

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Flavia de Campos Pinheiro

O conteúdo constitucional da liberdade de associação

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2008**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Flavia de Campos Pinheiro

O conteúdo constitucional da liberdade de associação

MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Prof. Doutor Luiz Alberto David Araujo.

**SÃO PAULO
2008**

Banca examinadora

Dedicatória

*Dedico este trabalho às três gerações que completam o sentido da minha vida:
à minha mãe, meu alicerce, a luz que guia meu caminho.*

*À Mônica, símbolo da amizade verdadeira, que está sempre ao meu lado em todas as dificuldades
enfrentadas e vitórias alcançadas. Seu amor de irmã faz parte da minha história.*

*Aos meus dois amores: Lucca, que me ensinou a viver com a graça de uma criança, que ama
incondicionalmente e aproveita cada segundo com a intensidade da efemeridade do tempo;
e Vinícius, que me ensinou que todos os obstáculos da vida são transponíveis
quando existe o propósito de viver!*

*E ao meu pai (in memoriam) que, contemplando as três gerações, perpetuou-se em nossas vidas
através da saudade e da lembrança constante de sua presença.*

Agradecimentos

Agradeço ao professor Dr. Luiz Alberto David Araujo, meu orientador, que, com a paciência e o rigor de um Mestre por vocação e excelência, foi minha inspiração para o propósito de trilhar a estrada acadêmica. Transpondo os limites da sala de aula, proferiu-me lições de vida durante todos esses anos de convivência suave e amizade constante.

À família, mamãe, Diguinho (in memorian), Mô, Marcelo, Lucca, Vinicius, vovó Loli, Pi, Aninha, Helô, Zé, Tia Gis, Tio Waill, Zeca e Denise, que demonstraram que nem a ausência é capaz de afrouxar o laço que nos une.

Aos meus amigos de longa data, Dri, Lu, Gabi, Má, Pati, Fer, Ná, Tati, Lilian, Ana Cláudia e Fefo, pela compreensão de minha ausência, pelo apoio no cansaço e no stress, pelas palavras de conforto nas horas angustiantes, e, sobretudo, por estarem ao meu lado nesse momento de vitória. A amizade sublima todas as dificuldades!

Ao Tiago Cardoso Zapater, amigo para sempre, pelas incansáveis discussões acadêmicas a que nos propusemos, com quem aprendi muito e continuo aprendendo.

Aos meus amigos da PUC, Felipe, Gabi, João Paulo, Rafael Pretto, Vitore, Dimitri, Pedro, Fernanda e Gianvito, pela alegria imensa de compartilharmos da mesma causa!

A Cíntia e Flavinha, amigas queridas que adquiri através do contato mais próximo com meu orientador.

Ao Dr. Gustavo Junqueira, ex-chefe e grande amigo que, pelo brilhantismo e competência, desperta-me a vontade de estudar cada vez mais.

A Michelle e Sr. Aparecido, pelo convívio diário que trazem paz ao ambiente de trabalho.

À equipe de pós-graduação da PUC/SP.

A todos os meus amigos que contribuíram pela conquista desse trabalho pelo simples fato de fazerem parte de minha vida!

Autora: Flavia de Campos Pinheiro

Título: O conteúdo constitucional da liberdade de associação

RESUMO

A liberdade de associação prevista como direito fundamental apresenta-se como uma das feições da liberdade individual. É direito de exercício coletivo que, através da conjugação de esforços, busca alcançar uma finalidade comum e edificante.

O conteúdo constitucional do direito de associação depreende da reunião de alguns elementos caracterizadores desse direito que o conformam ao ordenamento jurídico-constitucional. Soma-se a isso, para assegurar-lhe efetividade, a previsão de garantias que permitam ao indivíduo o pleno gozo de tal liberdade.

O trabalho prevê à associação um conjunto de elementos, direitos, garantias e vedações que identificam a feição constitucional desse direito. Além disso, estuda a limitação do poder estatal e a segurança jurídica para sua existência.

O tema desenvolveu-se em razão da importância que a liberdade de associação, se bem aplicada, parece ter à efetivação de outros direitos igualmente fundamentais, visando, com isso, o alcance da almejada democracia.

Contudo, é necessário reconhecer o conteúdo constitucional da liberdade de associação, para utilizá-la como importante instrumento de concretização de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: liberdade - associação - direito fundamental - democracia

ABSTRACT

The freedom of association as a fundamental right is one of the characteristics of individual freedom. It is the right of collective exercise that, through a combination of efforts, aims to achieve a common and edifying goal.

The understanding of the constitutional content of the freedom of association derives from the gathering of some elements which characterise this freedom, and they comply with the legal system. In addition to this, in order to guarantee its effectiveness, one needs to consider the instruments which allow the individual the full enjoyment of this freedom.

The thesis foresees to the association a set of elements, rights, instruments and prohibitions which identifies the constitutional characteristic of such freedom. Furthermore, it studies the limitation of state power and the juridical security for its existence.

The topic was developed on the grounds of the importance that the freedom of association, if well applied, seems to have in relation to the effectiveness of other rights, equally fundamental, and it aspires to achieve democracy.

Therefore, it is necessary to recognise the constitutional content of the freedom of association in order to use

Keywords: freedom - association - fundamental right - democracy

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
I – DIREITOS FUNDAMENTAIS	03
1.1 Fundamento dos direitos humanos: dignidade da pessoa	09
1.2 Origem e conceito	13
1.3 Características	15
1.4 Classificação	22
1.5 Destinatários	25
1.6 Evolução	27
II – DIMENSÕES DE DIREITOS.....	33
2.1.Os direitos fundamentais de primeira dimensão	37
2.2 Os direitos fundamentais de segunda dimensão	38
2.3 Os direitos fundamentais de terceira dimensão	42
2.4 Os direitos fundamentais de quarta dimensão	43
III - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS PARA SUA PROTEÇÃO.....	46
3.1 A Declaração de Independência dos Estados Unidos	49
3.2 Declaração de Direitos do homem e do cidadão (1789)	50
3.3 Constituição da França (1848).....	52
3.4 Convenção de Genebra (1864)	52
3.5 Constituição mexicana (1917)	53
3.6 Constituição de Weimar (1919)	54
3.7 Carta das Nações Unidas (1945)	55
3.8 Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)	56
3.9 Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966)	58
3.10 Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais	59
3.11 Pacto de San José da Costa Rica (1969)	60
IV - DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES E NA ATUAL	62
4.1 Constituições anteriores	62
4.2 Constituição de 1988	66
V - SOBRE A LIBERDADE	69
5.1 Conceito	69
5.2 Liberdade negativa e liberdade positiva	76
5.3 Direitos de liberdade individual e liberdade coletiva	78
5.4 Liberdade interna e liberdade externa.....	81
VI - LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO	83
6.1 Conceito	83
6.2 Abrangência	91

6.2.1 Associação	91
6.2.2 Sociedade	93
6.2.3 Organização	96
6.2.4 Fundações	98
6.2.5 Cooperativas	99
6.2.6 Associações sindicais	100
6.2.7 Partidos políticos	102
6.3 Amplitude constitucional da associação	103
VII - LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES	105
VIII - CONCEITO E ELEMENTOS DO DIREITO DE ASSOCIAÇÃO	115
8.1 Conceito	115
8.2 Elementos	118
8.2.1 Plurissubjetividade	118
8.2.2 Organização com vista à finalidade comum (direção unificante)	121
8.2.3 Permanência	126
8.2.4 Finalidade lícita	126
8.2.5 Base contratual	134
8.2.6 Voluntariedade	136
IX - DIREITOS COMPONENTES DA LIBERDADE ASSOCIATIVA	138
9.1 Direitos concernentes à entidade: criação e dissolução	138
9.2 Direitos inerentes ao indivíduo: adesão e desligamento	141
X - TITULARIDADE	143
10.1 Associação: direito individual de exercício coletivo	143
10.2 Pessoas jurídicas	144
XI - GARANTIAS COLETIVAS DO DIREITO DE ASSOCIAÇÃO	145
11.1 Limitação ao Poder do Estado.....	146
11.2 Segurança jurídica à existência das associações e cooperativas	149
XII - VEDAÇÕES	153
12.1 Fins ilícitos	153
12.2 Caráter paramilitar	155
XIII - A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS	159
13.1 Autorização para representar seus associados judicial ou extrajudicialmente	160
13.2 Legitimados na ação civil pública	162
13.3 Legitimados no mandado de segurança coletivo	167
13.4 Legitimados no controle de constitucionalidade	171
XIV - EFICÁCIA E APLICABILIDADE DOS DISPOSITIVOS SOBRE A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO.....	178
CONCLUSÕES.....	188
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	191

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a liberdade constitucional de associação, direito fundamental que assegura ao indivíduo a possibilidade de realizar determinados fins, através do esforço comum com outras pessoas, e que, sozinho, encontraria grande dificuldade para alcançar.

O ser humano, em conjunto com seus semelhantes, fortalece suas possibilidades de executar obras, lutar pela efetivação de seus direitos, atingindo tanto seus objetivos individuais como os que são em benefício da comunidade. Forças aglutinadas multiplicam possibilidades empreendedoras.

A associação traz em si duas idéias fundamentais: a tendência do homem para o convívio em sociedade e a vantagem existente na conjugação de forças, o que propicia o desenvolvimento do fenômeno associativo. Para utilizá-lo de forma efetiva, é necessário conhecer o conteúdo desse direito.

Atualmente, no Brasil, verificam-se aos fenômenos da falta de representatividade da população e da ineficácia de decisões judiciais em razão da forte demanda de processos que assolam o Judiciário. Normalmente são demandas individuais que, muita vez, discutem o mesmo objeto, o que poderia facilmente ser realizado em demandas coletivas, desafogando o Judiciário nas questões idênticas.

Entretanto, infelizmente o brasileiro não tem a cultura do associar-se. Apesar de ser direito fundamental garantido amplamente pela Constituição brasileira, o seu exercício e, principalmente, a efetividade de seu resultado ficam esquecidos pela maior parte da população. Soma-se a esse fato o tratamento atribuído pela legislação infraconstitucional à liberdade de tamanha importância.

O direito de associação ingressou no ordenamento constitucional brasileiro através da Constituição de 1891, em que foi garantido juntamente com o de reunião. Todos os outros documentos o previram em maior ou menor amplitude.

O ordenamento jurídico-constitucional atual garante-o amplamente, prevendo cinco incisos para a sua proteção e características. A Constituição Federal surgiu com o intuito de atribuir novos valores à sociedade. Apresenta-se como um marco divisor de águas entre a normatização infraconstitucional existente à época em que a Constituição foi criada e a atual legislação. O Código Civil anterior foi editado à luz de uma Carta Constitucional

outorgada, fruto de um golpe militar. Essa legislação permaneceu em vigor, tendo sido recepcionada pelas demais Constituições posteriores à de 1891, culminando com a promulgação da Constituição de 1988, que também a acolheu. A atual Constituição apresentou uma característica importante, pois foi considerada uma Constituição cidadã, que garantiu amplamente os direitos fundamentais.

Com relação aos institutos previstos pela legislação civilista com amparo constitucional, esperava-se sua ressignificação através da leitura constitucional. A sociedade necessitava de uma legislação condizente com os novos valores propostos pelo Constituinte de 1988. Foi editado o Novo Código Civil, que tinha por finalidade adequar as regras do direito privado à nova realidade, sobretudo tendo em vista a necessidade de atender a valoração constitucional. A questão que se coloca é: o legislador inspirou-se nos valores propostos pelo Texto Fundamental, caminhando para o aperfeiçoamento de direito tão importante?

Se, por um lado, a liberdade de associação não tem a visibilidade que lhe cabe na sociedade, por outro, será que o Estado, através do legislador infraconstitucional, atribuiu-lhe o tratamento merecido?

Assim, o trabalho tem por finalidade desenvolver o conteúdo da liberdade de associação, atendendo aos valores propostos pelo Texto Constitucional. A escolha do tema pautou-se, preponderantemente, na possibilidade de sua grande utilidade nos dias atuais. Tendo em vista o reconhecimento de um direito de ampla aplicação prática, que possibilita ao ser humano exercer efetivo papel de empreendedor de uma nova realidade social, com atuação concreta nas tarefas e no controle do Estado, mas apresentando essa pequena visibilidade em razão do que será exposto, procurar-se-á desenvolver uma linha de pesquisa que discuta a amplitude constitucional do direito de associação.

O trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto, uma vez que diversas indagações brotam de suas ramificações. Será uma tentativa de atribuir-lhe merecida visibilidade, dando ensejo a novas pesquisas que possam enriquecê-lo.

Se é um direito que serve de função concretizadora de outros direitos, como pode ser exercida tal função? Se seu exercício efetivo serve ao desenvolvimento da democracia, como relacionar os dois temas? São questões levantadas que merecerão um estudo mais aprofundado.

I - DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente trabalho versa sobre a liberdade constitucional de associação. Para falar de tão instigante assunto, faz-se necessário situá-lo no universo do direito constitucional e, sobretudo, no mundo dos direitos fundamentais, razão primeira e última da formação e teorização de um Estado de Direito, e alicerce do ordenamento jurídico.

A teoria dos direitos humanos assenta-se em dois pilares fundamentais: a liberdade e a dignidade. Esses são os objetivos buscados pelo Direito para a vida humana em sua plenitude. Difícil conceber a vida e, sobretudo, a vida digna, sem liberdades. Os termos se inter-relacionam e se complementam, pois o ser humano é vida, dignidade e liberdade.

A preocupação com a dignidade é tema recorrente para o estudo dos direitos fundamentais, isso porque, a eles arroga-se o papel de proteção da dignidade humana. Em última análise, seu objetivo fundamental é procurar protegê-la em todas as dimensões.

À dignidade da pessoa, conforme pensamento dos renomados juristas nacionais e internacionais, dentre os primeiros Paulo Bonavides e Ingo Sarlet, atribui-se valor genérico que permeia a noção de direitos fundamentais. Ela assumiu o posto de proposição autônoma, de alto teor axiológico, irremissivelmente ligada à concretização constitucional dos direitos fundamentais¹.

Reconhece-se a convergência existente entre as noções de dignidade, vida e humanidade, incluindo-se também a liberdade, conforme visto acima. A dignidade está indissociavelmente ligada aos direitos fundamentais, por ser aspecto inerente à condição humana. Trata-se, portanto, de assunto de grande relevância e atualidade, assim como a própria existência do homem. De acordo com Ingo Sarlet, apenas se o ser humano pudesse renunciar à sua condição, poder-se-ia cogitar da desnecessidade de qualquer preocupação com essa temática².

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 14. Paulo Bonavides, ao prefaciar o livro de Ingo Wolfgang Sarlet, reforça seu pensamento a respeito da importância do princípio da dignidade da pessoa humana. Afirma o autor que o “o princípio em tela é, por consequência, o ponto de chegada na trajetória concretizante do mais alto valor jurídico que uma ordem constitucional abriga” (p. 15). “Sua densidade jurídica no sistema constitucional – continua o autor – há de ser portanto máxima e, se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados” (p. 16).

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 27.

Outra finalidade dos direitos fundamentais é resguardar o ser humano em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e em sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade)³, pensamento que evidencia sua natureza poliédrica⁴ advinda das “dimensões de direitos”.

Essa natureza poliédrica advém de um quadro evolutivo do ordenamento jurídico que, para se combater as agressões à dignidade (escravidão, tortura, desigualdade, miséria, preconceitos religiosos, raciais etc) criou novas dimensões de proteção ao ser humano. Em outro sentido, mais restrito, os direitos fundamentais são aqueles que o Direito vigente qualifica como tais. Do ponto de vista material, eles variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, bem como os valores e princípios consagrados pela Constituição. Portanto, cada Estado, levando em conta seu conjunto de valores, possui um rol específico.

Dessa maneira, eles assumem uma dimensão institucional, pois determinam a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece. Ou seja, só é possível falar em Estado Democrático Social de Direito se as liberdades públicas e os direitos sociais forem reconhecidos e protegidos. Em outras palavras, cada Estado apresenta um conjunto de direitos que o identifica e o qualifica.

É dispensável trazer a lume a importância de tais direitos na atualidade, uma vez que já está devidamente reconhecida e explicitada por unanimidade na doutrina nacional e internacional. Jean Morange inicia sua obra *Direitos humanos e liberdades públicas* comentando que “jamais, na história humana, a expressão ‘direitos humanos’ obteve tamanho sucesso”. O autor assevera que a filosofia dos direitos humanos, contida nas declarações de direitos, triunfou no final do século XVIII na Europa ocidental e na América do Norte, sendo que seu sucesso se deveu ao fato de estar de acordo com o “espírito da época”⁵. A partir de então, eles foram paulatinamente incorporados aos documentos declaratórios e reconhecidos internacionalmente, sendo incluídos, também, nas Constituições.

Na atualidade, é praticamente obrigatório constar em todo Texto Constitucional uma declaração de direitos atinentes ao ser humano. Ou seja, faz-se necessária, nas Constituições modernas, a existência de um grupo de direitos que decorrem da própria natureza humana. Estes apresentam uma característica importante: são oponíveis ao Estado,

³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Serrano Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. 10.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 111.

⁴ Termo adotado pelos autores supracitados, em obra também citada, p. 110/111.

⁵ MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Trad. Eveline Bouteiller, Barueri, SP: Manole, 2004, p. 3.

prescindindo de qualquer fato aquisitivo, isto é, não dependem da ocorrência de um fato apto juridicamente a gerá-los.

Num primeiro momento, os ditos direitos figuraram como uma delimitação do poder estatal, cumprindo uma prestação meramente negativa, modificando-se esse quadro com o decorrer do tempo. Os direitos fundamentais, dispostos no Título II da Constituição brasileira, abrangem os individuais e coletivos, que estão disciplinados no Capítulo I do referido Texto, além dos sociais, da nacionalidade, dos direitos políticos e partidos políticos, elencados nos Capítulos II a V, respectivamente. Também há alguns deles dispersos na Constituição. Por essa razão, é possível afirmar que o rol previsto no Título II não é taxativo. O Título VIII, atinente à ordem social, prevê direitos fundamentais, bem como outros artigos isoladamente.

Conforme se depreende do Texto Maior, os direitos coletivos constam no rol dos fundamentais. É tendência atual incluí-los porque eles também dizem respeito ao homem, desde que considerado em conjunto com outro homem. Essa situação dá ensejo a um fenômeno metaindividual, ou seja, aquele que envolve a coletividade e o bem da vida. A herança trazida pelo mundo moderno foi a massificação das relações humanas e, com isso, a necessidade de se discutir globalmente uma determinada situação concernente a um grupo muito grande de pessoas.

Como normalmente acontece, posteriormente à situação fática, nasceu a necessidade de regular o fato, e com isso surgiu o direito coletivo. Nesse sentido, é possível afirmar, então, que direitos coletivos são aqueles transindividuais e indivisíveis cujos titulares são pessoas indeterminadas ligadas por uma circunstância de fato. Os titulares também podem ser um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Também são direitos coletivos os provenientes de origem comum.

Além da categoria exposta acima, existem os direitos individuais de exercício coletivo, dentre os quais se encontra a liberdade de associação. Apesar de ser direito individual, ela só pode ser exercida em conjunto. Os indivíduos agrupam-se e, com isso, se fortalecem, em prol de uma finalidade comum a todos eles. Pode-se depreender daí, também, a importância da discussão sobre o direito associativo, objeto do presente estudo.

Portanto, parece fundamental ao desenvolvimento deste tema tratar do conceito e das características dos direitos fundamentais em geral para, após, dissertar acerca da liberdade de associação, um direito fundamental de exercício coletivo, protegido constitucionalmente e de grande importância para a concretização da democracia e, sobretudo, para o alcance de um

Estado Democrático de Direito. A liberdade de associação encontra-se dentre os direitos individuais e coletivos, previstos no artigo 5.º do Texto Magno. A esse respeito, discorrer-se-á com maiores detenções em oportunidade posterior, bem como a respeito de sua natureza, individual ou coletiva. No presente momento, será oferecido um panorama geral sobre as características dos direitos fundamentais, contextualizando-os.

Para esse estudo, optou-se, numa primeira passagem, pela análise das expressões comumente utilizadas para refletir tais direitos, escolhendo a que, particularmente, melhor reflete-lhes o significado, sobretudo nos dias atuais, e tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro. Verifica-se a utilização de uma diversidade de expressões segundo a preferência doutrinária brasileira, francesa, alemã, americana, dentre outras.

Alguns autores entendem que os termos liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos do homem e direitos fundamentais são empregados indistintamente, entretanto as expressões podem ser diferenciadas. O emprego de “direitos humanos” e “direitos do homem” é mais freqüentemente utilizado entre autores anglo-americanos e latinos, e “direitos fundamentais” é de predileção dos publicistas alemães⁶. Os franceses inclinam-se a “liberdades públicas”.

A opção terminológica deve procurar refletir a relação de correspondência sîgnica entre a expressão eleita e a realidade que ela busca traduzir⁷. Ou seja, o conteúdo do termo deve coincidir com o significado dele. Em outras palavras ainda, aquela expressão foi escolhida para representar um grupo de direitos e para demonstrar quais são eles. Entretanto, só é possível relacionar o termo ao seu respectivo significado se a realidade compreendida por ele estiver delimitada. Daí decorre uma primeira dificuldade, qual seja, a questão atinente à evolução dos Direitos Fundamentais.

De início, a preocupação com os direitos inerentes ao ser humano restringia-se apenas aos direitos individuais, quadro esse que foi modificado com o desenvolvimento das relações econômico-sociais e, posteriormente, com a evolução tecnológica, o subdesenvolvimento e os conflitos internacionais. Ou seja, paralelamente ao surgimento dessas circunstâncias, nasceram determinados direitos.

Nas palavras de José Afonso da Silva, “cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos”⁸. Dessa forma, delimitando a realidade jurídica, é possível escolher, dentre as várias opções terminológicas reconhecidas pela

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16.^a ed., 2.^a tir., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 560.

⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Serrano Vidal. *Op. cit.*, p. 107.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 149.

doutrina, a que melhor reflete o universo de direitos que serão estudados. A opção do presente trabalho foi pela expressão “direitos fundamentais”, uma vez que melhor reflete o significado da realidade mencionada.

Adentrando a breve análise de algumas expressões utilizadas, verifica-se que direitos humanos denotam uma característica universal, inerente e congênita ao homem. Os direitos do homem são válidos para todos os povos e em todos os tempos, ou seja, apresentam uma dimensão jusnaturalista-universalista. Dessa forma, na mesma linha de raciocínio de Canotilho, os ditos direitos fazem parte da própria natureza humana, advindo, daí, sua característica inviolável, intemporal e universal⁹.

A expressão recebe um significado universalista – indica que são inerentes à natureza humana, independentemente de um sistema jurídico específico – apresenta caráter subjetivo e vago, sendo, portanto, incerta a sua defesa, o que atrai a preferência de não-juristas. Ligada à doutrina jusnaturalista e à filosofia das Luzes do século XVIII, tal expressão foi utilizada pela primeira vez na França, proclamando direitos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. “Direitos humanos” é a denominação preferida nos documentos internacionais. A objeção contra essa terminologia, para a doutrina, refere-se à inexistência de direito que não seja humano, ou seja, só o ser humano pode ser titular de direitos (ressalvando a formação, atualmente, de um direito especial de proteção aos animais).

Outro termo utilizado, “direitos públicos subjetivos”, denota característica técnico-jurídica do Estado liberal, preso a uma concepção individualista do homem, realidade essa superada pelo desenvolvimento econômico-social dos tempos atuais. A expressão indica direitos intrínsecos ao indivíduo, todavia, limita sua abrangência às relações estabelecidas entre este e o Poder Público, deixando de lado os deveres coletivos, ou o propósito de limitação do poder econômico. Ou seja, referem-se a direitos exclusivos do indivíduo, denotando característica meramente individualista. O mesmo ocorre com “direitos individuais”, que transparece individualismo, que fundamentou o aparecimento das declarações do século XVIII.

A locução “liberdades públicas” é também limitativa e insuficiente, sendo comumente empregada pela doutrina francesa, que procura dar-lhe significação ampla e abrangente dos direitos fundamentais. Tal doutrina utiliza-se dos termos liberdade-autonomia para se referir aos direitos individuais clássicos, e liberdade-participação, ou liberdades

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 391.

políticas, que correspondem aos direitos políticos. Para Jean Morange¹⁰ – autor francês e, portanto, defensor da expressão liberdades públicas – elas, diferentemente dos direitos humanos, são mais reais. Nas palavras do mestre, o estudo das liberdades públicas consiste em precisar o regime jurídico dos direitos e liberdades de que dispõem os cidadãos de um determinado Estado num certo momento de sua história. Essa terminologia busca, fundamentalmente, preservar a liberdade do indivíduo face à prepotência do Poder Público, apresentando essência individualista. Desse modo, não são abarcados os direitos de solidariedade ou de fraternidade, em que ao Estado atribui-se uma atividade prestacional.

Em que pese os comentários a respeito do termo de preferência francesa, é de grande valia mencionar a importante contribuição que essa doutrina acrescentou aos estudos dos direitos fundamentais, seja em razão do pioneirismo da Declaração francesa, seja em função dos muitos estudiosos que se debruçaram sobre o assunto, oferecendo uma seara indescritível para a colheita de conteúdo significativo sobre o tema. Por essa razão, no decorrer do trabalho encontrar-se-á grande apego a tais ensinamentos.

Das nomenclaturas expostas, depreende-se que quase todas apresentam perfil individualista, isto é, de determinado momento histórico, qual seja, da primeira dimensão de direitos, insuficientes, portanto, para representar o conjunto normativo que ela pretende exteriorizar. Verifica-se, finalmente, em “direitos fundamentais” a expressão que melhor reflete o significado buscado, pois ela designa, para o ordenamento jurídico positivo, prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, além de conceber princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento.

Os direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados no espaço e no tempo¹¹. Dessa forma, enquanto os direitos do homem fazem parte da própria natureza humana, advindo, daí, sua característica inviolável, intemporal e universal, os direitos fundamentais seriam aqueles objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta¹². Jorge Miranda define direitos fundamentais como:

[...] os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na

¹⁰ *Direitos humanos e liberdades públicas*, p. 14.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Op. cit., p. 391.

¹² *Ibidem*, p. 391.

Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material¹³.

Por essa razão, a expressão direitos fundamentais encontra-se apta a refletir a realidade desejada. O adjetivo “fundamentais” traduz a inerência desses direitos à condição humana. Por fim, é importante registrar que o termo também se apresenta conveniente ao direito brasileiro, uma vez que foi o adotado pelo direito constitucional positivo do País.

1.1 Fundamento dos direitos humanos: dignidade da pessoa

O estudo que se propõe a respeito dos direitos fundamentais parte do sentido essencial do homem, que é centrado em torno de sua dignidade. É consenso na doutrina a vinculação existente entre a dignidade e os direitos fundamentais. Não se vislumbra, na atualidade, a possibilidade de tratar do tema direitos fundamentais sem explícita menção à dignidade da pessoa. Citando Sarlet, a escolha pela orientação topográfica do tema justifica-se na medida em que:

[...] a ordem jurídica que não toma a sério a dignidade da pessoa (como qualidade inerente ao ser humano e, para além disso, como valor e princípio jurídico-constitucional fundamental), não trata com seriedade os direitos fundamentais, e, acima de tudo, não leva a sério a própria humanidade que habita em cada uma e em todas as pessoas e que as faz merecedoras de respeito e consideração recíprocos¹⁴.

