente privada se tiver mais de quatrocentos membros, fornecer serviço regular de refeição e receber

representava outras 125 associações nova-iorquinas, conduziu ao Poder Judiciário o pleito de inconstitucionalidade da lei municipal modificada. Mais uma vez por unanimidade, a Suprema Corte afirmou a validade da legislação antidiscriminação em face da inexistência de indícios de lesão aos direitos de associação íntima e de associação expressiva derivados da Constituição.

Nos anos 2000, por fim, a Suprema Corte dos Estados Unidos criou o quarto precedente sobre discriminação no âmbito associativo ao julgar o controverso caso *Boy Scouts of America v. Dale*²⁴⁷. Os *Boy Scouts of America*, ou simplesmente *Boy Scouts*, são uma organização sem fins econômicos e hierarquizada que promove o escotismo entre garotos estadunidenses. O conflito começou quando a instituição expulsou de seus quadros o líder de uma tropa do estado de New Jersey ao tomar conhecimento de que ele era assumidamente homossexual e ativista dos direitos LGBT. O membro excluído, chamado James Dale, buscou sua reintegração judicial com base em uma disposição da Seção § 10:5-4 do *New Jersey General and Permanent Statutes* que vedava a diferenciação de tratamento fundada em orientação sexual em locais de atendimento público²⁴⁸. Em sua defesa, os *Boy Scouts* alegaram que a aplicação da legislação estadual violaria a proteção constitucional às associações expressivas. Dessa vez, não houve consenso na Suprema Corte, que se dividiu quanto à caracterização dos *Boy Scouts* como associação expressiva. Os nove magistrados também discordaram entre si a respeito do suposto prejuízo que a readmissão do associado desligado traria à mensagem advogada publicamente pela associação. A polêmica foi

regularmente pagamento por taxas, uso de espaço, instalações, serviços, refeições ou bebidas direta ou indiretamente de ou sobre nome de não-membros para o fomento do comércio ou negócios”. No original: “*The term “place or provider of public accommodation” shall include providers, whether licensed or unlicensed, of goods, services, facilities, accommodations, advantages or privileges of any kind, and places, whether licensed or unlicensed, where goods, services, facilities, accommodations, advantages or privileges of any kind are extended, offered, sold, or otherwise made available. Such term shall not include any club which proves that it is in its nature distinctly private. A club shall not be considered in its nature distinctly private if it has more than four hundred members, provides regular meal service and regularly receives payment for dues, fees, use of space, facilities, services, meals or beverages directly or indirectly from or on behalf of non-members for the furtherance of trade or business*”.

²⁴⁷ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000). Washington, 28 de junho de 2000.

²⁴⁸ Em sua redação atual, o Título § 10:5-4 do *New Jersey General and Permanent Statutes* dispõe que “todas as pessoas terão a oportunidade de obter emprego e obter todas as acomodações, vantagens, facilidades e privilégios de qualquer lugar de acomodação pública, acomodação habitacional publicamente assistida e outros bens imóveis, sem discriminação por causa de raça, credo, cor, origem nacional, ascendência, idade, estado civil, orientação afetiva ou sexual, status familiar, deficiência, nacionalidade, sexo, identidade ou expressão de gênero ou fonte de renda legal usada para pagamentos de aluguel ou hipoteca, sujeita apenas a condições e limitações aplicáveis a todas as pessoas”. No original: “*All persons shall have the opportunity to obtain employment, and to obtain all the accommodations, advantages, facilities, and privileges of any place of public accommodation, publicly assisted housing accommodation, and other real property without discrimination because of race, creed, color, national origin, ancestry, age, marital status, affectional or sexual orientation, familial status, disability, nationality, sex, gender identity or expression or source of lawful income used for rental or mortgage payments, subject only to conditions and limitations applicable alike to all persons*”.

intensificada pelo fato de que não havia qualquer referência estatutária expressamente contrária à homossexualidade, embora os dirigentes afirmassem uma incompatibilidade implícita dessa característica pessoal em relação aos valores propagados pela entidade. Por uma apertada margem de 5 votos a 4, a Suprema Corte deu razão aos *Boy Scouts*²⁴⁹.

Esse modelo de solução, no entanto, tem sido alvo de críticas praticamente desde o seu aparecimento. A partir de diferentes posicionamentos e com base em variados argumentos, grande parte da doutrina estadunidense questiona a sustentabilidade da cisão entre as associações íntimas ou expressivas, de um lado, e as associações não íntimas e não expressivas, de outro lado. De acordo com seus opositores, a classificação proposta pela Suprema Corte é artificial, obscura e arbitrária. A construção teórica seria ainda sobreinclusiva e subinclusiva, na medida em que resguarda excessivamente algumas associações ao mesmo tempo que desprotege demasiadamente outras. Dale Carpenter, por exemplo, entende que ao invés de rotular abstratamente cada instituição como íntima ou não íntima, expressiva ou não expressiva, seria melhor examinar e valorar isoladamente cada uma das atividades efetivamente realizadas pela entidade em questão²⁵⁰. John D. Inazu, a seu turno, defende o abandono das tradicionais categorias jurisprudenciais para que se utilize, em seu lugar, uma análise pautada pelas exigências da liberdade de reunião (*right of assembly*)²⁵¹.

O tópico que mais divide opiniões é o das associações expressivas. Alguns juristas norte-americanos, por exemplo, criticam a abordagem baseada na mensagem (*message-based approach*), ou seja, a noção de que a tutela especial das associações expressivas decorre da preservação de uma mensagem institucional específica, bem definida e propagada publicamente pela organização. Nesse sentido, Seana L. Shiffrin ressalta que nem toda associação possui um ponto de vista coerente e claro. Por isso, a motivação da proteção das entidades deveria residir em seu valor interno enquanto locais privilegiados de desenvolvimento de pensamentos e ideias²⁵². Em sentido contrário, Andrew Koppelman avalia positivamente a abordagem baseada na mensagem. Para ele, essa orientação gera maior

²⁴⁹ Não obstante a vitória judicial, os *Boys Scouts* tornaram-se cada vez mais abertos com o passar do tempo. A instituição passou a aceitar escoteiros homossexuais em 2013, escoteiros transexuais em 2017 e finalmente escoteiras em 2018. LEE, Kurtis. First came acceptance of gay and transgender Scouts. Now girls can be Boy Scouts. **Los Angeles Times**, 11 outubro 2017, Nation. Disponível em: <<http://www.latimes.com/nation/la-na-boy-scouts-girls-20171011-story.html>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

²⁵⁰ CARPENTER, Dale. Expressive association and anti-discrimination law after Dale: a tripartite approach. **Minnesota Law Review**, v. 85, p. 1515-1589, 2001, p. 1563.

²⁵¹ INAZU, John D. The unsettling “well-settled” law of freedom of association. **Connecticut Law Review**, v. 43, n. 1, p. 149-207, nov. 2010, p. 149.

²⁵² SHIFFRIN, Seana L. What is really wrong with compelled association? **Northwestern University Law Review**, v. 99, n. 2, p. 839-888, 2005, p. 840-841.

transparência e desestimula a discriminação privada ao exigir que as instituições assumam uma postura explícita sobre as razões e os critérios adotados na diferenciação entre pessoas²⁵³.

Não obstante as críticas doutrinárias, percebe-se que o desenvolvimento jurisprudencial estadunidense consolidou a natureza íntima ou expressiva das associações como parâmetro para determinar o grau de autonomia das associações na fixação de critérios de admissão, exclusão e categorização de associados. Em outras palavras, a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu que as associações íntimas e as associações expressivas gozam de maior proteção contra interferências estatais em sua gestão interna, enquanto as associações não íntimas e não expressivas são mais susceptíveis às restrições estabelecidas pelas legislações locais que buscam coibir a discriminação praticada por agentes privados.

2.3 O modelo espanhol: o predomínio socioeconômico da associação como parâmetro

Na Espanha, o controle da discriminação no âmbito associativo já motivou relevantes investigações jurídicas²⁵⁴. Nos últimos tempos, a problematização desse tema foi impulsionada por uma série de fatores: a superveniência da Constituição espanhola de 1978, os subsequentes julgamentos realizados pelo Tribunal Constitucional e a promulgação, em 2002, de uma lei orgânica reguladora da liberdade de associação. Assim como a experiência estadunidense, o desenvolvimento espanhol influenciou consideravelmente a compreensão brasileira acerca dos limites para a diferenciação entre pessoas praticada pelas associações. No Brasil, a título ilustrativo, menções às propostas formuladas na Espanha podem ser encontradas tanto na doutrina – nas obras de Paulo Gustavo Gonet Branco²⁵⁵, André Rufino do Vale²⁵⁶ e Thiago Penido Martins²⁵⁷ – quanto na jurisprudência – no voto proferido pelo

²⁵³ KOPPELMAN, Andrew. Should noncommercial associations have an absolute right to discriminate?. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, p. 27-57, autumn 2004, p. 57.

²⁵⁴ Cf. CODERCH, Pablo Salvador. Introducción. In: CODERCH, Pablo Salvador (Coord.). **Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada**. Madrid: Editorial Civitas, 1997; GLUCK, David Giménez. Asociación, discriminación y Constitución: los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios – y aspirantes a serlo – a no ser discriminados. **Revista de Derecho Político**, n. 79, p. 143-171, set./dez. 2010; RIBA, Josep Ferrer i; CODERCH, Pablo Salvador. Asociaciones, democracia y *drittwirkung*. In: CODERCH, Pablo Salvador (Coord.). **Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada**. Madrid: Editorial Civitas, 1997; UBILLOS, Juan María Bilbao. **Libertad de asociación y derechos de los socios**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997; UBILLOS, Juan María Bilbao. Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 18, p. 147-189, 2006.

²⁵⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais. **Direito Público**, Porto Alegre; Brasília, v. 1, n. 2, p. 170-174, out./dez. 2003, p. 173; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 351-353.

²⁵⁶ MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 211-212.

Min. Gilmar Ferreira Mendes no Recurso Extraordinário n. 201.819-8/RJ²⁵⁸ e no voto proferido pelo Min. João Otávio de Noronha no Recurso Especial n. 650.373/SP²⁵⁹.

Atualmente, a liberdade de associação ocupa um papel de destaque no ordenamento jurídico espanhol²⁶⁰. A análise histórica da regulação estatal desse direito, no entanto, evidencia um movimento pendular entre fases de maior intervenção pública e momentos de maior liberdade associativa²⁶¹. A *Ley de Asociaciones* de 1964, por exemplo, refletia o caráter totalitário da ditadura franquista então vigente e controlava rigidamente a criação e o funcionamento das associações. Já a Constituição espanhola de 1978, elaborada no período de transição democrática, reduziu significativamente as possibilidades de interferência do Estado ao incluir o *derecho de asociación* em sua seção destinada aos direitos fundamentais e liberdades públicas.

No direito espanhol contemporâneo, o núcleo protetivo da liberdade de associação encontra-se no art. 22 da Constituição²⁶². Esse dispositivo, além de reconhecer expressamente o *derecho de asociación*, estabelece a ilegalidade das associações que persigam fins ou utilizem meios tipificados pela legislação penal, impõe o dever de inscrição registral tão somente para fins de publicidade, exige decisão judicial para a suspensão ou a dissolução das associações e, por fim, proíbe as associações secretas, bem como as de caráter paramilitar. O

²⁵⁷ VALE, André Rufino do. *Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas*. **Direito Público**, Porto Alegre; Brasília, v. 3, n. 9, p. 53-74, jul./set. 2005, p. 63.

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 201.819-8/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores - UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator: Min.^a Ellen Gracie. Redator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005.

²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 650.373/SP. Recorrente: Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição Família e Propriedade – TFP. Recorrentes: Caio Vidigal Xavier da Silveira e outros. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Redator para o acórdão: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 29 de março de 2012.

²⁶⁰ Germán Fernández Farreres afirma que “[p]ocos derechos de la persona pueden presentarse de antemano, como sucede con el derecho de asociación, tan profundamente enraizados y ligados a la naturaleza misma o condición estructural del hombre. El derecho de asociación, en efecto, lejos de ser uno más entre los derechos fundamentales y libertades públicas de la persona, presenta la singularidad de constituir en gran medida el basamento, el punto de apoyo y de referencia, de todas las demás manifestaciones en que aquéllas se proyectan, de manera que el derecho de asociación aparece como una exigencia ineludible y primaria, sin el cual difícilmente llegarán a ser reales y efectivos cualesquiera otros derechos y libertades públicas”. FARRERES, Germán Fernández. **Asociaciones y Constitución**. Madrid: Civitas, 1987, p. 17. No mesmo sentido são as lições de Francisco López-Nieto y Mallo: “Por más que todos los derechos fundamentales deban ser tenidos como derechos del mismo rango, no resultaría aventurado sostener que el derecho de asociación brilla, entre aquéllos, como un derecho que coopera con mayor intensidad al desarrollo de la persona del hombre”. MALLO, Francisco López-Nieto y. **Manual de asociaciones**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1992, p. 22-23.

²⁶¹ MARTÍN-HUERTAS, María-Ascensión. El derecho de asociación en el constitucionalismo español y su desarrollo. **Estud. Socio-Juríd.**, Bogotá, v. 11, n. 2, p. 47-81, jul./dic. 2009, p. 48.

²⁶² Consta do artigo 22 da Constituição espanhola de 1978: “1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones, sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar”.

alcance efetivo da previsão do art. 22, no entanto, tem sido definido principalmente pela atuação do Tribunal Constitucional²⁶³. O resultado desse desenvolvimento jurisprudencial pode ser observado na seguinte passagem da *Sentencia* 133/2006, que reconhece quatro dimensões distintas do direito fundamental à liberdade de associação:

*este Tribunal ha identificado cuatro facetas o dimensiones en las que se manifiesta el derecho fundamental de asociación, a saber: libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas y, como dimensión inter privados, garantía de un haz de facultades a los asociados individualmente considerados frente a las asociaciones a las que pertenecen o a las que pretendan incorporarse*²⁶⁴.

O direito fundamental à igualdade, por sua vez, foi regulado no art. 14 da Constituição espanhola de 1978, nos seguintes termos: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. A primeira parte desse dispositivo, que estabelece a igualdade dos espanhóis perante a lei, recebeu da doutrina a denominação de cláusula geral de igualdade. Já o restante do dispositivo, que proíbe a diferenciação baseada em determinadas características pessoais, corresponde ao que os autores espanhóis chamam de cláusulas específicas de não discriminação²⁶⁵. Quanto a essas últimas, encontra-se consolidado o entendimento de que se trata de uma lista meramente exemplificativa. Na *Sentencia* 269/1994, por exemplo, o Tribunal Constitucional realizou uma interpretação ampliativa do artigo 14 para incluir a deficiência entre os traços que em princípio não podem embasar tratamentos diferenciados²⁶⁶.

A interpretação jurisprudencial também tem se mostrado decisiva no que diz respeito à eficácia do direito fundamental à igualdade nas relações entre particulares. Segundo o Tribunal Constitucional, a cláusula geral de igualdade, prevista no início do art. 14, não incide no âmbito privado. Os sujeitos particulares, dessa forma, estariam vinculados apenas às cláusulas específicas de não discriminação, estabelecidas na parte final do art. 14. Em outras

²⁶³ Como destaca José Bermejo Vera: “*El Tribunal Constitucional, apenas constituido, tuvo que intervenir decisivamente para aclarar el significado del artículo 22 del texto constitucional y suplir sus notorias insuficiencias, pero especialmente para tutelar con efectividad, y frente a ciertas actitudes rutinarias de los Tribunales ordinarios, los mensajes de libertad que el precepto evidentemente contenía*”. VERA, José Bermejo. La dimensión constitucional del derecho de asociación. **Revista de Administración Pública**, n. 136, p. 119-148, enero/abr. 1995, p. 132.

²⁶⁴ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Pleno. *Sentencia* 133/2006. Recurso de Inconstitucionalidad 3974-2002. Recorrente: Parlamento de Cataluña. Madrid, 27 de abril de 2006.

²⁶⁵ GLUCK, David Giménez. Asociación, discriminación y Constitución: los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios – y aspirantes a serlo – a no ser discriminados. **Revista de Derecho Político**, n. 79, p. 143-171, set./dez. 2010, p. 154.

²⁶⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Sala Primera. *Sentencia* 269/1994. Recurso de Amparo 3170/1993. Recorrente: Isabel Patricia Silva Verástegui. Madrid, 3 de outubro de 1994.

palavras, como restou definido na *Sentencia* 108/1989, “*el respecto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son entre otras las que expresamente se indican en el artículo 14 CE*”²⁶⁷.

O Tribunal Constitucional ressalta, contudo, que a incidência das cláusulas específicas de não discriminação nas relações entre particulares, embora seja direta, não é absoluta. Trata-se de entendimento baseado na autonomia da vontade, que também goza de proteção constitucional e impõe a mitigação da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado. Nesse sentido, estabeleceu-se na *Sentencia* 177/1988 que “*en el ámbito de las relaciones privadas [...] los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad*”²⁶⁸.

Essa orientação jurisprudencial espanhola, chamada por Juan María Bilbao Ubillos de eficácia atenuada²⁶⁹, equivale de certa forma ao desenvolvimento brasileiro que Ingo Wolfgang Sarlet batizou de eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas²⁷⁰. Na Espanha, assim como no Brasil, a maioria dos juristas defende a ponderação como método casuístico para resolver as colisões que ocorrem entre autonomia privada e outros direitos fundamentais. Em ambos os países, ademais, observa-se a busca por balizas teóricas que garantam maior segurança à referida operação de sopesamento²⁷¹.

Delineados os contornos gerais da liberdade de associação e do direito à igualdade no ordenamento jurídico espanhol, cumpre analisar como o problema específico da discriminação no âmbito associativo tem sido enfrentado naquele país. Tradicionalmente, a questão dos limites da diferenciação entre pessoas realizada pelas associações era enquadrada

²⁶⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Sala Segunda. *Sentencia* 108/1989. Recurso de Amparo 1.031/87. Recorrentes: Federación de Industrias de la Construcción y Madera de Comisiones Obreras *et al.* Madrid, 8 de junho de 1989.

²⁶⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Sala Segunda. *Sentencia* 177/1988. Recurso de Amparo 450/1985. Recorrentes: Juan Antonio Gil Baeza *et al.* Madrid, 10 de outubro de 1988.

²⁶⁹ UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 334.

²⁷⁰ 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, p. 157.

²⁷¹ No que diz respeito especificamente ao confronto entre autonomia privada e o princípio da não discriminação, por exemplo, Juan María Bilbao Ubillos propõe a consideração de três parâmetros principais: a) a repercussão social da discriminação; b) a posição dominante ou monopolística da entidade discriminadora no mercado ou na sociedade e c) a possível afetação do núcleo essencial da dignidade ou integridade moral da pessoa discriminada. UBILLOS, Juan María Bilbao. Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 18, p. 147-189, 2006, p. 155-157.

pelos juristas espanhóis como um conflito entre a liberdade de associação, em sua manifestação de direito à auto-organização, de um lado, e o direito à igualdade, em seu aspecto de vedação à discriminação, do outro lado. Nos últimos tempos, entretanto, consolidou-se o entendimento de que a própria liberdade de associação, em sua dimensão *inter privatos*, pode ser invocada para afastar o tratamento discriminatório de associados e aspirantes a se associarem²⁷². Essa compreensão mais recente apresenta a vantagem de incrementar a proteção das pessoas eventualmente discriminadas pela associação, que poderão invocar em sua defesa não apenas o direito à igualdade, mas também a própria liberdade de associação.

Na problematização espanhola da discriminação no âmbito associativo, ressaltam-se os aportes trazidos pela *Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación* (LODA), que foi promulgada em 2002 e estabeleceu diretrizes gerais para as associações em sentido estrito²⁷³. A LODA reforçou a sujeição da autonomia associativa ao controle judicial ao dispor, em seu artigo 2.4, que “[l]a constitución de asociaciones y el establecimiento de su organización y funcionamiento se llevarán a cabo dentro del marco de la Constitución, de la presente Ley Orgánica y del resto del ordenamiento jurídico”. Além disso, consta do artigo 4.5 que: “Los poderes públicos no facilitarán ningún tipo de ayuda a las asociaciones que en su proceso de admisión o en su funcionamiento discriminen por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Se por um lado essa previsão busca desestimular a discriminação praticada por associações, por outro ela parece reconhecer a licitude dessa conduta ao puni-la tão somente com a negativa de

²⁷² Na justificativa de David Giménez Gluck: “En realidad, enfocar el debate como una confrontación entre la libertad de asociación y el derecho a la no discriminación es simplificar excesivamente la cuestión. Se trata de un asunto algo más complejo. Por supuesto que hay que ponderar entre el derecho a la no discriminación y la libertad de asociación en su vertiente de derecho a la auto-organización, es decir, el derecho de los socios a organizar libremente su propia asociación. Pero además de ello, en mi opinión, también hay que tener en cuenta que el contenido esencial del derecho de asociación, como ya hemos visto, no sólo abarca el derecho a la auto-organización, sino también lo que denominamos la dimensión *inter privatos*, es decir, el haz de derechos que los socios y los que aspiran a serlo tienen frente a la propia asociación y que limita que éstos puedan ser tratados arbitrariamente sin posibilidad de defenderse, lo que se traduce principalmente en limitaciones en cómo las asociaciones pueden admitir o expulsar a sus socios”. GLUCK, David Giménez. Asociación, discriminación y Constitución: los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios – y aspirantes a serlo – a no ser discriminados. **Revista de Derecho Político**, n. 79, p. 143-171, set./dez. 2010, p. 162.

²⁷³ Sobre o conceito espanhol de associação em sentido estrito, Frederico Arnau Moya explica que “dentro de la expresión asociación em sentido amplio cabe establecer dos grandes grupos, según que concurra o no la finalidad lucrativa como fin asociativo, así pues, dentro del género asociación, cabe distinguir dos especies: las asociaciones em sentido estricto y las sociedades”. MOYA, Frederico Arnau. **Lecciones de derecho civil**. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2009. v. I, p. 175.

acesso a subsídios públicos. Daí a crítica de David Giménez Gluck, no sentido de que “*el art. 4.5 de la LODA, en lugar de luchar contra la discriminación, la refuerza*”²⁷⁴.

A maior controvérsia instaurada pela *Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación*, no entanto, foi a imposição de um regime democrático como regra geral para as associações. A Constituição espanhola de 1978 previa a democracia interna como característica obrigatória apenas para determinadas entidades representativas: os partidos políticos (art. 6), os sindicatos e as associações empresariais (art. 7), os colégios profissionais (art. 36) e as organizações profissionais (art. 52). A LODA, por sua vez, estendeu essa exigência à generalidade das associações em sentido estrito, ao dispor, em seu artigo 2.5, que “[l]a organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo” e que “[s]erán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho de fundamental de asociación”.

Parte significativa da doutrina espanhola, no entanto, entende que a imposição de uma estrutura democrática como regra geral para as associações em sentido estrito viola o direito fundamental à liberdade de associação em sua vertente de auto-organização²⁷⁵. Como assinala Pablo Salvador Coderch, “*en un país libre, la democracia no tiene por qué llegar a todas partes*”²⁷⁶. De acordo com esse posicionamento, apenas excepcionalmente e na regulação de tipos associativos de inegável relevância social é que seria legítimo ao legislador exigir o requisito da democraticidade interna²⁷⁷. O artigo 2.5 da LODA também apresenta problemas

²⁷⁴ GLUCK, David Giménez. Asociación, discriminación y Constitución: los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios – y aspirantes a serlo – a no ser discriminados. **Revista de Derecho Político**, n. 79, p. 143-171, set./dez. 2010, p. 165.

²⁷⁵ Nesse sentido, Juan María Bilbao Ubillos sustenta que “[l]a autonomía estatutaria es de tal calado, que permite incluso que una asociación se dote de una organización no democrática. La exigencia constitucional de democracia interna (arts. 6, 7 y 36 CE), que se impone expresamente a una serie de entidades representativas, como los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones empresariales o los colegios profesionales, no debería proyectarse indiscriminadamente sobre todas las organizaciones de base asociativa, como hizo, de forma poco mediata a mi juicio, la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación. Las reglas y valores democráticos (principio mayoritario, sufragio universal, renovación periódica y carácter electivo de los cargos directivos, derechos de las minorías, participación y control de los órganos de dirección...) constituyen un principio estructural del Estado-aparato que no tiene por qué extenderse como regla inderogable a todas las actividades y organizaciones sociales”. UBILLOS, Juan María Bilbao. Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 18, p. 147-189, 2006, p. 178.