O reconhecimento da dignidade da pessoa como valor fundamental é de grande importância e conveniência para o desenvolvimento de um estudo sobre os direitos humanos. Ela é, nas palavras de José Afonso da Silva, “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”¹⁵.

Os direitos fundamentais são inerentes à própria condição humana e não possuem ligação com qualquer particularidade do indivíduo. O mesmo acontece com a dignidade. Portanto, depreende-se a íntima relação entre a dignidade e os direitos humanos. Não se vislumbra falar em tais direitos sem menção à dignidade e vice-versa. O fundamento dos direitos em questão é o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa.

¹³ MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 82, p. 5-27, abr./jun. 1987.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 145.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 105.

Tal substância é, de longa data, tema deveras debatido no campo da religião, da filosofia e da ciência. Passou a ser protegida através das instituições jurídicas que foram criadas progressivamente no decorrer da evolução humana. Por ser considerada característica intrínseca e indissociável de todo ser humano, com a certeza de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituem-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito. Nessa esteira de raciocínio funda-se a justificativa de utilizá-la como o cerne do estudo sobre os direitos fundamentais.

É importante lembrar que todo conceito possui uma história que deve ser retomada e reconstruída para encontrar e entender seu sentido. Nesse rumo, a idéia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes no pensamento clássico e no ideário cristão. A justificativa religiosa surgiu com a afirmação da fé monoteísta, com a criação de um Deus anterior e superior ao mundo. A criatura humana, nesse diapasão, passou a ocupar uma posição eminente na ordem da criação. Apesar de faltarem dados seguros, é possível encontrar tanto no Antigo quanto no Novo testamento referências de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus e, por essa razão, possui valor próprio, intrínseco a ele, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento.

Mais tarde, com a afirmação da racionalidade humana, surgiu nova justificativa para a posição eminente do homem no mundo. No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade humana passou por um processo de racionalização e laicização. Entretanto, manteve-se a noção fundamental da igualdade de todos os seres humanos em dignidade e liberdade.

A explicação filosófica apresentou um sentido reflexivo, que trazia como objeto de estudo o próprio homem. Nesse momento, restou afirmada a noção de que a dignidade humana também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana e, em razão de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função de sua própria vontade. A autodeterminação – faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis – muito debatida por Kant, é um atributo encontrado apenas nos seres racionais e constitui o fundamento da dignidade. Para Kant, os seres racionais possuem fins em si mesmos, estando acima de qualquer coisa, não podendo ser substituídos ao acaso, pois não permitem equivalentes. Ou seja, nas palavras desse autor, “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima

de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem uma dignidade”¹⁶. É, de modo geral, no pensamento de Kant que a doutrina jurídica se embasa e busca o fundamento da dignidade humana. Ingo W. Sarlet¹⁷ reconhece que, ainda que não haja consenso a respeito de seu início e seu fim, é de observar que a dignidade humana considerada como um fim afasta qualquer hipótese de coisificação do homem.

É possível lembrar, ainda, a justificativa científica da dignidade da pessoa humana, com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos. Apesar do reconhecimento da existência e da importância da vinculação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, é de extrema dificuldade a compreensão de seu conteúdo e significado na ordem jurídica.

O que se verifica, com facilidade, é sua qualificação como valor fundamental do ordenamento, principalmente para aqueles que nutrem a pretensão de constituírem um Estado Democrático de Direito. Ainda, o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independentemente de qualquer circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e o Estado. E o fundamento dos direitos humanos é justamente a consciência de que a dignidade deve ser respeitada. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato:

É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal¹⁸.

Apesar de toda qualificação, urge ressaltar a dificuldade de se empreender uma conceituação clara do que efetivamente seja a tão debatida dignidade; esse obstáculo decorre da imprecisão e vagueza de seu conceito. Um dos principais obstáculos reside no fato de que o termo em epígrafe não se refere aos aspectos mais ou menos específicos da existência humana, mas sim de uma qualidade inerente a qualquer ser humano, constituindo valor próprio que o identifica. Tal fato impede ainda mais a compreensão de seu significado. Ainda assim, é possível afirmar que a dignidade é algo real, mesmo porque as situações de ofensa a

¹⁶ KANT. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: *Os Pensadores – Kant (II)*, trad. Paulo Quintela, São Paulo: Abril Cultural, 1980, apud SARLET. Op. cit., p. 33.

¹⁷ SARLET, Ingo W. Op. cit., p. 36.

ela são claramente identificáveis. Afirma-se, inclusive, que é mais fácil estabelecer o que não é do que o que seja dignidade.

Outras complexidades que se apresentam dizem respeito à construção de uma noção jurídica referente ao termo, uma vez que não se pode conceituá-lo de forma fixista, em razão de se tratar de categoria axiológica aberta, assim como outros princípios e valores jurídicos. Apresenta-se, portanto, em permanente processo de desenvolvimento; assim como qualquer conceito jurídico aberto, necessita de constante concretização pela prática constitucional.

A dignidade é, conforme já foi visto, uma qualidade intrínseca do ser humano, dele não se destaca e independe de qualquer circunstância concreta, sendo irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que o qualifica. Por essa razão, deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, ser criada, concedida ou retirada. Entretanto, outra indagação sobre tal conceito diz respeito à sua contextualização histórico-cultural, isto é, até que ponto a dignidade encontra-se acima das especificidades culturais que, muitas vezes, justificam atos considerados pela maior parte da humanidade atentatórios a ela.

Uma observação que se deve sublinhar é a de que a dignidade apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Por essa razão, impõe-se seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam a mesma consideração e igual respeito por parte do Estado e da comunidade. Saliente-se, também, o seu sentido cultural, fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo. Conseqüentemente, verifica-se que suas dimensões naturais se complementam e interagem mutuamente, de modo que ela deve se concretizar histórico-culturalmente.

Pelo exposto, verifica-se a impossibilidade de se encontrar a definição do conteúdo da dignidade humana. Entretanto, ela alcançará pleno sentido em face do caso concreto. Deduz-se que é fundamental o respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, que deve ter garantidas as condições essenciais para uma existência digna. A dignidade da pessoa só será assegurada quando houver limitação do poder e reconhecimento da igualdade, autonomia, liberdade e, conseqüentemente, garantia dos direitos fundamentais.

A dignidade – como a capacidade de autodeterminação de cada ser humano (autonomia da vontade) – começou a apresentar-se, com conteúdo positivado, nas modernas declarações de direitos. Nesse sentido, identifica-se a intrínseca relação entre as noções de

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 3.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59.

liberdade e dignidade, uma vez que o reconhecimento e a garantia dos direitos de liberdade constituem uma das principais exigências da dignidade do ser humano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu preâmbulo dispõe: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]”. Já o art. 1.º determina: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”¹⁹.

Esse atributo maior é encontrado na Declaração Universal, tanto no preâmbulo quanto no corpo do documento, em seu primeiro artigo, o que confirma a idéia de que é o grande fundamento dos direitos humanos.

À luz dessas considerações e longe de se esgotar o tema, serão empreendidas algumas linhas sobre a origem e os aspectos evolutivos dos direitos fundamentais, passando pelos principais documentos históricos, estudando as dimensões de direito, procurando, inclusive, relacionar tais documentos ao momento em que surgiram, além de identificar a que dimensão pertencem.

1.2 Origem e conceito

Não existe consenso doutrinário com relação ao momento histórico em que tiveram origem os direitos fundamentais. Foi com o advento do cristianismo que o ser humano passou a ser visto como dignatário de direitos mínimos, naturais, que lhe preservassem a essência humana.

Importante ressaltar, entretanto, que o pensamento cristão consiste em fonte remota, pois a interpretação do cristianismo que vigorava no século XVIII era favorável ao *status quo* vigente, uma vez que o clero apoiava a monarquia absoluta. Diante dessa situação, não era possível o surgimento de uma declaração de direitos. As idéias de dignidade eminente da pessoa humana e de igualdade entre os homens advêm do cristianismo primitivo.

É possível reconhecer, além da origem cristã e da doutrina dos direitos naturais, a historicidade dos direitos fundamentais, ou seja, as condições históricas objetivas também

¹⁹ Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948). In ISHAY, Micheline R. (org)., *Direitos humanos: uma antologia*. São Paulo: Edusp, 2006, p. 649.

influenciaram seu surgimento. Isso porque, a conquista dos direitos consubstanciados nas declarações originou-se de lutas e reivindicações no decorrer da história. Afirma-se, então, que eles surgiram de condições históricas (ou objetivas) somadas às condições ideais (ou subjetivas). As condições objetivas, com relação às declarações do século XVIII, manifestaram-se nas contradições entre o regime da monarquia absoluta e uma sociedade nova tendente à expansão comercial e cultural; as subjetivas, referindo-se às fontes de inspiração filosófica comentadas principalmente pela doutrina francesa, quais sejam, o pensamento cristão e a doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII.

A doutrina do direito natural, fundada na natureza racional do homem, sustentou teses de direitos inatos. Essa doutrina consistiu em uma base para o reconhecimento de um conjunto de direitos inerentes à natureza humana. Com o tempo, a tese dos direitos naturais, que provem da razão humana ou da natureza das coisas, deixou de ser aceita com tanta facilidade, os direitos passaram a encontrar seu fundamento nas relações sociais e materiais de cada momento histórico.

Como se pôde perceber, as condições subjetivas conseguem explicar bem o surgimento dos primeiros direitos humanos, os individuais. Entretanto, tais condições acabam sendo superadas pelas transformações ocorridas na sociedade, que deram origem aos direitos econômicos e sociais através do desenvolvimento industrial e do aparecimento de um proletariado sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Ou seja, as condições objetivas (históricas) superam, ou melhor, complementam as subjetivas (direito natural), dando origem a outros direitos fundamentais: os econômicos e sociais, já citados. Por essa razão, é possível dizer que a doutrina francesa – que indica o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais como principais fontes de inspiração das declarações de direitos – não é suficiente. Essa idéia restritiva exclui a problemática dos direitos sociais, sendo, pois, necessário ampliar a visão do caso para admitir outras fontes de inspiração das declarações de direitos, sem deixar de reconhecer que as primeiras tiveram sua inspiração no cristianismo e no jusnaturalismo. A historicidade enriquece o conteúdo dos direitos fundamentais. Pelo exposto, é possível concluir que a inspiração e o fundamento das declarações que positivaram os direitos fundamentais baseiam-se em condições ideais (ou subjetivas) e também reais (ou objetivas/históricas).

Foi dito que os direitos fundamentais foram positivados levando-se em conta as duas condições supramencionadas. Entretanto, é de suma importância ressaltar que os direitos, inicialmente, adquiriram forma de declarações solenes. Após, passaram a constituir o

preâmbulo das Constituições (principalmente francesas). Finalmente, adquiriram *status* constitucional, configurando declarações constitucionais de direitos. Nesse momento, então, foram positivadas. Tal fato apresenta conseqüência jurídica prática de grande relevância.

Passando ao conceito de direitos fundamentais, de acordo com Walter Claudius Rothenburg, eles constituem a base axiológica e lógica sobre a qual se assenta um ordenamento jurídico. Eles devem ser os primeiros a serem levados em conta na compreensão do sistema jurídico. Daí decorre, inclusive, a originalidade de tais direitos, reconhecida pelo autor como uma de suas características²⁰. São fundamentais os direitos que apresentam um conteúdo básico que faz referência aos valores supremos do ser humano e à promoção da dignidade humana, aquém do qual não se admitem contenções.

Os direitos fundamentais referem-se a princípios que refletem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento. A expressão designa, também, prerrogativas que o direito concretiza com o objetivo de garantir a convivência da sociedade baseada na dignidade, liberdade e igualdade. O adjetivo fundamentais indica situações jurídicas sem as quais o ser humano não se realiza, não convive, nem mesmo sobrevive.

A respeito da natureza dos direitos fundamentais, afirma-se que são direitos constitucionais, pois se inserem no texto de uma constituição ou constam de declarações solenemente estabelecidas pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam no princípio da soberania popular. A partir do momento em que, no plano interno, tais direitos assumiram o caráter concreto de normas positivas constitucionais, a discussão sobre seu valor jurídico deixou de ter importância, assentou-se seu *status* constitucional. Atualmente, constitui um dos elementos do conceito de Constituição.

1.3 Características

A doutrina atribui determinadas características aos direitos fundamentais, havendo divergência na nomenclatura e quantidade. O desenvolvimento desses direitos conduziu a espécies distintas, o que impediu sua apreciação homogênea. Contudo, é possível identificar algumas características básicas, comuns a todos eles. É importante realçar que essas características, ao mesmo tempo em que demarcam traços comuns aos direitos fundamentais,

²⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 30, p. 146, jan./mar. 2000.

identificam-nos como tais. A qualificação de um direito em fundamental pode desencadear características que produzem, ao mesmo tempo, um traço unificador e a obrigação de reconhecê-los.

Da teoria do direito natural decorrem quatro características dos direitos fundamentais: são eles inatos, absolutos, invioláveis e imprescritíveis. Entretanto, à parte a conotação jusnaturalista, é possível reconhecer também outras tantas características. Serão elencadas, além das advindas do jusnaturalismo (que atualmente admitem ressalvas), que a doutrina moderna reconhece como fundamentais à identificação dos direitos dos seres humanos no ordenamento jurídico. São elas:

a) Historicidade

A historicidade fundamenta-se no reconhecimento dos direitos fundamentais com base na experiência social. Aplica-se a tais direitos a teoria evolucionista, em que os direitos clássicos vão sendo aperfeiçoados e novos direitos são firmados. Esse repertório constitui o patrimônio comum da humanidade.

Os direitos fundamentais passaram a ser suscitados por meio das declarações de direitos, e foi esse reconhecimento, através dos documentos que foram surgindo, que marcou o caráter histórico. Explicando melhor a teoria desses direitos, eles surgiram como consequência de lutas humanitárias em que prevalecia a defesa da dignidade humana.

José Afonso da Silva explica que a historicidade rechaça a fundamentação baseada no direito natural. Isso porque, segundo a primeira, os direitos nascem, modificam-se e podem desaparecer²¹. Eles evoluem, ampliam-se com o passar do tempo. Por outro lado, o termo inato significa congênito, ou seja, algo que nasceu com o homem e que, de alguma forma, lhe pertence. A doutrina sustenta que, ao se reconhecer a historicidade como característica, torna-se inaceitável o caráter inato dantes trazido pelo jusnaturalismo²².

Entretanto, para o presente trabalho, é possível aceitar a historicidade dos direitos fundamentais desde que se respeite um conteúdo mínimo inerente ao ser humano. Os direitos podem nascer e se modificar a todo momento, mas devem, sempre, obedecer ao *minimum*, que se traduz como núcleo inato a todo ser humano. Nesse sentido, os direitos humanos recuperam algumas características jusnaturalistas. Sim, os direitos humanos – ou melhor, o conteúdo mínimo, o núcleo essencial – é inato. Esse núcleo se identifica com o sobreprincípio

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. cit., p. 181.

²² *Ibidem*, p. 181.

da dignidade da pessoa humana, que paira sobre todos os direitos e demais princípios jurídicos.

Reitere-se, existe um valor genérico que permeia a noção de direitos fundamentais, qual seja, a dignidade humana. Em última análise, tais direitos voltam-se à proteção da dignidade humana em suas diversas dimensões. É possível afirmar que existe um núcleo mínimo, inato, que decorre desse princípio, porém as características dos direitos que compõem tal núcleo se modificam com o tempo. Exemplificando, são direitos inatos a todo ser humano: a vida, a integridade física, a liberdade, dentre outros. No entanto, sua essência se modificou, o conteúdo da dignidade também, o ser humano se transformou. Esses níveis de proteção do indivíduo constituem produto de conquistas humanitárias que foram reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos²³. A proteção progressiva dos aspectos da dignidade do ser humano resultou num processo de positivação cada vez maior dos direitos fundamentais.

A respeito da historicidade dos direitos fundamentais, não é possível concordar com a afirmativa de que são históricos porque nascem, modificam-se e desaparecem. Os direitos não desaparecem, transformam-se apenas. Mas também não é crível a afirmação que o ser humano pode postular determinado direito porque lhe é inerente à condição humana. Não. Ele só pode postular o direito que estiver positivado. Cabe ao Estado, sensível às transformações sociais, positivar bens que estão necessitando de proteção, a fim de que o Direito caminhe passo a passo com a evolução da sociedade. Só assim o Direito alcançará o objetivo a que se propõe.

A historicidade é um processo que agrega direitos com o passar do tempo e da evolução humana. Tal posicionamento busca seu fundamento, portanto, nessa evolução, à medida que o homem está em constante desenvolvimento. Portanto, não é possível que esse núcleo adquirido perca substância, não se imagina a involução do gênero humano. Em suma, na medida em que o homem evolui, são-lhe garantidos novos direitos, porém, ele já possui um núcleo mínimo inerente à sua condição humana, que decorre de sua dignidade. Portanto, a esse *minimum* somam-se direitos historicamente reconhecidos.

Por serem marcos na conquista civilizatória, reconhecidos os direitos fundamentais, eles não podem ser abandonados; o ordenamento jurídico, baseando-se no princípio da proibição do retrocesso, não admite sequer sua redução.

b) Autogeneratividade

Tal característica, trazida com muita propriedade por Luiz Alberto David Araujo & Vidal Serrano Nunes Jr., significa que a institucionalização em uma ordem jurídica determinada não desqualifica o momento anterior desses direitos, ou “os aspectos relacionados à sua natureza de valores forjados a partir de conceitos como dignidade humana, igualdade, liberdade, fraternidade etc”²⁴.

A dimensão autogenerativa decorre do caráter polifacético dos direitos fundamentais, que se prestam ao resguardo do ser humano em diversas dimensões, sempre voltados à proteção da dignidade humana. Tais direitos são reconhecidos e constitucionalizados pelos legisladores, não nascendo, portanto, de suas elucubrações. Assim, encontram-se imbuídos na dimensão autogenerativa. Para o presente trabalho, essa característica reflete o posicionamento adotado a respeito da historicidade.

Frise-se que não há a pretensão de reconhecer que todos os direitos fundamentais são anteriores e superiores ao Estado, mas que este deve ter por fundamento, para a sua formação e a elaboração de seu documento máximo, o reconhecimento daqueles, baseados na dignidade humana como valor supremo. Há uma reciprocidade entre as Constituições e os direitos fundamentais, pois ao mesmo tempo em que elas estabelecem tais direitos, elas têm por principal função incorporá-los.

c) Universalidade

São direitos universais porque destinados ao ser humano enquanto gênero; são inerentes à condição humana. As peculiaridades locais não se prestam a afastar o dever de respeito aos direitos humanos. Nesse sentido, é incompatível com a natureza de tais direitos sua restrição a um grupo ou categoria de pessoas. Afirmá-los significa sublimar o valor do ser humano, independentemente de suas características sociais, econômicas, raciais etc.

Conforme já foi visto, esses direitos vinculam-se, essencialmente, à liberdade e à dignidade humana e, através dessas características, podem alcançar seu sentido universal. Essa vinculação dos direitos fundamentais a tais princípios, que apresentam valores históricos e filosóficos, conduz ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.

Entretanto, a validade universal não significa uma necessária e absoluta uniformidade. A universalidade não pode e não deve ocultar o diferente significado que um mesmo direito assume em contextos diversos. Nesse sentido, os direitos fundamentais devem

²³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Serrano Vidal. Op. cit., p. 111.

zelar pelo respeito às diferenças e identidades. Devem-se considerar as distintas realidades, reconhecendo as particularidades dos grupos minoritários ou dissidentes. Em respeito às diferentes sensibilidades culturais, não se deve admitir a imposição de situações que não contem com a aceitação consciente das respectivas comunidades. Isso representa violações a direitos fundamentais sob a perspectiva dos próprios titulares. Nesse rumo, repudia-se a imposição de determinado valor como absoluto²⁵. Essa característica se manifestou, pela primeira vez, na célebre Declaração Universal dos Direitos do homem e do cidadão, de 1789.

Além da universalidade, verifica-se, atualmente, a internacionalização dos direitos fundamentais e de sua concepção universalista, sendo reconhecidos pelas Comunidades de Estados (através de Convenções, Declarações, Pactos, etc), atribuindo-lhes formas de proteção. Tratar-se-á, em oportunidade posterior, dos principais documentos concernentes aos direitos fundamentais²⁶. Por ora, faz-se menção à Declaração Universal apenas para ilustrar a universalidade de tais direitos.

d) Indivisibilidade

A indivisibilidade pode ser reconhecida a partir de dois ângulos: de cada direito fundamental individualmente, e dos direitos fundamentais como um todo. Sob o primeiro enfoque, cada direito fundamental constitui uma unidade incindível em seu conteúdo elementar. Sob o segundo (os direitos fundamentais vistos em conjunto), não é possível aplicar apenas alguns deles, havendo a necessidade de respeito e desenvolvimento de todas as suas categorias, numa relação de interdependência. Nesse sentido, é importante salientar que, ainda que todos os direitos mereçam realização, tanto a quantidade quanto a forma de reconhecê-los varia.

Dessa característica de indivisibilidade decorrem outras, a inter-relação e a interdependência, já citadas *in passim*. Se os direitos humanos são indivisíveis, é possível afirmar que eles se relacionam entre si, criando, como decorrência lógica, um comportamento de dependência entre uns e outros. Essa inter-relação aponta um comportamento de interação, no qual os direitos influenciam-se reciprocamente. Nessa interação, em eventual colisão ou concorrência, os valores devem ser ponderados para que se extraia a máxima efetividade de

²⁴ Ibidem, p. 121.

²⁵ A esse respeito, conferir ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. cit., p. 146.

²⁶ Capítulo III do presente trabalho.

tais direitos. A interdependência decorre da vinculação entre eles, em que se verifica a complementação ou o desdobramento de uns direitos pelos outros.

É possível estudar cada uma dessas características individualmente, porém, ao que parece, elas estão interligadas, sendo que as últimas decorrem da indivisibilidade dos direitos fundamentais, razão pela qual foram estudadas no mesmo bloco. Essa característica é de grande valia à desenvoltura da liberdade de associação. A título exemplificativo, cumpre afirmar que a liberdade de associação profissional é desdobramento da liberdade de associação.

e) Inalienabilidade

Os direitos fundamentais são intransferíveis e inegociáveis, pois não apresentam conteúdo patrimonial, sendo, portanto, indisponíveis, ou seja, o ser humano não se desinveste deles, apenas pode deixar de utilizá-los. Nesse sentido, existe distinção entre capacidade de gozo, que é irrenunciável, e capacidade de exercício, que é disponível. Se eles são indisponíveis, decorre, como conclusão lógica, que são irrenunciáveis e imprescritíveis, características que serão vistas abaixo. Da inalienabilidade surgem algumas questões polêmicas, como eutanásia, doação de órgãos etc.

f) Irrenunciabilidade

Alguns direitos podem até não ser exigidos, mas, tendo em vista que os direitos fundamentais são inerentes ao ser humano, não se admite que sejam renunciados. Portanto, negá-los seria contestar sua própria condição humana, o que se apresentaria impraticável.

g) Imprescritibilidade

São direitos personalíssimos e, portanto, sempre exercidos e exercíveis, nunca deixam de ser exigíveis. Tal característica decorre da própria irrenunciabilidade, que tem por fundamento a inerência de tais direitos ao ser humano. Os direitos fundamentais não perdem sua exigibilidade pela prescrição, independentemente do lapso temporal de não-exercício transcorrido. Tal característica decorre da inalienabilidade.

As três características anunciadas acima – resultantes dos direitos naturais – também se inter-relacionam na medida em que decorrem da indisponibilidade dos direitos fundamentais. Além disso, pode-se afirmar que são temas desenvolvidos à luz da concepção jusnaturalista do direito. Por mais essa razão, diz-se que os direitos humanos são históricos,

mas também são naturais. As três características expostas acima decorrem dos direitos naturais.

g) Limitabilidade

Em que pesem algumas características advindas do jusnaturalismo ainda permanecerem, outras são rechaçadas, dando ensejo a uma nova forma de compreensão dos direitos humanos. O direito natural atribuía aos direitos humanos caráter absoluto, o que não pode mais ser aceito pela teoria constitucionalista. Predomina, atualmente, o entendimento de que não existem direitos absolutos, sendo certo que todos eles devem se harmonizar no ordenamento jurídico através dos princípios hermenêuticos da ponderação de valores.

É possível afirmar que o limite de um direito fundamental é um outro direito fundamental que concorre com ele em importância e valor. Desse modo, as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, muitas vezes, não podem ser aplicadas em toda sua extensão e alcance. Esse empecilho não é verificável previamente, mas sim no caso concreto, diante do fenômeno da colisão de direitos. Essa colisão de duas posições constitucionais, no caso concreto, dita a limitabilidade dos direitos fundamentais.

Diante da situação fática, surge a possibilidade de concorrência ou oposição entre eles, que se resolve através dos princípios de interpretação. É necessário balancear os direitos postos em jogo a fim de harmonizá-los no contexto, buscando-se o máximo de aplicação com o mínimo de prejuízo aos direitos envolvidos.

Verificada a colisão, cabe ao intérprete, através do princípio da concordância prática ou harmonização, conciliar os valores em confronto. Assim, a interpretação não pode negar vigência e aplicabilidade a nenhum dos direitos postos em conflito, pois sempre haverá uma esfera mínima para seu exercício legítimo. Através do critério da proporcionalidade, busca-se o máximo de aplicação com o mínimo indispensável de prejuízo dos direitos fundamentais envolvidos.

Alguns autores trazem como características dos direitos fundamentais a harmonização (ou concordância prática), a proporcionalidade e a máxima efetividade. Entretanto, conforme visto acima, ao que parece tais características são princípios de interpretação da dogmática constitucional. Nesse passo, a presente monografia, ao invés de tratá-los como características, tomou-os como princípios de interpretação da limitação que lhes é inerente.

h) Concorrência

Os direitos fundamentais são acumuláveis pelo indivíduo. Isso significa que uma única conduta pode encontrar proteção em duas ou mais normas constitucionais que contemplem tais direitos. Havendo concorrência, um direito não prevalecerá sobre o outro, estando o indivíduo protegido por mais de um direito fundamental.

1.4 Classificação

Existem diversos critérios para classificar os direitos fundamentais. A classificação deve se conformar ao ordenamento jurídico do qual se pretende tratar. O direito constitucional brasileiro contempla a classificação que se baseia no critério do conteúdo do direito. De acordo com ela, existem:

a) direitos fundamentais do homem-indivíduo: são os direitos individuais, ou seja, aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo-lhes iniciativa e independência diante dos demais membros da sociedade e do Estado. São os direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Podem estar expressos ou implícitos nas regras de garantia (como, por exemplo, alguns desdobramentos do direito à vida). São também, em razão do parágrafo segundo do artigo 5.º da Constituição²⁷, os direitos decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

Nesse ínterim, é importante ressaltar que o parágrafo supracitado decorre do artigo 5.º, é parte complementar deste. Portanto, é aplicável a todos os direitos previstos nesse artigo, e não apenas aos individuais. É possível concluir, então, que os Tratados internacionais contemplam tanto os direitos individuais quanto os coletivos, além das garantias expressas nos incisos do artigo 5.º da Carta Fundamental.

Surge uma indagação, porém: se são direitos fundamentais todos aqueles que estão expressos no Título II da Constituição (ou seja, direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos), o § 2.º do citado artigo se aplica a todos esses direitos

²⁷ BRASIL. “CF 88, art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

fundamentais? A pergunta apresenta duas saídas: a primeira, mais restritiva, que privilegia a posição topográfica, identificando o parágrafo apenas com os direitos e garantias individuais e coletivos. A segunda, mais ampliativa e de acordo com o conteúdo da norma, que aplica tal parágrafo a todos os direitos e garantias fundamentais dispostos na Constituição, uma vez que a norma prevê que os direitos e garantias expressos (não fala apenas em direitos e garantias individuais e coletivas) não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

b) direitos fundamentais-coletivos: os direitos coletivos estão previstos na Constituição brasileira no mesmo capítulo dos individuais. No entanto, não se encontram apenas naquele espaço, aparecem dispersos por todo o texto constitucional.

Essa categoria de direitos apresenta uma dificuldade, a de defini-los para então situá-los. Direitos coletivos são aqueles conferidos em função da coletividade, tais como o direito ao meio ambiente sadio; a melhora da qualidade de vida; o direito ao patrimônio cultural e histórico da humanidade; os direitos de manifestação coletiva, como o direito de petição, o direito de greve etc. São os transindividuais e indivisíveis de que são titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato (difusos) ou grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (coletiva em sentido estrito); ou ainda os provenientes de origem comum (individuais homogêneos, tidos como formalmente coletivos).

A liberdade de associação, objeto do presente trabalho, assim como a reunião, são direitos individuais de expressão coletiva, pois são individuais em função de uma pluralidade de pessoas vinculadas entre si dentro de uma coletividade. No ordenamento jurídico, poucos direitos encontram-se sob a rubrica dos coletivos, como o direito das entidades associativas de representarem seus associados, sendo que muitos deles encontram-se dispersos pelo texto constitucional.

c) direitos fundamentais do homem-social: são os assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais, tais como saúde, educação, seguridade social, previstos no artigo 6.º da

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. 3.ª ed., Barueri, SP: Manole, 2006.*

Carta Magna brasileira²⁸. São também os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (artigo 7.º e incisos).

d) direitos fundamentais do homem nacional: são aqueles que têm por objeto a definição da nacionalidade.

e) direitos fundamentais do homem-cidadão: são os direitos políticos ou também denominados democráticos, definidos no artigo 14 da Constituição brasileira²⁹, tais como os direitos de votar e ser votado, atendidos os requisitos constitucionais.

f) direitos fundamentais do homem-solidário: são os direitos fundamentais do gênero humano, como a paz, o desenvolvimento, o meio ambiente, o patrimônio comum da humanidade. Trata-se de uma nova classe de direitos que está se formando.

Cabe uma indagação: os direitos de fraternidade (ou solidariedade) são fundamentais? Na medida em que identificamos uma nova classe de direitos em razão da necessidade sociocultural, é natural que eles integrem o rol dos bens protegidos pela sociedade. Reitere-se, nos dias atuais não é mais possível falar em direitos individualmente, mas sempre levar em conta o conjunto, o todo, numa relação de união e interdependência entre eles. O ser humano se constitui nesse “todo” harmônico.

Além disso, os direitos fundamentais se realizam através de uma constante construção de valores que se agregam em busca do bem-comum. Por essa razão, não é possível conceber o direito à vida de um indivíduo (direito individual) sem que esta seja pacífica (direito de solidariedade – paz). Como proteger a vida sem a garantia de um meio ambiente sadio e equilibrado?

Nesse sentido, verifica-se uma integração entre as categorias de direitos fundamentais, ou seja, a Constituição integra esses direitos num todo harmônico, mediante influências recíprocas. Isso significa que os direitos individuais estão contaminados de dimensão social. Nessa esteira de raciocínio, reconhecem-se aos direitos sociais conteúdo e eficácia, o que possibilita o trânsito de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para uma democracia de conteúdo social.

²⁸ “CF 88, art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

²⁹ “CF 88, art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei [...]”. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. 3.ª ed., Barueri, SP: Manole, 2006.

1.5 Destinatários

Levando-se em conta o significado histórico e o conteúdo dos direitos fundamentais, é possível afirmar que o protagonista de tais direitos é o ser humano, sem qualquer delimitação. Todavia, é necessário distinguir os titulares de seus destinatários. Titular é o dono, o possuidor de alguma coisa, são, no caso, todas as pessoas que têm direitos; destinatário é o receptor, aquele a quem se destina alguma coisa, é a pessoa que recebe o direito, é o elemento terminal de um sistema de comunicação.

Titulares dos direitos fundamentais são os seres humanos, reconhecidos em sua individualidade e vistos em conjunto. O ser humano, em sua individualidade, é o indivíduo, titular de direito. Afinal, o direito nasceu e se formou por que razão se não em função do ser humano? A titularidade traz ínsita a idéia de que o ser humano tem direito a ter direitos.

Destinatários são os beneficiários dos direitos fundamentais. São aqueles que recebem os benefícios do direito em comento, aqueles a quem o direito se destina, são os legitimados a buscarem o direito de que necessitam.

A titularidade não se confunde com a destinação, mas muitas vezes é possível identificar um ser humano como titular e destinatário de um mesmo direito.

Uma constatação importante, que surgiu no bojo da reflexão teórica que deu ensejo às declarações de direitos, sobretudo às francesas, é que os direitos fundamentais têm por principal titular o gênero humano. Eles surgiram com a precípua finalidade de proteger o homem, em todos os contextos. Verificou-se, conforme já foi visto no decorrer do trabalho, que o bem maior que o homem possui é sua dignidade. É necessário assegurar-lhe meios que garantam a integridade e a concretização de bem tão precioso. À vista de tal constatação, surgem os direitos humanos, que nasceram não todos de uma só vez, mas passo a passo, de acordo com as necessidades que foram surgindo. Destinaram-se aos seres humanos em suas particularidades, não mais em função de sua essência humana. Os direitos surgiram historicamente, de dimensão em dimensão, de forma cumulativa. Como todo momento histórico apresentou suas peculiaridades, é possível dizer que cada um deles possibilitou a reunião dos direitos em grupos com características semelhantes. Em primeiro lugar, protegia-se o ser humano individualmente. No segundo passo, reconheceu-se a necessidade de proteger determinado grupo, fragilizado diante das situações que lhe eram impostas. Após, a idéia de grupo cresceu, ampliou-se, falou-se, então, em Nação, mundialização, desenvolvimento do planeta. Diante da preocupação com o outro, com o semelhante, que apresentava necessidades

comuns, nascem – ou melhor, desenvolvem-se – os direitos à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente. Outros direitos foram reconhecidos, dando ensejo a novas dimensões. Portanto, os direitos fundamentais tiveram por destinatários o indivíduo, o grupo (muitas vezes, fragilizado), a Nação e o gênero humano do ponto de vista global.

Na primeira dimensão, parece que a titularidade dos direitos individuais se confunde com a destinação, pois titulares são os indivíduos e tais direitos destinam-se exclusivamente a eles. Na segunda dimensão, que discute direitos sociais, a titularidade continua do indivíduo, entretanto, podem ser destinatários tanto os indivíduos quanto o grupo a que pertencem. Para os direitos de terceira dimensão, são destinatários a sociedade, o grupo ampliado.

A respeito da titularidade, outra observação é pertinente: quem são os protagonistas dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro? Os direitos fundamentais encontram-se, basicamente, no Título II da Constituição Federal, sendo certo que existem também outros dispersos por todo o texto. O artigo 5.º da Constituição Federal, que trata dos direitos individuais e coletivos, assegura os direitos dispostos em seus incisos tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no País.

Dessa constatação, surgem algumas indagações: aos estrangeiros residentes no País reconhecem-se apenas os direitos dispostos no citado artigo? Os estrangeiros não-residentes, ainda que estejam no País, não possuem nenhum direito? Por fim, sendo direitos e garantias individuais, as pessoas jurídicas não estão contempladas?

Conforme se afirmou no início, a opção do trabalho é ampliativa. Reconhece-se, inclusive, a universalidade como característica dos direitos fundamentais. Portanto, os direitos individuais e coletivos são garantidos tanto aos residentes no país quanto aos não-residentes. São reconhecidos também às pessoas jurídicas, desde que cabíveis. Vários direitos arrolados nos incisos do artigo 5.º se estendem às pessoas jurídicas, como o princípio da isonomia, legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência e das comunicações, inviolabilidade do domicílio, garantia do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, proteção jurisdicional e direito de impetrar mandado de segurança. Alguns direitos são próprios de pessoas jurídicas, como o direito de propriedade das marcas, nomes e outros signos. É de fundamental importância ressaltar que as empresas de capital estrangeiro não se beneficiam desses direitos e garantias individuais, salvo no que tange a marcas, nomes e signos, proteção que vem do direito internacional.

Sobre o estrangeiro não-residente no País, é possível empreender interpretação literal ou sistemática. Conforme já foi dito, o trabalho trilha pela proteção ampla e sistemática do ordenamento. Justifica-se através do princípio da dignidade humana e dos próprios tratados de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Portanto, ainda que o artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal não contemple os estrangeiros não-residentes no Brasil como destinatários dos direitos fundamentais, através da interpretação teleológica da Constituição é possível reconhecê-los.

Cabe, ainda, outra indagação: quem são os destinatários dos direitos sociais, políticos e de nacionalidade? A Constituição não prevê quem são eles. Aliás, utiliza-se de outra técnica diferente do artigo 5º. No tocante aos direitos sociais, afirma-os no artigo 6.º, supracitado, e garante alguns direitos aos trabalhadores urbanos e rurais (*idem*, art. 7.º).

Referente aos direitos de nacionalidade, declara as hipóteses de nacionalidade originária e naturalização, prevendo possibilidades de distinção entre brasileiros natos e naturalizados. No que tange aos direitos políticos, eles são expressamente reconhecidos aos brasileiros; os estrangeiros são inalistáveis e inelegíveis. Em que pese a omissão do texto quanto aos destinatários deste grupo, é possível concluí-los através do próprio significado de cada grupo. Os direitos sociais são garantidos aos trabalhadores (independentemente da nacionalidade) e os direitos políticos àqueles que decidirão sobre o destino do Estado brasileiro. Portanto, aos brasileiros residentes garantem-se tanto os direitos arrolados no artigo 5.º quanto todos os outros previstos nos outros capítulos do Título II da Constituição, desde que atendidas as condições estabelecidas para o reconhecimento de tais direitos.

1.6 Evolução

Apesar da inexistência de consenso, há quem afirme que os direitos fundamentais encontram suas raízes no pensamento e na arquitetura política do mundo helênico, alcançando maior vigor nas idéias que alimentaram o cristianismo emergente, os teólogos medievais, o protestantismo e, finalmente, corporificando-se na floração das idéias políticas e filosóficas das correntes de pensamento dos séculos XVII e XVIII³⁰. Esse conjunto apresenta-se como

³⁰ MACHADO HORTA, Raul. Constituição e direitos individuais. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 67, p. 20, jul./set. 1983.

fontes espirituais e ideológicas da concepção que afirma a precedência dos direitos fundamentais como inatos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem.

Afonso Arinos faz um interessante comentário sobre o estudo dos direitos e garantias individuais. Infere o autor que a problemática relacionada a esses direitos e garantias foi, inicialmente, consagrada pela Filosofia do Direito, evoluindo doutrinariamente para a Teoria do Estado, e legislativamente para o Direito Constitucional³¹. Desde a Antigüidade, é possível distinguir duas correntes de pensamento, quais sejam, a jusnaturalista e a racionalista. A corrente jusnaturalista relacionava a fonte do Direito como uma espécie de espontaneidade da natureza. Diferentemente, a racionalista filiava o Direito a uma fonte não natural, abstrata, que era a justiça.

Fluindo através do tempo, essas duas correntes de pensamento, quais sejam, a que colocava a justiça acima do Direito e a que punha a natureza na mesma posição, foram transpostas da Filosofia do Direito para a Teoria do Estado e, por fim, para o Direito Constitucional positivo, através dos direitos públicos subjetivos (que são os direitos e garantias individuais).

No âmbito do Direito Constitucional, o tema interessa pois estabelece, em benefício particular, limitações à soberania do poder. Na seara da Teoria do Estado, focaliza a possibilidade da existência de um direito do indivíduo contra o Estado.

Para as democracias antigas, essa idéia do indivíduo possuir direitos oponíveis ao Estado parecia estranha, pois a liberdade era concebida como a integração na capacidade de decisão do grupo, ou seja, ser livre era pertencer à comunidade. Nesse sentido, o valor político atribuído ao homem fora da polis era resultado da sua concepção cristã e do seu destino sobre a Terra. Segundo essa concepção, havia certos valores da vida humana que precisavam ser garantidos em razão do cumprimento do “destino eterno” do homem. Dessa forma, esses valores tinham primazia sobre outros. Portanto, a doutrina cristã demonstrou a necessidade de o homem ter uma parte de sua vida inviolável ao poder do Estado³². Essas idéias, conformes ao senso imanente da dignidade e da justiça, transportaram-se da doutrina religiosa para a jurídica.

Na Idade Média, o problema jurídico fundamental foi encontrar um equilíbrio entre o Império (símbolo do poder temporal) e o Papado (símbolo do poder espiritual). Com o Renascimento, surge a teoria do Direito Natural, que gerou o princípio das “leis fundamentais

³¹ MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de Direito Constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 175.

³² *Ibidem*, p. 176-178.

do Reino”, que se sobrepujam ao poder legislativo da Coroa. Com a Revolução Francesa, finalmente, incorporou-se o sistema de direitos individuais à Declaração dos Direitos Humanos e a todo o Direito Constitucional moderno. É possível afirmar, portanto, que a teoria dos direitos do homem é uma conquista da modernidade.

Com base na linha de raciocínio exposta, procurou-se traçar um panorama cronológico referente ao surgimento dos direitos fundamentais até o momento de sua incorporação aos documentos positivados, lembrando que o cuidado com sua anexação ao direito eclodiu com a Revolução Francesa. Nesse momento, iniciou-se o processo de concretização dos direitos fundamentais, através do reconhecimento de alguns documentos declaratórios.

A filosofia dos direitos humanos, contida nas declarações de direitos, triunfa no final do século XVIII na Europa ocidental e na América do Norte, pois estava de acordo com o espírito da época. As declarações de direitos são interessantes tanto do ponto de vista formal quanto por seu conteúdo e pelos direitos proclamados.

Raul Machado Horta³³ lembra que a concepção abstrata dos direitos fundamentais foi transposta para o domínio concreto das instituições políticas através de um processo desencadeado por diversos documentos fragmentários, sobretudo ingleses, iniciado no século XVII. Tais escritos atendiam ao objetivo fundamental de limitar o poder estatal pela submissão do Estado aos direitos individuais, que se colocavam acima dele. Entretanto, o ordenamento estatal se limitou, apenas, a revelar esses direitos naturais pela técnica declaratória, para proclamar a anterioridade e a insuprimibilidade dos direitos individuais. Dessa forma, reconhecia-se a subordinação do Estado a uma regra de direito superior a ele próprio³⁴.

As declarações de direitos são disposições declaratórias das principais liberdades humanas. Segundo Pinto Ferreira, “tais direitos, enunciados pelas grandes revoluções e depois incluídos nos textos das Constituições, constituem a própria personalidade do homem, cujo exercício lhes corresponde, com limitações recíprocas nos direitos dos demais homens”³⁵.

Essas declarações surgiram como um movimento social novo em defesa das liberdades contra o arbítrio e o poder do antigo regime. Ou seja, na luta histórica entre a

³³ *Constituição e direitos individuais*, cit., p. 20.

³⁴ *Idem, Direito Constitucional*, 3.^a ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 213.

³⁵ PINTO FERREIRA. *Curso de direito constitucional*. 12.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 99.

liberdade e o poder, entre o indivíduo e o Estado, as declarações manifestam-se como instrumentos legais de limitação do poder estatal.

Do ponto de vista histórico, verifica-se que as declarações estão ligadas ao advento da democracia, que se seguiu à ruína do feudalismo e da monarquia absolutista. Dessa forma, as revoluções históricas libertaram o homem da opressão do regime de privilégios e exceções.

É plausível identificar na Inglaterra a origem das Declarações, com a elaboração de diversos documentos fracionados, tais quais, a Magna Carta, de 1215; a Petição de Direitos, de 1629; bem como a Lei de *Habeas Corpus*, de 1679.

Afonso Arinos comenta a possibilidade de se considerar como primeira manifestação legislativa dos direitos individuais a Declaração de Direitos inglesa de 1679 que versa quase que somente sobre matéria política, mas contém algumas disposições sobre direitos individuais³⁶. Entretanto o reconhecimento das liberdades na Inglaterra estava estreitamente vinculado à história do povo inglês. Não se encontram, neste País, grandes declarações de princípios, mas, sim, apenas procedimentos jurídicos que permitissem preservar algum direito ou alguma liberdade específica. Tais atos tinham por finalidade, apenas, proteger os sujeitos britânicos em uma determinada época. Dessa forma, constituíam direitos do inglês, apenas, e não direitos do Homem. Apesar de tais críticas, a Inglaterra foi citada como pioneira das Declarações liberais do século XVIII.

Com inspiração inglesa, a revolução norte-americana de independência acelerou essa marcha, com a primeira declaração de direitos, da Virgínia, de 12 de junho de 1776. Os direitos fundamentais consolidaram-se nos Estados Unidos quando a Constituição Federal de 1787 foi votada, em 1789, mediante a inclusão de dez emendas que versavam justamente sobre eles. Essas dez emendas constitucionais, portanto, compõem a declaração de direitos americana.

Em seguida, proclama-se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, proveniente da Revolução Francesa, de 1789, que expressou grande influência no desenvolvimento histórico do mundo. Os ideais dessa revolução obtiveram rápida aceitação, e os princípios enunciados na Declaração foram incorporados às Constituições de todos os povos do mundo. Ainda que sem adentrar a maiores detalhes a respeito da declaração de 1789, por ser tema tratado posteriormente, é de grande valia comentar a polêmica surgida entre autores franceses e germânicos a respeito de sua originalidade.

³⁶ MELO FRANCO, Afonso Arinos. Op. cit., p. 178.

As declarações de direitos do século XIX consagram, sobretudo, os direitos privados e políticos, expressando nitidamente uma doutrina individualista. Elas foram seguidas pelas grandes declarações econômicas que surgiram no século XX, após o amadurecimento do mundo nesse sentido. Cumpre pontuar que esses documentos garantidores de direitos serão estudados adiante.

As Declarações do século XIX, sobretudo a francesa, de 1789, foram concebidas, então, como instrumento de controle do poder, e este não poderia ultrapassar a área dos direitos individuais. Na França, essas idéias precursoras que sustentaram o direito de resistência ao poder absoluto do monarca, na fase pré-constitucional, foram incorporadas ao texto jurídico da Constituição, que passou a garantir um núcleo inviolável dos direitos individuais.

Machado Horta anota que essa autonomia formal do texto declaratório dos direitos individuais, que indicava sua anterioridade em face do direito estatal, foi responsável pela primazia da Declaração de Direitos que, na França, é destacada do texto da Constituição. Para melhor ilustrar, são citadas as Constituições francesas de 27 de outubro de 1946 e de 4 de outubro de 1958, que proclamaram sua subordinação aos princípios da Declaração de 1789, dispensando, assim, em seu Corpo, a repetição da enumeração dos Direitos individuais, inalienáveis e sagrados, que se incorporaram ao Direito Público francês, o que evitou as dificuldades da elaboração de um novo texto. Esse fato demonstrou a certeza de que o texto de 1789 foi incomparável, exprimindo genialidade política de momento decisivo na história da humanidade³⁷. Essas primeiras reflexões a respeito dos direitos fundamentais deixam claro o caráter individualista que eles apresentavam no início. Portanto, nessa época os direitos fundamentais são basicamente os individuais.

É de grande importância destacar, assim como o faz Norberto Bobbio, a historicidade dos direitos humanos. O doutrinador, durante todo seu estudo, trabalha com as seguintes teses, das quais, segundo suas palavras, ele não mais se afastou: os direitos naturais são direitos históricos, nascem no início da era moderna, juntamente com a concepção individualista da sociedade, e tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico³⁸. Jean Morange entende que os direitos humanos, sob a forma moderna, surgem em uma época precisa e num contexto político e geográfico bem determinado³⁹.

³⁷ MACHADO HORTA, Raul. *Direito Constitucional*. cit., p. 214.

³⁸ BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*. 14.^a tir., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 2.

³⁹ MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*, cit., p. 4.

Nesse sentido, ao buscar os fundamentos dos direitos do homem, Bobbio refuta a idéia de fundamento absoluto, defendendo que tais direitos constituem uma classe variável, como a história dos últimos séculos bem demonstra. O fundamento absoluto seria, nos dizeres do autor, a busca de razões e argumentos irresistíveis, aos quais ninguém recusaria adesão. Essa idéia predominou entre os jusnaturalistas, que colocavam certos direitos acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Além disso, não parece possível trazer a fundamentação de um direito ao qual é impossível dar uma noção precisa, mesmo porque, o que parece fundamental em uma determinada época, não o é em outras. O autor não concebe que seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos⁴⁰. Reconhece, ainda, a inexistência de um único fundamento, mas sim, de fundamentos dos direitos do homem.

Portanto, nas palavras do referido estudioso, os direitos humanos são mal definíveis, variáveis e heterogêneos. Isso porque, dentre os direitos do homem há pretensões muito diversas entre si e até mesmo incompatíveis. Dessa forma, as razões que sustentam umas não servem para sustentar outras. Dever-se-ia, falar, portanto, em fundamentos diversos dos direitos do homem, e não em simples fundamento. Por fim, o desejo por um fundamento absoluto mostra-se inócuo, uma vez que o problema dos direitos humanos, hoje, não é o de justificá-los, mas o de protegê-los.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 18/19.

II - DIMENSÕES DE DIREITOS

O lema revolucionário do século XVIII, conforme lembra Bonavides, em rigor exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando, inclusive, a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade⁴¹. Dessa forma, os direitos fundamentais passaram a se manifestar, na ordem institucional, em três dimensões sucessivas, quais sejam, direitos da primeira, da segunda e terceira dimensão, referindo-se, respectivamente, aos direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, o que traduz um processo cumulativo e qualitativo.

Nesse passo, é necessário repisar a tese da historicidade dos direitos humanos, defendida por Bobbio. Esses direitos, por mais fundamentais que sejam, são históricos. Isso porque os direitos não nascem todos de uma única vez, eles nascem quando devem nascer, de uma forma gradual⁴².

Para tratar do tema em questão, uma perspectiva que pode ser assumida, dentre tantas outras, seguindo a linha de pensamento de Bobbio, é a da filosofia da história que, segundo seu entendimento, já está superada, tendo sido considerada como uma forma típica do saber da cultura do século XIX. Todavia, apesar disso, é possível atribuir a ela características meritórias, em se tratando de direitos humanos.

De acordo com essa filosofia, os eventos se tornam sinais ou indícios que revelam um processo não necessariamente intencional, mas no sentido de uma direção preestabelecida. Ou seja, os eventos não apenas descrevem fatos, mas, sim, apresentam uma concepção finalística da história. Neste sentido, a humanidade atua geralmente em função de finalidades projetadas para o futuro. Para Bobbio, do ponto de vista da filosofia da história, o debate sobre os direitos do homem pode ser interpretado como um “sinal premonitório” do progresso moral da humanidade. Isso porque o homem precisa sempre se interrogar sobre o seu destino, bem como sobre sua origem, o que só pode ser feito através da busca por sinais oferecidos pelos eventos.

A história humana parece ambígua quando se procura atribuir-lhe um sentido. Sua explicação é difícil, pois as justificações teleológicas não convencem, as racionais são parciais, apresentando-se, muitas vezes, contraditórias. Existe uma parte obscura do homem e

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 562.

uma clara, sendo que a primeira é sempre mais ampla que a segunda. Todavia, a face clara aparece de tempos em tempos, a exemplo da abolição da escravidão, dos suplícios, da pena de morte. É nessa zona de luz que surge o interesse crescente por parte de movimentos sociais, governos, partidos políticos, pela afirmação, reconhecimento e proteção dos direitos do homem.

Reconhecendo essa realidade, importante se faz traçar algumas linhas sobre as gerações de direitos. Mas antes de adentrar ao tema, urge fazer breve menção à nomenclatura utilizada. A título de reconhecimento histórico, é possível dividir os direitos em três gerações. Muitos autores criticam esse termo, entendendo como de melhor aplicação o vocábulo “dimensão” de direitos, uma vez que eles não se excluem, mas se completam.

Bonavides explica que o vocábulo “dimensão” substitui com vantagem lógica e qualitativa o termo “geração”, se este último significar apenas sucessão cronológica e, portanto, passível de caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. *A contrario sensu*, os direitos de primeira geração (individuais), os de segunda (sociais), e os de terceira (desenvolvimento, meio ambiente, paz, fraternidade) permanecem eficazes se forem infra-estruturais, ou seja, se formarem a pirâmide cujo ápice seja o direito à democracia. É necessário considerar que a descoberta e a formulação de novos direitos serão sempre um processo sem fim, de tal forma que “quando um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas”⁴³.

O termo “gerações de direitos” remete, necessariamente, à idéia de um conjunto de alguma coisa (nesse caso, de direitos) que nasceu e se formou numa mesma época. Ou seja, o termo traz uma noção excludente desses grupos de direitos: os direitos que surgiram em épocas posteriores excluem os de épocas remotas. Não parece ser essa a concepção mais apropriada. Eles são frutos de um processo evolutivo-cumulativo. Os direitos fundamentais constituem um processo de acumulação das esferas de proteção da dignidade humana em constante expansão.

Sendo assim, após o cuidado com a proteção das liberdades, surgiram os institutos tutelares das necessidades materiais e depois os da conservação do gênero humano. Ou seja, a primeira dimensão de direitos cuidou de proteger as liberdades. Em seguida, surgiu a tutela das necessidades materiais, os chamados direitos sociais. Posteriormente, nasceu a preocupação com a preservação do gênero humano ou direitos de fraternidade.

⁴² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit., p. 5.

⁴³ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 570.

Nesse sentido, os direitos fundamentais são cumulativos. Existiu sempre a idéia de proteger a dignidade do homem como mostram os dados históricos. Vê-se, assim, a evolução jurídica desde o início do rebaixamento do ser humano em sua dignidade (como escravidão, tortura, miséria) para a conquista de novos caminhos de proteção, culminando com a ressignificação do quadro das relações econômicas e sociais. Daí a escolha pelo termo “dimensão de direitos”⁴⁴. Essa preocupação com a positivação dos direitos em comento nasceu de um aumento progressivo das dimensões da dignidade que passaram, com o tempo e com a evolução da sociedade, a ser objeto de proteção.