²⁷⁶ CODERCH, Pablo Salvador. Introducción. In: CODERCH, Pablo Salvador (Coord.). **Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada**. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 15.

²⁷⁷ UBILLOS, Juan María Bilbao. **Libertad de asociación y derechos de los socios**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997, p. 21.

de implementação prática, como a indefinição e a onerosidade dos mecanismos que supostamente garantiriam a uma associação a qualidade de democrática²⁷⁸.

O Tribunal Constitucional ainda não apreciou expressamente a constitucionalidade do artigo 2.5 da *Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación*. A *Sentencia* 135/2006, entretanto, parece ter admitido indiretamente a validade do referido dispositivo ao mencioná-lo brevemente como uma exceção à liberdade de auto-organização das associações²⁷⁹. Não obstante as críticas doutrinárias, portanto, constata-se que vigora no direito espanhol a exigência de organização e funcionamento democráticos para as associações em sentido estrito que não possuam regulação especial. Em princípio, essa orientação normativa impediria que grande parte das associações adotasse critérios discriminatórios para a admissão, exclusão e categorização de associados. O artigo 2.5 da LODA, contudo, revela-se insuficiente para resolver, por si só, o problema da discriminação no âmbito associativo na Espanha. Isso porque não apenas a interpretação desse dispositivo é incerta, como também muitas associações se encontram excluídas do âmbito de aplicação da LODA²⁸⁰.

À míngua de previsões normativas definitivas para a fixação dos limites para a diferenciação entre pessoas realizada pelas associações, os juristas espanhóis têm recorrido, de modo geral, ao parâmetro do predomínio socioeconômico da associação. Esse critério, baseado nos desenvolvimentos do direito alemão, foi assimilado na Espanha por meio de variadas formulações, que compartilham a premissa de que a autonomia das associações varia de maneira inversamente proporcional ao poder privado apresentado pela entidade em questão. Nas palavras de Juan María Bilbao Ubillos, “*la necesidad de tutelar los derechos e intereses de los terceros que aspiran a integrarse en una asociación aumenta a medida que*

²⁷⁸ CARBALLAL, Luís Barreiro. Democracia interna y derecho de asociación. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña*, v. 12, p. 57-67, 2008, p. 63-64.

²⁷⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Pleno. *Sentencia* 135/2006. Recurso de Inconstitucionalidad 3914/1997. Recorrente: Presidente del Gobierno de la Nación. Madrid, 27 de abril de 2006.

²⁸⁰ O âmbito de aplicação da *Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación* foi definido em seu artigo primeiro da seguinte forma: “2. *El derecho de asociación se regirá con carácter general por lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico.* 3. *Se regirán por su legislación específica los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales. Las asociaciones constituidas para fines exclusivamente religiosos por las iglesias, confesiones y comunidades religiosas se regirán por lo dispuesto en los tratados internacionales y en las leyes específicas, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las disposiciones de la presente Ley Orgánica.* 4. *Quedan excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley las comunidades de bienes y propietarios y las entidades que se rijan por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, cooperativas y mutualidades, así como las uniones temporales de empresas y las agrupaciones de interés económico*”.

[...] *crece la influencia de algunas asociaciones en el sector en el que operan. Cuanto menos «privada» es una asociación, más penetrante es la intervención judicial*²⁸¹.

O parâmetro do predomínio socioeconômico tem como principal justificativa o argumento de que, quanto mais proeminente a associação em questão, maiores serão os prejuízos sofridos pelas pessoas dela excluídas. Dessa forma, diante de suposto tratamento discriminatório praticado por uma associação, propõe-se a busca por indícios que afastem ou atestem a posição dominante ocupada pela entidade. O resultado dessa análise determinará, respectivamente, um maior ou menor alcance da autonomia associativa quanto à fixação dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados. Ressalta-se, no entanto, que a investigação deve considerar não apenas a expressão econômica, mas também a relevância social apresentada pela associação²⁸². Nesse sentido, um dos principais indicadores utilizados tem sido a ausência ou a presença de atuação monopolística em determinado setor da comunidade²⁸³.

Na síntese de David Giménez Gluck, de acordo com o parâmetro do predomínio socioeconômico das associações:

el derecho a la no discriminación sólo podrá limitar el derecho de autoorganización de las asociaciones en aquellos casos en los que dichas asociaciones se encuentran en una posición de dominio. Esta doctrina hunde sus raíces en el Derecho alemán, y consiste en distinguir entre aquellas asociaciones que tienen una finalidad lúdica o recreativa, sin otra pretensión que el esparcimiento y ocio de sus miembros en alguna afición o pasatiempo, y aquellas asociaciones cuya pertenencia a las mismas incide directamente en la igualdad de oportunidades a la hora de acceder a bienes y servicios, o disfrutar de ciertas ventajas económicas, porque las mismas se encuentran en una posición de dominio en un sector económico o social determinado. Mientras las primeras no gozarían de límite alguno en su capacidad de discriminar, en aras de la libertad de asociación, las segundas se verían

²⁸¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. **Libertad de asociación y derechos de los socios**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997, p. 26-27.

²⁸² Como sustenta David Giménez Gluck, “no siempre la posición de dominio se debería traducir exclusivamente en beneficios económicos para los socios: también debería tenerse en cuenta la posición de dominio en la dimensión social. ¿Sería la exclusión de las mujeres de las cofradías festeras tradicionales de un pueblo algo admisible, siguiendo el criterio de la posición de dominio? Se podría decir que siempre tendrían la oportunidad de montar otra, que no excluyera a mujeres. Y no se ven perjudicadas económicamente por la no pertenencia a la misma. Pero también se podría decir que estas asociaciones tienen una posición de dominio en su ámbito social (reconocimiento social en la localidad como organizadoras de festejos), lo que debería limitar su autonomía asociativa”. GLUCK, David Giménez. Asociación, discriminación y Constitución: los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios – y aspirantes a serlo – a no ser discriminados. **Revista de Derecho Político**, n. 79, p. 143-171, set./dez. 2010, p. 161.

²⁸³ Na explicação de Juan María Bilbao Ubillos, “[E]l argumento de que, en un contexto de plena libertad asociativa, el número de asociaciones que pueden constituirse para perseguir el mismo objetivo es potencialmente infinito y ninguna discriminación practicada por una de ellas priva a quien la sufre de la posibilidad de crear el mismo una asociación de características análogas, pierde fuerza cuando se constata que la realidad no es tan simple y muchas de las asociaciones existentes, ya consolidadas, han adquirido tal protagonismo que apenas dejan espacio libre para nuevas iniciativas”. UBILLOS, Juan María Bilbao. **Libertad de asociación y derechos de los socios**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997, p. 27.

*constreñidas, no por el hecho en sí de la discriminación en el seno de la asociación, sino por las consecuencias ulteriores que esta actitud podría tener sobre las oportunidades económicas y sociales de las personas discriminadas*²⁸⁴.

Essa também parece ser a tendência do Tribunal Constitucional da Espanha, que mencionou o parâmetro do predomínio socioeconômico das associações em duas decisões emblemáticas: a *Sentencia* 218/1988²⁸⁵ e o *Auto* 254/2001²⁸⁶.

A *Sentencia* 218/1999 teve por objeto a constitucionalidade de uma intervenção judicial realizada no contexto de exclusão de associados. No caso, a associação *Circulo Mercantil* havia expulsado três de seus membros com base em uma disposição estatutária que estabelecia a perda de direitos como sanção para as faltas que, a juízo da diretoria, lastimassem o bom nome da instituição. Os associados desligados ingressaram em juízo alegando a arbitrariedade da punição aplicada e conseguiram uma ordem judicial para sua reintegração ao quadro associativo. A associação, por sua vez, interpôs *Recurso de Amparo* argumentando que a decisão das instâncias ordinárias violava seu direito fundamental à liberdade de associação.

Por um apertado placar de três votos a dois, a *Sala Segunda* do Tribunal Constitucional deu provimento ao recurso da associação. O entendimento majoritário reconheceu que o âmbito associativo não é imune ao controle judicial, mas ressaltou que o Poder Judiciário não pode substituir os órgãos associativos na valoração da conduta dos associados. Por isso, a intervenção judicial deveria restringir-se tão somente a apurar a existência de uma base razoável para a punição aplicada. Embora a *Sentencia* 218/1988 não tenha definido exatamente o que seria uma base razoável, ficou nítido o intuito de reduzir a um grau mínimo a ingerência material no exercício do poder punitivo das associações²⁸⁷. O voto vencedor, no entanto, acrescentou que a solução adotada decorria da natureza puramente privada do *Circulo Mercantil* e que o desfecho do julgamento seria diferente se a associação

²⁸⁴ GLUCK, David Giménez. Asociación, discriminación y Constitución: los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios – y aspirantes a serlo – a no ser discriminados. **Revista de Derecho Político**, n. 79, p. 143-171, set./dez. 2010, p. 157-158.

²⁸⁵ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Sala Segunda. *Sentencia* 218/1988. *Recurso de Amparo* 1.008/1986. Recorrente: Angel Rodríguez Brioso. Madrid, 22 de novembro de 1988.

²⁸⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Sección Primera. *Auto* 254/2001. *Recurso de Amparo* 1209/2001. Recorrente: Comunidad de Pescadores de El Palmar. Madrid, 20 de setembro de 2001.

²⁸⁷ Juan Maria Bilbao Ubillos critica o posicionamento jurisprudencial abstencionista e propõe, em seu lugar, um controle mais robusto das punições aplicadas pelas associações privadas a partir da interpretação extensiva de alguns direitos e garantias próprias do direito penal e processual penal. UBILLOS, Juan María Bilbao. Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos disciplinarios privados: un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones. **Derecho privado y Constitución**, n. 9, p. 45-94, mayo/agosto 1996.

sob análise ocupasse uma posição de domínio²⁸⁸. Esse argumento foi um dos principais pontos de discordância entre o voto vencedor e o voto vencido. De acordo com o entendimento minoritário, o parâmetro do predomínio socioeconômico seria incapaz de fornecer bases seguras e substanciais para o controle judicial das punições aplicadas pelas associações privadas²⁸⁹.

O *Auto* 254/2001, a seu turno, versou sobre a constitucionalidade de uma interferência judicial relativa à admissão de associados. O conflito teve início quando a Comunidade de Pescadores de El Palmar recusou a entrada de cinco mulheres com base na identificação de supostas irregularidades no respectivo requerimento de ingresso. A questão foi agravada pelo fato de que o *Ayuntamiento* de Valência havia concedido àquela associação o direito de explorar com exclusividade a riqueza piscícola da região da Albufera. As pescadoras prejudicadas ingressaram em juízo alegando que sua inadmissão consubstanciava discriminação sexual indireta, na medida em que os candidatos masculinos não eram submetidos às mesmas exigências burocráticas. Além disso, elas salientaram que a segregação feminina era uma prática sistêmica da instituição que, desde sua criação, datada de 1238, possuía apenas homens em seu quadro associativo. A argumentação das pescadoras foi acolhida pelas instâncias ordinárias, que determinaram o seu ingresso forçado e condenaram a associação a indenizar os prejuízos decorrentes da injusta inadmissão. Irresignada, a associação interpôs *Recurso de Amparo* sustentando, dentre outros pontos, que a decisão recorrida violava seu direito fundamental à liberdade de associação.

²⁸⁸ Nos termos do voto vencedor: “*Lo dicho hasta ahora se refiere a lo que pudieran llamarse asociaciones puramente privadas. Una situación distinta surgiría si la expulsión del socio, por limitarse al supuesto que aquí interesa, se produjese en una asociación que, aun siendo privada, ostentase de hecho o de derecho una posición dominante en el campo económico, cultural, social o profesional, de manera que la pertenencia o exclusión de ella supusiese un perjuicio significativo para el particular afectado. Pero no es el caso en el recurso aquí examinado. El «Circulo Mercantil» de La Línea de la Concepción, que es el recurrente, tiene por objeto primordial, según el art. 1 de sus Estatutos, «la mejor aproximación y concordia entre las clases mercantiles e industriales, así como el proporcionar a sus socios distinciones y recreos lícitos, como medio de acentuar la convivencia social de los mismos». Ni de su objeto social, así expresado, ni del resto de los Estatutos, ni de las alegaciones de las partes, ni de los demás datos que constan en autos resulta elemento alguno del que pueda deducirse que esta Asociación ocupe una posición de predominio de forma que la pertenencia a ella suponga un quebranto objetivo de los intereses de los socios”.* ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Sala Segunda. Sentencia 218/1988. Recurso de Amparo 1.008/1986. Recorrente: Angel Rodríguez Brioso. Madrid, 22 de novembro de 1988.

²⁸⁹ Consta do voto vencido: “*En este sentido la Sentencia de la que discrepamos se mueve asimismo en un terreno movedizo, al decirse que otra cosa sería si se tratara de asociaciones que ostentaran una posición dominante de manera que la pertenencia o exclusión del socio supusiese un perjuicio significativo para éste. ¿Dónde está el límite o la frontera? ¿Dónde está prefigurado esa garantía? ¿Quién la fija?*”. ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Sala Segunda. Sentencia 218/1988. Recurso de Amparo 1.008/1986. Recorrente: Angel Rodríguez Brioso. Madrid, 22 de novembro de 1988.

Por unanimidade, a *Sección Primera* do Tribunal Constitucional inadmitiu o recurso da Comunidade de Pescadores de El Palmar. O *Auto* 254/2001 reconheceu inicialmente a importância da liberdade de auto-organização das associações privadas, mas enfatizou que esse direito não é absoluto e deve ser exercido em harmonia com a proibição de discriminação por sexo contida no artigo 14 da Constituição espanhola. Em especial, a decisão mencionou a posição privilegiada e monopolística ocupada pela associação como circunstância que, no caso, reforçava a necessidade de controle judicial dos critérios de admissão²⁹⁰.

Percebe-se, portanto, que tanto a doutrina quanto a jurisprudência espanhola inclinam-se a favor da utilização do parâmetro do predomínio socioeconômico como baliza para a identificação dos limites jurídicos da discriminação praticada pelas associações. De acordo com seus defensores, esse método é a melhor opção para promover a conciliação, em cada caso concreto, entre o direito à igualdade e a autonomia associativa. Alguns autores acrescentam que o referido critério apresenta também o mérito de fomentar o pluralismo e evitar os males homogeneizantes de uma proibição irrestrita alcançando qualquer diferenciação entre pessoas no âmbito associativo²⁹¹.

Ressalte-se, por fim, que o ordenamento jurídico espanhol tem recebido cada vez mais influxos do direito antidiscriminatório da União Europeia. Nesse contexto, destacam-se a Diretiva 2000/43/CE, que busca coibir discriminações étnico-raciais em diversas relações sociais, e a Diretiva 2000/78/CE, que objetiva combater os tratamentos discriminatórios baseados na religiosidade, idade, incapacidade ou orientação sexual no campo profissional. O enfoque do problema da discriminação no âmbito associativo a partir da perspectiva do direito comunitário europeu, no entanto, extrapola os limites do presente trabalho²⁹².

²⁹⁰ Restou consignado no *Auto* 254/2001 que “*el derecho a asociarse conlleva sin duda la potestad autoorganizatoria de las asociaciones privadas, libre en principio de injerencias del poder público [...], pero debiendo precisarse que el ejercicio de esa potestad no puede suponer en ningún caso la lesión de derechos fundamentales de terceros. [...] De conformidad con esta doctrina no puede ampararse en la autonomía de la voluntad de las asociaciones privadas una decisión como la enjuiciada en las Sentencias recurridas en amparo, consistente en denegar u obstaculizar el ingreso a la Comunidad de Pescadores por razón de sexo, cuando esta Comunidad ocupa una posición privilegiada, al tener reconocida por el poder público la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola, de modo que sólo se puede ejercer la actividad pesquera en ese lugar si se es miembro de dicha Comunidad*”. ESPANHA. Tribunal Constitucional de España. Sección Primera. *Auto* 254/2001. Recurso de Amparo 1209/2001. Recorrente: Comunidade de Pescadores de El Palmar. Madrid, 20 de setembro de 2001.

²⁹¹ Nesse sentido, Juan María Bilbao Ubillos afirma que “[l]a libertad de asociación no está circunscrita a finalidades «políticamente correctas». No podemos deslizarnos por la pendiente que conduce al establecimiento de un comité de salud o higiene ideológica, que borre del mapa a heterodoxos y excéntricos, que se resisten a asumir los patrones dominantes”. UBILLOS, Juan María Bilbao. Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 18, p. 147-189, 2006, p. 188.

²⁹² Sobre o direito antidiscriminatório no âmbito da União Europeia, cf. AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA. **Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011; MARTÍNEZ,

2.4 A busca por soluções no ordenamento jurídico brasileiro

Diferentemente dos Estados Unidos e da Espanha, o Brasil não conta com um modelo consolidado para o controle judicial da diferenciação entre pessoas praticada pelas associações. A análise do ordenamento jurídico nacional, no entanto, evidencia a existência de algumas iniciativas jurisprudenciais, legislativas e doutrinárias dignas de nota. Esses empreendimentos difusos apresentam, em diferentes graus de amplitude e profundidade, propostas de solução para o problema da discriminação no âmbito associativo. Na jurisprudência, por exemplo, o suposto teor discriminatório de dispositivos estatutários já foi apreciado pelos tribunais nacionais, ainda que superficialmente, em pelo menos três oportunidades distintas.

O Recurso Especial n. 93.634/MG (1999) teve origem na recusa do Minas Tênis Clube em admitir, na qualidade de dependente, o neto que se encontrava sob guarda judicial de um associado. Inconformado, o avô ajuizou ação tendente a compelir a associação a incluir a criança em seu quadro social. O pedido foi julgado improcedente tanto na primeira quanto na segunda instância. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, reformou por unanimidade a decisão anterior com base no art. 33, § 3º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe que a guarda confere à criança a condição de dependente para todos os fins e efeitos de direito. Na ocasião, o voto de relatoria do Min. Eduardo Ribeiro afirmou que as associações são livres para organizar seus estatutos, mas não podem estabelecer distinções que contrariem equiparações previstas na legislação²⁹³.

Já os Embargos Infringentes n. 83.534-4/0-01 (2000) diziam respeito à diferenciação que o estatuto do Clube Espéria realizava entre os cônjuges e os companheiros de seus associados. Enquanto o cônjuge do associado podia ser admitido na categoria de dependente, o companheiro do associado podia ser incluído tão somente na classe de beneficiário, que possuía comparativamente menos direitos. Nesse contexto, um dos membros da associação ajuizou ação com vistas à declaração do direito de sua companheira de ser aceita como dependente. Ante a procedência do pedido em primeira instância e o sucessivo não

Carmen Navarro (Coord.). **Legislación sobre igualdad de trato y no discriminación**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

²⁹³ Consta da ementa do acórdão: “Clube social. Dependente. Menor sob guarda. Garante-se aos associados dispor, nos estatutos do clube, da forma que mais conveniente lhes parecer quanto ao acesso ao quadro social. Não é possível, entretanto, estabelecer discriminação que a lei não admite”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 93.634/MG. Recorrente: Orlei Dias de Araújo. Recorrido: Minas Tênis Clube. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 24 de agosto de 1999.

provimento, por maioria, da apelação, a associação interpôs embargos infringentes. A Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, entretanto, manteve a decisão anterior utilizando como fundamento o art. 226, § 3º, da Constituição de 1988, que reconhece expressamente a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. O posicionamento majoritário foi conduzido pelo voto do relator Des. Gildo dos Santos, que pontuou que a autonomia associativa para estabelecer critérios admissionais, embora possua respaldo na Constituição, deve ser exercida em consonância com as demais normas componentes do sistema constitucional²⁹⁴.

A Apelação n. 0132644-15.2011.8.26.0100 (2012), por fim, remonta à recusa do Club Atlético Paulistano em admitir, como dependentes de um associado, seu companheiro homoafetivo e a filha deste. No caso, o membro preterido judicializou a questão e obteve uma sentença favorável, que determinou a inclusão de ambos os recusados na associação. Insatisfeito, o clube interpôs apelação, mas a decisão de primeiro grau foi confirmada, à unanimidade, pela Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Como principal argumento, o acórdão apontou a interpretação conforme a Constituição conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ, no sentido de reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo como modalidade familiar. Além disso, o voto de relatoria do Des. Fortes Barbosa destacou a aceitação jurisprudencial da vinculação das associações aos direitos fundamentais e rebateu a alegação de que o provimento judicial concedido configurava intromissão estatal indevida na gestão interna da entidade²⁹⁵.

Respostas pontuais para o problema da discriminação no âmbito associativo também podem ser encontradas na legislação brasileira. O Poder Legislativo, motivado por imperativos de ordem pública, estabelece restrições à liberdade de auto-organização de certas espécies de associação reputadas especialmente relevantes para a coletividade. Nesse sentido,

²⁹⁴ Consta da ementa do acórdão: “ASSOCIAÇÃO CIVIL – Clube social e recreativo – Estatuto social que faz distinção entre cônjuge e convivente do associado, para fins de inclusão como dependente ou beneficiário – Inadmissibilidade – Regra que não pode subsistir em face da norma constitucional que reconhece a união estável como entidade familiar”. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Primeira Câmara de Direito Privado. Embargos Infringentes n. 83.534-4/0-01. Embargante: Clube Espéria. Embargado: L. F. F. C. Relator: Des. Gildo dos Santos. São Paulo, 8 de fevereiro de 2000.

²⁹⁵ Consta da ementa do acórdão: “Clube – União estável homoafetiva – Inclusão de companheiro como dependente de sócio titular – Procedência confirmada – Interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil – Reconhecimento da união homoafetiva como família – Descaracterizada intromissão do Estado em assuntos internos do clube – Jurisprudência – Apelo desprovido”. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sexta Câmara de Direito Privado. Apelação n. 0132644-15.2011.8.26.0100. Apelante: Club Atlético Paulistano. Apelado: Ricardo Tapajós Martins Coelho Pereira. Relator: Des. Fortes Barbosa. São Paulo, 29 de novembro de 2012.

em virtude de dispositivos presentes em leis ordinárias, algumas associações são impedidas de definir livremente os critérios de admissão, exclusão e categorização de associados conforme os próprios interesses. A título ilustrativo, constatam-se limitações dessa natureza na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452/1943), na Lei dos Crimes de Racismo (Lei n. 7.716/1989), na Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/1999) e na Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei n. 9.790/1999).

O art. 540 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que “[a] tóda emprêsa, ou indivíduo que exerçam respectivamente atividade ou profissão, desde que satisfaçam as exigências desta lei, assiste o direito de ser admitido no sindicato da respectiva categoria”. Esse dispositivo limita a autonomia associativa dos sindicatos na medida em que impede que esse tipo especial de associação privada crie restrições à entrada de novos membros para além daquelas já existentes no texto legal. Em outras palavras, os sindicatos são obrigados a aceitar o pedido de ingresso de qualquer pessoa que integre a categoria representada e deseje se associar.

O art. 1º da Lei dos Crimes de Racismo, com a redação dada pela Lei n. 9.459/1997, por sua vez, esclarece que “[s]erão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Dentre as várias tipificações previstas em seguida, destaca-se aquela trazida pelo art. 9º, que atribui a punição de um a três anos de reclusão para a conduta de “[i]mpedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público”. A conjugação desses dois dispositivos evidencia que qualquer associação caracterizada como estabelecimento esportivo, casa de diversão ou clube social aberto ao público não poderá promover diferenciações de tratamento baseadas em raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, sob pena de responsabilização na esfera criminal²⁹⁶.

A interpretação do art. 9º da Lei dos Crimes de Racismo, aliás, já foi objeto de análise pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 12.809/MG (2005). Por meio desse processo, o presidente do clube Uirapuru buscava o trancamento da ação penal que havia sido proposta contra ele em virtude da recusa à admissão de um casal que supostamente teria sido motivada por razões racistas. Em sua argumentação, o dirigente da associação invocou a autonomia associativa protegida constitucionalmente e aduziu que o estatuto da entidade garantia à diretoria a prerrogativa de rejeitar qualquer pretendente sem declinar os motivos para tanto. Em consonância com o

²⁹⁶ Os dispositivos da Lei dos Crimes de Racismo, na medida em que caracterizam tipos penais, devem ser interpretados restritivamente.

parecer do Ministério Público, os julgadores decidiram, à unanimidade, pela inexistência de justa causa que fundamentasse a extinção precoce do procedimento judicial. No acórdão, restou consignado que a previsão estatutária que permite a recusa imotivada de novos membros não afasta, por si só, a possibilidade de incidência do tipo penal estabelecido no art. 9º da Lei dos Crimes de Racismo²⁹⁷.