Pelo exposto, depreende-se que as diversas dimensões de direitos surgiram passo a passo, em contraposição às variadas formas de agressões à dignidade humana. Nesse diapasão, o ordenamento jurídico trazia como resposta novos círculos de proteção. Verificasse, portanto, que esses níveis de proteção do indivíduo constituem produto de conquistas humanitárias que foram reconhecidas de forma cumulativa pelo ordenamento jurídico de diversos países.

Para discorrer a respeito dos direitos do homem, deve-se sempre ter a preocupação de manter a distinção entre teoria e prática. Ou seja, uma coisa é falar sobre direitos do homem; outra, bem distinta, é reconhecê-los e protegê-los efetivamente. A doutrina dos direitos do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, a qual, para justificar a existência de tais direitos, partira da hipótese de um estado de natureza, que reconhecia como direitos pertencentes ao homem, essencialmente, o direito à vida e à sobrevivência – que inclui aí o direito à propriedade – e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas.

A hipótese do estado de natureza era uma tentativa de justificar racionalmente determinadas exigências que iam se ampliando cada vez mais. Todavia, a ampliação dessas exigências demonstrou que o ponto de partida do estado de natureza perdeu sua plausibilidade, reconhecendo que o mundo das relações sociais de onde elas derivam é muito mais complexo, não bastando, como direitos fundamentais, apenas a vida, a liberdade e a propriedade. Alguns direitos fundamentais não foram previstos no estado de natureza porque

⁴⁴ É de grande valia ressaltar que Luiz Alberto David de Araujo & Vidal Serrano Nunes Jr. optaram pela utilização do termo “gerações de direitos”, sendo certo que, no decorrer de todo o estudo, salientaram o caráter cumulativo de tais direitos. Independentemente da denominação utilizada, o que importa é o reconhecimento desse processo evolutivo-cumulativo. A escolha pela “dimensão de direitos” foi mera opção terminológica. Os mencionados doutrinadores comentam a preferência de alguns autores pela expressão “dimensões” ao invés de “gerações”.

não emergiram na sociedade à época em que nasceram as doutrinas jusnaturalistas, somente vindo a ser expressos em uma sociedade econômica e socialmente mais evoluída.

O desenvolvimento da teoria e da prática dos direitos do homem ocorreu a partir do final da Segunda Grande Guerra, essencialmente em duas direções, quais sejam, universalização e multiplicação.

A respeito da universalização, os indivíduos vão se transformando em cidadãos de um Estado particular para cidadãos do mundo. No atinente à multiplicação, ela se relaciona à estreita conexão existente entre mudança social e nascimento de novos direitos. Essa multiplicação ocorreu de três formas: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a um grupo diverso de sujeitos; c) porque o próprio homem já não é mais considerado como ente genérico, mas é visto na especificidade. Essas três causas de multiplicação dos direitos do homem revelam a necessidade de fazer referência a um contexto social determinado.

Com relação ao primeiro processo (aumento da quantidade de bens merecedores de tutela), ocorreu a passagem dos direitos de liberdade para os direitos políticos e sociais, os quais requerem uma intervenção mais direta do Estado. Sobre o segundo processo (extensão da titularidade a um grupo diverso de sujeitos), aconteceu a passagem do indivíduo humano em sua singularidade para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas, os grupos de trabalhadores, as crianças, enfim, toda a humanidade em seu conjunto. No terceiro processo, manifestou-se a passagem do homem genérico para o homem específico. Essa especificação deu-se no âmbito dos direitos sociais.

O reconhecimento dos direitos fundamentais em enunciados explícitos nas declarações de direitos e Constituições é algo recente, data de época próxima – século XVIII. Sua concretização está longe de se esgotar, pois a conquista por novos direitos é caminho infundável e faz parte da evolução humana. É tema deveras debatido, sobretudo no momento em que se vive, por se tratar de preocupação jurídica e filosófica das escolas de Direito, pátrias e alienígenas.

Pela importância do tema, traçou-se um panorama geral sobre a origem histórica dos direitos fundamentais, desde tempos remotos até seu reconhecimento nas Declarações de Direitos e seu percurso evolutivo. Por ora, é necessário abordar as dimensões de direitos, inserindo-as num contexto histórico-evolutivo para, em seguida, relacioná-las aos principais documentos internacionais de direitos.

Os direitos fundamentais triunfaram nos fins do século XVIII, com as Revoluções Liberais, sobretudo a inglesa e a francesa. Por essa razão, eles aparecem como liberdades, ou seja, esferas de autonomia dos indivíduos em face do poder estatal, a quem se exige que se abstenha, tanto quanto possível, de se intrometer na vida social. Nesse sentido, segundo José Carlos Vieira de Andrade, liberdades são autonomias sem condicionamentos de fins, são “responsabilidades privadas num espaço autodeterminado”⁴⁵. Atuam num contexto social e político em que procuram segurança coletiva e, em contrapartida, aceitam limitar-se. O liberalismo presume o indivíduo como ponto de partida, por isso estabelece o processo e as condições de formação das leis no pressuposto da opinião própria. Àquela época, a economia era vista numa perspectiva macroeconômica, assim como a vida política era concebida numa visão micropolítica.

Quando eclodiu a preocupação com os direitos inerentes ao ser humano, essa categoria jurídica abarcava exclusivamente os direitos individuais, marcados pela preocupação em delimitar o poder estatal. Eram, pois, direitos de resistência do indivíduo perante o Poder Público.

O desenvolvimento das relações econômico-sociais trouxe ao cenário jurídico preocupações humanas redimensionadas, forjando um novo patamar de liberdades do indivíduo, caracterizado por prestações positivas do Estado. Era o reconhecimento de direitos sociais, culturais e econômicos, que se agregaram aos individuais já existentes. Posteriormente, com a evolução tecnológica, o subdesenvolvimento econômico e os conflitos internacionais, surgiram os direitos de fraternidade e de solidariedade.

Nessa esteira de raciocínio, será traçado o percurso evolutivo dos direitos fundamentais, enfatizando as dimensões em que eles se deram para, após, apresentarem-se as Declarações de Direitos em sentido moderno, numa linha cronológico-evolutiva.

2.1 Os direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos de primeira dimensão são os referentes a liberdade, quais sejam, os civis e políticos, têm por titular e destinatário o indivíduo, e se traduzem como faculdade da pessoa, apresentando assim, como traço característico, a subjetividade marcante. Trata-se de

⁴⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, p. 43, 1987.

direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, objetivando limitar-lhe o poder e reservar para o indivíduo uma esfera de liberdade em relação àquele (Estado).

Por apresentarem caráter liberalista, valorizam em primeiro lugar o homem-singular, o homem das liberdades abstratas. São direitos que surgiram com a idéia de Estado de Direito, isto é, estão submissos a uma Constituição. Foram os primeiros a constar do instrumento normativo constitucional, que correspondem, sob o prisma histórico, à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente, século XIX.

Caracterizam-se por não serem absolutos, isto é, há limitações, e também por serem direitos negativos, existem porque o Estado não intervém. Nesse caso, está-se diante do Estado mínimo; exige-se um comportamento de abstenção estatal. Estabelecem qual o domínio das atividades individuais e do Estado, impondo-lhe um dever de abstenção em certas matérias ou domínios da atividade humana. Verifica-se, por conseqüência, uma nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se encontra o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos de liberdade.

Tais direitos evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual. Essa universalidade (igualdade universal) não vale para os direitos sociais, nem para os políticos – que serão tratados mais adiante – para os quais os indivíduos são iguais apenas genericamente, mas não especificamente. Refletem os valores da época, pois é preciso lembrar que o Estado anterior estava mergulhado em um absolutismo repressivo, razão pela qual o homem lutava por liberdade, esta era a palavra de ordem. Nesse sentido, o Direito anda na esteira das necessidades que vão surgindo, suscitadas pela sociedade.

Apresentam como escorço histórico “A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América” de 1776, e a “Declaração dos Direitos do homem e do cidadão” de 1789. É possível verificar, então, que a história tem ajudado mais a enriquecê-los do que a empobrecê-los: já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, pois toda Constituição que seja digna desse nome deve substantivá-los. Constata-se, mais uma vez, o reconhecimento de que os direitos são cumuláveis, por isso se falar em suas “dimensões”.

2.2 Os direitos fundamentais de segunda dimensão

Traduzindo uma etapa de evolução no que se refere à proteção da dignidade humana, surgem os direitos de segunda dimensão. Sua essência foi a preocupação com as

necessidades humanas que decorreram do desenvolvimento da sociedade. Nesse passo, o homem, liberto do domínio do Estado, procurava uma nova forma de proteção de sua dignidade, através da satisfação de suas necessidades mínimas. Tais direitos expressam o amadurecimento de novas exigências, de novos valores, tais como bem-estar e igualdade material, que trariam novo sentido à vida humana.

Esses direitos dominaram o século XX assim como os direitos de primeira dimensão o fizeram no século anterior. Germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. São os ditos direitos sociais, dentre os quais estão os culturais, os econômicos, dentre outros. Nasceram “abraçados ao princípio da igualdade”. É importante reiterar que aqui se fala em igualdade material, ou seja, existem distinções de indivíduo para indivíduo e, para a concretude do princípio da igualdade, urge levar em consideração tais diferenças. Nesse rumo, na afirmação e no reconhecimento dos direitos de segunda dimensão em geral, deve-se levar em conta determinadas diferenças relevantes para distinguir um indivíduo de outro que justifiquem um tratamento não igual. Assim como todas as dimensões de direitos, ela surgiu de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de cunho acentuadamente ideológico.

A Constituição brasileira proclama genericamente que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, todos previstos no Título dos direitos fundamentais. Estão esmiuçados no título “Da Ordem Social”, em capítulos específicos sobre tais direitos, fora do núcleo dos direitos fundamentais.

A Carta de 1988 prevê direitos econômicos no título “Da Ordem Econômica e Financeira” – os princípios da atividade econômica são voltados aos direitos de segunda dimensão – priorizando bastante os direitos sociais, a ponto de se poder afirmar que é um texto mais social do que liberal. Frise-se que não é um texto tipicamente social, pois há também princípios fortemente liberais, mas eles caminham entrelaçados. Os direitos culturais também se encontram na ordem social, esmiuçados no capítulo “Da educação, da cultura e do desporto”.

Tais direitos caracterizam-se, inversamente aos de primeira dimensão, por serem positivos, ou seja, necessitam de uma prestação positiva do Estado, no sentido de buscar a superação das carências individuais e sociais, visando a preservar a dignidade humana, não permitindo que o homem possa ser privado do mínimo de necessidades indispensáveis. Essa

nova categoria de direitos, reitere-se, coloca o Estado em uma posição diametralmente oposta àquela em que se encontrava com relação aos direitos de primeira dimensão.

Conforme já foi visto em linhas atrás, concernente aos direitos políticos e sociais, existem diferenças de grupos de indivíduos para grupos de indivíduos que devem ser ressaltadas. No reconhecimento desses direitos, essas diferenças não de ser levadas em conta, uma vez que elas justificam um tratamento não igual. Certas condições sociais ou pessoais são relevantes para distinguir um indivíduo do outro. Através do reconhecimento dos direitos sociais, surgiram novos personagens como sujeitos de direitos, como a mulher, a criança, o idoso, o doente, a pessoa portadora de deficiência etc. São destinatários dessas normas os grupos sociais esmagados pela miséria, fome, doença e marginalização. Também são conhecidos como “direitos de crença”, pois traduzem a esperança de uma participação ativa do Estado.

Apresentam como influências a Constituição de Weimar, de 1919, e a Declaração do Povo explorado e trabalhador (URSS), de 1917. Após serem proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia, dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

O nascimento dos direitos sociais fez surgir uma nova preocupação, qual seja, a de proteger a instituição, vista nesse contexto como realidade aberta à participação criativa e valorização da personalidade. Essa dimensão trouxe, pois, um novo conteúdo aos direitos fundamentais: as garantias institucionais. Com essas garantias, algumas instituições receberam tratamento especial, tais como: o funcionalismo público, o magistério, a autonomia municipal, as confissões religiosas, a independência dos juízes etc.

O reconhecimento desses direitos traz em si outra problemática, que se refere à prática dos direitos humanos, mencionada anteriormente. Isso porque essa proteção requer uma intervenção ativa do Estado, necessitando da organização dos serviços públicos, o que fez, inclusive, nascer uma nova forma de Estado: o Estado social.

De juridicidade questionada – considerados de aplicabilidade mediata por via do legislador infraconstitucional – foram remetidos à esfera programática por não conterem instrumento de concretização dos mesmos. Mas essa crise de observância e execução parece estar próxima do fim, pois as recentes Constituições, incluindo a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Desse modo, os direitos de segunda dimensão tornaram-se tão justificáveis quanto os da primeira. Nesse passo, deixa de prevalecer a idéia de que apenas os direitos de liberdade eram de aplicabilidade imediata,

enquanto os sociais tinham aplicabilidade mediata, por via legislativa. Por conseguinte, em razão da própria natureza de tais direitos, que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre passíveis de concretização, eles apresentaram, num primeiro momento, eficácia duvidosa ou baixa normatividade.

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado, os direitos sociais exigem para sua realização a ampliação dos poderes do Estado. Segundo argumentos históricos, o poder pode ser considerado maléfico ou não, levando-se em consideração os diferentes pontos de vista em que tais contextos são referidos. Desse modo, o aumento da liberdade e do poder nem sempre são considerados um mal.

Se em determinado momento a intervenção do Estado foi algo que precisava ser expurgado da sociedade para a garantia de direitos mínimos aos indivíduos, em outra época mostrou-se necessária para a concretização de outras formas de direito. Essa maior ou menor interveniência é conjectural e precisa ser equilibrada para que o Estado cumpra sua função social.

Por todo o exposto, verifica-se que na segunda dimensão de direitos destacam-se os interesses de determinados grupos que, em razão de suas próprias condições na sociedade, buscam a superação de suas carências individuais e sociais através da prestação de necessidades humanas mínimas. Daí a denominação do gênero direitos coletivos, dentre os quais foram mencionadas as espécies acima.

Portanto, conforme reiteradamente analisado, com o reconhecimento dessa categoria surgiram novos personagens como sujeitos de direitos, tais como mulheres, crianças, idosos, doentes, pessoas portadoras de deficiências etc. Esses grupos de pessoas passaram a necessitar de prestações do Estado, uma vez que, em razão da dinâmica social, passaram a estar desprotegidos. O Estado passa a atuar, então, como sujeito ativo para garantir-lhes condições dignas de vida. Assim, na busca da concretização desses direitos surge um outro personagem, que pode atuar em colaboração com o Estado: a associação, que é o objeto do presente trabalho.

Nessa linha de raciocínio, é possível fazer um importante liame entre a liberdade de associação e os direitos de segunda dimensão. A liberdade de associação, localizada entre os direitos de primeira dimensão (apesar de ser de exercício coletivo), pode ser utilizada como importante instrumento de efetivação de direitos, na medida em que um dos elementos desse direito é a plurissujeitividade. Na segunda dimensão, prioriza-se a categoria de pessoas, o foco está no sujeito (ou, mais especificamente, no grupo de sujeitos). Outro elemento importante

da associação é a finalidade comum, que também pode ser encontrada na segunda dimensão de direitos.

Desse modo, é possível à associação proteger os direitos de um grupo de crianças e adolescentes que têm por finalidade desenvolver determinada prática desportiva, por exemplo. Nesse caso, a associação terá por objetivo secundário a inserção desse grupo de jovens na sociedade e seu desenvolvimento de forma mais efetiva, contribuindo com o papel ativo do Estado.

Destaca-se que, com a defesa da associação como importante instrumento democrático e de efetivação de direitos, não se busca eximir a responsabilidade do Estado de seu papel de prestador positivo, mas tão-somente demonstrar que essas associações atuam como colaboradoras, paralelamente ao Estado. São entidades importantes na defesa dos direitos da sociedade, tendo, por consequência, seu papel reconhecido. O trabalho trilhará essa linha de raciocínio.

2.3 Os direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos de terceira dimensão, cristalizados no fim do século XX, mais especificamente a partir da década de 1970, surgiram da consciência de um mundo que se repartiu entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. São direitos que se assentam sobre a fraternidade ou, no entendimento de alguns autores, solidariedade. Objetivam não a proteção de direitos individuais ou de um grupo, mas têm por primeiro destinatário o gênero humano, considerado de forma abstrata. Voltam-se à sua essência, sua razão de existir, ao destino da humanidade.

Transpassa aqui a idéia de mera proteção aos direitos individuais ou coletivos, ou direitos de um determinado Estado. Passa-se à proteção do gênero humano “num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”⁴⁶. Além, os direitos de terceira dimensão transpassam o homem para se alojar no planeta. Perdem o caráter pessoal, outrora priorizado, e assumem feição espacial.

Importante que se frise, os direitos de terceira dimensão constituem uma categoria heterogênea e vaga. São aqueles cujo sujeito não é o indivíduo, mas os grupos humanos, como o povo, os membros de uma Nação, a própria humanidade, ampliando, de tal modo, a

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 569.

dimensão dos grupos humanos. São os direitos difusos, os direitos de solidariedade, o direito ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio ambiente protegido, à comunicação, à liberdade de informação, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. São os direitos voltados à preservação da humanidade.

É importante lembrar que tais direitos são apenas indicativos, podendo haver outros em fase de gestação que alarguem esse círculo. À medida que o processo universalista se desenvolve, surgem as preocupações com os direitos planetários. Não se vislumbra mais apenas o indivíduo, afinal, se ele não tiver condições mínimas de sobrevivência, certamente entrará em extinção. Nesse caso, não fará sentido fazer alusão apenas aos direitos de primeira e segunda dimensões, pois eles não se mantêm sozinhos: “nenhum ser humano é uma ilha”.

2.4 Os direitos fundamentais de quarta dimensão

Os direitos de quarta dimensão surgiram sob o panorama da globalização e do neoliberalismo. A globalização política neoliberal apresenta uma filosofia que se move rumo à dissolução do Estado nacional, pois afrouxa os laços de soberania e cria uma falsa despolitização da sociedade. Apesar de não fazer nenhuma referência a valores, manifesta um propósito de perpetuidade do *status quo* de dominação. Conseqüentemente, a globalização caminha sem nenhuma referência valorativa. Para Paulo Bonavides, ela faz parte de uma estratégia de formulação do futuro a respeito das hegemonias supranacionais⁴⁷. Como decorrência disso, desenvolveu-se a globalização política radicada na teoria dos direitos fundamentais, sem ideologia neoliberal. Surgiu, daí, a necessidade de globalizar direitos fundamentais e universalizá-los.

Essa globalização, que interessa aos povos da periferia, está diretamente ligada à teoria dos direitos fundamentais, que introduz os direitos de quarta dimensão, quais sejam, a democracia, a informação, o pluralismo etc. A concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, depende desses direitos. A democracia deve ser direta, isenta de contaminações da mídia manipuladora, sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. A informação e o pluralismo, portanto, devem ser reconhecidos como seus direitos paralelos e coadjuutores.

⁴⁷ Ibidem, p. 571.

A democracia globalizada configura a presença moral da cidadania. O homem é a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade de tais direitos passa a ser obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, nos moldes da democracia direta. Nesse sentido, os direitos de quarta dimensão direcionam-se ao futuro da cidadania e ao porvir da liberdade de todos os povos.

Outro exemplo de tais direitos é aquele referente às pesquisas biológicas que permitem manipulações do patrimônio genético do indivíduo. Como se vê, são os direitos que surgem dos anseios da sociedade num dado momento, assim como aconteceu nas dimensões anteriores. Os direitos de quarta dimensão culminam a objetividade dos direitos das duas dimensões anteriores e absorvem a subjetividade dos direitos individuais (de primeira dimensão).

Dessa constatação é possível afirmar que os direitos da segunda, terceira e quarta dimensões não se interpretam, mas se concretizam, pois é na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação. É importante lembrar, também, que a descoberta de novos direitos será sempre um processo sem fim, de tal forma que “quando um sistema de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas”⁴⁸.

Conforme se pode perceber mais uma vez, as dimensões de direitos se completam na medida em que as relações sociais se intensificam. Atualmente, não se pode vislumbrar um Estado de Direito apenas com direitos de uma ou outra dimensão, mas sim o conjunto de todas elas. Nesse diapasão, é possível reconhecer, assim como se demonstrou na segunda dimensão de direitos, a liberdade de associação como instrumento concretizador de todas essas categorias de direitos.

Em vista do que foi analisado na segunda dimensão, a associação possui dois elementos que lhe permitem servir de instrumento de concretização dos direitos de todas as outras, pois se encontram tanto na segunda, na terceira, quanto na quarta dimensão: são a finalidade comum e a plurissubjetividade. Tudo que se refere a direitos que não sejam individuais é tratado em conjunto. Atualmente, as preocupações são múltiplas, conjuntas, o

⁴⁸ MBAYA, Etienne-R. *Menschenrechte im Nord-Sued Verhaeltnis*, apud BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 570. Bonavides comenta em seu livro que tal manuscrito, supostamente ainda inédito, foi gentilmente enviado por aquele autor.

que permite esse diálogo defendido no presente trabalho entre as associações e os referidos grupos de direitos.

Das constatações acima, observa-se que os direitos perdem o caráter individual para, paulatinamente, assumirem dimensão cada vez mais ampla da sociedade. Saíram do social, passaram ao universal para, finalmente, admitirem caráter uno, unitário, único. Mas para isso foi necessário assumir todas as dimensões anteriores.

Para finalizar, torna-se necessário reconhecer que, embora as exigências de direitos possam estar dispostas em diversas “dimensões”, suas espécies são sempre duas: impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios.

III - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS PARA SUA PROTEÇÃO

O presente capítulo tratará dos principais documentos internacionais assecuratórios dos direitos fundamentais. Antes de estudar especificamente cada um deles, imprescindível que algumas observações sejam feitas.

É importante, desde já, ressaltar que os primeiros documentos eram históricos, reconhecidos para um determinado povo, em razão de dada conjectura em que viviam (normalmente de opressão). Posteriormente, obrou-se o reconhecimento de outros textos que propiciaram a afirmação de tais direitos com força normativa, lembrando, ainda, que nesse processo de afirmação as primeiras cartas eram declaratórias.

Conforme será visto, a *Magna Carta* (1215-1225), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688), não eram considerados declarações de direitos no sentido moderno, por serem limitados e estamentais, tendo-se em mente, sobretudo, as três dimensões de direitos e levando-se em conta o contexto em que surgiu cada uma dessas dimensões. Serão traçados breves comentários a respeito desses documentos primitivos para, posteriormente, passar com maiores detenções às declarações modernas.

A Magna Carta inglesa, assinada em 1215, mas tornada definitiva apenas em 1225, é nitidamente feudal, feita para proteger os privilégios dos barões e os direitos dos homens livres, que eram muito poucos. Era uma convenção feita entre os monarcas e os barões feudais pela qual eram-lhes reconhecidos privilégios especiais. Mais do que isso, ela deixa explícito, pela primeira vez, que o rei acha-se vinculado pelas leis que edita. Reconhecia, ainda, que os direitos próprios da nobreza e do clero existiam independentemente do consentimento do monarca e, portanto, não podiam ser modificados por ele.

Nesse sentido, a Magna Carta apresenta as primeiras idéias de limitação institucional dos poderes do rei. Aparece, aí, o germe da democracia moderna, pois o poder dos governantes passa a ser limitado não apenas por normas superiores como também por direitos subjetivos dos governados. Apesar de nitidamente estamental, essa Carta não deixou de ser o símbolo das liberdades públicas, servindo de base para o desenvolvimento constitucional inglês e possibilitando que se extraíssem dela os fundamentos da ordem jurídico-democrática inglesa.

A Petição de Direitos – 1628 – foi um documento dos membros do Parlamento dirigido ao Monarca, requerendo o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para seus súditos. Tais direitos já haviam sido reconhecidos na própria Magna Carta. Verifica-se, portanto, que esses mandamentos não eram respeitados pelo monarca, uma vez que necessitaram de nova proteção por meio da Petição de Direitos.

O *Habeas Corpus Act*, de 1679, teve por escopo o reforço às reivindicações de liberdade, traduzida na garantia de liberdade individual, suprimindo as prisões arbitrárias, símbolo de poder dos déspotas. O *habeas corpus* já existia na Inglaterra para os casos de prisão arbitrária, mas sua eficácia era muito reduzida, pois não havia regras processuais adequadas. Essa lei veio corrigir esse defeito e confirmar a idéia de que não existe direito sem uma ação judicial própria para sua defesa. É da criação dessa ação em juízo que nascem os direitos subjetivos, e não o contrário. A Lei do *Habeas Corpus* foi criada para proteger a liberdade de locomoção e tornou-se a matriz de proteção de todas as outras liberdades fundamentais.

A Declaração de Direitos (*Bill of Rights* – 1689) foi fruto da Revolução de 1688, sendo considerado o documento inglês mais importante, que teve por objetivo limitar os poderes reais. Esse documento pôs fim, pela primeira vez, ao regime de monarquia absoluta. Deu origem à monarquia constitucional, submetida à soberania popular, em detrimento do poder divino. Representou a institucionalização permanente da separação de poderes no Estado. A *Bill of Rights* retomou algumas disposições da *Petition of Rights*, como a proibição de cobrança de impostos sem a autorização do Parlamento, e proibição de prisão sem culpa formada. Fortaleceu a instituição do júri e reafirmou alguns direitos fundamentais expressos até hoje nas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas. Dos documentos apresentados sucintamente até agora, verifica-se nítido ponto de convergência entre eles: todos trazem, como traço marcante, a busca pela limitação do poder do monarca.

No presente trabalho, optou-se por esmiuçar as declarações da Era Moderna e, para tanto, tratar-se-á de movimentos pós-Revoluções Francesa e Americana. Dentre os textos que marcaram a consagração do conjunto de direitos humanos, devem ser mencionadas as principais declarações do século XVIII, fruto de inspiração jusnaturalista.

Comparato⁴⁹, ao citar o significado do termo *revolutio*, explica que seu sentido político teve origem com os ingleses, como uma volta às origens, à restauração dos antigos costumes e liberdades. O movimento americano apresentou essa característica de restauração. O *Bill of Rights*, de 1689, por exemplo, traça a idéia de restauração das prerrogativas dos súditos diante do monarca, idéia que já vinha expressa na *Magna Carta*. Esse significado veio refletido da Revolução Americana, com a restauração das prerrogativas dos súditos norte-americanos da coroa britânica, apesar de algumas inovações trazidas por esse movimento.

As declarações de direitos americanas, na linha de sua tradição histórica, como foi visto acima, vindo ao encontro das aspirações revolucionárias, tinham por principal interesse firmar a independência do povo americano e estabelecer seu próprio regime político.

A contrario sensu, o movimento francês de 1789 trouxe à palavra “revolução” um sentido bem diverso, uma mudança radical das estruturas sociopolíticas mediante alteração não só de um governo ou regime político, mas da sociedade em suas relações de poder. Os revolucionários franceses buscavam uma sociedade sem precedentes históricos, achavam-se precursores de um mundo novo que deveria ser mostrado a todos os povos, em todos os tempos, presente e futuro.