A Lei de Direitos Autorais, por sua vez, define um regime especial para as associações de titulares de direitos de autorais e conexos²⁹⁸. Para a compreensão dessa disciplina legislativa diferenciada, importa sobretudo o art. 99, *caput*, cuja redação atual pode ser dividida didaticamente em duas seções. A primeira parte estabelece que “[a] arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais e literomusicais e de fonogramas será feita por meio das associações de gestão coletiva criadas para este fim por seus titulares”. A segunda parte do dispositivo acrescenta que essas entidades “deverão unificar a cobrança em um único escritório central para arrecadação e distribuição, que funcionará como ente arrecadador com personalidade jurídica própria”. Percebe-se, portanto, o envolvimento de dois tipos de associações privadas: a) as associações de gestão coletiva, formadas pelos autores e b) o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), composto pelas associações de gestão coletiva.

Em ambos os níveis, o Poder Legislativo impôs restrições à autonomia associativa das entidades participantes, impedindo o estabelecimento de tratamentos diferenciados dirigidos aos associados ou àqueles que pretendem se associar. Assim, em relação às associações de gestão coletiva, o art. 98, § 5º, dispõe que “[a]s associações deverão tratar seus associados de forma equitativa, sendo vedado o tratamento desigual”. Já no que tange ao ECAD, o art. 99-A, *caput*, prevê que “[o] ente arrecadador de que trata o caput do art. 99 deverá admitir em seus quadros, além das associações que o constituíram, as associações de titulares de direitos autorais que tenham pertinência com sua área de atuação e estejam habilitadas em órgão da Administração Pública Federal”. Ainda sobre o ECAD, cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.062 e

²⁹⁷ Consta da ementa do acórdão: “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 nº 7.716/89, 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”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 12.809/MG. Recorrente: Paulo Eduardo Almeida de Mello. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Rogério dos Santos Terra. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 22 de março de 2005.

²⁹⁸ O Título VI da Lei de Direitos Autorais, intitulado “Das Associações de Titulares de Direitos de Autor e dos que lhes são Conexos”, foi significativamente alterado pela Lei 12.853/2013.

5.065 (2016), afirmou que “[o] monopólio legal que favorece o ECAD, entrevisto como bônus, sofre a incidência da contrapartida consistente no dever de admitir toda e qualquer entidade legalmente habilitada”²⁹⁹.

O art. 4º, I, da Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, a seu turno, prevê que as pessoas jurídicas sem fins lucrativos interessadas na obtenção do título de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) devem manter, em seus estatutos, normas que disponham expressamente sobre a observância do princípio da impessoalidade. Considerando que a qualificação como OSCIP viabiliza acesso a uma série de subsídios públicos, é de se imaginar que muitas entidades do terceiro setor tentarão cumprir esse requisito legal. Nesse sentido, a exigência do art. 4º, I, funciona como um incentivo legislativo para que as associações se estrutrem de maneira mais aberta e democrática.

Não obstante a relevância dos precedentes judiciais e das previsões legislativas, parte da doutrina nacional tem procurado sistematizar diretrizes teóricas mais abrangentes. Como ponto de partida, tais estudos compartilham a premissa de que o problema da discriminação no âmbito associativo é um desdobramento específico do debate acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Também há consenso no que diz respeito à necessidade de identificação de parâmetros que forneçam maior racionalidade e segurança para o sopesamento entre os direitos fundamentais da associação, de um lado, e os direitos fundamentais dos associados e pretendentes a associar-se, de outro lado. A partir desse marco inicial, no entanto, as divergências se multiplicam. Isso porque cada autor brasileiro indica diferentes aspectos como determinantes da amplitude da liberdade que cada tipo de associação possui para estabelecer critérios de admissão, exclusão e categorização de associados.

Wendel de Brito Lemos Teixeira, por exemplo, entende que a associação não é obrigada a informar os motivos pelos quais rejeita um associado. Ele deixa claro, contudo, que a desnecessidade de explicitação da motivação não afasta a ilicitude dos tratamentos comprovadamente discriminatórios, como a recusa deliberada em admitir companheiros homoafetivos no quadro social. Além disso, Wendel de Brito Lemos Teixeira afirma que o pedido de ingresso não poderá ser negado nas situações em que a participação na entidade

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062/DF. Requerentes: ABRAMUS – Associação Brasileira de Música e Artes e outros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de outubro de 2016; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.065/DF. Requerente: União Brasileira de Compositores – UBC. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de outubro de 2016.

consubstancia condição obrigatória para o exercício profissional, bem como nos casos em que a associação em questão atua em regime de monopólio³⁰⁰.

Depois de apresentar a regra geral de que não existe direito subjetivo a ser admitido como associado, Paulo Lôbo alerta para a existência de duas exceções. Em primeiro lugar, a associação “não pode utilizar critérios discriminatórios que violem princípios e garantias constitucionais de igualdade e de dignidade da pessoa humana”. Assim, “uma associação de moradores de um bairro ou rua não pode impedir a admissão de morador, em razão de sua religião, sua etnia, ou sua convicção política”. Em segundo lugar, é vedada a recusa imotivada “se ela importar restrição a exercício profissional ou dificuldade de atuação na ordem econômica”, como ocorreria no caso de rejeição de um “médico, cujo exercício da especialidade depende de ser admitido na associação respectiva”³⁰¹.

Para Rodrigo Xavier Leonardo, “[a] questão sobre um direito de participação numa associação [...] não se esgota em uma resposta peremptória”. Por isso, em cada caso concreto, “[h]á que se avaliar o subtipo associativo, a estrutura organizacional interna à associação e o papel desenvolvido pela específica associação em questão”. Em analogia à distinção característica das sociedades anônimas, ele sugere a classificação das associações em abertas ou fechadas, “conforme seja mais ou menos *personalíssima* a posição de associado”. Ademais, Rodrigo Xavier Leonardo ressalta que merecem especial atenção as entidades privadas que desenvolvem atividades de caráter público, como as associações de autorregulamentação profissional e o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)³⁰².

Sobre o mesmo tema, Thiago Penido Martins explica que, em princípio, “[a]s associações privadas são livres para elegerem aqueles com quem pretendam contratar e se associar, inclusive adotando como critério de eleição o sexo, a raça, a etnia, as crenças as concepções religiosas, a comunhão ou identidade de interesses”. Exemplificativamente, “seria lícito a uma associação composta por mulheres impedir a associação de homens”, bem como a “uma associação que tenha finalidade de honrar a memória do holocausto [recusar-se] a admitir aqueles que neguem sua existência” ou a “uma associação de apreciadores de vinhos ou charutos [recusar-se] a admitir pessoas que não apreciam ou não façam uso de tais mercadorias”. Nesse sentido, ele acrescenta que a autonomia associativa adquire um peso

³⁰⁰ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 95-98.

³⁰¹ LÔBO, Paulo. Direitos dos membros das associações civis. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, ano 2, n. 1, p. 1445-1458, 2016, p. 1446.

³⁰² LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 127-130.

ainda maior nas situações em que a dinâmica da entidade em questão envolve o exercício da liberdade de expressão ou da liberdade religiosa. Ao final, no entanto, Thiago Penido Martins ressalva que “a autonomia para estabelecer as condições e requisitos de associação somente deverá ser limitada quando a qualidade de associado for condição direta e inafastável para o acesso aos bens ou serviços essenciais”, como ocorre no “caso das associações profissionais cuja condição de associado seja indispensável para o exercício de outros direitos, inclusive para o próprio exercício da liberdade de profissão”³⁰³.

Segundo Gustavo Tepedino, “a sujeição da admissão ou da expulsão de associados a critérios restritivos ou seletivos, ainda que exóticos ou fúteis, não parece ser, só por si, incompatível com a tábua de valores constitucional”. Nesse contexto, com vistas a subsidiar a ponderação entre autonomia associativa e direito à igualdade em cada situação de suposto tratamento discriminatório praticado por associações, ele propõe a consideração de quatro parâmetros de valoração: a) “os critérios estatutários (art. 54, CC)”; b) “o respeito a procedimentos democráticos em atenção aos princípios da legalidade, do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, II, LIV, LV e C.R.)”; c) “a natureza e as finalidades da associação” e d) “as circunstâncias fáticas que no caso específico poderão indicar a ausência de merecimento de tutela do critério estatutário”³⁰⁴.

Já André Rufino do Vale parte da premissa de que a multiplicidade e a heterogeneidade dos fenômenos associativos impedem qualquer tentativa de estratificação absoluta das associações. Apesar disso, ele admite que a ponderação entre os direitos fundamentais das associações e dos associados demanda a utilização de pautas apoiadas em uma classificação, mesmo que precária, das realidades associativas. Nesse sentido, André Rufino do Vale propõe uma taxonomia das associações baseada no tipo, na finalidade, na estrutura organizativa e no grau de poder socioeconômico da entidade em questão. Por um lado, “uma associação privada [que] 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”. Por outro lado, nas entidades que promovem uma determinada visão de mundo, o dever “de assegurar o respeito dos sócios aos postulados ideológicos e às convicções pelo grupo perseguidas confere à associação um elevado poder discricionário

³⁰³ MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 208-212.

³⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. A admissão de associados e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a constitucionalidade de critérios admissionais diferenciados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 350.

tanto para admitir como para expulsar determinados membros, que ficam à margem, em termos, do controle judicial”³⁰⁵.

Ao tratar da eficácia horizontal do direito fundamental à liberdade de associação, Paulo Gustavo Gonet Branco sustenta que, via de regra, “o Estado não pode impor o ingresso de alguém numa associação; do contrário, estaria obrigando os anteriores sócios a se associarem com quem não desejam”. Ele reconhece, todavia, a existência de situações excepcionais nas quais “não será legítimo barrar o ingresso de novo sócio em certos tipos de associações”. O raciocínio culmina na proposição de uma classificação das associações com vistas à mensuração da possibilidade de interferência estatal em sua gestão interna. Assim, em síntese, estariam mais suscetíveis ao controle judicial os estatutos das associações monopolistas, representativas, não expressivas, socioeconomicamente poderosas, com finalidades profissionais ou que viabilizem atividades essenciais a seus associados. Nas hipóteses opostas, a *contratio sensu*, seria garantida uma margem maior de autonomia associativa. Ilustrativamente, “uma associação de procuradores de uma pessoa jurídica de direito público, formada para defender os interesses da classe, não poderia recusar-se a admitir um integrante da carreira no seu quadro de associados”, mas “[u]m bispo que passe a professar ideias cismáticas não tem direito constitucional a se opor a uma medida de suspensão de ordem ou de excomunhão (exclusão de uma associação religiosa)”³⁰⁶.

Essa análise das propostas doutrinárias nacionais, ainda que perfunctória, permite a retirada de algumas observações. Não obstante a variedade de posicionamentos, nota-se que predomina uma abordagem eclética, que preconiza a consideração conjunta de diferentes aspectos para determinar a amplitude da liberdade que cada associação possui para estabelecer diferenciações entre os associados e pretendentes a se associarem. Nesse sentido, são recorrentes a adaptação e a conjugação de construções teóricas estrangeiras, com destaque para o parâmetro da expressividade e da intimidade desenvolvido nos Estados Unidos e para o parâmetro do poderio socioeconômico formulado na Espanha. Curiosamente, no entanto, são raras as referências às soluções pontuais previstas nos precedentes judiciais e nos dispositivos legais brasileiros.

Outro aspecto digno de nota é o fato de que, ao tratar do tema da discriminação no âmbito associativo, muitos autores brasileiros citam as associações profissionais como exemplo de entidades privadas que possuiriam menor autonomia na definição de sua

³⁰⁵ VALE, André Rufino do. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Direito Público**, Porto Alegre; Brasília, v. 3, n. 9, p. 53-74, jul./set. 2005, p. 65-69.

³⁰⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 351-354.

organização interna. Como justificativa, indica-se frequentemente o art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, que estabelece que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. No Brasil, entretanto, o controle do exercício profissional é realizado pelos conselhos de fiscalização profissional, que são pessoas jurídicas de direito público criadas por lei e que apresentam natureza jurídica autárquica nos termos do entendimento jurisprudencial estabelecido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.642-9/SC³⁰⁷. Por integrarem a Administração Pública Indireta, os conselhos de fiscalização profissional sujeitam-se ao princípio da impessoalidade e, por isso, a diferenciação entre pessoas por eles praticada encontra-se estritamente vinculada aos termos da legislação vigente. A situação dos conselhos de fiscalização profissional, portanto, não se confunde com a situação das associações em sentido estrito, que são pessoas jurídicas de direito privado e gozam, em princípio, de ampla discricionariedade para estabelecer os critérios de admissão, exclusão e categorização de associados.

De modo geral, as propostas da doutrina nacional convergem para a identificação de situações nas quais cada associação gozará de maior ou menor liberdade para promover diferenciações entre os associados ou aspirantes a se associarem. Ocorre que a categorização das associações em grupos com diferentes espectros de autonomia associativa, da maneira como tem sido feita no Brasil, apresenta dois problemas significativos. Em primeiro lugar, a classificação das associações tem sido realizada principalmente com base em intuições, sem que sejam desenvolvidos os fundamentos teóricos que embasam as respectivas conclusões normativas. E, em segundo lugar, o enquadramento das associações em categorias pré-estabelecidas não afasta a necessidade de avaliação concreta de cada distinção promovida pela entidade em questão. O fato de uma associação dedicar-se à defesa de uma ideologia específica, por exemplo, não lhe concede imunidade para promover todo e qualquer tipo de tratamento diferenciado entre as pessoas. Da mesma forma, o fato de uma associação possuir grande influência econômica não lhe impossibilita de estabelecer suas cláusulas estatutárias

³⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Mandado de Segurança n. 22.643-9/SC. Impetrante: Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina – CREMESC e outro. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 06 de agosto de 1998. É importante destacar o tratamento excepcional recebido pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). De acordo com a orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026-4/DF, “[a] OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União”, mas sim “um *serviço público independente*, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026-4/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 8 de junho de 2006.

de acordo com seus próprios interesses. Percebe-se, portanto, que é preciso aprimorar a instrumentária jurídica utilizada para a verificação dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados. Esse objetivo, por sua vez, pode ser favorecido por meio do aprofundamento de um tema que não tem recebido a devida atenção dos juristas nacionais: o conceito de discriminação.

3 A NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DO CONCEITO JURÍDICO DE DISCRIMINAÇÃO

3.1 A insuficiência da concepção de discriminação prevalecente no direito brasileiro

No Brasil, o direito positivo perfilha diversas normas que dizem respeito, em maior ou menor grau, à temática da discriminação. Nesse sentido, revelam-se particularmente significativas as diretrizes introduzidas pela Constituição de 1988. Logo de início, o texto constitucional estabeleceu, dentre os objetivos fundamentais da República, o propósito de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV). Ao tratar dos direitos fundamentais, a Constituição vigente não apenas consagrou uma cláusula geral de igualdade (art. 5º, *caput*), como também afirmou que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º, I), que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI) e que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º XLII). Além disso, o repúdio à discriminação pode ser encontrado em vários outros setores do texto constitucional, como nos princípios que regem as relações internacionais brasileiras (art. 4º, VIII), na listagem dos direitos trabalhistas (art. 7º, XXX, XXXI, XXXII e XXXIV) e na tutela especial da criança, do adolescente e do jovem (art. 227, *caput*, § 1º, II e § 6º).

Sob o ponto de vista dos direitos humanos, o Brasil é signatário de numerosos tratados internacionais que rechaçam a discriminação com vistas à proteção de determinados grupos especialmente protegidos. A título ilustrativo, entre as iniciativas de abrangência mundial, podem ser mencionadas a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006). Já no âmbito do bloco interamericano, destacam-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (2013) e a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (2013).

Nos últimos tempos, contudo, o que mais chama a atenção é a proliferação de leis ordinárias que buscam combater os efeitos perniciosos da discriminação a partir das mais diversas perspectivas. Em sua heterogeneidade, a legislação antidiscriminatória brasileira

abrange leis que tipificam penalmente determinadas condutas – Lei dos Crimes de Racismo (1989) –, leis que regulam relações jurídicas específicas – Lei da Discriminação no Emprego (1995) – e até leis que estabelecem ações afirmativas – Lei de Cotas para Universidades e Instituições de Ensino Federais (2012) e Lei de Cotas para Concursos Públicos Federais (2014). A estratégia legislativa mais utilizada contra a discriminação, entretanto, tem sido a inserção de proibições de tratamentos diferenciados no contexto de microssistemas protetivos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), o Código de Defesa do Consumidor (1990), o Estatuto do Idoso (2003), o Estatuto da Igualdade Racial (2010), o Estatuto da Juventude (2013) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015).

O crescimento da preocupação do direito positivo com o tema da discriminação, no entanto, não foi acompanhado por esforços de sistematização teórica no campo jurídico. No direito brasileiro, não obstante o inegável progresso igualitário vivenciado ultimamente, verifica-se que o aparato dogmático utilizado para a aplicação das regras referentes ao combate à discriminação ainda é bastante incipiente³⁰⁸. Dentre os diversos fatores que contribuíram para esse déficit, ressaltam-se o tradicional desinteresse pelo estudo do direito à igualdade³⁰⁹, bem como a excessiva abstração que geralmente marca a abordagem do assunto³¹⁰. Por outro lado, as obras doutrinárias e os precedentes judiciais mais aprofundados costumam restringir suas reflexões a manifestações discriminatórias pontuais, o que dificulta a consolidação de uma teoria geral da discriminação no ordenamento jurídico nacional.

Apesar da ausência de consenso e mesmo da carência de debates, é possível identificar, no direito brasileiro, uma interpretação prevalecente sobre os elementos responsáveis pela caracterização de um tratamento distintivo como discriminatório. Trata-se de ideia inicialmente ligada à vedação ao arbítrio estatal, que ganhou relevo no cenário nacional no final do século XX, expandiu-se e atualmente é compartilhada pela maioria dos

³⁰⁸ Segundo Roger Raupp Rios, “se é verdade que, do ponto de vista teórico, a dogmática jurídica da igualdade está bem mais estruturada e trabalhada pelos norte-americanos, não se pode ignorar que, mesmo sem dispormos do mesmo corpo conceitual e de tão intensos debates, nosso país tem colocado, especialmente após 1988, questionamentos profundos e vitais acerca do preconceito, da discriminação, da igualdade, da diferença, da inclusão e da solidariedade”. RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 14.

³⁰⁹ Na asserção de José Afonso da Silva: “O *direito de igualdade* não tem merecido tantos discursos como a *liberdade*. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilaram aquela”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 211.

³¹⁰ Como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, “para desate do problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe o caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: *Quem são os iguais e quem são os desiguais?*”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 10-11.

juristas. Em linhas gerais, essa vertente preconiza que a discriminação corresponde à falha em atender, cumulativa e sucessivamente, aos requisitos da racionalidade e da constitucionalidade na diferenciação entre pessoas. Os principais elementos desse entendimento podem ser identificados, por exemplo, nas formulações teóricas de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Luís Roberto Barroso.

Em 1978, Celso Antônio Bandeira de Mello publicou a primeira edição de seu influente livro “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade”. Nessa obra, partindo da premissa de que a diferenciação entre pessoas é uma característica inevitável da lei, ele propôs a busca por parâmetros que indicassem, diante de cada caso concreto, a permissibilidade ou a impermissibilidade das distinções efetivadas pela legislação³¹¹. Inicialmente, Celso Antônio Bandeira de Mello contestou a compreensão corriqueira de que seriam absolutamente proibidas as categorizações baseadas em traços sensíveis, tais como raça, sexo ou orientação religiosa³¹²⁻³¹³. Por meio de variados exemplos, ele demonstrou que, a depender da situação, mesmo as características pessoais consideradas suspeitas podem ser utilizadas pelo Poder Legislativo como critérios para a perseguição de finalidades legítimas³¹⁴. Em substituição, Celso Antônio Bandeira de Mello sugeriu uma análise mais complexa pautada pelo duplo teste da correlação lógica e da compatibilidade com a Constituição³¹⁵. Assim, em um primeiro momento, a licitude de qualquer distinção legal estaria condicionada à existência de adequação racional entre o critério diferenciador adotado e o fim perseguido pelo legislador. Já em um segundo momento, seria necessário apurar se o vínculo funcional estabelecido pela regra legal é de fato compatível com o ordenamento constitucional vigente³¹⁶.

³¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 10-11.

³¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 15.

³¹³ No julgamento do Agravo de Instrumento n. 110.846-1/PR, por exemplo, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal afirmou, à unanimidade, que “[a] discriminação proibida é a que se funda em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do sujeito enunciados na Constituição, art. 153, §1º”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo de Instrumento n. 110.846-1/PR. Agravante: Banco de Desenvolvimento do Paraná S.A. Agravados: Jatyr Mastriani de Godoy e sua mulher. Relator: Min. Célio Borja. Brasília, 17 de junho de 1986.

³¹⁴ Ilustrativamente, Celso Antônio Bandeira de Mello pontuou que “nada obsta que sejam admitidas apenas mulheres – desequiparação em razão de sexo – a concursos para preenchimento de cargo de “polícia feminina””. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 17.

³¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 17.

³¹⁶ Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo

No mesmo sentido caminha a argumentação desenvolvida por Luís Roberto Barroso no artigo “Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro”, datado de 2000. Na busca por balizas para o controle dos atos do Poder Público que envolvem a diferenciação entre pessoas, ele propôs a consideração conjugada de dois filtros: o da razoabilidade interna e o da razoabilidade externa³¹⁷. A razoabilidade interna diz respeito à “existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins” e pode ser subdividida em análise de adequação, análise de necessidade e análise de proporcionalidade em sentido estrito³¹⁸. A razoabilidade externa, por sua vez, relaciona-se com a “adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional”³¹⁹. Percebe-se, portanto, que a exigência de razoabilidade interna e de razoabilidade externa formulada por Luís Roberto Barroso equivale, em certa medida, à exigência de correlação lógica e de compatibilidade com a Constituição defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello³²⁰.

Com o tempo, o entendimento de que a discriminação corresponde a uma diferenciação entre pessoas injustificável em termos racionais e/ou constitucionais ganhou espaço e foi encampado pela jurisprudência brasileira. Assim como grande parte da doutrina, o Poder Judiciário passou a utilizar, no julgamento de práticas supostamente discriminatórias, os parâmetros da vedação ao arbítrio e da conformidade com a Constituição³²¹. Cumpre ressaltar, no entanto, que essa compreensão de discriminação, embora seja amplamente difundida no direito brasileiro, possui uma série de limitações teóricas. Para os fins ora propostos, dentre outros questionamentos que poderiam ser levantados, destacam-se três

constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 21-22.

³¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação: estudos**. São Paulo: LTr, 2000, p. 29-30.

³¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação: estudos**. São Paulo: LTr, 2000, p. 30.

³¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação: estudos**. São Paulo: LTr, 2000, p. 30.

³²⁰ De acordo com Luís Roberto Barroso, “[s]uperado o teste da razoabilidade interna – adequação meio-fim, necessidade/vedação do excesso e proporcionalidade em sentido estrito –, será preciso verificar se o tratamento desigual resiste ao exame de sua razoabilidade externa. Vale dizer: se o meio empregado e o fim perseguido são compatíveis com os valores constitucionais”. BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação: estudos**. São Paulo: LTr, 2000, p. 34-35.

³²¹ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “é possível afirmar que o STF tem adotado o entendimento de que o princípio da igualdade exige uma relação de razoabilidade e congruência para justificar um tratamento desigual, banindo toda e qualquer diferenciação arbitrária, exigindo, portanto, no âmbito de um controle mais rigoroso, a demonstração da congruência lógica entre o fator de discrimen e a discriminação questionada em juízo como violadora da igualdade (no sentido de uma justificação suficiente do fator de desigualdade em face do objetivo almejado e a compatibilidade do objetivo com a ordem jurídico-constitucional)”. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 588-589.

objeções especialmente relevantes: a) a restrição à ideia de discriminação direta; b) a inadequação em relação à esfera privada; e c) a circularidade argumentativa.