A revolução francesa, portanto, inaugurava um mundo novo, e os franceses tinham consciência disso, o que desencadeou a supressão das desigualdades entre os indivíduos e os grupos sociais. Na tríade da revolução (liberdade, igualdade e fraternidade), a igualdade tomou lugar de destaque. Percebeu-se, em pouco tempo, que o espírito da Revolução era muito mais a supressão das desigualdades estamentais do que a consagração das liberdades individuais a todos.

Faz-se necessário mencionar que a igualdade proclamada aqui leva em conta os conceitos e a cultura da época, não apresentando o mesmo conceito de nossos dias. Por exemplo, as mulheres reclamavam, em vão, contra a situação de injusta inferioridade em que se encontravam em relação aos homens; a sociedade civil foi reduzida a uma coleção de indivíduos abstratos, isolados em seu egoísmo.

A liberdade do burguês era uma liberdade inteiramente privada, com o repúdio a toda interferência estatal na vida profissional ou familiar. Essa situação – privatismo exacerbado – ao invés de ensejar o encolhimento do poder estatal, poderia instaurar um novo autoritarismo político, combinado com o liberalismo privatista, na sociedade civil. Tais fatos não foram previstos pelos revolucionários franceses.

⁴⁹ *Afirmção histórica dos direitos humanos*, cit., p. 124 e ss.

Apenas a título de apontamento, outra diferença entre as revoluções francesa e americana é que esta deu mais ênfase às garantias judiciais, enquanto aquela à declaração de direitos pura e simples. À luz de todas essas reflexões, serão trazidas a seguir algumas idéias a respeito de cada documento histórico.

3.1 A Declaração de independência dos Estados Unidos

A Declaração de independência das treze colônias britânicas na América do Norte representou o germe da democracia moderna, combinando representação popular, limitação de poderes e respeito aos direitos humanos.

Os fatores desencadeantes da independência americana identificam-se com o patrimônio cultural formado nos Estados Unidos desde o início de sua colonização. A futura nação norte-americana constituía-se como sociedade tipicamente burguesa de cidadãos livres e iguais perante a lei, e cuja diferenciação interna existia em função de riqueza material. O princípio da igualdade jurídica entre os homens livres foi traço marcante nessa sociedade, a supressão dos privilégios estamentais representou importante estímulo ao desenvolvimento da economia capitalista. Outras duas importantes características da sociedade americana foram a defesa das liberdades individuais e a submissão dos poderes governamentais ao consentimento do povo. É importante salientar que as declarações de direitos norte-americanas são essencialmente individualistas.

A principal característica da Declaração de Independência americana foi sua primazia em afirmar os princípios democráticos na história política moderna. Além disso, sua importância histórica está no reconhecimento da existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social. Seguindo o modelo do *Bill of Rights* britânico, os Estados Unidos deram aos direitos humanos a qualidade de direitos fundamentais (reconhecidos expressamente pelo Estado), atribuindo-lhes *status* constitucional.

As Declarações Americanas ocorreram a partir da Independência das Colônias, em 1776, sendo a do Estado da Virgínia a mais importante delas. A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, datada de 12.01.1776, foi a primeira declaração de direitos em sentido moderno; com ela teve início a positivação dos direitos. A declaração de que todos os seres humanos são igualmente livres e independentes por sua própria natureza dá o tom das

declarações de direitos do futuro. Versava sobre a base dos direitos do homem, tratando, basicamente, de igualdade, liberdade, democracia, soberania popular, república, separação de poderes, liberdade de religião, ampla defesa, liberdade de imprensa etc. Tal documento foi inspirado nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu.

Verifica-se, também, nessa Declaração, a preocupação com a limitação do poder real, vislumbrando-se a estrutura de um governo democrático. Essa limitação fundava-se na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem, fator constante nas Declarações de Direitos modernas.

A Declaração norte-americana corresponde à Carta de Direitos contida nas dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos. Essa Constituição, aprovada na Convenção de Filadélfia, não continha inicialmente uma declaração de direitos. Porém, para entrar em vigor, dependia da ratificação de pelo menos nove estados independentes. Todavia, alguns concordaram em aderir ao pacto federativo proposto na Constituição, desde que fosse introduzida uma Carta de Direitos em que se garantissem os direitos fundamentais do homem. Originaram-se, então, as dez primeiras Emendas à Constituição de Filadélfia, que passaram a constituir a Carta de Direitos norte-americana.

3.2 Declaração de Direitos do homem e do cidadão (1789)

A primeira e grande característica da Declaração de 1789 é o sentido abstrato e universalizante de suas disposições, ou seja, apresenta um sentido de transmitir idéias de liberdade a todos os povos, com conteúdo universal. Os princípios anunciados no texto da Declaração pretendiam um valor geral, que ultrapassava os indivíduos do País. Os revolucionários franceses julgavam-se apóstolos de um mundo novo a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos.

O primeiro anúncio de que tal Declaração transcendeu cada Estado, chegando ao reconhecimento mundial, ocorreu com a Declaração Universal de Direitos do homem e do cidadão. Constatou-se que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, pois se dirigiam a uma camada social privilegiada, ao passo que a Declaração francesa tinha por destinatário o gênero humano. Outra grande diferença entre essa Declaração e os documentos anglo-saxônicos consiste na limitação às circunstâncias históricas destes, enquanto aquela, conforme já deveras

sublinhado, era universal. Para a Declaração, os direitos do homem e da liberdade eram direitos naturais, inalienáveis, sagrados, imprescritíveis, que abraçavam a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. A Declaração francesa, pode-se afirmar, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

Conforme foi visto alhures, ela apresenta caráter nitidamente individualista, reflexo da revolução que lhe deu origem. Duas preocupações máximas da burguesia foram atendidas: a garantia da propriedade privada contra expropriações abusivas, e a estrita legalidade na criação e cobrança de tributos.

Para alguns autores, a Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 27.08.1789 sofreu influência da Revolução americana, sobretudo da Declaração de Virgínia. Entretanto, essa afirmação não parece de todo verídica, pois os revolucionários franceses já estavam preparando o advento do estado liberal durante todo o século XVIII. Aliás, as fontes filosóficas de inspiração das declarações, tanto americana quanto francesa, são européias. Apenas as técnicas da declaração americana foram emprestadas pelos franceses.

É de prudência comentar que essas declarações originaram-se do pensamento político e filosófico da época, que tinha por principal objetivo libertar o homem do absolutismo e do regime feudal, situação repressora e esmagadora dos direitos fundamentais. Portanto, não é possível dizer que tal ou qual declaração teve inspiração em pensadores ingleses, tais como Locke, ou franceses, tais como Rousseau, mas elas foram fruto de um pensamento filosófico formado à época como resposta àquela situação repressora vivida pela população.

A principal característica da Declaração francesa de 1789 é a sua universalização, apresentando texto lapidar, elegante, sintético, preciso e escorreito. Proclama os seguintes princípios: liberdade, igualdade, propriedade e legalidade. Todos esses valores foram objeto de declarações contemporâneas. Ela se tornou uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos.

Importante lembrar que as liberdades de reunião e de associação não foram por ela reconhecidas, uma vez que tal documento, bem como os anteriores, apresentavam uma rigorosa concepção individualista. As liberdades de reunião e de associação priorizam a visão de coletivo, do conjunto de pessoas.

Ela foi o primeiro documento constitucional do novo regime político. Entretanto, muitos a interpretaram como simples declaração de princípios, sem força normativa, pelo fato de ter sido publicada sem a sanção do rei. À parte tal interpretação, consolidou-se que a

competência decisória exercida por ela advinha da nação, como poder constituinte, e não mais do rei, mera figura constituída. A respeito da menção a “homens” e a “cidadãos”, tinha por finalidade demonstrar a dupla dimensão – nacional e universal – de tais disposições. Direitos do homem referem-se a todos, independentemente da nacionalidade, enquanto direitos do cidadão são próprios dos franceses.

3.3 Constituição da França (1848)

A Constituição francesa de 1848, seguindo a linha da história, em que se agravava a fome no país, bem como em razão dos excessos capitalistas praticados no reinado de Luis Felipe de Orléans, foi editada com a preocupação, sobretudo, em torno de um direito ao trabalho. Caracterizou-se, portanto, como uma obra de compromisso entre o liberalismo e socialismo democrático, de um lado, e entre os valores conservadores (família, propriedade, ordem pública) e o progresso e a civilização, de outro lado. Por essa razão, apresentava uma estrutura ambígua, contraditória.

Apesar disso, a instituição de deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados acabou por apontar a criação do que mais tarde, século XX, viria a ser o Estado do bem-estar social. Uma grande contribuição de tal documento é a abolição tanto da pena de morte em matéria política, quanto da escravidão em terras francesas. Notam-se, aqui, direitos de fraternidade, tais como trabalho, família, educação, previdência, associação, dentre outros.

3.4 Convenção de Genebra (1864)

A Convenção de Genebra inaugurou o chamado direito humanitário, que é o conjunto de leis e costumes de guerra, que tem por finalidade diminuir o sofrimento dos soldados feridos e civis atingidos por um conflito bélico.

Importante salientar que, num primeiro momento, considerou-se que o direito humanitário não poderia existir, uma vez que ele apresentava uma contradição: se a guerra, em si mesma, é crime internacional, não faz sentido regular juridicamente as operações

bélicas⁵⁰. Entretanto, tal argumento não foi aceito. Dessa forma, se a guerra, em si, é um crime, a violação de normas e princípios do direito humanitário apresenta-se, também, como crime de guerra.

A Comissão que deu origem à Convenção de Genebra transformou-se, mais tarde (1880), na Comissão Internacional da Cruz Vermelha, que ficou mundialmente conhecida. Outras Convenções foram reconhecidas a partir desta, objetivando estender tais direitos a outros grupos de pessoas.

3.5 Constituição mexicana (1917)

A Constituição mexicana inaugurou a sistematização dos denominados direitos sociais do homem sem, contudo, romper em definitivo com o sistema capitalista. Ela foi a primeira Carta Política a atribuir aos direitos trabalhistas o *status* de fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos.

Os direitos sociais e econômicos, dentro do regime capitalista, foram reconhecidos ao lado dos direitos individuais. Urge salientar a importância desse precedente, pois a consciência de que os direitos humanos também têm uma dimensão social só veio a ser afirmada após a Primeira Guerra mundial.

São alguns dos direitos constantes dessa Constituição: limitação da jornada de trabalho, proteção ao desemprego, à maternidade, idade mínima de admissão de empregados em fábricas, e trabalho noturno de menores nas indústrias.

A Constituição mexicana, como reação ao capitalismo, foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho. Dessa forma, ele deixou de ser equiparado a uma mercadoria qualquer, sujeito à lei da oferta e da procura. Ela firmou o princípio da igualdade substancial com relação à posição jurídica entre trabalhadores e empregadores. Criou-se a responsabilização do empregador por acidente de trabalho.

Com relação a outros direitos garantidos por ela, aboliu-se o caráter absoluto e sagrado da propriedade privada, indicando o fundamento jurídico para a reforma agrária, transformação sociopolítica decorrente do momento vivido. Enfim, foram construídas as bases do moderno Estado Social de Direito.

⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 169.

3.6 Constituição de Weimar (1919)

Ao final da Primeira Guerra mundial, na Alemanha a situação dos operários era desesperadora, com alto índice de desemprego e miséria. Sob tal contexto surge a Constituição de Weimar, na qual tiveram grande destaque os direitos sociais. Esse documento foi inteiramente dedicado aos direitos e garantias fundamentais do cidadão alemão, contendo capítulos referentes a pessoas individuais, vida social, religião e associações religiosas.

A vigência efetiva de um texto constitucional depende, sobretudo, de sua aceitação pela coletividade. O texto em si parecia equilibrado e inovador, porém, com o resultado da Primeira Guerra o povo alemão tornou-se descrente. Tais normas não tiveram efetiva aplicação, tendo em vista a eclosão da Segunda Grande Guerra, não havendo tempo suficiente para que as idéias ali contidas funcionassem a contento. No mais, ela foi votada tão rapidamente, que o povo alemão ainda não tinha clareza dos novos valores. Por essa razão, é uma Carta que apresenta ambigüidades e imprecisões, misturando idéias pré-medievais com exigências socialistas ou liberais-capitalistas da civilização industrial. Apesar desses infortúnios e contradições, ela exerceu importante influência sobre a evolução das instituições políticas do Ocidente. Com ela, o Estado da democracia social, que iniciou com a Constituição mexicana, adquiriu uma estrutura mais elaborada.

A Constituição de Weimar apresenta estrutura dúplice: estrutura o Estado num primeiro momento e, a seguir, proclama direitos fundamentais, acrescentando aqueles de cunho social. A respeito destes, tal documento afirmou o direito à saúde, ao trabalho, à previdência social, dentre outros, que só se realizam através de programas de ação governamental. Com relação ao direito ao trabalho, ele implica o dever do Estado de desenvolver política de pleno emprego.

Outro interessante direito que aparece nessa Carta social-individual, é o direito que os grupos sociais não-alemães possuíam de conservarem seu próprio idioma em suas relações com a Administração Pública ou até mesmo em processos judiciais. Nesse diapasão, faz-se necessário ressaltar a distinção entre diferenças e desigualdades. A primeira refere-se a distinções biológicas, enquanto a segunda estabelece relação de inferioridade entre as pessoas.

As diferenças devem ser respeitadas e protegidas, pois estão no mundo dos elementos culturais, enquanto as desigualdades, rechaçadas.

No campo familiar, mais inovações importantes: estabeleceu a igualdade entre marido e mulher e equiparou os filhos ilegítimos aos legítimos. Entretanto, um direito de grande vulto que contribuiu para as bases da democracia social foi o direito à educação, decisivo para a elevação social das camadas mais pobres da população.

Fábio Comparato ensina que a democracia social representou a melhor defesa da dignidade humana ao complementar os direitos civis e políticos com os econômicos e sociais⁵¹, que o liberalismo negava até então.

Os dois grandes Pactos internacionais de direitos humanos de 1966, conforme serão vistos adiante, tiveram origem nas duas Constituições já citadas, do início do século, e significaram o desfecho do processo de institucionalização da democracia social.

3.7 Carta das Nações Unidas (1945)

A Carta das Nações Unidas foi reflexo do resultado engendrado no mundo pela Segunda Guerra mundial. Essa guerra foi deflagrada com base em projetos de subjugação dos povos considerados inferiores, culminando com o trágico lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em agosto de 1945, o que, nas palavras do autor supracitado, foi o anúncio do apocalipse: “o homem acabara de adquirir o poder de destruir toda a vida na face da Terra”⁵².

Com isso, o ser humano tomou consciência de que a sua sobrevivência na Terra exigia a colaboração de todos nessa luta pelos direitos humanos com base no respeito incondicional da dignidade humana. Nesse panorama, surge a necessidade de uma estruturação e organização da sociedade política mundial, da qual todas as nações deveriam pertencer e ter por principal objetivo a defesa de tão sublime valor. As idéias originais da ONU encontram-se na Carta do Atlântico, assinada pelo então Presidente Roosevelt e o Primeiro-Ministro britânico Winston Churchill, em 14 de agosto de 1941.

Nessa Carta, os principais objetivos eram o respeito pelo direito de todos os povos de escolher sua própria forma de governo, a luta pela restauração dos direitos soberanos e de

⁵¹ *Afirmção histórica dos direitos humanos*, cit., p. 189.

⁵² *Ibidem*, p. 210.

autogoverno, a promoção de igual acesso de todos os Estados ao comércio mundial e ao suprimento de matérias-primas, a colaboração mundial para a melhoria dos padrões de trabalho, progresso econômico e previdência social. Esses princípios foram posteriormente incorporados à Declaração das Nações Unidas, de 1942.

Na Carta das Nações Unidas, os direitos foram concebidos como sendo unicamente relativos às liberdades individuais. Entretanto, um dos propósitos da Organização era promover o progresso econômico e social de todos os povos. Para isso, foi criado o Conselho Econômico e Social, mas o direito ao desenvolvimento só foi reconhecido mais tarde, se inexistentes os instrumentos de garantia.

Em contrapartida, a Carta em referência garante o direito de autodeterminação dos povos. Por meio de duas Resoluções é aprovado o Estatuto da Comissão de Direitos Humanos, composta de 54 Estados, com mandato de dois anos. Essa Comissão tem dupla função: promoção e proteção da dignidade humana.

Para promover tais direitos, ela se encarrega de elaborar anteprojetos de declarações e tratados internacionais relativos a direitos humanos, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966.

Com função de proteção desses direitos, a Comissão tem competência para iniciar inquéritos sobre situações de violação de direitos humanos, culminando, inclusive, com a condenação do Estado responsável. Dispõe, ainda, de um mecanismo *ad hoc* de vigilância e informação sobre um país ou um tema determinado.

Criada a Comissão de Direitos Humanos, seus trabalhos se desenvolveram em três etapas: a primeira delas foi elaborar simplesmente uma declaração de direitos humanos. Foi aprovada, então, a “Declaração Universal de Direitos Humanos”, em 10 de dezembro de 1948. A segunda ficou responsável pela produção de um documento juridicamente mais vinculante do que apenas uma declaração. Foram aprovados dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais, ambos em 1966. A terceira etapa tinha por finalidade criar mecanismos capazes de assegurar a observância de todos esses direitos, porém, ainda não concretizada. O que se conseguiu até agora foi instituir um processo de reclamações junto à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

3.8 Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)

A Declaração Universal foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas pela Segunda Grande Guerra. Retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, liberdade e fraternidade entre os homens. Tecnicamente, essa Declaração não tem força jurídica, é apenas uma recomendação que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz a seus membros. Foi por essa razão, inclusive, que ela se tornou uma etapa preliminar à adoção de um pacto sobre o assunto.

Entretanto, Fábio Comparato sugere que esse entendimento peca por excesso de formalismo, uma vez que a vigência de direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis ou tratados. Está-se diante de exigências concernentes à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes, oficiais ou não⁵³.

A Declaração significou a culminância de um processo ético que iniciou-se com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração francesa dos Direitos do homem e do cidadão, levando ao reconhecimento da igualdade de todo ser humano em sua dignidade, independentemente das diferenças de língua, raça, sexo, religião, opinião, origem nacional ou social, enfim, de qualquer outra condição. Flávia Piovesan ressalta que a Declaração Universal consolidou a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados⁵⁴.

É possível analisar nesse documento duas características básicas: amplitude e universalidade. Por amplitude, entende-se que a Declaração compreende um conjunto de direitos e faculdades sem o qual um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Pela universalidade, já deveras debatida, tem-se que o documento é aplicável a todas as pessoas, de todos os países, sexos, religiões e raças.

Logo no início, retomando a Revolução Francesa, o Texto em análise proclama os três princípios fundamentais em matéria de direitos humanos: liberdade, igualdade e fraternidade. Um outro caráter que exsurge é sua indivisibilidade, uma vez que o texto proclama direitos civis e políticos ao lado dos direitos econômicos, sociais e culturais. Combina, assim, o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade e o da igualdade. O princípio da liberdade compreende tanto a dimensão política quanto a individual; a solidariedade está na base dos direitos econômicos e sociais.

⁵³ Ibidem, p. 224.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 142.

Para finalizar, a Declaração de 1948 se preocupa, basicamente, com quatro ordens de direitos individuais. Em primeiro lugar, os direitos pessoais do indivíduo, quais sejam, direito à vida, liberdade e segurança. Em segundo, direitos da coletividade, ou seja, nacionalidade, asilo, livre circulação e residência. Em terceiro, são asseguradas as liberdades públicas: pensamento, consciência, religião, opinião, expressão, reunião, associação. Em quarto e último lugar, afiguram-se os direitos econômicos, tais quais direito ao trabalho, sindicalização, educação.

3.9 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966)

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas criou dois Pactos Internacionais sobre direitos humanos: Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que será visto adiante. Ambos desenvolveram, com pormenores, o conteúdo da Declaração Universal.

A idéia da elaboração de dois pactos, um concernente aos direitos de primeira geração, e outro, aos de segunda, foi resultado de um compromisso diplomático. Isso porque alguns países, sobretudo ocidentais, insistiam no reconhecimento apenas dos direitos individuais clássicos, enquanto as nações comunistas e os países africanos tinham por finalidade a proteção de direitos sociais e econômicos. Por essa razão, esses dois blocos de direitos foram separados em tratados distintos. Em que pese a artificialidade de tal divisão, os redatores desses documentos tinham consciência da indivisibilidade do conjunto dos direitos humanos.

Uma característica que chama a atenção em ambos os pactos é a omissão do direito à propriedade privada. Fábio Comparato atribui duas explicações para o fato: por um lado, a resistência dos países comunistas em considerá-lo direito humano e, por outro, o fato da propriedade ter deixado de ser o grande instrumento de segurança na metade do século XX⁵⁵. Outras grandes lacunas existentes foram o direito a uma nacionalidade e o direito de asilo ou refúgio, ambas injustificáveis, principalmente quando se verifica que se encontram na Declaração de 1948.

Como bem lembra o autor supracitado, os Pactos Internacionais de 1966 são anteriores aos direitos de quarta geração, que consagrou o respeito aos chamados direitos da

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*, cit., p. 278.

humanidade, como o direito de acesso aos recursos do fundo marinho, o direito à preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural de todos os seres humanos⁵⁶.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos proclama, logo no início, o princípio da igualdade essencial de todos os seres humanos. Dentre outros, garante o direito à vida, sem se ater, especificamente, à questão do aborto ou da eutanásia. A admissão da pena de morte representou nitidamente um compromisso provisório entre os países que ainda a mantêm e os que já a aboliram.

Ainda, o Pacto proíbe a escravidão, a servidão, sendo essas entendidas também como novas formas de tráfico de pessoas, como o que ocorre, atualmente, com mulheres e crianças. Garante, ainda, o direito à liberdade e à segurança, assim como a dignidade em caso de privação da liberdade, direito à liberdade de pensamento, de religião, de reunião, de associação. Prevê o direito à ampla proteção da criança, fundado em sua situação de carência em todos os sentidos.

Outro direito de grande importância refere-se à participação do cidadão no governo de seu país. É a afirmação do direito à democracia como direito humano. No entanto, faltou precisar que o titular desse direito não é cada cidadão, mas sim o povo em sua realidade orgânica. Enfim, o núcleo original dos direitos desse Pacto constituiu, historicamente, um meio de defesa de indivíduos ou grupos sociais contra os privilégios privados e o abuso do poder estatal.

3.10 Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)

Diferentemente do Pacto anterior, o elemento comum ao conjunto dos direitos aqui declarados é a proteção das classes ou grupos sociais desfavorecidos, contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa.

Referente a tais direitos, a antijuridicidade consiste na inércia do Estado, na negligência ou recusa dos órgãos públicos em controlar o poder econômico privado. Têm por objeto políticas públicas ou programas de ação governamental. Para que exista uma melhora no nível e na qualidade de vida das populações carentes, é necessário um programa conjugado de medidas governamentais no âmbito do trabalho, da saúde, da previdência, da educação e da habitação popular. Essas características realçam a dificuldade para a efetivação dos direitos

econômicos, sociais e culturais, uma vez que política pública não é ato isolado, tampouco a abstenção de determinado ato. Consiste em uma atividade organizada num programa de longo prazo.

Entretanto, conforme professa Comparato, a elaboração das garantias dos direitos econômicos, sociais e culturais deve se concentrar em torno dos orçamentos, que são instrumentos próprios de realização de políticas públicas. Dessa forma, entende o autor que seria preciso institucionalizar a participação popular na elaboração dos orçamentos públicos, aparelhar uma ação judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas, assim como reconhecer a competência do Judiciário para invalidar a aprovação de orçamentos públicos que desrespeitem as prioridades sociais determinadas na Constituição⁵⁷.

De grande valia é ressaltar que os Estados-Partes assumiram uma autêntica obrigação jurídica ao assinar o Pacto, e não mero compromisso moral, sendo certo que essa obrigação é de meios, e não de resultado.

Dentre outros direitos garantidos, encontramos o direito ao trabalho, à previdência social, medidas de proteção à família e à maternidade, a instituição de uma renda mínima, a políticas de saúde, educação e cultura.

É de suma importância comentar que os direitos humanos de ambos os pactos formam um conjunto uno e indissociável, pois não se vislumbra a liberdade individual sem um mínimo de igualdade social, assim como a igualdade social sem os direitos civis e políticos propicia novos privilégios econômicos e sociais. Ainda na esteira de raciocínio do autor citado nessas passagens, “é o princípio da solidariedade que constitui o fecho de abóbada de todo o sistema de direitos humanos”⁵⁸.

3.11 Pacto de San José da Costa Rica (1969)

A Convenção foi aprovada em 22 de novembro de 1969 e reproduz a maior parte das declarações de direitos constantes no Pacto dos Direitos Civis e Políticos de 1966. É o instrumento de maior importância no sistema interamericano; reconhece um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo pacto internacional também de 1966. Deixou os direitos econômicos e sociais para uma outra oportunidade – em 1988 foi aprovado um protocolo à parte com direitos econômicos, sociais e culturais – a fim de obter a adesão dos

⁵⁶ Ibidem, p. 280.

⁵⁷ Ibidem, p. 337.

⁵⁸ Ibidem.

Estados Unidos à Convenção. A respeito dos direitos sociais, culturais ou econômicos, a Convenção não os enuncia de forma específica; apenas determina aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas.

Alguns direitos aqui encontrados representam uma novidade em relação aos Pactos anteriormente estudados: o princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana (na vigência simultânea de dois sistemas normativos, deve-se aplicar sempre o mais vantajoso); a possibilidade de prisão civil apenas ao devedor de pensão alimentícia; o direito de retificação ou de resposta emitido por órgãos de comunicação em massa, em caso de informações inexatas ou ofensivas; o direito de propriedade privada desde que conforme a um interesse social, dentre outros. Previu, ainda, a vedação, em princípio, à legalização do aborto (admitindo exceções). Proibiu, em princípio, a prática de produção de embriões para fins industriais, a clonagem humana para finalidades não-reprodutivas, permitindo apenas a obtenção de embriões clonados para tratamento de doenças neurodegenerativas do próprio sujeito, exceção eticamente admissível. No respeitante aos órgãos de fiscalização e julgamento, a Convenção seguiu o modelo europeu. Criou uma comissão encarregada de investigar fatos de violação de suas normas, assim como um tribunal especial para julgar os litígios – a Corte Interamericana de Direitos humanos – que é obrigatória apenas para os Estados-Partes que a aceitarem expressamente. No atinente às denúncias apresentadas à Comissão, qualquer pessoa ou grupo de pessoas tem legitimidade para fazê-lo.

Por todo o exposto nos documentos acima, as Declarações históricas de Direitos vêm afirmar as idéias assinaladas nas “dimensões de direitos”, na medida em que demonstram, na prática, através dos documentos assinados pelos vários países, que os direitos decorrem de situações fáticas da sociedade, surgindo paulatinamente de acordo com essas necessidades.

É possível verificar o desenvolvimento paralelo entre os principais documentos assecuratórios dos direitos fundamentais e a evolução histórica da sociedade como um todo. Os instrumentos de proteção caminharam no mesmo sentido, afirmando direitos já dantes postulados em declarações anteriores, bem como adicionando novos direitos pugnados pela sociedade, seguindo o rumo das “dimensões de direitos”. Os direitos se agregam e se complementam, permitindo, assim, maior proteção das dimensões da dignidade humana e desenvolvimento da sociedade.

IV - DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES E NA ATUAL

4.1 Constituições anteriores

A primeira Constituição brasileira, Imperial, de 1824, acolheu as idéias contidas nas concepções modeladoras da nova sociedade política, surgidas com a Declaração de Direitos de 1789. Esse documento se transformou no marco do constitucionalismo liberal, magnetizando as Nações da Europa e da América.

A América, no século XIX, ingressou no período de emancipação política e edificação jurídica de suas instituições. Com isso, recebeu as recentes influências das concepções jurídicas e políticas que advieram da nova classe que se apossava do comando do Estado e da sociedade na França. O reflexo das concepções modeladoras, portanto, manifestou-se na Constituição brasileira, que contém expressamente regras que denunciam a transposição de dispositivos da Declaração Francesa de 1789.

A Carta de 1824, outorgada, deve ser compreendida à luz das concepções liberais da época. O liberalismo está fundado em dois pilares fundamentais: todo poder emana do povo e o Estado só deve exercer as funções que o homem não consegue realizar sozinho. É possível conferir, então, que a nossa primeira Constituição foi marcada por um grande liberalismo que se retratava principalmente no rol dos direitos individuais.

Entretanto, se por um lado esse constitucionalismo estava em consonância com as idéias liberais da época, por outro, encontrou dificuldades para se tornar eficaz em razão do incipiente desenvolvimento do país. Esse documento enunciou os três Poderes de Montesquieu, adicionando um quarto Poder, o Moderador, de Benjamin Constant. Em matéria de rigidez constitucional, marcou a existência de dispositivos rígidos e flexíveis; permitiu ao País manter sua integridade nacional, deu seus primeiros passos para a democracia, além de ser o texto mais duradouro em todo o direito constitucional brasileiro. Serviu para as fases de instabilidade e de crise, sem oferecer à monarquia constitucional riscos de graves rupturas.

A Constituição de 1891, primeira republicana, seguiu essa mesma linha de influência ideológica da Revolução francesa. Os direitos individuais se identificam nela, assim como no documento francês, a liberdade, a segurança, a propriedade, a igualdade perante a lei, a liberdade de pensamento, a liberdade de imprensa, o direito de propriedade e a

anterioridade da lei⁵⁹. Além dessa influência, acrescentou-se enunciados da concepção anglo-americana dos direitos individuais, quais sejam, liberdade de reunião, de domicílio, amplitude da liberdade de imprensa, inviolabilidade do sigilo de correspondência, garantia de *habeas corpus*. Também foram mantidos alguns institutos da Constituição monárquica.

A concepção ocidental dos direitos individuais, que projetou normas constitucionais nos séculos XVIII e XIX, passou a sofrer reparos de novas correntes em ascensão, com reflexos na doutrina constitucional⁶⁰. A nova realidade social reconhecia a insuficiência do individualismo dos direitos de liberdade e reclamava a complementação desses direitos, de modo que pudessem oferecer ao homem a proteção concreta que as normas constitucionais não estavam mais atendendo. Era necessário firmar uma doutrina solidarista, encabeçada por Duguit, que atribuísse ao Estado obrigações positivas.

Essa mutação no conteúdo dos direitos individuais, que se processaria sem abalos radicais na sua versão ocidental, tornou-se responsável pela ampliação dos direitos individuais, para introduzir no seu campo as liberdades concretas responsáveis pela posição ativa e participante do Estado em face da sociedade, do indivíduo e dos grupos sociais. Essas obrigações positivas alcançam o homem concreto submetido às dificuldades da vida real, que derivam de sua condição social e econômica. Tal realidade faz com que as declarações de direitos se convertam em “repositório de programas governamentais”⁶¹. Essa recepção constitucional das novas tendências, que conferiram ao Estado a posição de prestador de benefícios, verificou-se em duas Constituições do mundo ocidental, cada uma delas com suas peculiaridades: a Constituição mexicana, de 5 de fevereiro de 1917, e a Constituição alemã, de 11 de agosto de 1919.

A Constituição mexicana incorporou ao seu texto clamores revolucionários da época, iniciando com as garantias individuais, prevendo, também, direito à educação, liberdade de profissão, de indústria, de comércio e de trabalho, sendo que esta última sofre limitações impostas no contrato de trabalho para proteger o trabalhador. Operou-se à transformação no regime da propriedade, com a inserção das normas de reforma agrária.

A Constituição de Weimar, diferentemente, apresentou-se com rigor técnico-formal característico dos textos do Direito alemão. Ela foi o marco que separou duas épocas históricas: a do constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX e a do constitucionalismo

⁵⁹ MACHADO HORTA, Raul. *Constituição e direitos individuais*, cit., p. 20.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

social do século XX. Essa Constituição, reformulando os modelos tradicionais, agrupou os direitos fundamentais sob dois títulos distintos: os direitos individuais clássicos (como a liberdade pessoal, a inviolabilidade de domicílio, o sigilo de correspondência, a liberdade de pensamento, a liberdade de imprensa, o direito de reunião, a liberdade de associação, o direito de petição e a liberdade religiosa) e os novos direitos individuais, referentes à educação e à vida econômica. A matéria econômica deu novo colorido aos direitos fundamentais, estabeleceu limitações aos direitos clássicos (como o direito de propriedade, que passou a ser subordinado ao interesse geral) e consagrou novos direitos.

A Constituição brasileira de 1934 influenciou-se pelo ciclo constitucional democrático do primeiro pós-guerra, que teve como seus representantes os textos constitucionais supracitados. Dois aspectos desse Texto brasileiro chamam a atenção: o caráter compromissório assumido por ele, dentre tantas ideologias políticas divergentes, e a curta duração de sua vigência.

A crise econômica de 1929 e o surgimento de movimentos sociais pleiteando melhores condições de vida, trabalho e distribuição de renda fertilizaram esse solo e, por conseqüência, a Carta de 1934 sepultou a velha democracia liberal e instituiu a democracia social. O aspecto fundamental desse Texto foi seu caráter democrático com um matiz social.

Dessa feita, incluiu limitações aos direitos e garantias individuais clássicos (como ao direito de propriedade), e acrescentou novos direitos de conteúdo concreto, chamados direitos sociais, evidenciando, então, a influência do constitucionalismo social. Na técnica brasileira, os direitos sociais, assim como os direitos do trabalhador e o direito à educação desgarraram-se dos direitos fundamentais e situaram-se em novos títulos dedicados à Ordem Econômica e Social, à educação e cultura, alargando a divisão material da Constituição. Essa divisão foi desnecessária, pois retirou os direitos fundamentais de seu campo próprio.

Essa Carta contemplou a subsistência, reconheceu o interesse social ao direito de propriedade, ampliou a garantia do *habeas corpus*, encampou o mandado de segurança para a defesa de direito líquido e certo, impôs ao poder público o dever de amparar os que estivessem na indigência, transformou o cidadão em instrumento de proteção de interesses legítimos. Outra característica do modelo brasileiro é que os direitos individuais não se esgotavam na enumeração individualizadora do texto explícito da Constituição, uma vez que norma constitucional elástica autorizaria a ampliação eventual do conteúdo constitucional para admitir outras garantias e direitos não-enumerados, localizados em outras fontes

normativas do ordenamento jurídico, resultantes da forma de governo estabelecida na Constituição e nos princípios por ela adotados.

À Constituição democrática de 34 sucede a de 1937, inspirada no modelo fascista e, portanto, extremamente autoritária. Estava nítido que o País se inseria na luta contra os comunistas e contra a democracia liberal. São derrubados os alicerces mínimos que poderiam sustentar um Estado democrático de direito. Não havia divisão de poderes, no entanto havia um extenso rol de direitos individuais, apesar do hiato existente entre o que proclamava a Constituição e sua concreta aplicabilidade. Não foram albergados os princípios da legalidade, da irretroatividade da lei e a garantia do mandado de segurança. Foi restabelecida a pena de morte para crimes políticos, o direito de manifestação de pensamento foi limitado pela censura prévia da imprensa, teatro, cinema e radiodifusão. Tudo isso em garantia da paz, da ordem e da segurança pública.

No segundo pós-guerra, a influência do modelo constitucional soviético, que passou a comandar as instituições das chamadas democracias populares, alargou-se. Nas Constituições dessa época, tanto do período imediatamente posterior à ocupação soviética quanto as de data mais recente, a técnica da enunciação dos direitos fundamentais obedece ao figurino soviético de 1936. Em razão dessa influência, verifica-se a ênfase dada à concretização desses direitos pelo oferecimento de condições materiais propiciadoras de seu exercício e a precedência conferida aos direitos dos trabalhadores, seguidos da enunciação nominal dos direitos de opinião, de palavra e de crença.

A Constituição brasileira de 1946 está localizada no ciclo constitucional do segundo pós-guerra, e recolheu nossa secular experiência em matéria de direitos individuais. Não há inovações substanciais, e nota-se apenas aprimoramento técnico e acréscimo de temas que refletem as exigências da época. Procurou inspiração nas origens republicanas de nosso direito constitucional, repelindo soluções restritivas dos direitos individuais encampadas pela Constituição autoritária de 1937. O Documento de 1946 introduziu regra de proteção judiciária aos direitos individuais, consagrou o regime democrático, retomou o júri como categoria de garantia constitucional.

A Constituição de 1967 não se distanciou da anterior, mantendo, sem alterações substanciais, os mesmos Direitos e Garantias Individuais. Dentre as modificações, restringiu a liberdade de reunião ao suprimir a cláusula que proibia a autoridade, quando designasse outro local da reunião, de proceder de modo a impossibilitar tal direito. Introduziu duas novas regras: a primeira impondo o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário,

e a segunda introduzindo a noção de abuso dos direitos individuais e políticos. A figura do abuso se relaciona com a manifestação do pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação, o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, o direito de reunião, a liberdade de associação e os direitos políticos, sendo que o uso abusivo desses direitos para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção determina a suspensão de tais direitos.

A Emenda Constitucional n.º 01/69 suprimiu ostensivamente os direitos e liberdades fundamentais, de forma tipicamente autoritária. Nas palavras de Machado Horta,

[...] a expansão dos Direitos Individuais, no Direito Interno e no Direito Internacional, não oculta as sombras que caem sobre eles, para negá-los, como ocorre nos regimes totalitários. A supressão das liberdades, de forma ostensiva, e a recusa de sua vigência, de forma oblíqua, convertem freqüentemente as normas supremas da Constituição em regras nominais e ineficazes, em textos semânticos, dotados de efeito puramente decorativo⁶².

4.2 Constituição de 1988

Os direitos fundamentais alcançaram vantagem topográfica na Constituição brasileira atual, ao encontrarem-se, fundamentalmente, sob o Título II do Texto. Para alguns autores, essa orientação topográfica denota a preocupação do Constituinte com o tema, uma vez que inauguram o texto, logo após o título dos princípios fundamentais.

O Título II da Constituição faz referência ao gênero dos direitos e garantias fundamentais, apresentando em seus capítulos as seguintes espécies: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Em que pese tal observação, é importante verificar, como fazem Araujo & Nunes Jr., que o texto, ao disciplinar os direitos fundamentais, não abraçou corte metodológico específico, abrangendo, muitas vezes, direitos de natureza diversa⁶³.

Além disso, tais direitos não são apenas aqueles enumerados pelo Título II da Constituição Federal, mas todos os que contenham as características apontadas alhures. Apresentam-se, portanto, dispersos por toda a Constituição, e funcionam como desdobramentos das regras previstas no Título em referência. Funcionam como

⁶² Ibidem, p. 35.

⁶³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Serrano Vidal. Op. cit., p. 114.

“transbordamentos físicos dos comandos fixados naquele título”⁶⁴. Desse modo, cabe ao exegeta utilizar a interpretação sistemática para colher do direito em discussão todo o conteúdo reconhecido pela Constituição. Nenhum dispositivo deve ser analisado isoladamente, a solução para determinado caso pode não ser encontrada em um único artigo e necessitar de outras regras e princípios que se encontram dispersos pelo texto.

Uma característica importante da Constituição de 1988 é a abrangência e diversidade dos direitos fundamentais, o que denota, mais uma vez, na trilha de raciocínio desse trabalho, que os direitos são cumuláveis ao longo do tempo. A Constituição engloba os direitos individuais e coletivos em capítulo específico, tais como os direitos de liberdade (pensamento, consciência, religião, atividade intelectual, artística, trabalho, locomoção), as inviolabilidades (privacidade, domicílio, correspondência), os direitos de exercício coletivo (reunião e associação), a propriedade, desde que atendida sua função social, os direitos de segurança etc. Abarca, também, direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, previdência social, assistência aos desamparados, dentre outros. Engloba direitos políticos, abrangendo as duas primeiras dimensões de direitos. Sob a denominação de princípios e fundamentos do Estado brasileiro, encampa os direitos de fraternidade (terceira dimensão), tais como a criação de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a construção de uma sociedade solidária, a defesa da paz, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade etc.

Verifica-se, portanto, que todos os valores vigentes na sociedade da época foram incorporados pelo texto constitucional, o que, se por um lado deixou-o extremamente longo e analítico, apresentando 250 artigos sujeitos a inúmeras emendas constitucionais, de outro, trouxe a garantia de que todas as dimensões da dignidade humana à época de sua promulgação procuraram ser protegidas. É a Constituição denominada por Ulisses Guimarães de “cidadã”; e que está prestes a completar vinte anos, o que, por sua longevidade, denota, de alguma forma, sua eficiência. Por fim, sob o aspecto da proteção dos direitos fundamentais, foi um texto que trouxe certa garantia ao ser humano visto individualmente, considerado em conjunto, e analisado sob o panorama maior da humanidade. Infelizmente, os movimentos políticos e as pressões de grupos que visam não a atender aos anseios populares, mas aos seus próprios interesses, insistem em modificá-lo constantemente, o que faz com que o texto acabe encampando essas emendas.

⁶⁴ Ibidem, p. 114.

É preciso que se diga, se tais emendas tivessem por finalidade apenas atualizar o texto constitucional de acordo com os anseios que vão surgindo na sociedade, seriam muito bem-vindas. Mas é com pesar que se verifica que o quadro de modificação constitucional não apresenta essa finalidade. O Estado brasileiro precisa fazer cumprir sua Constituição; o povo deveria ser o protagonista dessa função. Os direitos estão previstos estaticamente, falta a dinâmica de sua obrigatoriedade. Nesse sentido, o presente trabalho defende a associação como instrumento capaz de efetivar essa exigência de cumprimento constitucional. Isso porque, um grupo reunido e organizado com finalidades comuns tem mais força e facilidade para postular seus direitos. A associação pode se mobilizar perante o Estado, defender os direitos de seus associados em geral, defender um direito específico, enfim, atuar em defesa da efetivação da democracia. Diante à defesa da liberdade de associação!

V - SOBRE A LIBERDADE

5.1 Conceito

O estudo a que se propõe o trabalho, apresenta uma das feições da liberdade – a associação – uma forma de liberdade em conjunto, que depende de um semelhante para poder se manifestar. É liberdade de expressão coletiva, o que, por um lado, implica a dificuldade de acomodar as divergências das relações interpessoais, mas, por outro, apresenta a beleza do conjunto, do “todo” harmonizado em defesa de interesses comuns. Contudo, essa forma de liberdade apresenta-se, de início, meramente como liberdade, e para tratar de suas singularidades é preciso apresentar algumas idéias sobre a generalidade de seu conceito.

É de grande importância ressaltar que o tema apresenta uma complexidade inerente a si, o que dificulta o discurso no presente trabalho. Tal dificuldade verifica-se em diversos aspectos: o tema é amplo, pode ser analisado sob diversos ângulos, apresenta grande subjetividade, está relacionado à filosofia, dentre tantas outras peculiaridades. Portanto, não há a pretensão, aqui, de esgotar o assunto nem de seguir uma linha filosófica definida. Far-se-ão alguns comentários que ajudarão no desenvolvimento do tema principal dessa dissertação, que é a liberdade de associação.

Em linhas gerais, a expressão “liberdade” está ligada ao poder de escolher uma conduta, possibilidade de agir ou de não agir, ou seja, traz em si a opção de escolha. Refere-se ao “querer” ou ao “não querer” alguma coisa. Entretanto, não se resume apenas a esse aspecto, mas sim à liberdade civil ou social. Nesse enfoque, será apresentada, então, uma introdução reflexiva do sentido deste substantivo abstrato deveras significativo.

A primeira reflexão empreendida traduz-se no significado da palavra “liberdade”. Para Bobbio, ela contém uma conotação notadamente louvável, “laudatória”⁶⁵. É utilizada para fazer referência a qualquer tipo de ação, de política ou de instituição que contenha algum “valor”. O sentido primitivo de liberdade é a ausência de constrangimento alheio, refere-se ao estado daquele que faz o que quer, e não o que outrem pretenda que ele faça⁶⁶.

⁶⁵ Termo utilizado por Bobbio in *Dicionário de Política*. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. cit., 5.^a ed., vol. 2, Brasília: UnB, 2000, p. 708.

⁶⁶ LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3.^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 615.

Nicola Abbagnano, em *Dicionário de filosofia*, aduz a três significados fundamentais de liberdade: autodeterminação ou autocausalidade, para o qual a liberdade é ausência de condições ou de limites. Tal conceito contém o atributo da voluntariedade, que traz embutida a faculdade de iniciar, por si mesma, um evento. Apresenta-se como absoluta, incondicional, sem qualquer limitação.

Entretanto, a liberdade como ausência de regras e de obrigações, se em excesso pode revestir-se de anarquia, pois, se demasiada, origina a tirania, a escravidão, uma vez que os cidadãos, verificando qualquer fato que possa ameaçar sua liberdade, rebelam-se, não se submetendo a qualquer comando normativo. Essa forma de liberdade predominou durante a Antigüidade e a Idade Média.

A segunda idéia de liberdade identifica-se com necessidade, que tem como base o conceito anterior, mas tendo em vista a totalidade a que o homem pertence. Ou seja, a liberdade é atribuída ao todo, ao absoluto, ao Estado. Ela se identifica com a necessidade com que a totalidade se realiza. Tal forma de liberdade, conforme ensina Nicola Abbagnano, “atribui à totalidade um poder de autocausalidade ou autocriação que é um outro poder igualmente absoluto de coerção sobre os indivíduos, considerados manifestações ou partes dele”⁶⁷.

Por fim, é vista como possibilidade ou escolha, segundo a qual a liberdade é limitada, condicionada, finita⁶⁸, ou seja, apresenta possibilidades determinadas e condicionadas. Nesse sentido, a liberdade é um problema aberto: como determinar a medida de escolha que pode garanti-la? Livre é quem possui determinadas possibilidades. Essa doutrina predominou nos primórdios da Idade Moderna.

Conclui-se, na trilha de pensamento do autor, que os conceitos de liberdade como possibilidade ou como poder absoluto da totalidade, a que o homem pertence, são igualmente mistificadores. Desse modo, ela deve ser exercida com medida, condições e limites, em qualquer campo (metafísico, psicológico, econômico, político); deve ser vista, portanto, como uma possibilidade de escolha. Dessa forma, estará presente em todas as atividades humanas. Um tipo de governo só é livre se, além de ser escolhido pelos cidadãos, permitir que estes exerçam continuamente sua possibilidade de escolha em mantê-lo, modificá-lo, eliminá-lo.

As liberdades de pensamento, de consciência, de imprensa, de reunião, de associação, denominadas “instituições estratégicas da liberdade”, apresentam como objetivo garantir aos cidadãos a possibilidade de escolha no domínio científico, religioso, político,

⁶⁷ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 3.^a ed., 2.^a tir., São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 610.

social. Por essa razão, os problemas da liberdade no mundo moderno não podem ser resolvidos por fórmulas simples, totalitárias, mas pelo estudo de limites e condições que, numa determinada situação, podem tornar eficaz a possibilidade de escolha do homem⁶⁹.

É possível aduzir, ainda, dentre diversos sentidos expostos, à liberdade política. Esta não significa uma ausência total de constrangimento do indivíduo, mas sim a ausência de constrangimento considerado anormal, ilegítimo, imoral⁷⁰. Apresenta o grau de independência que se considera normal e desejável⁷¹. Esse sentido implica, portanto, a idéia de lei.

É possível citar, também, a liberdade civil ou social, estudada por Stuart Mill, referente aos limites do poder da sociedade sobre o indivíduo⁷², a forma de intervenção social no individual. Essa intervenção apenas se justifica quando busca impedir dano a outrem.

Empreendendo-se a uma análise remissiva do tema, pode-se dizer, na esteira de pensamento de Tércio Ferraz⁷³, que a liberdade já se apresentou, outrora, com conotação de pertinência ao grupo social e não-submissão (concepção grega). Para os gregos, o uso do termo tinha um significado fortemente político e jurídico, ou seja, liberdade não tinha ligação com a noção subjetiva de ato voluntário, não apresentava o sentido de qualidade da vontade⁷⁴.

Mais tarde, surge uma conotação ética da liberdade, no sentido de fazer o que é melhor. O ético identifica-se, aqui, como virtude política (concepção socrática). Há, ainda, a concepção platônica da liberdade, em que o sentido político domina: livre é o homem cuja ação se dirige ao Bem. Na concepção de Platão, a liberdade é tida como liberdade na polis, assim como o supremo Bem é, ao mesmo tempo, livre e necessário⁷⁵. Aristóteles apresenta, ainda, a liberdade com sentido de conduta humana na polis, e não relacionado à voluntariedade/involuntariedade dos atos.

A filosofia grega não apresentava subjetivação da liberdade. Com o advento do Cristianismo, a noção de liberdade interna toma importância, ganhando autonomia em relação à liberdade como conceito político⁷⁶. A liberdade instala-se no interior da vontade. Nesse

⁶⁸ Ibidem, p. 606.

⁶⁹ Ibidem, p. 613.

⁷⁰ LALANDE, André. Op. cit., p. 622.

⁷¹ Ibidem, p. 617.

⁷² MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2.^a ed., Petrópolis: Vozes, 1991, p. 45.

⁷³ É de suma importância informar que se procurou trazer, nesse parágrafo, apenas uma breve síntese de algumas idéias do autor. Entretanto, em sua obra, Tércio Ferraz faz uma rica e instigante análise acerca do tema. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2.^a ed., São Paulo: Atlas, 2003.

⁷⁴ Ibidem, p. 77.

⁷⁵ Ibidem, p. 81.

⁷⁶ Ibidem, p. 87.

sentido, a liberdade política sofre um deslocamento, ou seja, passa a ser uma questão de querer, e não mais de poder; é identificada com a noção de livre arbítrio.

Com o advento da Era Moderna, um novo tema adquire importância especial: a noção de liberdade de consciência. A consciência livre deve ser, ao mesmo tempo, garantida individualmente e delimitada socialmente. Para Tércio Ferraz⁷⁷, a consciência livre manifesta-se em dois níveis: psicológico, que tem a ver com o conteúdo da consciência, que implica a questão da boa consciência, conforme regras objetivas. Outro nível é o filosófico, que se manifesta como as decisões com base no dever, em que o homem é o legislador de sua própria conduta. A confluência desses dois níveis leva ao paradoxo da consciência livre, ou seja, se ela é livre, prevalecem suas decisões sobre o prescrito pelas normas heterônomas.

Desse paradoxo decorrem duas orientações: a liberdade de consciência, como questão de foro íntimo, e a liberdade de conduta, como agir conforme os ditames da consciência. Nesse sentido, o autor traz à baila o confronto entre o pensamento de dois teóricos da liberdade, Locke e Rousseau, que afirmam ser ela condição natural do ser humano. Ou seja, o homem nasce livre, mas em estado de natureza a liberdade torna-se ameaçada. Cada qual trará a solução para tal problema através do contrato social. Continua o mestre, explicando que na construção do conceito moderno de liberdade, tanto a obra de Rousseau quanto a de Locke assinalam que a lei passa a ser ordenação livre da sociedade com base num direito individual racional. A liberdade entende-se, agora, como liberdade legal. Na prática, a liberdade, conforme ensina o autor, é vista:

[...] como fim e fundamento da associação política, é, de um lado, um conceito positivo, à medida que ela é liberdade legal como constituída estruturalmente pela sociedade, não tanto no sentido da vontade geral de Rousseau, mas no sentido da lei em sua função reguladora do processo social; nesse caso, o equilíbrio entre as liberdades é relativizado em face das necessidades sociais, concretizando-se apenas por intermédio das vontades individuais⁷⁸.

Tércio Ferraz explica, ainda, que essa noção de liberdade da Era Moderna trará significativas repercussões no direito, sobretudo no delineamento de direitos individuais em relação ao Estado⁷⁹. A liberdade no sentido moderno, manifestada através da autonomia da vontade, confere a qualquer pessoa a possibilidade de se vincular de acordo com seus próprios interesses. Pelo espaço permissivo que a lei lhe garante, o indivíduo, livre, engaja-se na

⁷⁷ Ibidem, p. 98.

⁷⁸ Ibidem, p. 100.

⁷⁹ Ibidem.

medida de seus interesses. Esse engajamento é móvel, ou seja, por determinado período. Segundo o estudioso,

[...] seu engajamento livre é também um limite para o engajamento livre dos outros. A mesma liberdade que engaja limita a liberdade. Por isso, na base do contrato moderno, a lei que garante a autonomia garante também a liberdade como não-impedimento, ao equalizar, para todos, a mesma liberdade⁸⁰.

Em outras palavras, a liberdade de um indivíduo termina onde começa a liberdade do outro. Para Tércio, fica claro, aqui, o caráter relacional da liberdade. Ou seja, seu exercício seria uma resistência ao impedimento provocado pela liberdade de outrem, ao mesmo tempo em que tal exercício configurava-se na possibilidade de impor restrições. Entre a autonomia e a resistência encontra-se a liberdade em si mesma.

Por todo o exposto, reconhecem-se alguns elementos afetos à liberdade, tais como: possibilidade de escolha, ausência de constrangimento, autodeterminação, voluntariedade, autonomia, limite da intervenção da sociedade sobre o indivíduo, não-submissão, dentre outros. Analisando tais elementos, todos apresentam denominador comum, que leva inexoravelmente à própria liberdade. Portanto, o tema remete a um valor, e esse valor está presente na consciência humana, com muitas variáveis, é bem verdade, contudo, seu cerne se mantém.

É difícil encontrar alguma definição explícita de liberdade em termos descritivos, pois apresenta significados diversos. Entretanto, é possível retirar tais definições do contexto. A liberdade em sentido moderno tem como fundamento a autonomia da vontade, ou seja, a possibilidade de qualquer pessoa se vincular de acordo com seus próprios interesses. Por essa característica, verifica-se que os vínculos empreendidos pelo homem livre apresentam-se definidos e não são eternos.

Para Bobbio, “o conceito de liberdade se refere com maior frequência à liberdade social”⁸¹. Esse parece ser o conceito mais adequado ao desenvolvimento de nosso trabalho, de forma que se buscará explicá-lo de acordo com o pensamento do referido autor. Assim, “o conceito de liberdade interpessoal ou social se refere às relações de interação entre pessoas ou grupos, ou seja, ao fato de que um ator deixa outro ator livre para agir de determinada

⁸⁰ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*, cit., p. 104.