A primeira crítica ao conceito de discriminação predominante no direito brasileiro diz respeito à sua restrição à ideia de discriminação direta. A apuração da correlação lógica entre o critério diferenciador adotado e a finalidade perseguida (razoabilidade interna), bem como a subsequente análise de constitucionalidade desse vínculo funcional (razoabilidade externa), demandam a apuração de qual era a intenção do agente ao promover a prática questionada. O elemento da intencionalidade, no entanto, diz respeito a uma modalidade específica de discriminação denominada discriminação direta. Com esse termo, busca-se designar aquelas situações em que a diferenciação entre pessoas possui o nítido propósito de desvalorização de determinado grupo. Trata-se de concepção que tem a vantagem de coibir alguns exemplos emblemáticos de discriminação, como o caso de uma associação ideológica que estabelecesse a cor da pele como um critério admissional claramente dirigido para a perseguição de fins racistas.

O avanço das ciências sociais, contudo, indica que algumas ações ou omissões, embora não decorram de um objetivo discriminatório consciente, podem acarretar impactos injustamente desiguais. Esse fenômeno, chamado de discriminação indireta, contrapõe-se à discriminação direta exatamente no que tange à essencialidade do elemento intencional³²². A título ilustrativo, imagine-se a hipótese de uma associação de atletas que, com vistas à manutenção de um alto padrão esportivo, define como critério de admissão tão somente a capacidade de realização de um determinado exercício físico. Nesse caso, embora o requisito eleito seja facialmente neutro, é provável que diferenças de ordem biológica acarretem o benefício dos homens e o prejuízo das mulheres. Observa-se, assim, que o apego à ideia de intencionalidade na interpretação jurídica pode levar a uma compreensão demasiadamente restritiva do conceito de discriminação³²³⁻³²⁴.

³²² Como explica Roger Raupp Rios, “[o] elemento distintivo entre a discriminação direta (disparate treatment) e a discriminação indireta (disparate impact) é a intencionalidade. Enquanto a discriminação direta atua mediante o estabelecimento de uma diferenciação com o propósito de prejudicar, a discriminação indireta produz tal prejuízo por meios de práticas, requerimentos ou medidas neutras e não intencionais”. RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89.

³²³ Na crítica de Adilson José Moreira: “Mas se muitos operadores do direito no Brasil ainda continuam trabalhando apenas com categorias referentes à noção de discriminação direta, os estudos sobre esse tema conheceram um grande avanço em outras jurisdições. Essas pesquisas articulam princípios jurídicos, argumentos políticos, teses sociológicas e teorias psicológicas para fornecer referências de fundamental importância para a compreensão da multiplicidade de formas de discriminação. O estudo delas tem imensa relevância em um sistema jurídico que estabelece a eliminação da marginalização como um de seus objetivos principais. Assim, este livro critica uma posição bastante influente na nossa cultura jurídica que identifica os critérios de

A segunda crítica à compreensão de discriminação prevalecente no ordenamento jurídico nacional refere-se à sua inadequação em relação à esfera privada. Como evidenciam as formulações teóricas de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Luís Roberto Barroso, o entendimento de discriminação como distinção entre pessoas baseada em uma relação finalística arbitrária e/ou inconstitucional foi originalmente desenvolvido com vistas ao controle dos atos do Poder Público. Esse fator genético, aliado a um reconhecimento tardio da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ajuda a explicar porque ainda são raras as discussões judiciais sobre práticas discriminatórias promovidas por agentes privados. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, a quase totalidade dos precedentes relativos à discriminação versam sobre o questionamento de atos estatais, como a definição dos requisitos de ingresso e o estabelecimento dos critérios de progressão das carreiras públicas³²⁵. Uma exceção digna de nota foi o julgamento do Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF, que reputou discriminatória a conduta de uma sociedade privada que não concedeu a um empregado brasileiro as mesmas vantagens dispensadas aos trabalhadores franceses. O relator do caso, Min. Carlos Velloso, apoiou-se expressamente nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello para concluir que “não há conexão lógica e racional que justifique o tratamento diferenciado e, ademais, não me parece ocorrer, no tratamento diferenciado, afinidade com o sistema normativo vigente”³²⁶.

Acontece que esse modelo, exatamente por ter sido formulado com vistas ao controle dos atos do Poder Público, apresenta inconvenientes quando é generalizado na esfera privada.

intencionalidade e arbitrariedade como elementos indispensáveis para a identificação de atos discriminatórios”. MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 20.

³²⁴ Álvaro Ricardo de Souza Cruz denuncia o fato de que, no Brasil, “[s]omente a discriminação direta, intencional e com motivação exclusiva permite ao cidadão obter indenização ou correção do malefício praticado. Essa timidez é inaceitável e incompatível com a noção de dignidade humana e com o status que ao Judiciário se outorgou pela Constituição de 1988 através da conformação de um Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, salvo algumas exceções dignas de nota em que a prática discriminatória tem sido considerada como presumida, o Judiciário brasileiro ainda está longe de se posicionar de modo efetivo contra ações ilegítimas de discriminação. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais, e pessoas portadoras de deficiência. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009, p. 35-36.

³²⁵ A título ilustrativo, no Recurso Extraordinário n. 253.604/RS, a Segunda Turma considerou razoável a limitação de idade para participação em determinado concurso público municipal tendo em vista as peculiaridades do cargo em questão, que exigia a realização de trabalhos braçais. Já no Mandado de Segurança n. 24.509/DF, o Plenário concluiu que era razoável a utilização da idade como critério de desempate aplicável à promoção por merecimento de juízes federais. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 253.604/RS. Recorrente: Egídio Ervino Knecht. Recorrido: Município de Estrela. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 18 de setembro de 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Mandado de Segurança n. 24.509/DF. Impetrante: César de Moraes Sabbag e outros. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 23 de outubro de 2003.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 29 de outubro de 1996.

Mais especificamente, o teste da correlação lógica (razoabilidade interna) revela-se inapropriado no contexto das relações entre particulares. Isso porque os agentes privados, diferentemente dos públicos, não são obrigados a justificar racionalmente cada uma de suas escolhas, sob pena de um perigoso esvaziamento do princípio da autonomia privada. Alguns autores chegam ao ponto de reconhecer a existência de um direito à arbitrariedade privada, que Louis Henkin denomina de liberdade individual de ser irracional (*individual's freedom to be irrational*)³²⁷ e José Carlos Vieira de Andrade prefere chamar de liberdade emocional³²⁸. Nesse sentido, não seria justo tachar como discriminatória toda e qualquer distinção entre pessoas praticada por particulares que falhe em demonstrar correlação lógica entre o critério adotado e a finalidade perseguida³²⁹. Veja-se, por exemplo, a situação das associações que selecionam seus membros com base em votações secretas realizadas por órgãos especiais. Embora essa seja uma típica hipótese de tratamento arbitrário, parece exagero afirmar que esse comportamento, por si só, representa um caso de diferenciação entre pessoas inaceitável.

A terceira e última crítica à concepção de discriminação mais difundida no meio jurídico brasileiro diz respeito à sua circularidade argumentativa. Em termos práticos, o grande valor de uma concepção jurídica de discriminação é a sua capacidade de fornecer diretrizes que auxiliem o intérprete a definir se determinada distinção entre pessoas é ou não aceitável pelo ordenamento jurídico vigente. O teste da compatibilidade com a Constituição (razoabilidade externa), no entanto, é bastante abstrato e por isso acrescenta pouco para a resolução de problemas mais complexos, como o das associações de defesa de direitos de certos grupos minoritários que utilizam a raça como critério admissional. A afirmação de que são ilícitos os tratamentos diferenciados que violam as diretrizes constitucionais configura,

³²⁷ HENKIN, Louis. *Shelley v. Kraemer: notes for a revised opinion*. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 110, n. 4, p. 473-504, Feb. 1962, p. 475.

³²⁸ Em Portugal, José Carlos Vieira de Andrade esclarece “que o princípio da igualdade não é aplicável nas relações privadas enquanto *proibição do arbítrio* ou imperativo de racionalidade de actuação. O homem não é apenas um ser racional, nem é perfeito e a ética jurídica não pode pretender que ele o seja. A liberdade do homem individual inclui, necessariamente uma margem de arbítrio, é também uma *liberdade emocional*. Em vez de se pretender impor rigidamente a cada indivíduo que, nas relações com os seus semelhantes, os trate com estrita igualdade, fundamentando sempre juridicamente os seus actos e não actuando senão com a certeza de poder justificar a sua atitude com um valor socialmente igual ou maior, deve tolerar-se um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade. [...] Liberdade é, para os indivíduos, também o direito de ser diferente, incongruente, irracional, ilógico, volúvel”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 296.

³²⁹ No contexto espanhol, Juan María Bilbao Ubillos afirma que, “[e]n líneas generales, la doctrina rechaza la vigencia del principio de igualdad en la esfera de las relaciones privadas en cuanto prohibición de la arbitrariedad o imperativo de razonabilidad en el comportamiento del particular. La libertad individual (en su vertiente negocial o asociativa) incluye necesariamente un margen de arbitrio. Puede ejercerse de forma irracional o incongruente”. UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 335.

em última análise, um argumento circular, ou seja, uma das premissas utilizadas (inconstitucionalidade) equivale à própria conclusão alcançada (ilicitude)³³⁰.

Em síntese, essas reflexões evidenciam que a concepção de discriminação atualmente prevalecente no direito brasileiro é insuficiente para resolver o problema da discriminação no âmbito associativo. Não obstante a infinidade de referências antidiscriminatórias no direito positivo, o significado efetivo da proibição de tratamento discriminatório ainda tem sido pouco debatido no Brasil. Além disso, a compreensão de discriminação mais difundida entre os juristas nacionais, que é pautada pela análise de racionalidade e de constitucionalidade, revela-se problemática em virtude da sua restrição à ideia de discriminação direta, da sua inadequação em relação à esfera privada e da sua circularidade argumentativa. Nesse contexto, diante da necessidade aprofundamento do conceito jurídico de discriminação, afigura-se indispensável a consideração de aportes interdisciplinares, como as teorizações realizadas no campo da filosofia moral a respeito dos fundamentos da permissibilidade ou impermissibilidade de determinadas diferenciações entre pessoas.

3.2 A contribuição da filosofia moral para o enquadramento jurídico da discriminação

A ideia de discriminação tangencia diversas dimensões da vivência humana e por isso desperta o interesse de diferentes campos do conhecimento³³¹. Para além do direito, a questão dos tratamentos discriminatórios tem sido trabalhada por variados ramos científicos, como a antropologia, a ciência política, a estatística, a filosofia, a história, a psicologia e a sociologia. Embora na prática seja impossível isolar completamente as contribuições de cada uma dessas disciplinas, no plano teórico é possível afirmar que cada uma delas colabora, à sua própria maneira, para a elucidação do problema da discriminação. Percebe-se, portanto, que são várias as possibilidades de complementação interdisciplinar do conceito de discriminação operacionalizado no mundo jurídico. Sem prejuízo das demais perspectivas, que também

³³⁰ Segundo Walter Sinnott-Armstrong e Robert Fogelin, “há circularidade argumentativa se e apenas se uma das premissas utilizada direta ou indiretamente para embasar uma conclusão equivale à própria conclusão”. No original: “*we have circular reasoning if and only if one of the premises that is used directly or indirectly to support a conclusion is equivalent to the conclusion itself*”. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert J. **Understanding arguments: an introduction to informal logic**. 8. ed. Belmont: Wadsworth, 2010, p. 370.

³³¹ LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. The philosophy of discrimination: an introduction. In: LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018, p. 1.

apresentam reflexões de inegável utilidade, propõe-se no presente trabalho a busca por subsídios na seara da filosofia moral³³².

Preliminarmente, deve-se atentar para o fato de que não há uma equivalência necessária entre a noção filosófico-moral de impermissibilidade e a noção jurídica de ilicitude. Com efeito, a afirmação de que determinada diferenciação entre pessoas é imoral não implica que essa prática deva ser, obrigatoriamente, vedada pelo ordenamento jurídico³³³. Isso porque a permissibilidade moral, embora seja um argumento relevante, não é o único fator considerado pelo direito na definição da licitude ou da ilicitude dos tratamentos distintivos³³⁴. Razões referentes à viabilidade de implementação de uma norma proibitiva específica, por exemplo, desempenham um papel importante nas discussões jurídicas³³⁵. Além disso, ainda que certa distinção seja qualificada como discriminatória a partir de alguma concepção moral, é possível que o Poder Judiciário permita a sua realização com vistas à preservação de outros direitos considerados especialmente relevantes no caso concreto. Nesse sentido, pode-se dizer que a caracterização de um comportamento como discriminatório do ponto de vista da filosofia moral não acarreta, por si só, a proibição desse mesmo comportamento do ponto de vista do direito.

Mas se a impermissibilidade moral não é suficiente para determinar a ilicitude das distinções entre pessoas, qual seria a possível contribuição da filosofia moral para o enquadramento jurídico da discriminação? As reflexões teóricas da filosofia moral, embora não ofereçam soluções peremptórias, apresentam grande utilidade na medida em que viabilizam o aprofundamento reflexivo dos conceitos geralmente empregados nas discussões judiciais relativas a tratamentos discriminatórios³³⁶. Em especial, as teorias normativas da

³³² Na definição de James Rachels, “a filosofia moral é a tentativa de ganhar uma compreensão sistemática da natureza da moralidade e do que esta requer de nós – ou, nas palavras de Sócrates, de «como devemos viver», e porquê. Seria útil se pudéssemos começar com uma definição simples e incontroversa de moralidade, mas isso é impossível. Há muitas teorias rivais, cada uma expondo uma concepção diferente do que significa viver moralmente, e qualquer definição que vá além da formulação simples de Sócrates é susceptível de ofender uma ou outra dessas teorias”. RACHELS, James. **Elementos de filosofia moral**. Trad. F. J. Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gradiva, 2004, p. 13.

³³³ LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. Discrimination and equality. In: MARMOR, Andrei (Ed.). **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York; Abingdon: Routledge, 2012, p. 571-572.

³³⁴ HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 3-4.

³³⁵ ALEXANDER, Larry. What makes wrongful discrimination wrong?: biases, preferences, stereotypes, and proxies. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 141, p. 149-219, 1992, p. 203.

³³⁶ Como explica Tarunabh Khaitan, “um teórico do direito da discriminação não precisa (e, provavelmente, não deveria) estabelecer como único objetivo a descoberta de uma teoria que possa resolver todos os casos difíceis do direito da discriminação. Iluminar os objetos de investigação, deixar mais claras as suas formas, tamanhos, contornos, virtudes e interrelações pode já ser um trabalho bem feito”. No original: “*A theorist of discrimination law need not (and, arguably, should not) set out with the sole objective of finding a theory that can resolve all hard cases in discrimination law. Illuminating the objects of inquiry, making their shapes, sizes, contours, virtues, and interrelationships clearer may already be a job well done*”. KHAITAN, Tarunabh. Prelude to a

filosofia moral têm muito a contribuir para a articulação de uma noção operativa de discriminação, que não se resume à mera descrição das regras do direito positivo, mas também não se perca em divagações demasiadamente abstratas e improdutivas³³⁷.

Ultrapassadas essas considerações preliminares sobre as possibilidades e as limitações do diálogo interdisciplinar ora proposto, passa-se agora para a análise das teorias normativas da filosofia moral referentes à discriminação, conhecidas simplesmente como teorias da discriminação. Em linhas gerais, essas construções teóricas procuram estabelecer quais são os fundamentos morais que definem se determinada diferenciação entre pessoas é justa ou injusta e, portanto, discriminatória. As teorias da discriminação comportam diversas categorizações didáticas destinadas a ressaltar algumas de suas semelhanças e diferenças.

De acordo com Kasper Lippert-Rasmussen, as teorias da discriminação podem ser classificadas em monistas ou pluralistas, bem como em abrangentes ou restritas. Enquanto as teorias monistas identificam um único valor como responsável pela injustiça da discriminação, as teorias pluralistas admitem que diversos fatores podem acarretar a impermissibilidade moral dos tratamentos distintivos. Além disso, consideram-se abrangentes as teorias que pretendem contemplar todas as formas de discriminação e restritas as teorias que almejam englobar tão somente algumas manifestações discriminatórias específicas³³⁸.

Segundo Deborah Hellman, as teorias da discriminação podem ainda ser divididas em comparativas e não comparativas. As concepções comparativas compartilham a intuição usual de que a discriminação ocorre quando alguém recebe um tratamento comparativamente pior do que aquele destinado aos demais sujeitos relevantes. Já as concepções não comparativas, que são menos familiares, defendem que há discriminação quando alguém recebe um tratamento indevido à luz de seus próprios direitos, sendo desnecessária a consideração da

theory of discrimination law. In: HELLMAN, Deborah; MOREAU, Sophia (Ed.). **Philosophical foundations of discrimination law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 160.

³³⁷ De acordo com George Rutherglen, “como as teorias da discriminação situam-se a meio caminho entre a simples descrição das normas relevantes e a respectiva explicação abrangente, elas estão sujeitas a tensões em ambas as direções: à fragmentação do conceito de discriminação em componentes discretos ou à sua absorção como princípio intermediário nas abstrações governantes. As teorias da discriminação buscam integrar essas tendências opostas em uma síntese unificadora, sobre o pressuposto de que o direito, como atualmente configurado, não pode prescindir do conceito de discriminação”. No original: “*Because theories of discrimination lie midway between a simple description of the relevant norms and a comprehensive rationale for them, they are subject to stresses in both directions: to the fragmentation of the concept of discrimination into discrete components or to its absorption as an intermediate principle into governing abstractions. Theories of discrimination seek to integrate these opposed tendencies into a unifying synthesis, on the presupposition that the law, as currently configured, cannot do without the concept of discrimination*”. RUTHERGLEN, George. Concrete or abstract conceptions of discrimination?. In: HELLMAN, Deborah; MOREAU, Sophia (Ed.). **Philosophical foundations of discrimination law**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 128-129.

³³⁸ LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. The philosophy of discrimination: an introduction. In: LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018, p. 4.

situação de terceiros. Como explica Deborah Hellman, “se a discriminação é um injusto comparativo, devemos comparar como *X* e *Y* são tratados e perguntar: Eles foram tratados como iguais? Se a discriminação é um injusto não comparativo, olhamos apenas para *X* e perguntamos: *X* tem sido tratado da maneira que ele tem direito a ser tratado?”³³⁹.

Atualmente, embora as discussões ainda estejam bastante concentradas nos países de origem anglo-saxã, observa-se a existência de diversas teorias da discriminação, ora convergentes e ora divergentes. A título ilustrativo, a obra coletiva “*The Routledge Handbook of the ethics of discrimination*”, editada por Karper Lippert-Rasmussen, reúne oito capítulos a respeito dos fundamentos morais da injustiça da discriminação, cada um apresentando a perspectiva peculiar de um autor ou uma autora diferente (Eric Beeghly, Deborah Hellman, Lena Halldenius, Andres Moles, Peter Vallentune, Carl Knight, Richard Arneson, Sophia Moreau e J. L. A. Garcia)³⁴⁰.

Não obstante essa multiplicidade de posicionamentos, é possível identificar a predominância de três grandes famílias de teorias da discriminação: a) as teorias baseadas na intenção; b) as teorias baseadas no efeito; e c) as teorias baseadas no significado. Em particular, cada uma delas privilegia um aspecto específico na análise de permissibilidade moral dos comportamentos que envolvem a diferenciação de pessoas³⁴¹. Vejamos, portanto, algumas das principais características dessas três vertentes teóricas, bem como algumas das principais críticas a elas dirigidas.

As teorias baseadas na intenção preconizam que a permissibilidade moral dos tratamentos distintivos depende do estado mental que motiva o agente. Os adeptos dessa corrente, contudo, variam no que diz respeito à definição exata das motivações psicológicas

³³⁹ No original: “*If discrimination is a comparative wrong, we must compare how X and Y are treated and ask: Have they been treated as equals? If discrimination is a noncomparative wrong, we look only at X and ask: Has X been treated in the way she is entitled to be treated?*”. HELLMAN, Deborah. Two concepts of discrimination. *Virginia Law Review*, v. 102, n. 4, p. 895-952, jun. 2016, p. 951.

³⁴⁰ Cf. LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018.

³⁴¹ Na síntese de Deborah Hellman, “existem três métodos dominantes de avaliar se uma lei, política ou prática constitui discriminação injusta. Em primeiro lugar, pode-se focar na intenção da pessoa (ou entidade) que adota a política em questão e avaliar se essa intenção é permissível ou impermissível. Alternativamente, pode-se olhar para o efeito que a lei ou política produz. Se a política produz um efeito proibido, a lei constitui discriminação injusta. Finalmente, pode-se olhar para o significado ou mensagem da lei. Ela expressa um significado que viola normas de igualdade de alguma maneira?”. No original: “*There are three dominant methods of assessing whether a law, policy, or practice constitutes wrongful discrimination. First, one can focus on the intention of the person (or entity) who adopts the policy at issue and assess whether that intention is permissible or impermissible. Alternatively, one might look at the effect that the law or policy produces. If the policy produces a forbidden effect, then the law constitutes wrongful discrimination. Finally, one might look at the meaning or message of the law. Does it express a meaning that violates norms of equality, however conceived?*” HELLMAN, Deborah. Concept of discrimination. In: CHADWICK, Ruth. **Encyclopedia of applied ethics**. 2. ed. San Diego: Academic Press, 2012, p. 838.

aceitáveis e inaceitáveis. Nesse contexto, uma das formulações mais proeminentes foi a de Larry Alexander, que se inspirou em Kant para afirmar que são inerentemente injustas as diferenciações realizadas com base na crença de que algumas pessoas são moralmente mais valiosas do que outras³⁴². Um grande atrativo da proposta de Larry Alexander é a constatação de que alguns dos casos mais paradigmáticos de discriminação registrados na história de fato envolveram crenças acerca da inferioridade moral de determinados grupos excluídos. Muitos dos nazistas, por exemplo, efetivamente acreditavam que os judeus possuíam uma natureza sub-humana³⁴³.

Embora sejam bastante difundidas, inclusive entre os juristas brasileiros, as teorias baseadas na intenção estão sujeitas a uma série de críticas. Em primeiro lugar, há quem alegue a dificuldade de determinar a intenção de uma entidade coletiva, como a assembleia geral de uma associação, por exemplo. Em segundo lugar, considerando a atuação imperceptível dos vieses cognitivos, a detecção da motivação psicológica de uma pessoa natural parece ser uma tarefa questionável ou até mesmo impossível. E, em terceiro lugar, podem existir boas razões para considerar discriminatórias algumas condutas que, conquanto não sejam intencionais, geram impactos desiguais indesejados. Dentre outras implicações, essa última objeção evidencia a inaptidão das teorias baseadas na intenção para lidar com o fenômeno da discriminação indireta, conhecida como *disparate impact* no direito estadunidense³⁴⁴.

As teorias baseadas no efeito, a seu turno, defendem que a permissibilidade moral das práticas diferenciadoras depende dos respectivos resultados obtidos. Enquanto as teorias baseadas na intenção se preocupam com o *input*, as teorias baseadas no efeito se preocupam

³⁴² Segundo Larry Alexander, “vieses baseados na crença de que alguns tipos de pessoas são moralmente mais valiosos do que outros são intrinsecamente injustos porque refletem julgamentos morais incorretos”. No original: “*biases premised on the belief that some types of people are morally worthier than others are intrinsically wrong because they reflect incorrect moral judgments*”. ALEXANDER, Larry. What makes wrongful discrimination wrong?: biases, preferences, stereotypes, and proxies. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 141, p. 149-219, 1992, p. 161.

³⁴³ LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. Discrimination and equality. In: MARMOR, Andrei (Ed.). **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. New York; Abingdon: Routledge, 2012, p. 573.