⁸¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Op. cit., p. 708.

maneira”⁸². Uma relação de liberdade, continua o insigne jusfilósofo, diz respeito a uma série de, no mínimo, duas ações ou a tipos de ações alternativas⁸³. Significa dizer que essa liberdade sempre se manifesta na presença de dois atores. Ainda, ela é inter-relacional, pressupõe uma relação entre dois sujeitos, ou dois grupos. Bobbio aduz que “a liberdade social de alguém não depende de seu efetivo comportamento”⁸⁴.

O termo livre, muitas vezes, refere-se a características de pessoas, e não de ações. A liberdade é uma qualidade pessoal, o que consiste em alguém fazer o que desejar. O indivíduo é livre na medida em que se dispõe a agir livremente. Bobbio, em outra obra consagrada, explica que os diversos significados da liberdade dependem do fato de que esta qualidade pode ser referida a diversos aspectos da pessoa, sobretudo à vontade ou à ação⁸⁵. Desse modo, “a liberdade como estado mental independe da liberdade como estado de fato”⁸⁶.

Há, ainda, um outro significado descritivo da liberdade: a liberdade de escolha, que caracteriza uma relação entre um ator e uma série de ações alternativas potenciais. Significa o poder de agir ou não agir conforme a determinação da liberdade. A liberdade de escolha não é condição necessária nem suficiente da liberdade social.

Dentro da liberdade social, existe ainda a subcategoria da liberdade política. Refere-se à liberdade dos cidadãos ou das associações em relação ao governo. Nas lavras de Bobbio, “o interesse pela liberdade política, em diferentes momentos históricos, concentrou-se na liberdade de religião, de palavra, de imprensa, de associação (religiosa, política e econômica) e de participação no processo político (sufrágio)”⁸⁷. As relações de liberdade social podem subsistir entre duas pessoas ou grupos quaisquer. Menciona-se a liberdade política justamente porque ela compreende a liberdade de associação, tema do trabalho.

Bobbio afirma que a liberdade, enquanto valor, refere-se a um “estado” do indivíduo⁸⁸. Indica uma qualidade ou propriedade da pessoa, sendo que seus diversos significados depende do fato de que essa qualidade pode referir-se a diversos aspectos dessa pessoa, sobretudo à vontade ou à ação.

⁸² Ibidem, p. 708.

⁸³ *Dicionário*, passim.

⁸⁴ *Dicionário*, passim.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 5.^a ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 12.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Op. cit., p. 711.

⁸⁷ *Dicionário*, cit., p. 709.

⁸⁸ *Igualdade e liberdade*. Op. cit., p. 7/8.

Stuart Mill, em interessante passagem de sua obra⁸⁹, ensina que a adequada esfera da liberdade encontra-se na liberdade individual, que abrange a liberdade de consciência, de gosto e de associação.

A liberdade humana abrange, primeiramente, o domínio íntimo da consciência, em seu sentido mais amplo, liberdade de pensar e de sentir, de manifestar opinião sobre qualquer assunto. A liberdade de exprimir e publicar opiniões pode parecer que cai sob um princípio diferente, uma vez que pertence àquela parte da conduta individual que concerne às outras pessoas. Mas, sendo quase de tanta importância como a própria liberdade de pensamento, e repousando em grande parte sobre as mesmas razões, é praticamente inseparável dela. Num segundo momento, significa a liberdade de gostos e de ocupações; o indivíduo pode seguir o plano de sua vida e agir como quiser, mesmo sujeito às consequências que possam advir, desde que não prejudique seus semelhantes. Em terceiro lugar, dessa liberdade individual segue-se a liberdade de associação entre os indivíduos, que vão se unir para qualquer propósito que não envolva dano.

Nenhuma sociedade é livre, independentemente de sua forma de governo, se não contiver essas liberdades. Seus conceitos e definições variam, pois se relacionam intimamente às escolas filosóficas e ideologias políticas. Além disso, nem sempre a doutrina analisa todos os aspectos do problema.

Ainda sobre o tema, foram traçadas algumas características de acordo com os ensinamentos de Meirelles Teixeira: a liberdade é social, pois não é possível falar em liberdade em relação ao homem isolado; é natural, pois decorre da própria natureza do homem e da sociedade; é moral, porque não é possível haver liberdade para o ilícito, para o imoral, para o nocivo; é inata, pois antecede a existência do Estado e do Direito, sendo que este apenas a reconhece; é inalienável, pois ao fazê-lo o homem estaria abdicando à sua própria existência; é ainda relativa, pois seu conteúdo pode variar de acordo com circunstâncias de tempo e lugar, respeitando, evidentemente, seu mínimo irreduzível.

Através do objeto da liberdade é possível proceder à valoração da mesma, ou seja, a licitude e o valor do objeto da atividade determinarão a licitude e o valor da própria liberdade. Nesse sentido, se o objetivo da liberdade for lícito, desejável ao indivíduo e à coletividade do ponto de vista material ou moral, a liberdade será louvável e o direito deverá sancioná-la. Dessa forma, a liberdade deve ser a possibilidade de realizar o bem-comum.

⁸⁹ MILL, John Stuart. Op. cit., p. 55/56.

Deve ser “aquele conjunto de condições negativas e positivas que permitem ao homem o desenvolvimento pleno de sua natureza e a aquisição de sua inteira dignidade pessoal”⁹⁰.

O conceito de liberdade identifica o homem como pessoa dotada de liberdade, racionalidade e destino sobrenatural, e não mais como indivíduo, simples instrumento do Estado⁹¹.

A fonte suprema de toda a liberdade (seja negativa ou positiva) é a própria natureza humana. Nesse diapasão, é preciso analisá-la para encontrar os princípios gerais que devem nortear a ação do Estado com relação a ela, ou seja, traçar o âmbito inviolável de direitos que o Estado não deve coibir, mas, ao contrário, deve fornecer as condições necessárias à sua realização. Para finalizar essa análise reflexiva, o jusfilósofo italiano ensina no campo do direito, da filosofia e da vida:

Não há nem uma liberdade perdida para sempre, nem uma liberdade conquistada para sempre: a história é uma trama dramática de liberdade e de opressão, de novas liberdades que se deparam com novas opressões, de velhas opressões derrubadas, de novas liberdades reencontradas, de novas opressões impostas e de velhas liberdades perdidas. Toda época se caracteriza por suas formas de opressão e por suas lutas pela liberdade⁹².

5.2 Liberdade negativa e liberdade positiva

Apesar da referida dificuldade em definir o que seja liberdade, dois significados são-lhe relevantes: liberdade negativa e positiva. A liberdade é, de um lado, conceito positivo, no sentido da lei em sua função reguladora do processo social, e, por outro, apresenta um senso negativo, em que a liberdade significa liberação da ordem estamental. Essa noção de liberdade aponta um claro delineamento de direitos individuais em relação ao Estado.

A liberdade em sentido negativo consiste em ausência de limitação (ou obstáculo) a uma certa atividade. Nesse aspecto, o sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido ou de não agir sem ser obrigado. A liberdade também pode ser caracterizada como ausência de impedimento ou de constrangimento. Tem sentido liberal-individualista, em que o papel do Estado é não dificultar o livre e pleno desenvolvimento da personalidade, lembrando que essa atividade individual não pode prejudicar a atividade de outros membros da coletividade.

⁹⁰ MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 667.

⁹¹ *Ibidem*, p. 667.

⁹² BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*, cit., p. 75.

A liberdade negativa consiste numa omissão apenas relativa do Estado, pois este pode intervir limitando a liberdade individual sempre que esta for nociva à liberdade de outros membros da coletividade ou aos seus próprios interesses. A esse respeito, é importante salientar que a liberdade de um indivíduo não poderá limitar, restringir ou extinguir a dos demais membros da comunidade, nem poderá prejudicar a realização do bem-comum.

Sendo assim, reconhecem-se certos limites estatais ao direito em geral que impedem que eles sejam exercidos de forma ilícita, abusiva ou prejudicial ao desenvolvimento dos indivíduos, que são os próprios titulares desses direitos. Uma liberdade assim seria contraditória com a própria natureza humana, com o desenvolvimento da personalidade, com a dignidade da pessoa humana. À parte essas limitações necessárias, o direito individual é livre. Ainda, a liberdade é moral, pois não pode haver liberdade para o ilícito, para o imoral.

Enquanto a liberdade negativa aponta para uma abstenção, a positiva, ao contrário, denota presença de alguma coisa, refere-se àquela situação em que um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de tomar decisões sem ser determinado pelo querer dos outros. Essa forma de liberdade é denominada, pelo autor, de autonomia.

A liberdade positiva significa, nas palavras de José Horácio Meirelles Teixeira, “possibilidade concreta de realizar aqueles fins que constituem o objetivo, a finalidade da atividade livre, não só pela supressão de obstáculos que a impeçam (sentido negativo), mas mediante a prestação positiva das condições e meios indispensáveis à sua realização”⁹³. Trata-se de liberdade no sentido social, que consiste em prestações positivas do Estado, que criam condições e meios indispensáveis ao pleno desenvolvimento da personalidade.

As duas formas de liberdade podem ser distinguidas à luz do sujeito histórico que é portador de uma ou de outra. A liberdade negativa refere-se ao indivíduo singular, enquanto a liberdade positiva tem por sujeito histórico um ente coletivo. As liberdades negativas apresentam, como protótipo, as individuais, ou seja, aquelas reconhecidas ao indivíduo singular. A liberdade positiva (como autodeterminação) é atribuída a uma vontade coletiva: do povo, da comunidade, da nação, da pátria. Trata-se, portanto, não da autodeterminação do indivíduo, mas, sim, da coletividade.

Em suma, pode-se dizer que liberdade negativa significa ausência de impedimento ou de constrangimento, e qualifica a ação humana; liberdade positiva diz respeito à

⁹³ MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. Op. cit., p. 665.

autodeterminação ou autonomia, e qualifica a vontade. À luz desses significados, verifica-se que a liberdade de associação, assim como todas as outras liberdades individuais, é negativa.

5.3 Direitos de liberdade individual e liberdade coletiva

Os direitos de liberdade individual foram produtos da evolução jurídica e moral dos povos. O princípio da liberdade individual surgiu mais tarde do que os princípios de igualdade e de democracia. Isso porque ele só pode nascer com o sentimento do eu, mas no homem primitivo faltava a representação de si mesmo. Foi uma longa caminhada para se chegar aos direitos do indivíduo. Os primitivos embutiam os indivíduos no grupo, e isso teve de ser modificado. A própria palavra “indivíduo”, conforme embasada opinião de Pontes de Miranda, alude à indivisão, no sentido de que faz parte do todo (grupo), que é divisível e anterior⁹⁴.

O homem primitivo vivenciou uma descoberta revolucionária ao tomar consciência de ser diferente sem deixar de pertencer ao grupo. Tomou essa consciência quando sentiu que, além dos estímulos exteriores, ele possuía estímulos próprios. Aprendeu que havia movimentos com os quais ele obedecia a si mesmo. Através dessa descoberta, percebeu duas novas descobertas: a reflexão para escolher que caminho seguir e a adoção da regra moral. A verdadeira liberdade busca a reflexão.

Ao proceder à análise da “pessoa”, o autor reconhece-lhe algumas características e qualidades essenciais:

- a) individualidade física e corporal: constitui, nas palavras do autor, “princípio de individuação e base de sua subsistência.”
- b) racionalidade e autodeterminação das vontades: dessa forma, escolhe seus próprios fins, constrói sua própria existência, participa dos bens culturais e dá à sua vida um sentido moral.

Dessas características, surge uma gama de direitos e liberdades, no sentido de que o Estado não impeça o pleno desenvolvimento dessas liberdades (aspecto negativo), e o direito a que o Estado proporcione condições adequadas a esse desenvolvimento (aspecto positivo). É de suma importância salientar que o aspecto positivo e negativo dessas liberdades não se confunde com a liberdade negativa e a positiva de que se falou no item anterior.

⁹⁴ PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade, igualdade*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 322 e ss.

Tais aspectos se identificam mais com os momentos em que foram reconhecidos os direitos de liberdade do que com a liberdade em si. Isso quer dizer que o aspecto negativo se desenvolveu à luz do individualismo do Estado Liberal. O lado positivo surgiu mais tarde, através dos anseios da sociedade na qual não se demonstrava mais suficiente apenas garantir direitos sem que surgisse por parte do Estado o papel de prestador de determinadas ações positivas, a fim de que a sociedade alcançasse outra gama de direitos. Surge, então, um Estado intervencionista, social, garantidor de determinados direitos aos indivíduos ou grupos de indivíduos.

A seara do aspecto positivo e negativo da liberdade se identifica com as conhecidas “dimensões” de direitos, que foram tratadas alhures. Em linhas gerais, numa primeira observação é possível dizer que a liberdade em seu aspecto negativo identifica-se com a primeira dimensão de direitos; o positivo, com a segunda dimensão.

O conteúdo concreto dessas liberdades, ou seja, seu desenvolvimento e suas aplicações, fica sempre condicionado pelas situações históricas concretas, em função das necessidades, contingências e fatores de tempo e lugar. Essa afirmativa é de suma importância para o trabalho, uma vez que a escolha do tema pautou-se, preponderantemente, por sua grande utilidade nos dias atuais. Em outras palavras, a liberdade de associação é uma forma eficiente de garantia de outras liberdades. Essa questão será analisada pormenorizadamente mais adiante, em capítulo específico. Porém, é preciso fazer uma análise das liberdades coletivas, uma vez que a liberdade de associação está inserida nesse contexto, na medida em que tem papel preponderante para garantir tais liberdades. No entanto, deve-se ter em mente que a liberdade de associação é um direito individual de exercício coletivo.

Liberdade coletiva – como já referenciada no início desse capítulo – é aquela garantida a um determinado grupo de indivíduos e, por vezes, exercida por eles; se desenvolve no seio da sociedade e implica relações interpessoais. Trata do conjunto de indivíduos harmonizado em defesa de interesses comuns e edificantes.

Celso Bastos comenta que no momento em que o mundo moderno massificou as relações humanas, tanto do ponto de vista do consumo quanto da produção, surgiu a necessidade de se discutir globalmente uma determinada situação que pertence a um grupo extenso de pessoas⁹⁵. À luz desse quadro histórico, surgiram as liberdades coletivas, que foram positivadas como direitos fundamentais, dando ensejo, inclusive, a instrumentos garantidores de tais direitos.

Até agora, tratou-se do tema “liberdade”, principalmente sob o aspecto filosófico. Entretanto, a partir deste momento, para discorrer sobre a liberdade coletiva, os termos direito e liberdade serão usados indistintamente, ou seja, estudar-se-á o tema “liberdade” coletiva à luz do direito positivado.

É importante distinguir as liberdades coletivas das liberdades de expressão coletiva. Estas, dentre as quais se inserem a associação e a reunião, são, em realidade, direitos individuais, porque imputáveis aos indivíduos e não à coletividade como um todo. São direitos individuais que em função de uma pluralidade de pessoas estão vinculados entre si dentro de uma coletividade. Entretanto, verifica-se o interesse coletivo que fundamenta o reconhecimento desses direitos aos indivíduos.

Os direitos mais tipicamente coletivos são aqueles conferidos não em função do interesse individual, mas da coletividade. São exemplos de direitos coletivos: acesso de todos ao trabalho, transporte coletivo, energia, saneamento básico, meio ambiente sadio, melhoria da qualidade de vida, preservação da paisagem e da identidade histórica e cultural da coletividade, sindicalização, manifestação coletiva, greve etc.

São direitos individuais de expressão coletiva: reunião e associação. Apenas a título de esclarecimento, é de valia comentar que os direitos supramencionados não se encontram, todos, garantidos pelo texto constitucional. Além disso, os que ali estão, aparecem dispersos por todo o texto. Sendo assim, conforme já foi visto no capítulo anterior, há direitos coletivos no Capítulo I, Título II, assim como em outros, na Constituição.

Direitos coletivos, ressalte-se, são aqueles de interesse da sociedade como um todo, da coletividade. Mas não se pode esquecer que dentre os direitos de titularidade de uma sociedade existem, também, os difusos.

Há algumas décadas, sofisticou-se a classificação dos direitos, surgindo uma modalidade que transcende a individualidade, apanhando o indivíduo no contexto de um grupo precisamente definido (que dá ensejo aos direitos coletivos) ou no seio de uma multidão de limitações juridicamente imprecisas (que nos remete aos direitos difusos). Tais direitos têm por característica a indeterminação dos indivíduos, bem como a indivisibilidade dos bens protegidos por eles. Outra característica importante e compreensível é a indisponibilidade desses interesses, porque transcendem a própria individualidade e estão diluídos por toda a comunidade. Segundo Celso Bastos,

⁹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 270.

Os bens são protegíveis exatamente para manterem-se nesta condição de bens usufruíveis por uma gama muito grande de pessoas, enquanto que o exercício de poderes de disponibilidade por qualquer uma delas implicaria a apropriação desses bens, a sua privatização. O uso exclusivo desses bens é incompatível com sua natureza⁹⁶.

É importante mencionar que, juntamente com o surgimento da tutela de tais direitos, alargou-se o rol dos habilitados para sua proteção. Nesse sentido, ultrapassou-se a fase em que havia somente a tutela de direitos pelo indivíduo e pelo Estado. Em momento anterior, o que não era individual era público, e vice-versa. No presente, há uma tutela intermediária, em que os bens, embora dizendo respeito à coletividade, não são de proteção exclusiva do Estado, mas também objeto de defesa pelos civis.

Nesse aspecto, verifica-se a inter-relação entre o objeto de estudo – liberdade de associação – e o tema analisado acima. Isso porque a associação é uma das formas de garantir e proteger tais direitos, ela é legitimada para isso, tendo poderes específicos para tanto. A Constituição de 1988 previu casos de representação coletiva de interesses coletivos ou mesmo individuais integrados numa coletividade, somando-se a eles os direitos difusos. Mas a legitimidade das associações em Juízo é assunto para um outro momento do trabalho.

5.4 Liberdade interna e liberdade externa

Finalizando o capítulo, passa-se, brevemente, à distinção entre liberdade interna e externa. Liberdade interna é aquela encontrada como manifestação da vontade no mundo interior do homem. É o livre-arbítrio, a liberdade do querer, refere-se ao poder de escolha do indivíduo⁹⁷. É, também, denominada de liberdade subjetiva, psicológica, moral.

Feita a escolha, resta saber se é possível ao indivíduo determinar-se em função dela, ou seja, se ele tem condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita. Surge, então, a questão da liberdade externa, também denominada de objetiva, que consiste na exteriorização do querer individual, e implica o afastamento de obstáculos, de maneira que o homem possa agir livremente.

⁹⁶ Ibidem, p. 270.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. Op. cit., p. 258.

A distinção acima descrita apresenta uma reflexão filosófica interessante. Quando se fala em liberdade, necessariamente se remete ao ser humano, isso porque a liberdade existe para ele. Contudo, pode-se dizer que o homem é livre em que medida e extensão? Talvez a maneira mais conveniente de pensar seja aquela em que se reconhece a liberdade do indivíduo até o limite do outro indivíduo. A liberdade se conjuga ao respeito. Com essa idéia, verifica-se que “a liberdade de um termina onde se inicia a liberdade do outro”.

Entretanto, ao partir para o mundo do Direito, pode-se dizer que o limite e a extensão da liberdade encontram-se positivados. Ou seja, é o Direito e, para o presente estudo, a Constituição, que dirão quais são e em que medida estão asseguradas as liberdades do ser humano. O que é liberdade para o direito? É o que ele reconhece como tal.

O próprio tema do trabalho foi objeto de escolha pelo legislador constituinte. Entretanto, apenas algumas facetas da liberdade de associação são asseguradas. Outras encontram-se à margem do direito, como a associação de caráter paramilitar. Ou seja, existe a liberdade de associação e a não-liberdade de associação de caráter paramilitar. Mas como identificar essas opções? Talvez sejam opções políticas. (Talvez).

É possível tentar entender, também, em tema de liberdade, a finalidade, a função do direito. Em linhas gerais, sua finalidade é regular a vida em sociedade. As opções das relações humanas inseridas no ordenamento visam a um bem maior, à paz, à harmonia. Portanto, todos os direitos decorrentes dessa relação devem procurar alcançar esse mesmo objetivo. É dessa forma que se reconhece a existência das liberdades externas no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, é preciso lembrar que os direitos são frutos de uma evolução histórica. Não nascem todos de uma vez, são mutáveis e essas mudanças ocorrem de acordo com a evolução da sociedade. Na medida em que evolui, deve-se esperar que os direitos trilhem o mesmo caminho, pois que a evolução é permanente.

Arrisca-se a dizer que tanto mais uma sociedade é evoluída quanto mais consiga reconhecer as liberdades internas como liberdades externas, desde que a sociedade encontre um denominador moral comum para o conceito de liberdade. Ou seja, desde que todos apresentem os mesmos valores de liberdade: nem mais, nem menos, apenas liberdade.

VI - LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

6.1 Conceito

O estudo da liberdade de associação requer, impreterivelmente, a compreensão de duas palavras-chaves: liberdade e associação. Essa necessidade se justifica pela tentativa de definir o objeto que será utilizado durante todo o trabalho. Significa que será pesquisado, em primeiro lugar, o conceito do direito em comento (liberdade de associação), para, após, analisá-lo sob o ângulo constitucional.

Foram vistas a definição e as diversas facetas concernentes à expressão “liberdade”, estudar-se-á, a partir de agora, o vocábulo “associação”, em seu aspecto conceitual. Para tanto, merecem análise alguns termos correlatos – como sociedade, organização, cooperativa, além da associação propriamente dita – buscando, para o estudo do direito, suas similitudes e peculiaridades. Em determinados momentos, alguns termos se aproximam e até se confundem, mas para o trabalho em comento, é possível perceber suas diferenças.

Todos esses conceitos não fazem parte do núcleo fundamental do trabalho, tendo em vista que o foco principal é o direito constitucional de associação. Entretanto, eles servirão de suporte e serão importantes para o desenvolvimento do tema. Ao estudo, então, desse suporte técnico encontrado com maiores detenções na doutrina infraconstitucional.

É importante frisar que esse aparato conceitual foi encontrado na doutrina civilista e na teoria geral do direito⁹⁸. O direito constitucional não se ocupa de detalhes conceituais, e o presente trabalho é de direito constitucional e tem por enfoque a liberdade fundamental de associação. Sendo assim, serão buscados recursos conceituais em disciplinas diversas a fim de procurar contextualizar e entender o tema escolhido, o que não desfigura o conteúdo constitucional que se procura para a associação. Isso significa que todo conceito de associação encontrado na doutrina civilista e na teoria geral encontra amparo constitucional. Parece pertinente deixar isso claro, uma vez que nenhum instituto constitucional pode ser definido

⁹⁸ A esse respeito, ver MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 39.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 120. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 1.^a ed., t. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ULHOA, Fábio. *Curso de Direito Civil*, 2.^a ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006.

pela legislação infraconstitucional, sob pena de se incorrer em uma inversão de valores entre a Constituição e as normatizações ordinárias.

O direito tem amparo e valor constitucional, portanto, sempre que se tentar definir um instituto constitucional, é importante ter em mente que tal conceituação foi encontrada na teoria do direito constitucional e pormenorizada pela teoria infraconstitucional, a qual encontra seu fundamento de validade no Texto Maior. Atualmente, a doutrina se ocupa da tarefa de construção dos modelos interpretativos fundados na Constituição⁹⁹. Nesse sentido, expõe Gustavo Tepedino:

Há que se ler atentamente o Código Civil de 2002 na perspectiva civil-constitucional, para se atribuir [...] a todo o corpo codificado um significado coerente com a tábua de valores do ordenamento, que pretende transformar efetivamente a realidade a partir das relações jurídicas privadas, segundo os ditames da solidariedade e justiça social¹⁰⁰.

Os interesses presentes numa sociedade heterogênea justificam a demanda crescente por uma especialização jurídica. Entretanto, por outro lado, encontram atualmente um centro de gravidade capaz de recolher os valores mais importantes de uma sociedade. Eles estão radicados na Constituição¹⁰¹.

Antes de adentrar a cada termo *in specie*, é necessário tratar de um conceito básico que se aplica a todos eles e é fundamental à sua estrutura: a pessoa jurídica. Utilizou-se a doutrina tradicional que traça pormenorizadamente o perfil desses institutos, sem deixar de se atentar aos civilistas modernos, que construíram uma teoria do direito civil à luz da Constituição, e trouxeram para esse ramo privatista conceitos principiológicos que coadunam com os princípios constitucionais do direito mencionado, idéia que vem ao encontro do proposto por esse trabalho.

Para entender a existência da pessoa jurídica, é preciso reconhecer que o indivíduo, muitas vezes, não é capaz de realizar certos fins que ultrapassam suas forças e os limites da vida individual. Para a consecução desses fins, é necessário que ele se una a outros homens, formando um grupo organizado, portador de direitos e deveres. Esse propósito de união de indivíduos para a formação de um grupo, com direitos e deveres, dá origem à idéia

⁹⁹ Vários são os autores que estudam o direito civil constitucional, preocupando-se com uma doutrina fundada em novo modelo interpretativo do direito civil, que prevê a compatibilidade entre o direito codificado e a ordem constitucional. Dentre eles: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, cit.; SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, entre outros grandes civilistas preocupados com a construção de um direito civil constitucional.

¹⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 20.

¹⁰¹ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 167-205.

de pessoa jurídica. A pessoa jurídica é gênero, no qual se encontram as associações, as sociedades, as organizações, dentre outras espécies. Essas pessoas jurídicas são dotadas de estrutura própria e personalidade privativa, cada espécie possui uma finalidade específica.

Guardando as devidas peculiaridades de cada espécie, é possível afirmar que através da criação de tais pessoas o homem supera suas fragilidades, encontrando maiores condições de alcançar seus objetivos. Aliás, essa foi a mola propulsora do presente trabalho. Buscou-se conciliar a vontade de desenvolver um direito fundamental com a idéia de um direito que necessariamente deveria ser exercido em conjunto (direito de exercício coletivo).

O interesse pelo tema baseou-se na intenção de esforço comum para atingir um bem maior. A escolha se justifica pela força jurídica que a liberdade de associação (se bem aplicada) contém, ou seja, ela pode ser utilizada como forma de efetivação de outros direitos e, indo além, como forma de concretização da democracia, entendendo-a como a participação do indivíduo nas decisões fundamentais do País e no bom desempenho das atividades desenvolvidas pelo Estado. Esse direito apresenta a beleza do conjunto, do todo harmonizado em defesa de interesses comuns. Nesse sentido, interessante passagem de Washington de Barros Monteiro:

Acrescentando sua atividade à de seus semelhantes, juntando seu poder ao de outros indivíduos, o homem multiplica quase ao infinito suas possibilidades, propiciando a execução de obras extraordinárias e duráveis em benefício da comunidade. As forças assim aglutinadas não se somam, mas se multiplicam. Por isso, objetivos inatingíveis para um só homem são facilmente alcançados pela reunião dos esforços combinados de várias pessoas¹⁰².

A noção de associação obedece a duas forças fundamentais: a tendência do homem para o convívio em sociedade e a vantagem existente na conjugação de forças, cujo efeito é o produto (e não a somatória) das forças agrupadas. A pessoa jurídica apresenta o sentido de aglutinação, união, associação de pessoas.