³⁴⁴ A título exemplificativo, Deborah Hellman narra que, “em 1979, a Suprema Corte manteve uma lei de Massachusetts que dava preferência aos veteranos em todos os cargos no funcionalismo público estadual. Naquela época, quase todos os veteranos eram homens e, portanto, as mulheres eram efetivamente excluídas do serviço civil de Massachusetts. A lei foi contestada como discriminação por sexo, em violação da garantia de proteção igual da Constituição dos EUA. A Suprema Corte determinou que a lei de Massachusetts não violava a Constituição porque não havia demonstração de que o estado havia adotado a lei com o objetivo de manter as mulheres fora do serviço público”. No original: “*in 1979 the Supreme Court upheld a Massachusetts law that afforded veterans a preference in all state civil service jobs. At that time, almost all veterans were men, and thus women were effectively excluded from the Massachusetts civil service. The law was challenged as sex discrimination, in violation of the U.S. Constitution’s guarantee of equal protection. The Supreme Court ruled that the Massachusetts law did not violate the Constitution because there was no showing that the state had adopted the law with the goal of keeping women out of the civil service*”. HELLMAN, Deborah. Concept of discrimination. In: CHADWICK, Ruth. **Encyclopedia of applied ethics**. 2. ed. San Diego: Academic Press, 2012, p. 838-839.

com o *output* dos tratamentos distintivos³⁴⁵. Os apoiadores dessa corrente também são muito heterogêneos, pois não há consenso quanto à definição de quais seriam exatamente as consequências indesejadas responsáveis por caracterizar uma conduta como discriminatória. No Brasil, um representante notável dessa linha de pensamento é Adilson José Moreira, que atrela o conceito de discriminação à identificação de um efeito deletério específico: a produção de desvantagens culturais e materiais para certos grupos vulneráveis³⁴⁶.

Não obstante o apelo intuitivo apresentado pelas teorias baseadas no efeito, muitos autores têm denunciado a imprecisão que marca essa vertente teórica. Aduz-se, nesse sentido, que essa visão consequencialista corre o risco de ser tanto sobreinclusiva quanto subinclusiva. Por um lado, o reconhecimento dos comportamentos discriminatórios a partir da mera constatação de determinados resultados fáticos pode alargar excessivamente o conceito de discriminação³⁴⁷. Por outro lado, as teorias baseadas no efeito podem deixar de fora alguns tratamentos diferenciados que, embora sejam altamente suspeitos do ponto de vista moral, produzem desvantagens pouco salientes ou produzem até mesmo vantagens para as pessoas a ele submetidas³⁴⁸.

Por fim, as teorias baseadas no significado afirmam que a permissibilidade moral das diferenciações entre pessoas depende da mensagem objetiva expressada pela prática em questão. Os defensores dessa corrente compartilham a premissa de que cada comportamento humano expressa um significado distinto, que varia conforme o contexto histórico-cultural, mas é passível de certa estabilidade interpretativa. Para além desse traço comum, no entanto,

³⁴⁵ HELLMAN, Deborah. Concept of discrimination. In: CHADWICK, Ruth. **Encyclopedia of applied ethics**. 2. ed. San Diego: Academic Press, 2012, p. 840.

³⁴⁶ Para Adilson José Moreira, “[a]tos discriminatórios são práticas individuais ou institucionais de caráter circunstancial ou sistêmico que produzem desvantagens sociais para membros de certos grupos que são culturalmente construídos como inferiores. Eles não estão ligados apenas às motivações conscientes, nem são apenas produtos de normas que explicitamente classificam indivíduos. Esses atos produzem desvantagens por causa do funcionamento de instituições estatais, antes que operam de acordo com os interesses dos grupos majoritários, reproduzindo assim as relações hierárquicas de poder existentes na sociedade. Se a maior parte dos doutrinadores define a discriminação a partir dos conceitos de intencionalidade e arbitrariedade, nós seguimos aqueles que a compreendem a partir da noção de desvantagem. Essa desvantagem pode assumir diversas formas, sendo que elas estão centradas em duas categorias: desvantagens de caráter cultural e desvantagens de caráter material”. MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?**. Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 195.

³⁴⁷ HELLMAN, Deborah. Concept of discrimination. In: CHADWICK, Ruth. **Encyclopedia of applied ethics**. 2. ed. San Diego: Academic Press, 2012, p. 839.

³⁴⁸ Deborah Hellman apresenta o seguinte exemplo: “Nelson Mandela relata em sua autobiografia que o regime do apartheid na África do Sul exigia que os prisioneiros negros usassem shorts, enquanto os prisioneiros brancos e pardos eram obrigados a usar calças. No calor do sul da África, shorts podem ser a opção mais confortável. No entanto, o simbolismo de ser obrigado a usar shorts, que eram comumente vistos como infantilizantes naquele regime pós-colonial, era um meio de inferiorizar os prisioneiros negros”. No original: “*Nelson Mandela reports in his autobiography that the apartheid regime in South Africa required black prisoners to wear shorts while white and colored prisoners were required to wear pants. In the heat of southern Africa, shorts might be the more comfortable option. Nonetheless, the symbolism of being required to wear shorts, which were commonly seen as infantilizing in this postcolonial regime, was a means of demeaning black prisoners*”. HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 4-5.

cada autor integrante dessa vertente teórica avança a sua própria concepção acerca dos significados que, uma vez expressados, evidenciam a natureza discriminatória da conduta sob análise, independentemente da intenção do agente ou dos resultados efetivamente alcançados. Dentre as teorias baseadas no significado, destaca-se a influente formulação de Deborah Hellman, que propõe um conceito de discriminação ligado à ideia de inferiorização. De acordo com Deborah Hellman, a caracterização de um tratamento distintivo como inferiorizante e, conseqüentemente, como discriminatório, decorre, em síntese, da consideração de dois fatores: a) o significado objetivo da distinção no respectivo contexto histórico-cultural e b) o poder social concretamente titularizado pelo agente que realiza a distinção³⁴⁹.

As teorias baseadas no significado evitam muitos dos problemas apresentados pelas outras teorias da discriminação, mas não estão livres de objeções. O principal questionamento dirigido às teorias baseadas no significado diz respeito à excessiva relatividade que circunscreve a tarefa de verificação da mensagem transmitida por cada tratamento distintivo. Em outras palavras, seus críticos sustentam a dificuldade e até a impossibilidade de obtenção de um grau satisfatório de objetividade acerca do significado expressado pelas diferenciações entre pessoas realizadas em um determinado contexto histórico-cultural³⁵⁰. Outra objeção comumente levantada contra as teorias baseadas no significado é a de que essas propostas seriam pouco atrativas na medida em que, diferentemente das demais construções teóricas, elas desconsideram a intenção e o efeito do comportamento sob análise³⁵¹.

³⁴⁹ Como explica Kasper Lippert-Rasmussen, “Hellman argumenta que a discriminação é injusta quando e porque é inferiorizante. Para determinar quais atos são inferiorizantes, ela olha para o seu significado objetivo, ou seja, para o sentido que é razoável atribuir à ação, dado o contexto social e histórico em que o ato discriminatório ocorreu. Sua concepção também enfoca o poder social real exercido pelo alegado discriminador. Somente ações degradantes tomadas por pessoas ou instituições com poder social inferiorizam e, assim, discriminam injustamente”. No original: “*Hellman argues that discrimination is wrongful when and because it is demeaning. To determine which acts are demeaning, she looks to their objective meaning, i.e., the sense which it is reasonable, given the social and historical context in which the discriminatory act took place, to ascribe to the action. Her account also focuses on the actual social power wielded by the alleged discriminator. Only denigrating actions taken by people or institutions with social power demean and thus wrongfully discriminate*”. LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. The philosophy of discrimination: an introduction. In: LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018, p. 5.

³⁵⁰ HELLMAN, Deborah. Concept of discrimination. In: CHADWICK, Ruth. **Encyclopedia of applied ethics**. 2. ed. San Diego: Academic Press, 2012, p. 839.

³⁵¹ Na ilustração de Kasper Lippert-Rasmussen, “imagine alguém que se refira a professores masculinos por seus títulos formais e a professoras femininas informalmente, sendo o tratamento diferenciado dessa pessoa causado inteiramente pelo fato de que sua mãe era muito informal em encontros pessoais, enquanto seu pai era muito mais formal. Porque todo mundo sabe disso, ninguém é ofendido ou prejudicado por isso. A alegação de que essa pessoa age injustamente agora parece fraca”. No original: “*imagine someone who addresses male professors by formal title and female professors informally, where this person’s differential treatment is caused entirely by the fact that this person’s mother was very informal in personal encounters, whereas his or her father was much more formal. Because everyone knows this, no one is offended or otherwise harmed by this. The claim that this*

De modo geral, as teorias da discriminação oferecem parâmetros que canalizam as discussões e por isso podem ser aproveitados para deixar os debates jurídicos mais transparentes, coerentes e assertivos. É claro que, quanto maior for a precisão da disciplina presente no direito positivo, menor será a necessidade de aprofundar as reflexões interdisciplinares sobre a licitude ou ilicitude de um determinado tratamento distintivo. O art. 9º da Lei dos Crimes de Racismo, por exemplo, não deixa dúvidas sobre a natureza criminosa da conduta dos clubes sociais abertos ao público que impedem o acesso de pessoas com base em critérios raciais. Nos casos judiciais mais complexos, entretanto, os desenvolvimentos da filosofia moral podem contribuir para a definição concreta do alcance da vedação jurídica aos comportamentos discriminatórios.

A título ilustrativo, considere-se a situação de uma associação filantrópica cujo estatuto disponha que o cargo de diretor pode ser ocupado apenas por pessoas do sexo masculino. O ordenamento jurídico nacional, embora possua diversas previsões tutelando tanto a autonomia associativa quanto a igualdade de gênero, não contempla uma solução expressa para esse conflito normativo específico. Nesse contexto, as teorias da discriminação podem ser utilizadas para avaliar, a partir de seus respectivos modelos, a permissibilidade moral do comportamento em questão. Para as teorias baseadas na intenção, o mais importante é a motivação psicológica por trás do estabelecimento da cláusula estatutária questionada. Já de acordo com as teorias baseadas no efeito, deve-se analisar as consequências que decorrem da exclusão das mulheres em relação ao cargo de diretor da associação. As teorias baseadas no significado, por fim, preocupam-se com a mensagem objetiva transmitida pela adoção da prática questionada em seu respectivo contexto histórico-cultural. Seja qual for a abordagem teórica adotada, a conclusão pela permissibilidade ou pela impermissibilidade moral da regra estatutária questionada funcionará como um argumento relevante para a constatação de sua validade ou de sua invalidade no direito brasileiro.

Certamente, uma compreensão completa das possibilidades de contribuição da filosofia moral para o enquadramento jurídico de discriminação exigiria uma análise mais detalhada de cada uma das teorias normativas e de suas respectivas afinidades com o direito antidiscriminatório brasileiro. Essa tarefa, no entanto, extrapolaria em muito os limites do presente trabalho, que pretende tão somente apontar alguns caminhos para uma problematização mais produtiva dos limites dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados no contexto do ordenamento jurídico nacional. Optou-se, por

person acts wrongly now looks weak". LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. **Born free and equal?: a philosophical inquiry into the nature of discrimination.** Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 130.

isso, pelo aprofundamento de uma única proposta teórica: a de discriminação como inferiorização formulada por Deborah Hellman. Essa formulação será brevemente apresentada e então aplicada, a título demonstrativo, na análise de algumas situações hipotéticas de diferenciações entre pessoas promovidas no âmbito das associações.

3.3 A noção de discriminação como inferiorização elaborada por Deborah Hellman

Uma das mais influentes teorizações sobre o tema dos fundamentos filosófico-morais da discriminação foi empreendida por Deborah Hellman, professora estadunidense atualmente vinculada à *University of Virginia School of Law*. Trata-se, na opinião de Kasper Lippert-Rasmussen, da concepção mais detalhada já oferecida dentro da família das teorias baseadas no significado³⁵². As origens da formulação de Hellman remontam a um artigo publicado em 2000, no qual a autora já demonstrava sua preocupação com o aspecto expressivo da discriminação³⁵³. A teoria apenas alcançaria sua forma acabada, no entanto, no ano de 2008, com o lançamento de um livro cujo provocativo título pode ser traduzido em português como “Quando a discriminação é injusta?”³⁵⁴. Nessa obra, Hellman apresentou e desenvolveu pela primeira vez a tese de que a injustiça da discriminação está ligada a ideia de inferiorização (*demeaning*³⁵⁵). Desde então, essa abordagem tem sido defendida, revista e aprimorada pela autora por meio de sucessivos trabalhos acadêmicos³⁵⁶.

³⁵² LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. **Born free and equal?: a philosophical inquiry into the nature of discrimination**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 131.

³⁵³ No referido artigo, Hellman argumenta que “devemos julgar se uma ação estatal viola a Igual Proteção não observando a intenção daqueles que promulgaram as leis, nem observando o efeito que uma lei tem no domínio em que opera. Em vez disso, devemos julgar se as leis violam a Igual Proteção analisando o significado ou o conteúdo expressivo da lei ou política em questão”. No original: “*we ought to judge whether state action violates Equal Protection not by looking at the intent of those who enacted laws nor by looking at the effect a law has in the domain in which it operates. Rather, we ought to judge wheter laws violate Equal Protection by looking at the meaning or expressive content of the law or policy at issue*”. HELLMAN, Deborah. The expressive dimension of equal protection. **Minnesota Law Review**, v. 85, p. 1-69, 2000, p. 2.

³⁵⁴ HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008.

³⁵⁵ A expressão “*demeaning*” é plurívoca no idioma inglês e além disso não possui uma correspondência exata na língua portuguesa. Optou-se, no presente trabalho, por traduzir o termo como “inferiorização”.

³⁵⁶ HELLMAN, Deborah. Concept of discrimination. In: CHADWICK, Ruth. **Encyclopedia of applied ethics**. 2. ed. San Diego: Academic Press, 2012; HELLMAN, Deborah. Equality and unconstitutional discrimination. In: HELLMAN, Deborah; MOREAU, Sophia (Ed.). **Philosophical foundations of discrimination law**. Oxford: Oxford University Press, 2013; HELLMAN, Deborah. Equal protection in the key of respect. **The Yale Law Journal**, v. 123, p. 3036-3062, 2014; HELLMAN, Deborah. Two concepts of discrimination. **Virginia Law Review**, v. 102, n. 4, p. 895-952, jun. 2016; HELLMAN, Deborah. Discrimination and social meaning. In: LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018; HELLMAN, Deborah. Indirect discrimination and the duty to avoid compounding injustice. In: COLLINS, Hugh; KHAITAN, Tarunabh (Ed.). **Foundations of indirect discrimination law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2018.

A teoria da discriminação defendida por Deborah Hellman tem como alicerce o princípio do igual valor moral de todas as pessoas (*equal moral worth of all persons*)³⁵⁷. Embora não ofereça uma definição específica para esse princípio, Hellman afirma se tratar de um fundamento amplamente reconhecido e menciona como exemplos a noção de “igual consideração e respeito” de Ronald Dworkin³⁵⁸, bem como a previsão de que “todos os homens são criados iguais”, constante da Declaração de Independência dos Estados Unidos³⁵⁹. A partir dessa premissa, a autora sustenta que a questão de saber quando a realização de distinções entre pessoas é discriminatória corresponde, na verdade, à questão de saber quando a realização de distinções entre pessoas falha em reconhecer o seu igual valor moral. É como resposta a esse último questionamento que Hellman apresenta o já citado parâmetro da inferiorização. Para ela, os tratamentos distintivos violam o princípio do igual valor moral das pessoas – e por isso configuram práticas discriminatórias – justamente quando inferiorizam os sujeitos afetados³⁶⁰.

Por que é moralmente relevante o fato de que uma ação ou política trata as pessoas de maneira diferente com base em alguma qualidade ou traço? A diferenciação entre pessoas é relevante porque as pessoas possuem igual valor moral. É o compromisso subjacente à igualdade das pessoas que gera preocupações sobre a diferenciação. No entanto, indivíduos e instituições não podem tratar todos da mesma maneira. Às vezes, isso seria impraticável (um estado não deveria licenciar todos os motoristas independentemente de idade ou habilidade) e, às vezes, isso seria impossível (um empregador pode ter apenas uma vaga disponível). Assim, podemos reformular a investigação perguntando: quando é que as ações e políticas que tratam as pessoas de maneira diferente com base em ter ou não algum traço falham em tratá-las como moralmente iguais? Inferiorização - a expressão de degradação realizada por um ator com poder para diminuir seu status atual – falha em tratar os afetados como iguais³⁶¹.

³⁵⁷ HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 6.

³⁵⁸ HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 6, nota 2.

³⁵⁹ HELLMAN, Deborah. Equal protection in the key of respect. **The Yale Law Journal**, v. 123, p. 3036-3062, 2014, p. 3055, nota 39.

³⁶⁰ HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 6-7.

³⁶¹ No original: “*Why might it matter, morally, that an action or policy treats people differently on the basis of some quality or trait? Differentiation among people matters because people are of equal moral worth. It is the underlying commitment to the equality of people that gives rise to worries about differentiation. Yet individuals and institutions cannot treat everyone the same. Sometimes doing so would be impractical (a state shouldn’t license all drivers regardless of age and skill) and sometimes doing so would be impossible (an employer may have only one job opening available). So we might rephrase the inquiry by asking: when do actions and policies that treat people differently on the basis of having or lacking some trait fail to treat them as moral equals? Demeaning – the expression of denigration by an actor with power to lower their actual status – fails to treat those affected as equals*”. HELLMAN, Deborah. Discrimination and social meaning. In: LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018, p. 102.

Mas o que significa, exatamente, inferiorizar alguém por meio da realização de uma distinção? Nos termos propostos por Deborah Hellman, “inferiorizar é expressar que a outra pessoa possui um status comparativamente mais baixo em um contexto no qual a pessoa ou entidade expressando a mensagem apresenta um grau de poder efetivo”³⁶². Da leitura desse conceito já é possível deduzir que nem todo ato desrespeitoso, insultivo ou ofensivo acarreta automaticamente a inferiorização de sua respectiva vítima. Para que uma diferenciação entre pessoas seja considerada inferiorizante – e conseqüentemente discriminatória – é necessário que ocorra o preenchimento de duas condições. Em primeiro lugar, o tratamento distintivo em questão deve transmitir objetivamente a mensagem de que os sujeitos afetados possuem um menor valor moral em relação às outras pessoas. Em segundo lugar, o agente responsável pelo tratamento distintivo deve ostentar um nível suficiente de influência social. Percebe-se, portanto, que a noção de inferiorização proposta por Hellman abrange dois aspectos complementares: uma dimensão expressiva (*expressive dimension*) e uma dimensão de poder (*power dimension*)³⁶³.

A dimensão expressiva da inferiorização diz respeito ao significado objetivo expressado pela realização de determinada diferenciação entre pessoas em um dado contexto histórico-cultural. Como já salientado, para que haja inferiorização, o primeiro requisito é que o tratamento distintivo sob análise transmita a mensagem de que os sujeitos afetados possuem comparativamente um menor valor moral. Nesse ponto, Deborah Hellman ressalta que o significado expressado por cada comportamento varia de acordo com as convenções sociais em vigor e por isso deve ser sempre interpretado à luz do caso concreto. São as peculiaridades histórico-culturais de cada sociedade que determinam em quais circunstâncias a realização de certas distinções tem o potencial de violar o princípio do igual valor moral de todas as pessoas. A título ilustrativo, Hellman reproduz a seguinte observação atribuída ao Justice

³⁶² No original: “*To demean is to express that the other person is of lower status in a context where the person or entity expressing the message has a degree of actual power*”. HELLMAN, Deborah. Indirect discrimination and the duty to avoid compounding injustice. In: COLLINS, Hugh; KHAITAN, Tarunabh (Ed.). **Foundations of indirect discrimination law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2018. p. 105-121, p. 120, nota 26.

³⁶³ Nas palavras da própria autora: ““Inferiorização”, na maneira como eu uso esse termo, tem dois aspectos: uma dimensão expressiva e uma dimensão de poder. Primeiro, uma ação ou política inferiorizante expressa que uma pessoa ou grupo é de menor status (a dimensão expressiva); e, segundo, o agente ou instituição que expressa esse significado deve ter poder social suficiente para que essa expressão tenha força (a dimensão do poder)”. No original: ““*Demeaning*”, in the way I use this term, has two aspects: an expressive dimension and a power dimension. First, a demeaning action or policy expresses that a person or group is of lower status (the expressive dimension); and, second, the actor or institution expressing this meaning must have sufficient social power for this expression to have force (the power dimension)”. HELLMAN, Deborah. Discrimination and social meaning. In: LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018. p. 97-107, p. 102.

Marshall: “Um sinal que diz “apenas homens” parece muito diferente em uma porta de banheiro e em uma porta do tribunal”³⁶⁴.

Um dos principais atrativos da dimensão expressiva da inferiorização é a sua capacidade de explicar a intuição de que existem alguns traços que são moralmente suspeitos. Esse seria o caso, por exemplo, da cor da pele, do gênero, da nacionalidade, da orientação sexual, da religiosidade etc. No meio jurídico, inclusive, é comum a presença de normas que estabelecem um rol de características pessoais que não podem, em princípio, ser utilizadas para embasar tratamentos diferenciados. Na visão de Deborah Hellman, a natureza especial desses traços decorre justamente da carga de significado que cada um deles acumulou ao longo do tempo. A associação semântica com formas históricas de opressão e com desvantagens sociais atualmente observáveis faz com que essas características apresentem um maior potencial inferiorizante. Isso não significa, no entanto, que a realização de diferenciações entre pessoas com base em traços suspeitos sempre transmite a mensagem de que os sujeitos afetados possuem um menor valor moral. Tampouco significa que a utilização de traços não suspeitos nunca acarreta inferiorização. Trata-se, tão somente, de uma predisposição expressiva, que pode materializar-se ou não a depender das circunstâncias envolvidas no caso concreto³⁶⁵.

A dimensão de poder da inferiorização, por sua vez, diz respeito ao poder social concretamente titularizado pelo agente que realiza a distinção. Para que ocorra inferiorização, não basta que a realização de certo tratamento distintivo, em seu respectivo contexto histórico-cultural, expresse a mensagem de que os sujeitos afetados possuem um menor valor moral. A caracterização de uma prática diferenciadora como inferiorizante requer, como segunda condição, que o agente responsável apresente um grau suficiente de influência na sociedade sob análise. Comportamentos realizados por indivíduos que não ocupam uma situação de poder, ainda que indiquem mau caráter e sejam moralmente reprováveis, não

³⁶⁴ No original: “*A sign that says “men only” looks very different on a bathroom door than on a courthouse door*”. HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 7.

³⁶⁵ Hellman denomina esses traços pessoais suspeitos de traços HSD, sigla que se refere à expressão “história de maus tratos ou desvantagem social corrente” (“*history of mistreatment or current social disadvantage*”). Sobre o tema, ela sustenta que “realizar distinções com base em traços HSD tem mais potencial para inferiorizar por causa da significância social de tais distinções. Mas, como explicado acima, nem toda realização de distinções com base em traços HSD é inferiorizante, pois outros aspectos da situação também determinam se alguém inferioriza. Além disso, categorizar com base em traços não HSD também pode inferiorizar; conquanto mais fatores contextuais sejam necessários para que esse seja o caso”. No original: “*Drawing distinctions on the basis of HSD traits has more potential to demean because of the social significance of such distinctions. But as I explained above, not all distinction-drawing on the basis of HSD traits is demeaning, as other aspects of the situation also affect whether one demeans. Moreover, categorizing on the basis of non-HSD traits can also demean; however, more contextual factors are required for this to be the case*”. HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 28.

possuem a potencialidade mínima exigida pelo conceito de inferiorização. Ilustrativamente, Deborah Hellman menciona “o contraste entre a ação de um empregador que prefere candidatos brancos a candidatos negros e a ação de um indivíduo que prefere fazer amizade com brancos em vez de negros”³⁶⁶⁻³⁶⁷.

Entre as vantagens de se considerar a dimensão de poder como um componente da ideia de inferiorização, destaca-se a afinidade que esse aspecto possui com a intuição de que o potencial discriminatório é diretamente proporcional ao poder social apresentado por cada agente. No campo do direito, é bastante difundida a percepção de que, por um lado, os sujeitos mais poderosos são mais propensos a discriminar e por isso devem submeter-se a um controle mais rígido e, por outro lado, os sujeitos menos poderosos são menos propensos a discriminar e por isso devem submeter-se a um controle menos rígido. No que tange especificamente ao problema da discriminação no âmbito associativo, por exemplo, essa lógica é compartilhada pelos juristas que defendem que a vinculação das associações à proibição de comportamentos discriminatórios deve variar de acordo com o predomínio socioeconômico apresentado por cada entidade. Em um sentido semelhante, a própria Deborah Hellman reconhece que sua formulação da dimensão de poder é compatível com o instituto estadunidense da exceção do clube privado (*private club exemption*), que isenta as associações reputadas distintamente privadas do cumprimento da legislação antidiscriminatória³⁶⁸.

³⁶⁶ No original: “*the contrast between an action by an employer who prefers white applicants to black applicants with the action by an individual who prefers to make friends with whites rather than blacks*”. HELLMAN, Deborah. Discrimination and social meaning. In: LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018, p. 103.

³⁶⁷ Sobre a dimensão de poder da inferiorização, Hellman explica que “ações injustamente discriminatórias, na concepção apresentada aqui, são negações de status moral igual por indivíduos e instituições com poder real. Ações isoladas de pessoas sem poder são insultantes, com certeza, mas não são inferiorizantes. Ao insistir na importância do poder do discriminador para a injustiça da discriminação, essa visão identifica a discriminação injusta com a expressão da degradação em um contexto no qual essa expressão poderia realmente diminuir a posição social da pessoa ou grupo a quem é dirigida”. No original: “*Wrongfully discriminatory actions, on the account presented here, are denials of equal moral status by individuals and institutions with actual power. Isolated actions by persons without power are insulting, to be sure, but they aren’t demeaning. By insisting on the importance of the discriminator’s power to the wrongness of discrimination, this view identifies wrongful discrimination as the expression of denigration in a context in which that expression could actually lower the social standing of the person or group at whom it is directed*”. HELLMAN, Deborah. Discrimination and social meaning. In: LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018, p. 104.

³⁶⁸ Segundo Hellman, “essa concepção pode ajudar a explicar e justificar as proibições legais à discriminação que fornecem exceções para pequenas empresas e clubes privados. Embora a exclusão dessas empresas pequenas e/ou empreendimentos privados em relação às exigências antidiscriminatórias possa ser explicada sobre o fundamento de que os ônus de evitar a discriminação são especialmente difíceis de suportar para os pequenos empreendimentos ou particularmente intrusivos para os clubes privados, essas exclusões legais também podem ser explicadas sobre o fundamento de que instituições maiores e mais públicas possuem maior poder social e, por isso, suas ações degradantes apresentam maior probabilidade de serem inferiorizantes”. No original: “*This account may help explain and justify legal prohibitions on discrimination that provide carve outs for small*

É de se esperar, no entanto, que haverá discordância interpretativa acerca do preenchimento de cada um dos dois requisitos da ideia de inferiorização. Antevendo a possibilidade de divergência, Deborah Hellman apoia-se nas três concepções de objetividade propostas por Coleman e Leiter para afirmar que a sua teoria da discriminação não pretende ser fortemente objetiva, nem minimamente objetiva, mas apenas modestamente objetiva. Nesse sentido, longe de buscar verdades metafísicas descoladas da vivência humana ou de simplesmente refletir a opinião da maioria da população, a proposta de discriminação como inferiorização almeja prescrever o que parece certo e o que parece errado sob condições epistêmicas ideais³⁶⁹. Hellman acredita que o grande mérito de sua formulação não é o oferecimento de respostas definitivas, mas sim a indicação de parâmetros argumentativos que viabilizem uma discussão mais proveitosa sobre as manifestações discriminatórias. Em outras palavras, “embora a teoria da discriminação injusta como realização de distinções inferiorizantes não elimine a discordância acerca das práticas controversas, ela canaliza essa discordância em diferentes (e, a meu ver, mais frutíferas) linhas de investigação”³⁷⁰.

Com vistas à demonstração de seu modelo bifásico, Deborah Hellman propõe a consideração de três casos que tangenciam o problema da discriminação de gênero: a) um cassino institui um *dress code* que obriga as empregadas a usarem maquiagem durante todo o expediente; b) uma agência de cuidados domésticos que atende uma grande clientela de idosas se recusa a contratar enfermeiros do sexo masculino; e c) um homem publica um anúncio em busca de mulheres que possuam determinada idade e se comportem de maneira adequadamente “feminina”. Na opinião de Hellman, apenas o primeiro exemplo preenche as duas condições para que um tratamento distintivo seja considerado inferiorizante e consequentemente discriminatório. Isso porque a imposição do uso de maquiagem, nesse tipo específico de trabalho, transmite uma mensagem de objetificação do corpo feminino e, além disso, o cassino ocupa efetivamente uma posição concreta de poder social. Já no segundo exemplo, embora a agência apresente considerável projeção em seu respectivo meio, a

businesses and private clubs. While the exclusion of these small and/or private enterprises from antidiscrimination requirements can be explained on the grounds that the burdens of avoiding discrimination are especially difficult for small enterprises to bear or particularly intrusive for private clubs, these legal exclusions also can be explained on the grounds that larger and more public institutions have more social power and thus their denigrating actions are more likely to be demeaning”. HELLMAN, Deborah. *Discrimination and social meaning*. In: LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018, p. 104.

³⁶⁹ HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 74-78.

³⁷⁰ No original: “while the theory of wrongful discrimination as drawing distinctions that demean will not eliminate disagreement about controversial practices, it will channel that disagreement into different (and in my view more fruitful) lines of inquiry”. HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 81.

utilização do sexo como critério determinante da possibilidade de exposição da intimidade reflete uma construção cultural que não carrega o significado de que homens ou mulheres possuem um valor moral desigual. No terceiro e último exemplo, se por um lado a afirmação de estereótipos de feminilidade expressa a subalternização das mulheres e por isso configura uma prática moralmente reprovável, por outro lado, o anunciante que apenas procura uma parceira para si não ostenta o grau de poder exigido pelo conceito de inferiorização³⁷¹. Ao final, no entanto, Hellman faz a seguinte ressalva: “Eu não afirmo que estou certa em minhas próprias interpretações sobre a natureza inferiorizante de práticas específicas. Eu apenas afirmo e defendo a posição que essa é a pergunta correta a se perguntar”³⁷².

A noção de discriminação como inferiorização formulada por Deborah Hellman gerou grandes repercussões e acarretou, naturalmente, a oposição de objeções. Nesse contexto, ressaltam-se duas críticas, elaboradas por Kasper Lippert-Rasmussen, que procuram evidenciar algumas limitações teóricas da proposta de Hellman. A primeira crítica é dirigida à dimensão expressiva da inferiorização e assinala que nem todas as formas de discriminação transmitem uma mensagem inferiorizante. Veja-se, por exemplo, o caso das entrevistas de emprego que utilizam critérios de seleção facialmente neutros, mas acarretam consequências sociais reputadas injustas. Nesse caso, embora seja possível constatar a materialização de efeitos indesejados, parece difícil identificar a expressão de um significado envolvendo o menor valor moral dos sujeitos afetados³⁷³. A segunda crítica, a seu turno, dirige-se à dimensão de poder da inferiorização e aduz que ela exclui arbitrariamente alguns comportamentos discriminatórios. Ilustrativamente, Lippert-Rasmussen argumenta que a formulação de Hellman não caracterizaria como inferiorizantes os crimes de racismo praticados pelos membros de grupos minoritários contra membros de grupos majoritários já que, diferentemente destes, aqueles não ocupam uma posição de poder social³⁷⁴. Ambas as críticas são pertinentes e revelam os desafios apresentados, respectivamente, pelos fenômenos da discriminação indireta e da discriminação reversa. É importante, contudo, atentar para o fato de que a eventual procedência dessas objeções não comprometeria a teorização de

³⁷¹ HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 41-45.

³⁷² No original: “*I do not claim to be right in my own interpretations about whether particular practices demean. Rather, I only claim and defend the position that this is the right question to ask*”. HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 169.

³⁷³ LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. **Born free and equal?:** a philosophical inquiry into the nature of discrimination. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 137.

³⁷⁴ LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. **Born free and equal?:** a philosophical inquiry into the nature of discrimination. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 138.

Hellman como um todo, apenas forçaria a autora a abrir mão de quaisquer pretensões monistas e abrangentes.

Nos últimos tempos, a própria Deborah Hellman tem repensado e flexibilizado a sua concepção de discriminação como inferiorização. Em artigo datado de 2014, Hellman sinalizou a ampliação de sua teoria para abranger, além das distinções que expressam desrespeito de maneira simbólica, aquelas distinções que expressam desrespeito ao não considerarem os interesses dos sujeitos afetados³⁷⁵. Além disso, em um capítulo publicado em 2018, a autora defendeu a existência de um fundamento diferenciado para a impermissibilidade moral de algumas formas de discriminação indireta: a violação do dever de evitar o agravamento de injustiças (*duty to avoid compounding injustice*³⁷⁶). Finalmente, em outro capítulo publicado nesse mesmo ano, Hellman admitiu expressamente suas dúvidas em relação à suficiência da noção de discriminação como inferiorização para explicar a injustiça de todas as manifestações discriminatórias:

Na visão que descrevo neste capítulo, a discriminação é injusta quando é inferiorizante. Para que inferiorize, uma lei, política ou ação deve expressar que a pessoa afetada não possui um valor moral igual e a pessoa ou instituição que está adotando a lei ou a política ou tomando a ação deve apresentar um grau de poder. Essa concepção deixa muitas questões em aberto. Quanto de poder é necessário? A ação deve expressar que a pessoa afetada é inferior? Algumas discriminações aparentemente injustas expressam uma visão limitadora dos outros sem expressar que esses outros são inferiores. Talvez devamos ampliar nossa compreensão do tipo de conteúdo expressivo que é moralmente perturbador. Essas são questões importantes. Alguns podem pedir refinamento da visão e alguns podem desafiar seus

³⁷⁵ Nesse sentido, Hellman aduz que “até o momento, nós estivemos considerando as formas pelas quais as ações expressam desrespeito simbolicamente. Se elas o fazem e inferiorizam, eu argumentei que elas constituem discriminação injusta. Agora, eu quero sugerir que há outra forma pela qual as ações podem expressar desrespeito. Eu posso expressar desrespeito por você ao falhar em considerar adequadamente os seus interesses ao tomar uma decisão que te afeta. [...] A segunda forma de demonstrar desrespeito exigirá maiores elaborações e aqui eu apenas começo a sugerir o que eu tenho em mente”. No original: “*So far, we have been considering the ways in which actions express disrespect symbolically. If they do so and demean, I have argued they constitute wrongful discrimination. Now I want to suggest that there is another way that actions can express disrespect. I can express disrespect for you by failing to adequately consider your interests in reaching a decision that affects you. [...] The second way of showing disrespect will require further elaboration and here I only begin to suggest what I have in mind.*”. HELLMAN, Deborah. Equal protection in the key of respect. **The Yale Law Journal**, v. 123, p. 3036-3062, 2014, p. 3058 e p. 3059, nota 46.

³⁷⁶ Na conceituação de Hellman, “esse dever [dever de evitar o agravamento de injustiças] fornece uma razão para evitar prejudicar alguém que já foi vitimizado. O dever se aplica apenas quando um ator poderia agravar essa injustiça com suas ações. Para agravar a injustiça, um ator deve ampliar o dano da injustiça anterior e deve considerar o fato da vitimização ou seus efeitos como razão para agir. Quando esses dois elementos estão presentes, o ator agrava a injustiça anterior. A menos que haja razões suficientes embasando a ação, o agente que agrava a injustiça também injustiça a vítima”. No original: “*This duty [duty to avoid compounding injustice] provides a reason to avoid harming someone who has already been victimised. The duty applies only when an actor would compound that injustice by her actions. To compound injustice, an actor must amplify the harm of the prior injustice and must take the fact of victimisation or its effects as her reason for acting. When these two elements are present, the actor compounds the prior injustice. Unless there are countervailing reasons supporting the action, the actor who compounds injustice wrongs the victim.*”. HELLMAN, Deborah. Indirect discrimination and the duty to avoid compounding injustice. In: COLLINS, Hugh; KHAITAN, Tarunabh (Ed.). **Foundations of indirect discrimination law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2018, p. 114.

alicerces. Além disso, a visão parece se anunciar como uma explicação de por que todos os casos de discriminação injusta são injustos. Nos anos passados, desde que eu articulei pela primeira vez a visão descrita aqui, eu me tornei menos confiante de que isso está correto. Talvez algumas discriminações sejam injustas porque são inferiorizantes e outras discriminações sejam injustas por outras razões³⁷⁷.

Não obstante as suas reconhecidas limitações, a noção de discriminação como inferiorização formulada por Deborah Hellman possui inegável valor científico. Do ponto de vista do direito, talvez a maior vantagem dessa teorização seja a sua capacidade de ajudar na conciliação entre a proteção da autonomia privada, de um lado, e a proibição de tratamentos discriminatórios, do outro lado. Isso porque a concepção de Hellman não avança nenhuma afirmação forte sobre o que torna uma diferenciação entre pessoas legítima e tolerável. Pelo contrário, ela se limita a defender a existência de razões especiais para a reprovação daquelas distinções que acarretam inferiorização e, por isso, violam o princípio do igual valor moral de todas as pessoas. Assim, ao mesmo tempo em que permite a convivência de diferentes projetos de vida boa, a noção de discriminação como inferiorização estabelece uma rede de proteção contra uma categoria particularmente perigosa de tratamento distintivo. No que diz respeito especificamente ao controle jurídico dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados, a teorização de Hellman oferece um interessante caminho para que se possa, simultaneamente, reconhecer a autonomia associativa e combater a discriminação promovida por algumas associações³⁷⁸.

³⁷⁷ No original: “*On the view I describe in this Chapter, discrimination is wrong when it is demeaning. To demean, a law, policy or action must express that the person affected is not of equal moral worth and the person or institution adopting the law or policy or taking the action must have a degree of power. This account leaves open many questions. How much power is needed? Must the action express that the person affected is inferior? Some seemingly wrongful discrimination expresses a limiting vision of others without expresses that these other are lesser. Perhaps we must broaden our understanding the sort of expressive content that is morally troubling. These are important questions. Some may call for refinement of the view and some might challenge its foundations. In addition, the view seems to announce itself as an account of why all instances of wrongful discrimination are wrong. In the years since I first articulated the view described here, I have become less confident that this is correct. Perhaps some discrimination is wrong because it is demeaning and other discrimination is wrong for other reasons*”. HELLMAN, Deborah. Discrimination and social meaning. In: LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018, p. 106.

³⁷⁸ Como explica Hellman, “esse é um requerimento menos exigente – a diferenciação não precisa ser justificada, precisa apenas se abster de inferiorizar. O respeito pela diversidade entre as pessoas, entre os objetivos e entre as instituições favorece essa abordagem mais modesta. É improvável que haja uma lista definida de razões permissíveis para distinguir entre pessoas. Pelo contrário, existe uma razão clara para não o fazer. Quando a diferenciação é inferiorizante ela é injusta. Quando não é, nós devemos deixar que a complexidade e a diversidade de nossas finalidades e valores floresçam”. No original: “*This is a less demanding requirement— differentiation need not be justified, it only needs to refrain from demeaning. Respect for the diversity among people, among aims, and among institutions argues for this more modest approach. There is unlikely to be a defined list of permissible reasons to distinguish among people. Rather, there is one clear reason not to. When differentiation demeans it is wrongful. When it does not, we ought to let the complexity and diversity of our goals and values flourish*”. HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 31.

3.4 Proposta de análise de casos a partir da noção de discriminação como inferiorização

Atualmente, os parâmetros apresentados pela jurisprudência, pela legislação e pela doutrina brasileiras revelam-se insuficientes para a solução da colisão entre autonomia associativa e proibição de discriminação. Os poucos precedentes judiciais sobre o assunto restringem sua argumentação à análise de conflitos pontuais e por isso não oferecem diretrizes gerais de avaliação. As leis federais também são bastante restritas, pois regulam apenas alguns aspectos da discricionariedade de determinadas associações que preocupam de maneira especial o Poder Legislativo. Já os autores nacionais, influenciados pelas experiências estadunidense e espanhola, seguem a tendência de classificar as associações em grupos que possuem maior ou menor liberdade para estabelecerem diferenciações entre pessoas. Ocorre que essa categorização das associações em espécies com diferentes níveis de autonomia, além de carecer de uma fundamentação teórica satisfatória, não afasta a necessidade de se avaliar, diante de cada situação concreta, se os critérios distintivos adotados no estatuto são compatíveis ou não com o ordenamento jurídico brasileiro.

A licitude dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados dependerá, em grande medida, do conceito de discriminação adotado. O problema é que os elementos responsáveis pela caracterização de um comportamento como discriminatório têm sido pouco debatidos no direito brasileiro. Não obstante os avanços igualitários observados nos últimos tempos e apesar das inúmeras normas que tangenciam a matéria, o ordenamento jurídico nacional ainda é carente de reflexões aprofundadas sobre os pressupostos de licitude e de ilicitude das diferenciações entre pessoas. Ademais, a compreensão de discriminação como distinção irracional e/ou inconstitucional, que predomina em nosso meio jurídico, possui alguns problemas que a tornam incapaz de assimilar satisfatoriamente o dilema da discriminação no âmbito associativo. Nesse contexto, o presente trabalho propõe a busca por aportes no campo da filosofia moral, especialmente nas teorias normativas que procuram identificar os fundamentos da permissibilidade ou impermissibilidade das diferenciações entre pessoas. Os benefícios da abordagem interdisciplinar ora proposta podem ser demonstrados por meio da análise de alguns casos concretos à luz da noção de discriminação como inferiorização formulada por Deborah Hellman.

Preliminarmente, no entanto, é preciso verificar se a noção de discriminação como inferiorização pode efetivamente ser aplicada na análise das distinções entre pessoas realizadas pelas associações. O propósito original de Deborah Hellman não incluía a

problematização de manifestações discriminatórias específicas, mas sim o estabelecimento de uma teoria geral da discriminação. Como já salientado, Hellman partiu da hipótese de que a injustiça da discriminação decorre da violação do princípio do igual valor moral de todas as pessoas. De acordo com a autora, esse princípio é contrariado exatamente nas situações em que a realização de uma distinção acarreta a inferiorização dos sujeitos afetados. A caracterização de um tratamento diferenciado como inferiorizante, por sua vez, depende do preenchimento de dois requisitos, um relativo à dimensão expressiva e outro relativo à dimensão de poder. Apenas as diferenciações que, cumulativamente, transmitem a mensagem de que as pessoas envolvidas possuem menor valor moral e são promovidas por agentes com um grau suficiente de poder social podem ser chamadas de inferiorizantes e, conseqüentemente, de discriminatórias em sentido estrito³⁷⁹. A abrangência desse modelo teórico permite que ele seja aplicado na análise dos mais diversos tratamentos distintivos, o que inclui, certamente, aqueles realizados por meio dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados.

Ademais, embora esse não seja o seu foco principal, existe uma breve passagem na qual a própria Deborah Hellman aplica sua teoria da discriminação no contexto das distinções entre pessoas estabelecidas nos estatutos das associações. Trata-se de trecho destinado a demonstrar que a noção de discriminação como inferiorização impõe restrições aos critérios de seleção que as instituições podem escolher com base em suas convicções particulares de mérito. Nesse sentido, Hellman apresenta um exemplo inspirado no emblemático caso *Roberts v. United States Jaycees* e, ao final, sustenta que sua linha argumentativa poderia ser utilizada para corroborar a respectiva decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos:

A proibição de estabelecer distinções entre pessoas que inferiorizam, no entanto, colocará limites nos critérios de seleção que uma instituição pode usar e, portanto, nas concepções de mérito permissíveis que podem ser implementadas. A seleção baseada no mérito não costuma ser inferiorizante, mas algumas vezes é. Por exemplo, suponha que os líderes empresariais de uma cidade decidam formar um clube de homens de negócios cujo critério de admissão inclua ser um homem e possuir uma empresa na cidade em questão. Dada a autocompreensão do clube como um clube de homens de negócios, certamente faz sentido que ele faça uma distinção entre empresários do sexo masculino e feminino ao admitir novos membros. Nesse

³⁷⁹ Repise-se, nas palavras de Hellman, que “uma ação que distingue entre pessoas com base em seus atributos é inferiorizante se a realização da distinção e o tratamento diferenciado expressam o menor valor moral das pessoas em questão e se a pessoa ou entidade adotando a política ou prática possui suficiente poder ou status para que suas ações possam inferiorizar os outros”. No original: “An action that distinguishes among people on the basis of their attributes is demeaning if the distinction-drawing and differential treatment express the unequal moral worth of the persons in question and if the person or entity adopting the policy or practice has sufficient power or status such that its actions can put others down”. HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 42.

sentido ser um homem é um aspecto de mérito. No entanto, se o clube ocupa uma posição de poder ou status na cidade, seus critérios de afiliação podem inferiorizar as mulheres e em particular as mulheres que possuem empresas. Dessa forma, a proibição de traçar distinções que inferiorizam limita as concepções de mérito que podem ser usadas na seleção entre pessoas. [...] Uma linha de argumentação similar poderia ser usada para defender a decisão da Suprema Corte no caso *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1983), na qual a Corte considerou que os Jaycees, uma organização cívica masculina, não poderiam recusar a admissão de mulheres como membros plenos³⁸⁰.

Não restam dúvidas, portanto, acerca da possibilidade de aplicação da noção de discriminação como inferiorização na análise das distinções entre pessoas realizadas pelas associações. Assim, no direito brasileiro, nada obsta que esse modelo seja utilizado para subsidiar as decisões judiciais naqueles casos mais complexos que envolvem a colisão entre a autonomia associativa e a proibição de discriminação, isto é, naqueles casos em que não há uma definição jurídica clara a respeito da validade ou invalidade de determinada cláusula estatutária que estabelece um tratamento diferenciado entre pessoas.

Mas como, exatamente, essa operação poderia ser efetivada na prática? Com base na proposta de Deborah Hellman, a verificação dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados poderia ser dividida em duas etapas, uma relativa à dimensão expressiva e outra relativa à dimensão de poder. Na primeira etapa, a discussão giraria em torno da seguinte pergunta: o estabelecimento desse critério expressa a mensagem de que os sujeitos afetados possuem um menor valor moral? Já na segunda etapa, o debate seria canalizado para o seguinte questionamento: a associação que promove essa distinção apresenta um nível suficiente de influência social? Nos casos em que ambas as perguntas fossem respondidas afirmativamente, o tratamento distintivo questionado seria considerado inferiorizante e, conseqüentemente, discriminatório sob o ponto de vista moral. A presença ou ausência dessa caracterização, por sua vez, consubstanciaria um relevante argumento favorável ou desfavorável ao reconhecimento judicial da nulidade da respectiva cláusula

³⁸⁰ No original: “*The prohibition on drawing distinctions among people that demean will, however, put limits on the selection criteria an institution may use and thus on the permissible conceptions of merit that can be implemented. Merit-based selection is usually not demeaning, but sometimes it is. For example, suppose the business leaders in a town decide to form a businessmen’s club for which the membership criteria include being a man and owning a business in the town in question. Given the club’s self-understanding as a businessmen’s club, it surely makes sense that it draws a distinction between male and female business owners when admitting new members. In that sense being a man is an aspect of merit. Nonetheless, if the club occupies a place of power or status within the town, its membership criteria may well demean women and women business owners in particular. In this way, the prohibition on drawing distinctions that demean limits the conceptions of merit that can be used in selecting among people. [...] A similar line of argument could be used to defend the Supreme Court’s decision in *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1983), in which the Court held that the Jaycees, a men’s civic organization, could not refuse admission as regular members to women”.* HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008, p. 113 e nota 29.

estatutária por contrariedade ao direito fundamental à igualdade em sua faceta de vedação à discriminação.

A título ilustrativo, vejamos como poderia ocorrer a aplicação da noção de discriminação como inferiorização na análise de permissibilidade moral dos critérios de admissão estabelecidos pelos estatutos das seguintes associações fictícias: a) Associação dos Descendentes de Quilombolas do Município de Ibiá; b) Associação dos Medalhistas Olímpicos do Brasil; c) Associação das Pessoas Consideradas Dignas por Tício; e d) Associação de Vigilantes dos Bons Costumes. A fim de viabilizar uma demonstração mais apurada e factível, a apresentação de cada uma dessas entidades será acompanhada por uma breve contextualização envolvendo alguns elementos verídicos e outros ficcionais. Qualquer semelhança com a realidade, no entanto, é mera coincidência.

A Associação dos Descendentes de Quilombolas do Município de Ibiá (ADQMI) foi criada com o propósito de resgatar e preservar a memória do Segundo Quilombo do Ambrósio, que se instalou, durante o século XVIII, na região onde hoje se encontra o pequeno município mineiro de Ibiá. Como critério de admissão, a ADQMI exige a exibição de prova ou indício capaz de demonstrar que a ascendência do pretendente remonta à população que habitava o extinto quilombo local. Passado algum tempo de sua fundação, verificou-se que os únicos onze associados da ADQMI eram todos negros. Nesse contexto, alguém poderia alegar que o processo seletivo adotado, embora seja baseado em uma característica pessoal facialmente neutra, acaba excluindo a participação de candidatos brancos. Em outras palavras, alguém poderia alegar que a associação pratica discriminação racial indireta e reversa.

Sob a ótica da noção de discriminação como inferiorização, no entanto, o tratamento distintivo promovido pela Associação dos Descendentes de Quilombolas do Município de Ibiá não poderia ser considerado discriminatório. Isso porque o referido critério de admissão não preenche nenhuma das duas condições para a qualificação de uma diferenciação como inferiorizante. Em primeiro lugar, o impedimento à entrada de brancos, nesse caso concreto, não expressa o menor valor moral dos integrantes desse grupo. Essa conclusão é reforçada pelo fato de que, no contexto histórico-cultural brasileiro, não existe uma carga de significado negativo atrelada à exclusão dos brancos, que, pelo contrário, compõem uma categoria comparativamente privilegiada desde os tempos da colonização. Em segundo lugar, enquanto associação local, de atuação restrita e corpo reduzido, a ADQMI não possui um nível de poder social capaz de apresentar potencial inferiorizante.

A Associação dos Medalhistas Olímpicos do Brasil (AMOB), por sua vez, surgiu do objetivo de unir, em uma única instituição de grande prestígio, todos aqueles atletas

brasileiros já condecorados em Olimpíadas passadas. Para participar da AMOB, portanto, basta que a pessoa já tenha ganhado ao menos uma medalha olímpica na vida. A profunda admiração nacional pelos componentes da AMOB fez com que a associação alcançasse rapidamente uma posição de destaque midiático e de considerável influência política. Alguns esportistas brasileiros, contudo, passaram a tachar de discriminatório o critério de admissão mantido pela AMOB, ao argumento de que a exigência da condecoração olímpica era incompatível com a proporção e a importância assumida pela entidade.

Nesse caso, aplicando-se a teoria da discriminação proposta por Deborah Hellman, chegar-se-ia à conclusão de que o processo seletivo da Associação dos Medalhistas Olímpicos do Brasil não é discriminatório. Se por um lado é possível constatar a dimensão de poder, por outro lado não se verifica a dimensão expressiva exigida pelo conceito de inferiorização. O status apresentado pela AMOB indica que as distinções promovidas por essa instituição possuem um considerável potencial inferiorizante. Não se pode dizer, entretanto, que o critério de admissão utilizado pela AMOB transmite a mensagem de que as pessoas que nunca receberam medalhas olímpicas possuem um valor moral inferior ao daquelas pessoas que já receberam tal condecoração. A diferenciação de tratamento baseada no desempenho esportivo não costuma ser interpretada pelo povo brasileiro como um comportamento que desvaloriza os perdedores, mas sim como uma prática que contribui para a manutenção de um patamar saudável de competitividade.

A Associação das Pessoas Consideradas Dignas por Tício (APCDT), a seu turno, nasceu com o intuito exótico de albergar apenas os indivíduos que Tício reputasse como dignos. Nesse sentido, o pertencimento à APCDT funciona como uma espécie de certificação de que o associado leva uma vida valorosa de acordo com a concepção peculiar de Tício. Os critérios de admissão, como era de se esperar, refletem as características pessoais que Tício considera decisivas para a configuração da dignidade de um ser humano. Dentre outros requisitos de seleção bastante incomuns, o estatuto da associação exige que o pretendente a se associar nunca tenha cumprido pena em unidade prisional. A ideia da entidade não foi vista com bons olhos pela sociedade e por isso a APCDT nunca conseguiu superar a marca de seus três membros fundadores, respectivamente, Tício e seus dois filhos. Ainda assim, afigura-se questionável a explícita segregação de ex-detentos constatare do estatuto.

Embora seja inegavelmente suspeito, o critério de admissão adotado pela Associação das Pessoas Consideradas Dignas por Tício não é discriminatório do ponto de vista da noção de discriminação como inferiorização. Assim como ocorrera na hipótese da AMOB, o processo seletivo adotado pela APCDT preenche apenas uma das duas condições para que

uma diferenciação entre pessoas possa ser considerada inferiorizante. Ao contrário da hipótese anterior, contudo, verifica-se que nesse caso existe a dimensão expressiva, mas inexistente a dimensão de poder exigida pelo conceito de inferiorização. A previsão estatutária que impede a entrada de ex-detentos transmite claramente a mensagem de que esse grupo de indivíduos possui um valor moral comparativamente inferior. A força dessa linha interpretativa é redobrada pelo fato de que os egressos do sistema carcerário possuem uma longa história de estigmatização no Brasil. O grau de poder social apresentado pela APCDT, entretanto, é insuficiente para a identificação de potencial inferiorizante nas distinções realizadas pela entidade. Em outras palavras, a carência de prestígio e a ausência de predomínio em seu respectivo meio tornam a APCDT incapaz de atingir o nível mínimo de influência requerido pela ideia de inferiorização.

A Associação de Vigilantes dos Bons Costumes (AVBC), por fim, foi criada com o objetivo de mobilizar a população brasileira em prol da defesa de uma concepção particular de conduta socialmente aceitável. Os critérios de admissão da AVBC espelham a visão de mundo de seus fundadores e foram estipulados com vistas à manutenção da coesão ideológica da entidade. Nesse contexto, destaca-se um requisito de seleção particularmente polêmico, que impede o ingresso de pessoas homossexuais e transexuais no corpo associativo. Com o passar do tempo, a pauta conservadora da AVBC foi encampada por diversas pessoas naturais e jurídicas e a entidade conquistou grande visibilidade no cenário político brasileiro. O impedimento à participação imposto pela AVBC contra as pessoas consideradas sexualmente dissidentes constitui uma prática discriminatória?

Com base na teoria da discriminação defendida por Deborah Hellman, pode-se dizer que sim. Isso porque o tratamento diferenciado que a Associação de Vigilantes dos Bons Costumes dispensa às pessoas homossexuais e transexuais preenche tanto a dimensão expressiva quanto a dimensão de poder que compõe o conceito de inferiorização. Tendo em vista as circunstâncias do caso, o critério de admissão adotado pela AVBC expressa diretamente uma mensagem de desvalorização daqueles que não se enquadram nos moldes propostos pela instituição. Trata-se de interpretação corroborada pelo fato de que, na realidade brasileira, a diferenciação de pessoas homossexuais e transexuais carrega tradicionalmente uma carga de significado associada à crença de menor valor moral desses sujeitos. Além disso, a AVBC ocupa uma posição de considerável relevância sociopolítica no contexto nacional e, por isso, as diferenciações promovidas por essa associação têm o condão de inferiorizar os indivíduos afetados.

Realizado esse ensaio hipotético, é preciso apresentar algumas ressalvas importantes. Primeiramente, lembre-se que a concepção de Deborah Hellman é apenas uma entre várias outras teorias da discriminação que podem ser utilizadas de maneira isolada ou combinada para a análise dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados. Além disso, a opção pela abordagem da discriminação como inferiorização não impede o surgimento de divergências interpretativas acerca dos resultados que seriam obtidos a partir da aplicação desse modelo teórico específico. Repise-se, ainda, que a caracterização de um critério distintivo como não discriminatório ou como discriminatório nos termos da proposta de Hellman não acarreta necessariamente o reconhecimento da validade ou da invalidade da respectiva cláusula estatutária no campo do direito.

As conclusões alcançadas por meio da aplicação da noção de discriminação como inferiorização, no entanto, acarretam automaticamente o aumento do ônus argumentativo para que decisões judiciais sejam tomadas em sentido contrário. Assim, a invalidação de um critério admissional considerado não inferiorizante (como aqueles utilizados pela ADQMI, pela AMOB e pela APCDT) exigirá que o julgador elenque razões fortes o suficiente para justificar a proibição de um parâmetro estatutário que não viola o princípio do igual valor moral de todas as pessoas. Da mesma forma, a validação de um critério admissional considerado inferiorizante (como aquele utilizado pela AVBC) demandará que o intérprete jurídico apresente argumentos robustos o bastante para legitimar a permissão de uma cláusula estatutária que contraria o princípio do igual valor moral de todas as pessoas.

A análise dos casos narrados acima, realizada com base na noção de discriminação como inferiorização, demonstra como as teorias da discriminação podem ser utilizadas de maneira proveitosa no estabelecimento de limites jurídicos para os critérios de admissão, exclusão e categorização de associados. Se no contexto do direito brasileiro os debates sobre o conceito de discriminação ainda são relativamente incipientes, no campo da filosofia moral as reflexões normativas sobre a permissibilidade ou impermissibilidade de tratamentos diferenciados já apresentam um nível considerável de sofisticação. As teorias da discriminação oferecem modelos que viabilizam uma verificação metodologicamente controlada das diferenciações entre pessoas promovidas pelas associações. Nesse sentido, os parâmetros de verificação propostos pelas teorias da discriminação consubstanciam eixos argumentativos que, uma vez assimilados pelo universo jurídico, tornariam as discussões judiciais mais transparentes, coerentes e assertivas. Para que o problema da discriminação no âmbito associativo seja enfrentado adequadamente pelo ordenamento jurídico nacional, é

preciso que haja um mínimo de segurança acerca do referencial teórico que embasa a averiguação dos critérios distintivos integrantes dos estatutos das associações.

CONCLUSÃO

Há uma tensão inerente entre a autonomia associativa e a proibição de discriminação. O direito à liberdade de associação garante às associações a prerrogativa de definirem suas normas internas de acordo com seus próprios interesses. O direito à igualdade, no entanto, impede o estabelecimento de cláusulas estatutárias que configurem tratamentos diferenciados considerados discriminatórios. No contexto do direito brasileiro, a necessidade de revisitação do tema da discriminação no âmbito associativo se justifica tanto pela percepção da importância do papel social ocupado pelas associações quanto pela constatação da insuficiência das soluções atualmente apresentadas pela legislação, pela jurisprudência e pela doutrina nacionais. Afinal, quais são os limites jurídicos da diferenciação entre pessoas promovida pelas associações?

Em busca de respostas para esse questionamento, a trajetória investigativa percorrida pelo presente trabalho teve início com a análise da tutela constitucional da liberdade de associação no ordenamento jurídico nacional. A Constituição de 1988, embora não tenha sido a primeira Constituição brasileira a tratar da liberdade de associação, foi aquela que demonstrou o maior nível de preocupação com esse direito fundamental. Sob a égide da ordem constitucional vigente, o espectro de proteção da liberdade de associação foi ampliado para abranger diferentes aspectos operacionais das mais diversas formas de agremiação privada. O núcleo protetivo da liberdade de associação, enquanto direito fundamental, encontra-se nos incisos XVII a XXI do art. 5º da Constituição de 1988. Esses cinco dispositivos abrangem facetas individuais, coletivas, positivas, negativas e até processuais do direito fundamental à liberdade de associação.

Já no plano infraconstitucional, o Código Civil de 2002 inovou ao regular a associação como uma espécie autônoma de pessoa jurídica de direito privado. A associação, nos termos da legislação atual, corresponde à união de pessoas que se organizem para fins não econômicos e não se confunde com as organizações religiosas nem com os partidos políticos. Com vistas à concretização da liberdade de associação sem, contudo, descurar da preservação de outros interesses públicos relevantes, o Código Civil de 2002 estabeleceu um regime geral para as associações em sentido estrito. Assim, não obstante as críticas de excessiva intervenção legislativa nas relações associativas, a codificação vigente disciplinou uma série de questões atinentes à criação, ao funcionamento e à extinção das associações.

Na prática, a autonomia associativa traduz-se na prerrogativa que a associação possui de estipular livremente o conteúdo de seu próprio estatuto. Diferentemente do ato constitutivo, que se presta à aquisição de personalidade jurídica, o estatuto tem por finalidade definir a organização interna da associação. Uma vez aprovadas pela assembleia geral e registradas no cartório competente, as disposições estatutárias passam a vincular não apenas os associados que participaram da deliberação, mas também toda e qualquer pessoa que se submeta voluntariamente à esfera de autoridade da associação. Os estudos nacionais, no entanto, têm ignorado as peculiaridades relativas ao poder normativo das associações e à natureza jurídica do estatuto. De acordo com a doutrina realista das fontes do direito, que surgiu na França e contou com poucos adeptos no Brasil, o estatuto pode ser classificado como um ato-regra privado. Com base na terminologia mais consolidada na tradição civilista brasileira, todavia, é preferível o enquadramento dogmático do estatuto como um negócio jurídico unilateral e coletivo.

A liberdade de auto-organização das associações possui lastro constitucional, mas deve ser exercida em conformidade com os demais direitos fundamentais. Atualmente, é pacífico o reconhecimento de que os direitos fundamentais também vinculam de alguma forma os agentes privados. Não há consenso, no entanto, a respeito da melhor maneira de conciliar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais com a preservação da autonomia privada. Entre as diversas propostas internacionais, merecem destaque as teorias formuladas na Alemanha (teoria da eficácia indireta, teoria da eficácia direta, teoria da eficácia mediada por direitos em face do Estado e teoria integradora), bem como a teoria da *state action* desenvolvida nos Estados Unidos. No Brasil, em consonância com a tendência de busca por modelos menos rígidos e mais flexíveis, consolidou-se a tese de Ingo Wolfgang Sarlet segundo a qual os direitos fundamentais apresentam uma eficácia direta *prima facie* nas relações entre particulares. Essa concepção foi reforçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819-8/RJ (2005), que reconheceu expressamente a vinculação das associações aos direitos fundamentais. Nesse contexto, o maior desafio dos juristas nacionais tem sido a identificação de parâmetros que auxiliem na resolução dos casos mais complexos, como aqueles que envolvem a colisão entre a autonomia associativa e a proibição de discriminação.

O problema dos limites da diferenciação entre pessoas promovida pelas associações evidencia-se, sobretudo, nas situações de questionamento dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados. Juntos, esses três tópicos estatutários representam as principais balizas distintivas utilizadas no âmbito associativo. Os critérios de admissão definem quem

pode ingressar na associação, os critérios de exclusão determinam quem não pode permanecer associado e os critérios de categorização regulam as posições institucionais ocupadas por cada membro. Se por um lado o estabelecimento de distinções entre indivíduos é um atributo essencial da autonomia associativa, por outro lado os critérios estipulados pelas associações devem obedecer à proibição de tratamentos discriminatórios. Embora os estudos sobre esse dilema ainda sejam relativamente incipientes no Brasil, já é possível identificar algumas propostas de solução na jurisprudência, na legislação e na doutrina. A adequada compreensão das propostas nacionais, contudo, demanda a prévia consideração dos modelos estadunidense e espanhol, que exerceram uma influência significativa sobre as reflexões brasileiras.

Nos Estados Unidos, desenvolveu-se um intenso debate sobre a constitucionalidade das leis impeditivas da discriminação praticada pelas associações. A discussão acabou chegando na Suprema Corte, que analisou o tema em pelo menos quatro oportunidades distintas: *Roberts v. United States Jaycees* (1984); *Rotary Int'l v. Rotary Club of Duarte* (1987); *New York State Club Association Inc. V. City of New York* (1988) e *Boy Scouts of America v. Dale* (2000). Por meio desses julgamentos sucessivos, a Suprema Corte construiu o entendimento de que apenas as associações consideradas íntimas ou expressivas estariam desobrigadas do cumprimento da legislação antidiscriminatória. Assim, a despeito das críticas doutrinárias, a jurisprudência estadunidense consolidou um modelo decisório pautado pelos parâmetros da intimidade e da expressividade da associação.

Já na Espanha, as controvérsias giraram em torno da compatibilização entre a garantia da liberdade de associação e a proibição de tratamentos discriminatórios, ambas previstas expressamente na Constituição de 1978. Influenciados pelos desenvolvimentos do direito alemão, os juristas espanhóis têm defendido que a abrangência da autonomia das associações varia de maneira inversamente proporcional ao nível de poder apresentado por cada entidade. Quanto maior a posição social ocupada pela associação, menor será a sua liberdade para estabelecer os próprios critérios de admissão, exclusão e categorização de associados. Além de contar com a adesão de grande parte dos doutrinadores espanhóis, o parâmetro do predomínio socioeconômico da associação foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional no julgamento da *Sentencia* 218/1988 e do *Auto* 254/2001.

Ao contrário do que se verifica nos Estados Unidos e na Espanha, o Brasil não possui um modelo consolidado para o controle judicial das diferenciações entre pessoas praticadas pelas associações. Uma análise mais detida do direito brasileiro, no entanto, evidencia a existência de tentativas difusas de combate ao problema da discriminação no âmbito

associativo. Didaticamente, essas iniciativas endógenas podem ser agrupadas de acordo com a sua respectiva origem, seja ela jurisprudencial, legislativa ou doutrinária.

Em primeiro lugar, ao apreciar os critérios distintivos adotados por certos clubes, o Poder Judiciário nacional já reconheceu como discriminatórias pelo menos três condutas específicas: a) a recusa em admitir como dependente o neto de um associado (Recurso Especial n. 93.634/MG, julgado em 1999 pelo Superior Tribunal de Justiça); b) a recusa em admitir como dependente a companheira de um associado (Embargos Infringentes n. 83.534-4/0-01, julgados em 2000 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo); e c) a recusa em admitir como dependente o companheiro homoafetivo de um associado (Apelação n. 0132644-15.2011.8.26.0100, julgada em 2012 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo).

Em segundo lugar, a legislação brasileira estabelece algumas restrições à discricionabilidade seletiva de determinadas associações que desempenham papéis socialmente relevantes, tais como: a) os sindicatos (art. 540 do Decreto-Lei n. 5.452/1943); b) as associações consideradas estabelecimentos esportivos, casas de diversões ou clubes sociais abertos ao público (art. 9º c/c art. 1º da Lei n. 7.716/1989); c) as associações que compõem o sistema nacional de arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública de obras musicais, literomusicais e fonogramas (arts. 98, § 5º e 99-A, *caput*, da Lei n. 9.610/1999); e d) as associações que possuam o título de Organização da Sociedade de Civil de Interesse Público (art. 4º, I, da Lei n. 9.790/1999).

Em terceiro lugar, há alguns autores nacionais que escreveram considerações sobre o conflito entre a autonomia associativa e a proibição de discriminação. Esse é o caso, por exemplo, de Wendel de Brito Lemos Teixeira, Paulo Lôbo, Rodrigo Xavier Leonardo, Thiago Penido Martins, Gustavo Tepedino, André Rufino do Vale e Paulo Gustavo Gonet Branco. Embora as propostas doutrinárias sejam bastante diversificadas e ecléticas, é possível identificar uma tendência comum de classificação das associações em grupos com maior ou menor liberdade para estabelecer diferenciações entre pessoas. Nesse sentido, as principais referências dos escritores brasileiros têm sido os parâmetros estadunidenses da expressividade e da intimidade da associação e o parâmetro espanhol do predomínio socioeconômico da associação.

As respostas atualmente oferecidas pelo direito brasileiro, contudo, revelam-se insuficientes para o enfrentamento do problema da discriminação no âmbito associativo. As decisões judiciais e as leis federais que tratam do assunto são muito específicas e por isso não fornecem diretrizes gerais de avaliação das diferenciações entre pessoas promovidas pelas associações. As tentativas doutrinárias de categorização das associações em tipologias com

diferentes níveis de autonomia, por sua vez, não trazem consigo uma fundamentação teórica satisfatória e não afastam a necessidade de se apurar, diante de cada caso concreto, se os critérios distintivos efetivamente adotados no estatuto são compatíveis ou não com o ordenamento jurídico nacional. Seja qual for a espécie da associação em questão, a validade dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados dependerá, em grande medida, do efetivo contraste entre essas cláusulas estatutárias e o conceito jurídico de discriminação.

Ocorre que o direito brasileiro ainda é carente de discussões a respeito da definição dos elementos caracterizadores da discriminação. Apesar da expansão das normas antidiscriminatórias e não obstante o crescimento da atuação dos tribunais na defesa de pautas igualitárias, o aparato conceitual utilizado no combate judicial da discriminação permanece assistemático e desatualizado. A maioria dos juristas nacionais associa a discriminação à falha em atender, cumulativa e sucessivamente, aos requisitos da racionalidade e da constitucionalidade na diferenciação entre pessoas. Trata-se de modelo desenvolvido a partir da ideia de vedação ao arbítrio estatal e que corresponde ao que Celso Antônio Bandeira de Mello batizou de exigência de correlação lógica e compatibilidade com a Constituição, bem como ao que Luís Roberto Barroso denomina de exigência de racionalidade interna e racionalidade externa. Essa concepção, no entanto, apresenta algumas limitações, como a restrição à ideia de discriminação direta, a inadequação em relação à esfera privada e a circularidade argumentativa.

Nesse contexto, a hipótese do presente trabalho é que o enquadramento jurídico da discriminação pode ser aprimorado por meio da assimilação de aportes do campo da filosofia moral. Mais especificamente, acredita-se que as teorias da discriminação podem oferecer argumentos proveitosos para a delimitação da validade jurídica dos tratamentos diferenciados promovidos pelas associações. Debatidas principalmente nos países de origem anglo-saxã, as teorias da discriminação procuram identificar os fundamentos morais responsáveis pela caracterização de determinada diferenciação entre pessoas como justa ou injusta e, portanto, discriminatória. As teorias da discriminação abrangem diversos posicionamentos e podem ser classificadas em monistas, pluralistas, abrangentes, restritas, comparativas e não comparativas. Além disso, elas podem ser agrupadas em três grandes famílias: a) as teorias baseadas na intenção; b) as teorias baseadas no efeito; e c) as teorias baseadas no significado. Cada uma dessas vertentes privilegia um aspecto diferente na análise de permissibilidade moral dos tratamentos distintivos e por isso possui suas próprias vantagens e desvantagens. Tendo em vista a impossibilidade de detalhamento de todas as teorias da discriminação,

optou-se por testar a hipótese da pesquisa por meio da exposição e da aplicação de um único modelo teórico: a noção de discriminação como inferiorização.

Desenvolvida por Deborah Hellman, a noção de discriminação como inferiorização é considerada a concepção mais detalhada já oferecida dentro da família das teorias baseadas no significado. O ponto de partida da proposta de Hellman é a premissa de que a injustiça da discriminação decorre da violação do princípio do igual valor moral de todas as pessoas. De acordo com a autora, as diferenciações entre pessoas contrariam esse princípio quando acarretam a inferiorização dos sujeitos afetados. Para que um tratamento distintivo seja considerado inferiorizante, por sua vez, é necessário que ocorra o preenchimento de duas condições: a) a distinção deve transmitir a mensagem de que as pessoas envolvidas possuem menor valor moral; e b) a distinção deve ser promovida por um agente que apresente um grau suficiente de poder social. Esses requisitos correspondem, respectivamente, à dimensão expressiva e à dimensão de poder do conceito de inferiorização. Embora não elimine a existência de controvérsias interpretativas, a noção de discriminação como inferiorização possui o mérito de canalizar as divergências em dois eixos de investigação bem definidos.

De modo geral, pode-se afirmar que a noção de discriminação como inferiorização é compatível com as principais características do direito antidiscriminatório brasileiro. A dimensão expressiva da inferiorização, por exemplo, coaduna-se com a desconfiança jurídica que paira sobre as distinções realizadas com base em algumas características pessoais reputadas suspeitas, como cor da pele, gênero, nacionalidade, orientação sexual, religiosidade etc. Na visão de Deborah Hellman, a associação semântica com formas históricas de opressão e com desvantagens sociais atualmente observáveis faz com que esses traços especiais carreguem uma carga de significado tendente a expressar o menor valor moral dos sujeitos afetados. A dimensão de poder da inferiorização, por sua vez, corrobora a percepção jurídica bastante difundida de que a intensidade do controle estatal deve variar de acordo com o nível de poder social apresentado pelo agente responsável pela promoção do tratamento diferenciado. O mais relevante, no entanto, é a capacidade que a teoria da discriminação de Hellman possui de fundamentar a autonomia privada sem, contudo, deixar os indivíduos absolutamente desprotegidos. Ao invés de impor informações fortes sobre quais diferenciações entre pessoas são socialmente toleráveis, a noção de discriminação como inferiorização se limita a oferecer boas razões para a reprovação das distinções consideradas inferiorizantes.

Em um domínio mais restrito, nada obsta que a noção de discriminação como inferiorização seja aplicada para subsidiar as decisões judiciais nos casos mais complexos de

colisão entre autonomia associativa e proibição de discriminação. A partir da formulação de Deborah Hellman, a verificação dos critérios de admissão, exclusão e categorização de associados no direito brasileiro poderia ser dividida em duas etapas sucessivas. Em um primeiro momento, seria analisado se o estabelecimento do critério distintivo expressa, em seu respectivo contexto histórico-cultural, a mensagem de que os sujeitos afetados possuem um menor valor moral. Em um segundo momento, seria apurado se a associação que promove a distinção apresenta, em sua respectiva conjuntura concreta, um nível suficiente de influência social. Com base nessas duas avaliações, seria possível concluir pela caracterização ou não caracterização do tratamento diferenciado como inferiorizante. A conclusão pela impermissibilidade ou pela permissibilidade moral do tratamento distintivo em questão não determinaria necessariamente a invalidade ou a validade da cláusula estatutária questionada, mas acarretaria um pesado ônus argumentativo para que decisões judiciais fossem tomadas em sentido contrário.

Embora não representem respostas definitivas para a questão dos limites jurídicos da diferenciação entre pessoas promovida pelas associações, as reflexões construídas ao longo do presente trabalho indicam alguns caminhos com grande potencial. A repressão judicial da discriminação praticada no âmbito associativo demanda, preliminarmente, um maior detalhamento dogmático da autonomia associativa, suas bases positivas, suas formas de manifestação e suas restrições sistêmicas. Além disso, é preciso analisar criticamente as propostas apresentadas atualmente no cenário nacional e no cenário internacional para o controle dos critérios de admissão, exclusão e diferenciação de associados. Por fim, tendo em vista a insuficiência da compreensão de discriminação predominante no direito brasileiro, faz-se necessária a busca por aportes interdisciplinares que viabilizem uma definição mais clara dos elementos responsáveis pela caracterização de um tratamento distintivo como discriminatório. O exame da noção de discriminação como inferiorização formulada por Deborah Hellman consubstancia um bom exemplo de como as teorias normativas desenvolvidas no campo da filosofia moral podem ser utilizadas para sofisticar a avaliação judicial das cláusulas estatutárias supostamente discriminatórias.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA; CONSELHO DA EUROPA. **Manual sobre a legislação europeia antidiscriminação**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011.

ALEXANDER, Larry. What makes wrongful discrimination wrong?: biases, preferences, stereotypes, and proxies. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 141, p. 149-219, 1992.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. Recuperação judicial de associações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. A exclusão do associado: breves linhas interpretativas e a busca pelos contornos essenciais das previsões estatutárias. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Daniel de Pádua. O ato jurídico como fonte do direito: contributos da “doutrina moderna das fontes” para uma reconstrução pluralista da teoria geral do direito. In: FIALHO, Cláudia; NUNES, Maria Emília Naves; CHADI, Ricardo (Org.). **Direito civil aplicado**. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Damião Alves de. Partidos políticos, organizações religiosas e instituições confessionais: sua adequação ao novo Código Civil e a continuidade de convênios públicos. **Revista CEJ**, Brasília, n. 32, p. 101-107, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/705/885>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação: estudos**. São Paulo: LTr, 2000.

BERNSTEIN, David E. Antidiscrimination laws and the First Amendment. **Missouri Law Review**, v. 66, n. 1, p. 83-139, winter 2001.

BIANCA, C. Massimo. **Le autorità private**. Nápoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1977.

BINENBOJM, Gustavo. As associações e o novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 23, p. 207-229, jul./set. 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais. **Direito Público**, Porto Alegre; Brasília, v. 1, n. 2, p. 170-174, out./dez. 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 1.444.707/SP. Recorrente: Esporte Clube Pinheiros. Recorrido: José Pedro dos Santos. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 7 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial n. 650.373/SP. Recorrente: Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição Família e Propriedade – TFP. Recorrentes: Caio Vidigal Xavier da Silveira e outros. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Redator para o acórdão: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 29 de março de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 20.982-5/MG. Recorrente: Uirapuru Iate Clube. Recorridos: Feliciano Fantini e outros. Relator: Min. Dias Trindade. Redator para o acórdão: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 10 de novembro de 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 758.621/RJ. Recorrente: João Manuel de Almeida e outro. Recorrido: Club de Regatas Vasco da Gama. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília, 9 de agosto de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial n. 93.634/MG. Recorrente: Orlei Dias de Araújo. Recorrido: Minas Tênis Clube. Relator: Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, 24 de agosto de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 12.809/MG. Recorrente: Paulo Eduardo Almeida de Mello. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Rogério dos Santos Terra. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 22 de março de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.272/DF. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de dezembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.054-4/DF. Requerente: Partido Social Trabalhista – PST. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Ilmar Galvão. Redator para o acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 2 de abril de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026-4/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 8 de junho de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.045-1/DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de agosto de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.464-2/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, 29 de outubro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.587-8/DF. Requerente: Governador do Distrito Federal. Requerido: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de dezembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062/DF. Requerentes: ABRAMUS – Associação Brasileira de Música e Artes e outros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.065/DF. Requerente: União Brasileira de Compositores – UBC. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 27 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Mandado de Segurança n. 22.643-9/SC. Impetrante: Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina – CREMESC e outro. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília, 06 de agosto de 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Mandado de Segurança n. 24.509/DF. Impetrante: César de Moraes Sabbag e outros. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 23 de outubro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário n. 573.232/SC. Recorrente: União. Recorrido: Fabrício Nunes e outro(a/s). Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Redator para o acórdão: Min. Marco Aurélio. Brasília, 14 de maio de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Repercussão Geral no Agravo de Instrumento n. 745.831/SP. Agravante: Teresinha dos Santos. Agravado: Associação de Proprietários Amigos da Porta do Sol – APAPS. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 20 de outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 820.823/DF. Reclamante: Rosilena Fernandes dos Santos. Reclamado: Associação dos Agentes de Polícia Civil do Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 20 de outubro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo de Instrumento n. 110.846-1/PR. Agravante: Banco de Desenvolvimento do Paraná S.A. Agravados: Jatyr Mastriani de Godoy e sua mulher. Relator: Min. Célio Borja. Brasília, 17 de junho de 1986.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 158.215-4/RS. Recorrentes: Ayrton da Silva Capaverde e outros. Recorrida: Cooperativa Mista São Luiz Ltda. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF. Recorrente: Joseph Halfin. Recorrida: Compagnie Nationale Air France. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, 29 de outubro de 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 201.819-8/RJ. Recorrente: União Brasileira de Compositores - UBC. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarrinho. Relator: Min.^a Ellen Gracie. Redator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 11 de outubro de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 253.604/RS. Recorrente: Egídio Ervino Knecht. Recorrido: Município de Estrela. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 18 de setembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 74.820/SP. Recorrentes: Instituto Mackenzie, Oswaldo Müller da Silva e outros. Recorrida: Igreja Presbiteriana do Brasil. Relator: Min. Antonio Neder. Brasília, 26 de novembro de 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário n. 77.294/SP. Recorrente: Instituto Mackenzie. Recorrida: Igreja Presbiteriana do Brasil. Relator: Min. Antonio Neder. Brasília, 29 de outubro de 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Terceira Turma. Recurso Extraordinário n. 63.279/SP. Recorrente: Orlando Saraiva Novais. Recorrido: Santos Football Club. Relator: Min. Amaral Santos. Brasília, 15 de março de 1968.

BUSS, William. Discrimination by private clubs. **Washington University Law Review**, v. 67, n. 3, p. 815-853, 1989.

CAMINHA, Unie. O direito de voto nas associações: possibilidade de aplicação das regras de direito societário quanto ao seu exercício. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Unie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no sistema de direito privado. **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 7, n. 22, p. 15-20, jan./mar. 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBALLAL, Luís Barreiro. Democracia interna y derecho de asociación. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña**, v. 12, p. 57-67, 2008.

- CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.
- CARPENTER, Dale. Expressive association and anti-discrimination law after Dale: a tripartite approach. **Minnesota Law Review**, v. 85, p. 1515-1589, 2001.
- CHEMERINSKY, Erwin; FISK, Catherine. The expressive interest of associations. **William & Mary Bill of Rights Journal**, v. 9, n. 3, p. 595-617, 2001.
- CODERCH, Pablo Salvador. Introducción. In: CODERCH, Pablo Salvador (Coord.). **Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada**. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 1. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 4. 4. ed. Colab. A. Barreto Meneses. Coimbra: Almedina, 2016.
- CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. De associação sem fins lucrativos à sociedade lucrativa: a legitimidade dos atos de transformação. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais, e pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- DISCRIMINATION in private social clubs: freedom of association and right to privacy. **Duke Law Journal**, v. 19, n. 6, p. 1181-1222, dec. 1970.
- DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 2. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, 1921.
- EMERSON, Thomas I. Freedom of association and freedom of expression. **The Yale Law Journal**, v. 74, n. 1, p. 1-35, nov. 1964.
- ENDEJANN, N. Nicole. Coming out is a free pass out: Boy Scouts of America v. Dale. **Akron Law Review**, v. 34, n. 4, p. 1-25, July 2015.
- ESTREICHER, Samuel. Federal power to regulate private discrimination: the revival of the enforcement clauses of the reconstruction era amendments. **Columbia Law Review**, v. 74, p. 449-527, 1974.

FAILINGER, Marie A. Equality versus the right to choose associates: a critique of Hannah Arendt's view of the Supreme Court's dilemma. **University of Pittsburgh law review**, v. 49, p. 143-188, 1987.

FARRERES, Germán Fernández. **Asociaciones y Constitución**. Madrid: Civitas, 1987.

FIUZA, Ricardo. **O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento**. Colab. Mário Luiz Delgado Régis. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

GLUCK, David Giménez. Asociación, discriminación y Constitución: los límites entre la autonomía asociativa y el derecho de los socios – y aspirantes a serlo – a no ser discriminados. **Revista de Derecho Político**, n. 79, p. 143-171, set./dez. 2010.

GOMES, Orlando. Associação civil... **Revista dos Tribunais**, v. 445, ano 61, p. 37-44, nov. 1972.

GOMES, Orlando. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GONÇALVES, Pedro António Pimenta da Costa. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. O estatuto da associação: conteúdo e limitações. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

GRESSAYE, Jean Brethe de la; LABORDE-LACOSTE, Marcel. Introduction générale a l'étude du droit. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

GUTMANN, Amy. Freedom of association: an introductory essay. In: GUTMANN, Amy (Edit.). **Freedom of association**. Princeton: Princeton University Press, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HELLMAN, Deborah. Concept of discrimination. In: CHADWICK, Ruth. **Encyclopedia of applied ethics**. 2. ed. San Diego: Academic Press, 2012.

HELLMAN, Deborah. Discrimination and social meaning. In: LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018.

HELLMAN, Deborah. Equal protection in the key of respect. **The Yale Law Journal**, v. 123, p. 3036-3062, 2014.

HELLMAN, Deborah. Equality and unconstitutional discrimination. In: HELLMAN, Deborah; MOREAU, Sophia (Ed.). **Philosophical foundations of discrimination law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

HELLMAN, Deborah. Indirect discrimination and the duty to avoid compounding injustice. In: COLLINS, Hugh; KHAITAN, Tarunabh (Ed.). **Foundations of indirect discrimination law**. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2018.

HELLMAN, Deborah. The expressive dimension of equal protection. **Minnesota Law Review**, v. 85, p. 1-69, 2000.

HELLMAN, Deborah. Two concepts of discrimination. **Virginia Law Review**, v. 102, n. 4, p. 895-952, jun. 2016.

HELLMAN, Deborah. **When is discrimination wrong?**. Cambridge; London: Harvard University Press, 2008.

HENKIN, Louis. Shelley v. Kraemer: notes for a revised opinion. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 110, n. 4, p. 473-504, Feb. 1962.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

INAZU, John D. The unsettling “well-settled” law of freedom of association. **Connecticut Law Review**, v. 43, n. 1, p. 149-207, nov. 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil**: 2010. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Fundacoes_Privadas_e_Associacoes/2010/fasfil.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2018.

JÈZE, Gaston. **Les principes généraux du droit administratif**. 3. ed. Paris: Marcel Giard, 1925.

KHAITAN, Tarunabh. Prelude to a theory of discrimination law. In: HELLMAN, Deborah; MOREAU, Sophia (Ed.). **Philosophical foundations of discrimination law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

KOPPELMAN, Andrew. Should noncommercial associations have an absolute right to discriminate?. **Law and Contemporary Problems**, v. 67, p. 27-57, autumn 2004.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, ano 9, n. 33, p. 123-165, out./dez. 2015.

LEE, Kurtis. First came acceptance of gay and transgender Scouts. Now girls can be Boy Scouts. **Los Angeles Times**, 11 outubro 2017, Nation. Disponível em: <

<http://www.latimes.com/nation/la-na-boy-scouts-girls-20171011-story.html>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

LÉGAL, Alfred. GRESSAYE, Jean Brethe de la. **Pouvoir disciplinaire dans les institutions privées**. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1938.

LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. **Direito potestativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LENKIEWICZ, Thaddeus Matthew. Green jacktes in men's sizes only: gender discrimination at private country clubs. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 44, p. 777-818, 2011.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A arbitragem nas associações: reflexões a partir de sua natureza jurídica. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LETO, Anthony L. New York State Club Association v. City of New York: ending gender-based discrimination in private clubs – are associational rights still protected?. **Hastings Constitutional Law Quarterly**, v. 16, p. 623-637, summer 1989.

LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. **Born free and equal?: a philosophical inquiry into the nature of discrimination**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. Discrimination and equality. In: MARMOR, Andrei (Ed.). **The Routledge Companion to Philisophy of Law**. New York; Abingdon: Routledge, 2012.

LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. The philosophy of discrimination: an introduction. In: LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (Ed.). **The Routledge Handbook of the ethics of discrimination**. New York; Abingdon: Routledge, 2018.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

LÔBO, Paulo. Direito dos membros das associações civis. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2, n. 1, p. 1445-1458, 2016.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; VIEIRA, Mônica Silveira; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira e; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **A LICC e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAIELLO, Anna Luiza Duarte. **Aspectos fundamentais do negócio jurídico associativo**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MALLO, Francisco López-Nieto y. **Manual de asociaciones**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1992.

MARQUES, José Frederico. Associação civil... **Revista dos Tribunais**, v. 445, ano 61, p. 19-25, nov. 1972.

MARSHALL, William P. Discrimination and the right of association. **Northwestern University Law Review**, v. 81, n. 1, p. 68-105, 1986.

MARTÍN-HUERTAS, María-Ascensión. El derecho de asociación en el constitucionalismo español y su desarrollo. **Estud. Socio-Juríd.**, Bogotá, v. 11, n. 2, p. 47-81, jul./dic. 2009.

MARTÍNEZ, Carmen Navarro (Coord.). **Legislación sobre igualdad de trato y no discriminación**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Privado**, ano 8, n. 30, p. 265-304, abr./jun. 2007.

MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de teoria geral do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2005.

MCKENNA, Lois M. Freedom of association or gender discrimination?: New York State Club Association v. City of New York. **The American University Law Review**, v. 38, p. 1061-1092, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 1ª parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Normas cogentes e dispositivas de direito de família. **Revista de direito privado**, São Paulo, v. 9, n. 35, p. 211-228, jul./set. 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Décima Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0024.05.737802-8/001. Apelantes: Ismar Geraldo Pontes Nogueira e outros. Apelado: AABR – Associação Atlético Banco Real. Relator: Des. Roberto Borges de Oliveira. Belo Horizonte, 12 de setembro de 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOEGENBURG, Julie A. Freedom of association and the private club: the installation of a “threshold” test to legitimize private club status in the public eye. **Marquette Law Review**, v. 72, n. 3, p. 403-433, spring 1989.

MONTEIRO, Ralpo Waldo de Barros. Arts. 40 a 61. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Comentários ao novo código civil**: das pessoas. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOYA, Frederico Arnau. **Lecciones de derecho civil**. v. I. Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2009.

MURPHY JR., James P. Public accommodations: what is a private club?. **Montana Law Review**, v. 30, n. 1, p. 47-58, fall 1968.

NERY, Liliana Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

NONATO, Orosimbo. Associação civil... **Revista dos Tribunais**, v. 445, ano 61, p. 51-60, nov. 1972.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

ORGANIZATION FOR SECURITY AND COOPERATION IN EUROPE, Office for Democratic Institutions and Human Rights. **Guidelines on freedom of association**. Warsaw: OSCE's Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2015. Disponível em: <<https://www.osce.org/odihr/132371?download=true>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Associação civil... **Revista dos Tribunais**, v. 445, ano 61, p. 25-37, nov. 1972.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1. 25. ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Vantagens especiais atribuídas a associados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Unie (Org.). **Associações**: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

PINHEIRO, Flavia de Campos. **O conteúdo constitucional da liberdade de associação**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062856.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Associação civil... **Revista dos Tribunais**, v. 445, ano 61, p. 44-51, nov. 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PRIDMORE, Allison; CHEN, Er Jia. Freedom of expressive association and discrimination on the basis of sexual orientation. **The Georgetown Journal of Gender and The Law**, v. 17, p. 281-301, 2016.

RACHELS, James. **Elementos de filosofia moral**. Trad. F. J. Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gradiva, 2004.

REALE, Miguel. Associação civil... **Revista dos Tribunais**, v. 445, ano 61, p. 11-19, nov. 1972.

REALE, Miguel. **Estudos preliminares do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RIBA, Josep Ferrer i; CODERCH, Pablo Salvador. Asociaciones, democracia y *drittwirkung*. In: CODERCH, Pablo Salvador (Coord.). **Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada**. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Exercício de atividade empresária por associação: avanço ou retrocesso social?. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Porto Alegre. Sétima Vara Cível do Foro Central. Processo n. 001/1.12.0308352-2. Autor: Norberto de Borba Nunes. Réu: Grande Oriente do Rio Grande do Sul – GORGS; Jose Aristides Pires; Aduino Machado Pires. Juíza: Oyama Assis Brasul de Moraes. Porto Alegre, 14 de junho de 2018.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIVERO, Jean. La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées. In: INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME. **René Cassin: amicorum discipulorumque liber**. v. III. Paris: Éditions A. Pedone, 1971.

ROBERTO, Giordano Bruno. **Introdução à história do direito privado e da codificação: uma análise do novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2011.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neconstitucionalismo e dos princípios. **O Direito**, ano 143, n. II, p. 43-66, 2011.

RUTHERGLEN, George. Concrete or abstract conceptions of discrimination?. In: HELLMAN, Deborah; MOREAU, Sophia (Ed.). **Philosophical foundations of discrimination law**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

SANTOS-PINTO. **As associações não personificadas no plano da existência**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35673>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Embargos Infringentes n. 147.324. Embargante: Igreja Presbiteriana do Brasil. Embargados: Oswaldo Müller da Silva, Rodolpho Ortenblad e outros. Relator: Juiz Evaristo dos Santos. São Paulo, 14 de setembro de 1971.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Décima Terceira Câmara Civil. Apelação n. 154.399-2. Apelante: Associação dos Empregados do Comércio de Franca. Apelada: Edna Fátima Gerais. Relator: Des. Isidoro Carmona. São Paulo, 24 de abril de 1990.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Apelação de São Paulo. Primeira Câmara Civil. Apelação n. 23.109. Apelante: Automóvel Clube de São Paulo. Apelado: Dr. Auro Martins. Relator: Des. V. Penteado. São Paulo, 18 de setembro de 1944.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Primeira Câmara de Direito Privado. Apelação n. 9219922-46.2007.8.26.0000. Apelante: Ocimar de Oliveira Santos. Apelada: AABB – Associação Atlética Banco do Brasil. Relator: Des. Luiz Antonio de Godoy. São Paulo, 19 de julho de 2011.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Primeira Câmara de Direito Privado. Embargos Infringentes n. 83.534-4/0-01. Embargante: Clube Espéria. Embargado: L. F. F. C. Relator: Des. Gildo dos Santos. São Paulo, 8 de fevereiro de 2000.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sexta Câmara de Direito Privado. Apelação n. 0132644-15.2011.8.26.0100. Apelante: Club Atlético Paulistano. Apelado: Ricardo Tapajós Martins Coelho Pereira. Relator: Des. Fortes Barbosa. São Paulo, 29 de novembro de 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Sétima Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n. 2078081-07.2015.8.26.0000. Agravante: Luis Claudio Lacerda e G. E. R. C. Tricolor Independente. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Des.^a Silvia Maria Facchina Espósito Martinez. São Paulo, 24 de fevereiro de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

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. Direitos fundamentais e direito privado: notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 12, n. 4, p. 63-88, jul./set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, p. 1-30, jul./set. 2012.

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**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAWYER, Thomas H. Private golf clubs: freedom of expression and the right to privacy. **Marquette Sports Law Review**, v. 3, n. 2, p. 187-213, spring 1993.

SFORZA, Widar Cesarini. **El derecho de los particulares**. Trad. José Calvo González. Madrid: Editorial Civitas, 1986.

SHIFFRIN, Seana L. What is really wrong with compelled association? **Northwestern University Law Review**, v. 99, n. 2, p. 839-888, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LIMA NETO, Francisco Vieira. A favor das relações econômico-negociais: o princípio do *favor negotii* no Código Civil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 10-41, abr. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/19947/18793>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter; FOGELIN, Robert J. **Understanding arguments**: an introduction to informal logic. 8. ed. Belmont: Wadsworth, 2010.

SINOPOLI, Richard C. Associational freedom, equality, and rights against the State. **Political Research Quarterly**, v. 47, n. 4, p. 891-908, Dec. 1994.

SLAIBI FILHO, Nagib. Da associação no novo Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 7, n. 27, p. 42-62, 2004.

SMART, Christopher W. The First Amendment: expressive association or invidious discrimination?. **Florida Law Review**, v. 53, p. 389-398, 2001.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. Critérios diferenciados de voto nas associações civis. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SPEYER, Katherine E. New York State Club Association v. City of New York: the demise of the all-male club. **Pace Law Review**, v. 10, n. 1, p. 273-325, winter 1990.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

STATE power and discrimination by private clubs: first amendment protection for nonexpressive associations. **Harvard Law Review**, v. 104, p. 1835-1856, 1991.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades: semelhanças e distinções à luz da noção de contrato plurilateral. **Revista de Direito Privado**, v. 21, ano 6, p. 223-234, jan./mar. 2005.

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. **Manual das associações civis**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. A admissão de associados e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: a constitucionalidade de critérios admissionais diferenciados. In: FRAZÃO, Ana; GONÇALVES, Oksandro; CAMINHA, Uinie (Org.). **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

THUR, Andreas von. **Derecho civil**. v. I. Trad. Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1946.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: sentimentos e opiniões**. v. II. Trad. Eduardo Brandão. Martins Fontes: São Paulo, 2004.

TOFILON, Joseph L. Masters of discrimination: Augusta National Golf Club, Freedom of Association, and Gender Equality in Golf. **The Journal of Gender, Race & Justice**, v. 9, p. 189-210, 2005.

UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos disciplinarios privados: un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones. **Derecho privado y Constitución**, n. 9, p. 45-94, mayo/agosto 1996.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **Libertad de asociación y derechos de los socios**. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1997.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 18, p. 147-189, 2006.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007.

VALE, André Rufino do. Drittwirkung de direitos fundamentais e associações privadas. **Direito Público**, Porto Alegre; Brasília, v. 3, n. 9, p. 53-74, jul./set. 2005.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

VARELA, Paul. A scout is friendly: freedom of association and the state effort to end private discrimination. **William & Mary Law Review**, v. 30, p. 919-955, 1989.

VERA, José Bermejo. La dimensión constitucional del derecho de asociación. **Revista de Administración Pública**, n. 136, p. 119-148, enero/abr. 1995.