Nesse passo, verifica-se a aproximação entre os termos “associação”, “sociedade”, “organização”, “cooperativa”, conforme se afirmou no início do capítulo. Eis o traço característico das pessoas jurídicas. Elas (também chamadas de pessoas morais, no direito francês, e pessoas coletivas, no direito português) são definidas como associações ou instituições formadas para a realização de um fim, e reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direito.

¹⁰² MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 120.

Pontes de Miranda explica que tanto as associações quanto as sociedades ou as fundações são entidades criadas pelo homem através do Direito, que lhes atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, e as conceitua como pessoas jurídicas, que são, portanto, criações do Direito através de algo do mundo fático¹⁰³. Elas têm capacidade de direito, não precisam de representação legal.

O direito romano, conforme ensina Pontes de Miranda, desconhecia o conceito de pessoa jurídica; o *ius privatum* (*ius civile*) só tocava a pessoas físicas; os *collegia* e as *sodalitates* não eram pessoas. A idéia de pessoa jurídica nasceu no Império Romano; em sua primeira fase surgiram certas associações de interesse público, como *universitates*, *sodalitates*, *corpora e collegia*. Entretanto, não existia o conceito de pessoa jurídica. As pessoas naturais, integrantes das coletividades, eram verdadeiros sujeitos de direitos.

O direito canônico desenvolveu o instituto, com o surgimento das fundações (denominadas *corpus mysticum*). No início, as fundações eram subordinadas à igreja; com o tempo, adquiriram independência.

Mais recentemente, as associações e instituições passaram a interessar ao Estado, principalmente do ponto de vista político. Nos tempos modernos, elas se multiplicaram com as finalidades mais diversas, tanto de ordem pública quanto privada. Dentre elas, alguns exemplos: autarquias ou entidades paraestatais, sociedades de economia mista, institutos previdenciários, caixas de aposentadorias e pensões, partidos políticos, associações literárias, científicas, artísticas, desportivas, beneficentes etc.

Pontes de Miranda infirma que a expressão pessoa jurídica surgiu no início do século XIX, sendo que o ser pessoa depende do sistema jurídico. Desde o momento em que regra jurídica atribui direito a alguma coisa, essa coisa passa a ser pessoa, porque essa possibilidade de ter direito já é direito de personalidade. Ser pessoa é ter direito de personalidade, pois não há pessoa sem direito. Quem é pessoa pode ser sujeito de direito e já o é do direito de personalidade¹⁰⁴. As sociedades, as associações, o Estado, o Distrito Federal e o Município são pessoas porque o sistema jurídico os tem como capazes de direito.

Atualmente, assiste-se à ampliação do conceito técnico-jurídico da pessoa jurídica. Ela passa de figura exclusiva do direito privado à figura de direito universal, de direito público e privado. Sua tendência é abranger todos os entes da vida social. A natureza jurídica do ente em comento (pessoa jurídica) é discutível. Foram formuladas várias teorias a

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral*. 3.^a ed., t. I, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970, p. 280.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 284.

respeito. Para o interesse do trabalho, serão mencionadas, brevemente, as principais, sem maiores detenções, uma vez que o tema é extenso, capaz de, por si só, dar fruto a grandes divagações. Nesse sentido, as principais teorias são: a) da ficção, b) da equiparação; c) orgânica ou da realidade objetiva; d) da realidade das instituições jurídicas.

De acordo com a teoria da ficção, o legislador cria, de forma fictícia, uma pessoa jurídica com intuítos práticos, quando pretende tratar uma coletividade como se fosse sujeito individual. A dificuldade é que as situações jurídicas vividas pela coletividade não são análogas às dos sujeitos individuais. Essa teoria parte do princípio de que só o homem pode ser sujeito de direito, mas o ordenamento pode modificar esse princípio, negando-lhe capacidade, ou estendendo-a a outros entes, como as pessoas jurídicas. Nesse caso, elas constituem seres fictícios, sem capacidade e que, portanto, devem ser representadas. A pessoa jurídica, então, é criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais. A teoria da ficção, que se originou no direito canônico e prevaleceu até o século XIX, apresenta-se inaceitável, uma vez que não explica a existência do Estado como pessoa jurídica.

A teoria da equiparação admite que há determinados patrimônios equiparados, no seu tratamento jurídico, às pessoas naturais. As pessoas jurídicas são, portanto, patrimônios destinados a um fim específico. Essa teoria também não pode ser aceita, uma vez que personaliza o patrimônio e rebaixa as pessoas, a ponto de confundí-las com as coisas.

A teoria orgânica (ou da realidade objetiva) é diametralmente oposta à da ficção. Para aquela, pessoa não é somente o homem, mas também os entes dotados de existência real. Em outras palavras, juntamente com as pessoas naturais existem organismos sociais (ou pessoas jurídicas) que têm vida autônoma e vontade própria, cuja finalidade é a realização do fim social. Desse modo, o direito não cria as pessoas jurídicas, mas sim, declara-as existentes. A dificuldade está em atribuir vontade a um ente abstrato. Isso porque, a vontade é peculiar aos homens, e como fenômeno humano, não pode existir num ente coletivo¹⁰⁵.

Entre as duas teorias antagônicas, interpõe-se a da realidade técnica ou jurídica. Esta última apresenta-se eclética, reconhecendo uma parcela de verdade em cada uma das teorias expostas. Do ponto de vista físico e natural, só a pessoa física é realidade; sendo assim, a pessoa jurídica não passa de ficção. Entretanto, a noção de personalidade, como sujeito de direito, não deve ser procurada nas ciências naturais, mas sim na ciência jurídica. Se a personalidade humana deriva do direito, ele pode concedê-la também a outros entes, desde que eles tenham por finalidade a realização de interesses humanos. A personalidade jurídica,

portanto, é um atributo, uma investidura que o Estado defere a certos entes merecedores dessa situação. Dessa forma, a pessoa jurídica tem realidade: a das instituições jurídicas.

Uma distinção interessante entre pessoa física e jurídica funda-se na noção de papel social. Um mesmo indivíduo pode representar vários papéis, que são institucionalizados pelo direito, ganhando segurança e certeza. Esse conjunto de papéis institucionalizados dá origem à pessoa. Quando os papéis se comunicam, possibilitando ao agente exercê-los de forma variada, verifica-se a existência de uma pessoa física. Há, entretanto, alguns casos em que esses papéis não se comunicam, encarregando-se a ordem jurídica de isolá-los e integrá-los em um sistema (que depende de um estatuto), dentro do qual adquirem sentido. O feixe desses papéis isolados dos demais e integrados pelo estatuto num sistema orgânico constitui a pessoa jurídica¹⁰⁶.

A pessoa jurídica é pautada por alguns princípios de grande importância: personalidade distinta da de seus membros, patrimônio distinto e vida própria. A pessoa jurídica originou-se como decorrência da necessidade de atribuir garantia jurídica a determinadas corporações que surgiam. Sua utilidade decorreu da necessidade de atribuir responsabilidade a esses entes. Entretanto, nos dias atuais, assiste-se ao movimento inverso, segundo o qual muitas vezes a pessoa física se esconde por trás da pessoa jurídica para furtar-se à responsabilidade. Para evitar essa situação, surgiram princípios, como o da desconsideração da personalidade jurídica, nos casos em que, verificada a má-fé, a responsabilidade é atribuída à pessoa física.

A pessoa jurídica pode ser classificada de diversas formas, dentre elas, uma que apresenta interesse direto ao trabalho em análise se refere à estrutura. Na opinião tradicional, ela se subdivide em fundações e associações. Associações e fundações dependem necessariamente da coexistência de dois elementos: a reunião de várias pessoas (elemento pessoal) e o acervo de bens (elemento real). Os requisitos integrantes das associações são a pluralidade de pessoas e o escopo comum que a estas anima; os das fundações são o patrimônio e sua destinação a um fim. Há, ainda, outros caracteres que as distinguem, que serão vistos oportunamente.

Portanto, em linhas gerais, conforme apontado acima, é possível afirmar que existem duas grandes subespécies de pessoas jurídicas (de direito privado): as associações e as fundações. Frise-se que para essa divisão as sociedades estão englobadas na subespécie

¹⁰⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 125.

¹⁰⁶ A esse respeito, ver FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4.^a ed., São Paulo: Atlas, 2003.

associação. Pontes de Miranda afirma que tanto as leis quanto a doutrina empregam indistintamente as expressões “sociedade” e “associação”, sem lhes dar conceitos precisos. Entretanto, com o advento de legislação infraconstitucional atual – Código Civil de 2002¹⁰⁷ – reconhecem-se algumas distinções entre sociedades e associações, sobretudo atinentes à finalidade econômica. Mais adiante, essas categorias de pessoas jurídicas serão analisadas com maiores detenções; até agora tratou-se da espécie geral, qual seja, a pessoa jurídica.

O Código Civil de 2002 trata das pessoas jurídicas no Título II da Parte Geral, nos artigos 40 a 52. Elas podem ser de direito público ou privado. Interessam ao trabalho, as de direito privado, elencadas no artigo 44, incisos I a V, do referido Código¹⁰⁸.

Outra noção interessante que será desenvolvida agora, em complemento ao estudo proposto, é a de associacionismo (ou associacionismo voluntário). A doutrina denomina associacionismo ao movimento que deu origem ao desenvolvimento do fenômeno associativo. As causas que deram origem a tal fenômeno devem ser buscadas no processo de industrialização e de urbanização, bem como na instauração dos regimes democráticos¹⁰⁹.

Nesse sentido, a Revolução Industrial teve grande participação no processo, isso porque as transformações sociais ocorridas naquela época deram origem a novas exigências de segurança pessoal, de controle da realidade circundante e de ação coletiva, que ensejaram o surgimento de novas estruturas, em particular as associativas, em condições de satisfazer as necessidades humanas. Dentre elas, apareceram as associações econômico-sindiais, comerciais, de socorro mútuo, cooperativas de produtores e consumidores. Segundo Vincenzo Cesareo, “numerosos tipos de associações sociais, políticas e econômicas não só ajudam a compreender as dinâmicas sociais, como asseguram aos próprios membros a intervenção no controle destas últimas”¹¹⁰.

Outro acontecimento decisivo para o surgimento e o desenvolvimento das associações voluntárias, como já anunciado acima, foi a instauração de regimes democráticos.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. A referida lei está disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

¹⁰⁸ Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002: “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações;

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei n.º 10.825 de 22.12.2003)

V - os partidos políticos.” (Incluído pela Lei n.º 10.825 de 22.12.2003)

A referida lei está disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 28 fev. 2008.

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, cit., verbete: “associacionismo voluntário”, p. 65.

¹¹⁰ *Ibidem*, verbete: “associacionismo voluntário”, escrito por Vincenzo Cesareo, p. 65.

As associações voluntárias existem de fato em todas as sociedades democráticas, ainda que seu papel possa ser diverso e mais ou menos importante. Apesar de se verificar, na época moderna, o aumento considerável dos agrupamentos voluntários, nem todas as sociedades contemporâneas reconhecem-nos. Nas sociedades totalitárias, eles praticamente não possuem nenhum poder, que fica sempre concentrado no Estado ou num grupo restrito de pessoas. Uma das primeiras providências dos regimes autoritários é a supressão da liberdade de associação.

Esse ponto apresenta extrema relevância para a escolha do tema em análise na medida em que reconhece a importância do direito de associação para o desenvolvimento da democracia. O trabalho procura demonstrar, em diversas passagens, que o homem, ao associar-se ao seu semelhante, fortalece-se, desprende-se dos limites da vida individual e adquire a possibilidade de realizar certos fins que ultrapassam suas fragilidades. O agrupamento voluntário adquire personalidade própria, despersonalizando seus membros, o que faz com que o conjunto lute por seus interesses. Dessa forma, o indivíduo não se expõe, fortalecendo-se, pois. O fortalecimento do grupo facilita a luta pela democracia. Conforme foi dito acima, a liberdade de associação pode ser utilizada como forma de efetivação de outros direitos, inclusive como forma de alcançar a democracia.

A liberdade de associação funda-se no seguinte tripé: agrupamento, impessoalidade e discussão em grupos menores. O agrupamento fortalece o indivíduo, na medida em que, através do esforço comum, permite-lhe agregar suas idéias às dos outros componentes. A impessoalidade retira o foco do sujeito e transfere à associação, de modo que sua luta fique protegida por um ente personalizado. A associação se expõe, preservando o indivíduo. A discussão realizada em um âmbito menor facilita a tomada de decisões naquele grupo, possibilitando a cobrança de atitudes da associação perante a sociedade. Com isso, a associação apresenta-se como forma de efetivação de direitos e concretização da democracia.

Outra temática que pode ser trazida à lume diz respeito à participação nas associações voluntárias. Ela varia qualitativa e quantitativamente. Os países nórdicos, tanto da Europa quanto da América, apresentam porcentagem mais alta de participação¹¹¹. É possível arriscar a dizer que o associacionismo voluntário é cultural. Apresentam maior participação os países que possuem a cultura da associação.

Sob outro aspecto, geralmente os habitantes que ocupam posições sociais mais elevadas participam em maior número das associações do que os que pertencem às camadas

¹¹¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. e verbete cit., p. 66.

menos elevadas. Um dado também interessante revela que, com o passar dos anos, aqueles que fazem parte dos estratos sociais superiores tendem a aumentar sua participação em associações, enquanto os pertencentes aos estratos inferiores, com o aumento da idade, diminuem¹¹².

Até agora, foram vistos alguns traços importantes para se entender o direito de associação, tais como o conceito de pessoa jurídica, a origem desse instituto e sua classificação quanto à estrutura. Esta última apresenta interesse direto para o trabalho, uma vez que elas se classificam em associações e fundações, já citadas.

Ao tratar de tal classificação, foram vistos três elementos fundamentais: pluralidade de pessoas, finalidade comum e acervo de bens. Após, examinou-se, ainda, o associacionismo, a relação entre associação e democracia, e a participação em associações. A partir de agora serão analisadas, com maiores detalhes, as associações, sociedades, fundações e organizações.

6.2 Abrangência

O estudo do direito de associação requer a análise da abrangência do termo para que se possa fundamentá-lo com os valores constitucionais. Conforme já foi visto, eles muitas vezes se confundem, pois há elementos que coincidem em um e outro conceito. Portanto, é necessário fazer uma análise de cada termo para tentar reconhecer o sentido que lhe atribuiu a Constituição Federal.

6.2.1 Associação

Sob o ângulo conceitual, a associação pode ser definida como a reunião de pessoas para um fim ou interesse comum, cujos objetivos apresentam natureza não-econômica. Quando um conjunto de pessoas se encontra diante de um mesmo interesse, ele pode ser melhor realizado através da reunião de esforços. A constituição de uma associação imbuí de força cada uma das pessoas que a compõe, pois possibilita a racionalização dos recursos obtidos para a realização do objetivo comum.

¹¹² Ibidem, p. 66.

A associação é uma subdivisão do gênero pessoa jurídica, sob o aspecto de sua estrutura. Diferentemente da fundação (que também se identifica como subdivisão da pessoa jurídica do ponto de vista estrutural), seu patrimônio representa um meio para a consecução dos fins colimados pelos sócios. Ele, nesse caso, tem função instrumental. Além disso, as associações possuem órgãos dominantes e fins internos e comuns.

Pela leitura de grandes civilistas, dentre os quais Pontes de Miranda, bem como através do breve exposto acima, depreende-se que outrora não havia diferença entre sociedade e associação, apesar de alguns autores já apontarem alguma distinção atinente à finalidade econômica. Significa dizer que ambos os termos eram aplicados indistintamente, independentemente de apresentar intuito econômico ou não. A associação se diferencia da sociedade porque esta apresenta um número determinado de membros, enquanto aquela pode ter número indeterminado.

A legislação civilista também não diferenciava um ente (associação) do outro (sociedade). Atualmente, essa situação mudou, tendo em vista as mudanças empreendidas e presentes no Código Civil de 2002. Frise-se que o Código de 1916 não se ateu a essa distinção, e, portanto, admitia as expressões como sinônimas.

A associação pode ser definida como a que possibilita a prática de atividades sem proporcionar interesses econômicos aos associados. Ainda que elas realizem negócios visando ao alargamento patrimonial da entidade, seu traço característico é a inexistência de ganhos aos associados. Dessa forma, associações recreativas ou cooperativas, mesmo que instituem margem de lucro a benefício da própria entidade, não perdem o caráter associativo.

A associação, sem finalidade econômica, é aquela que não se dedica a operações industriais nem comerciais; não proporciona aos seus membros vantagem pecuniária. As vantagens pecuniárias acessórias, que são aquelas indispensáveis para que a associação atinja seus fins, também não retiram dela o caráter não-lucrativo ou seja, a contribuição dos associados, a remuneração de certos serviços, a cobrança de ingressos a conferências não são característicos de fim lucrativo. Ao contrário das sociedades, elas constituem a união de pessoas para fins não-econômicos e, em geral, congregam grande número de associados, perseguindo fins morais, literários, artísticos, desportivos ou de lazer. Algumas expressões são utilizadas para denominá-las, em razão de seus fins: costuma-se chamar de instituto àquelas de natureza cultural; clube, às que apresentam objetivos esportivos, sociais ou de lazer; academia de letras, à reunião de escritores; centro acadêmico, à congregação de estudantes de determinado curso universitário.

Como a associação é o objeto de estudo do presente trabalho, sua análise perfunctória, envolvendo conteúdo, início e término, será vista mais adiante. Para o momento, bastam algumas características que a diferenciam dos outros institutos.

6.2.2 Sociedade

O termo sociedade deriva do latim *societas* ou *societatem*. Sua definição vem comumente relacionada a agrupamento de pessoas que vivem em colaboração, estão unidas ao sentimento de grupo. Também se apresenta como sinônimo de associação, agremiação¹¹³. Laudelino Freire atribuiu ao termo uma definição consistente: “a sociedade é uma reunião de pessoas que, em maior ou menor número, se associam livremente para porem em prática certas obras ou obterem um fim comum através de seus esforços”¹¹⁴. A etimologia da palavra aponta para o mesmo sentido desde tempos remotos (século XV). Os dicionários de tecnologia jurídica, bem como os de língua portuguesa mais comumente utilizados caminham na mesma direção.

Sociedade pode ser definida, ainda, como companhia ou associação de pessoas sujeitas a um regulamento comum ou regidas simplesmente por convenções para um fim científico, literário etc. Maria Helena Diniz conceitua esse termo como “organização dinâmica de indivíduos autoconscientes, que compartilham objetivos comuns e são capazes de ação conjugada”, ou ainda, “complexo de relações sociais entre pessoas”¹¹⁵.

Outras definições podem ser encontradas. Todavia, duas características aparecem constantemente em qualquer conceito de sociedade que se adote: a reunião de pessoas e a finalidade comum (conjugação de interesses). Portanto, ainda que tal conceito apresente algumas variantes, sua essência permanece com a presença dos dois elementos supracitados. Vê-se que o elemento subjetivo e a finalidade são-lhe inerentes; para que exista sociedade, ambos devem estar presentes.

¹¹³ SOCIEDADE. In *DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 2.0 CD-Rom. Produzido e distribuído por Editora Objetiva, Rio de Janeiro, 2006.

Sociedade: agrupamento de seres que convivem em estado gregário e em colaboração mútua. Conjunto de pessoas que vivem em certa faixa de tempo e de espaço, seguindo normas comuns, e que são unidas pelo sentimento de grupo; corpo social, coletividade, grupo de pessoas que se submetem a um regulamento a fim de exercer uma atividade comum ou defender interesses comuns; agremiação, grêmio, associação.

¹¹⁴ FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*. 2.^a ed., v. 5, Rio de Janeiro: Editora Livraria José Olympio, 1954, p. 4717.

¹¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 2.^a ed., v. 2 e 3, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 395.

Do breve exposto até aqui, verifica-se que os conceitos de associação e de sociedade se identificam, pois ambos possuem os dois elementos comuns: reunião de pessoas e finalidade comum. Tanto é verdade que alguns autores conceituam sociedade como associação. É possível identificar o conceito de sociedade como o local físico onde acontecem as reuniões; tal concepção também pode ser aplicada à associação. Ao que parece, as semelhanças terminam com as idéias supramencionadas.

Partindo, agora, à análise do microcosmo do Direito, outras diferenças são encontradas entre os conceitos em comento, conforme já visto alhures. Em sentido comercial – direito comercial – sociedade é o grupo de pessoas que se submete a um regulamento a fim de exercer uma atividade, ou defender interesses comuns. Nesse sentido, sociedade comporta a união de duas ou mais pessoas que colocam em comum todos os seus bens ou parte deles, apenas sua indústria ou seus bens e indústria em conjunto, visando dividir entre si os ganhos e perdas que resultem dessa comunhão.

Para o Direito Civil, a sociedade é uma convenção em que duas ou mais pessoas unem esforços visando a um bem-comum. Os sócios têm os mesmos interesses, daí se unirem através de contrato para atingir essa finalidade, econômica ou não. Conforme ensinamentos de Maria Helena Diniz,

[...] a convenção por via da qual duas ou mais pessoas se obrigam a conjugar seus esforços ou recursos para a realização de fim comum. O interesse dos sócios é idêntico, por isso, todos, com capitais ou atividades, se unem, por meio de contrato, para lograr uma finalidade, econômica ou não¹¹⁶.

Nota-se, mais uma vez, que em matéria de direito civil, até a edição do Código Civil de 2002, possibilitava-se a finalidade econômica ou não. Outros significados também são importantes para o desenvolvimento do tema no trabalho, quais sejam: sociedade civil, sociedade civil de fim não-econômico, e sociedade civil de fim econômico. A sociedade civil, para o direito civil,

é aquela em que o capital e o fim lucrativo não constituem elementos essenciais, por não se entregar à atividade mercantil. Essa sociedade pode revestir qualquer uma das formas estabelecidas nas leis comerciais, com exceção da anônima, pois, qualquer que seja o seu objeto, a sociedade anônima será sempre mercantil, e reger-se-á pelas leis e usos do comércio. A sociedade civil não possui forma predeterminada, e pode ter fim econômico ou não¹¹⁷.

¹¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, cit., p. 396.

¹¹⁷ *Ibidem*.

A sociedade civil de fim econômico, para o direito em referência, é aquela com o capital formado pelos sócios, que visa a lucro, revestindo-se de uma das formas das sociedades comerciais. A de finalidade não-econômica, como o próprio nome diz, tem interesses religiosos (confrarias e irmandades), culturais (academia de letras), estudantis (associação de pais e mestres), recreativas (clubes), políticos, científicos, artísticos, beneficentes (APAE) etc.

As sociedades civis de fim não-econômico, conforme já foi visto, identificam-se como associações. São tratadas como sinônimas, pois. O desenvolvimento desse tópico do trabalho versa tão somente sobre as sociedades civis de fim econômico, denominadas apenas de sociedades. Elas apresentam como características: pluralidade de pessoas, união estável entre elas, permanência independente da existência dos membros, regras estatutárias, atendimento do princípio da maioria, direção, nome e administração pelos membros ou alguns deles¹¹⁸.

As sociedades são pessoas jurídicas que, via de regra, compõem-se de um número reduzido de pessoas e visam a uma finalidade econômica. Encontram-se no Título II do Livro II da Parte Especial do Código Civil, que trata especificamente do direito de empresa, tida como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Verifica-se, portanto, sua característica patrimonial. As pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de atividade econômica, e partilham dos resultados.

As sociedades podem ser de duas espécies: empresárias ou simples. As empresárias são aquelas que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário (por exemplo, a sociedade por ações, que é necessariamente empresária). Organizam a exploração de atividade econômica como empresa, através da articulação dos seguintes fatores: capital, mão-de-obra, insumo e tecnologia. São simples as demais (como as cooperativas, independentemente de seu objeto), que exploram atividade econômica desprovida de empresarialidade. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição de seus atos constitutivos no registro próprio e na forma da lei.

Existem sociedades não-personificadas e personificadas. São espécies das primeiras: a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação. São personificadas: a sociedade simples, a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade limitada, a sociedade anônima, a sociedade cooperativa, todas objetos de estudo do Direito Empresarial.

6.2.3 Organização

A organização, em linhas gerais, é o conjunto de órgãos escolhidos, predispostos e coordenados por um indivíduo ou grupo, com vistas a consecução de determinado fim. É formada pela união de partes diferentes que colaboram, é o modo segundo o qual se exerce cooperação. A organização é também a instituição de um estabelecimento cujo funcionamento se subordina às normas que lhe deram estrutura. Para entender as formas de organização previstas no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso passar, brevemente, pelo estudo do Terceiro Setor.

O Terceiro Setor identifica-se pelos entes situados entre o Estado e o mercado (setor empresarial). São entes privados, mas que não almejam o lucro dentre seus objetivos sociais. Possuem fins públicos, mas por outro lado não são estatais, apesar de objetivarem finalidades sociais¹¹⁹. Funda-se no princípio da subsidiariedade, que propõe algo entre a intervenção total do Estado e a supressão da autonomia privada, e o liberalismo com a política de intervenção mínima do Estado. A estrutura social superior (Estado) não deve interferir na vida interna de um grupo social, a não ser em caso de necessidade, na busca pelo bem-comum. Dentre os grupos que estão entre o indivíduo e o Estado, encontram-se os denominados de entidades do Terceiro Setor.

Esses entes devem, para atender aos requisitos do princípio da subsidiariedade, apresentar algumas características: autonomia, atendimento às suas finalidades específicas, atuação com subordinação às exigências do bem-comum, realização de suas operações em colaboração mútua. Nesse cenário, surgem as ONGS (Organizações Não-Governamentais) como produto da articulação do Terceiro Setor: são entidades organizadas por particulares para atendimento de interesse público. Constituem-se na forma de associação ou fundação, visto que não possuem finalidades econômicas. São de duas espécies: organizações sociais e OSCIPs (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público). É de fundamental importância destacar que as designações das entidades do Terceiro Setor (organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público) constituem apenas títulos executivos, não traduzem uma forma de pessoa jurídica de direito privado.

As organizações sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades previstas no Estatuto são dirigidas ao ensino, à pesquisa científica,

¹¹⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, cit., p. 294.

¹¹⁹ Sobre esse tema, verificar interessante obra de ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2.^a ed., São Paulo: Malheiros: 2006.

ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura, à saúde, atendidos os requisitos previstos na Lei Federal n.º 9.637/98¹²⁰ que as disciplina. Trava-se contrato de gestão com o poder público. É importante deixar claro que a organização social não é um novo ente administrativo, mas sim um título que a Administração outorga a uma entidade privada sem fins lucrativos, permitindo-lhe receber determinados benefícios do Poder Público (como dotações orçamentárias e isenções fiscais).

O objetivo da atribuição desse título é transferir determinadas atividades exercidas pelo Poder Público, que seriam melhor realizadas pelo setor privado. Outra intenção foi exercer maior controle sobre as entidades privadas que recebem verbas orçamentárias para a consecução de fins assistenciais. Para a aquisição do título, são necessários alguns requisitos: ser entidade sem fins lucrativos, dedicar-se com caráter altruístico a atividades sociais (ensino, pesquisa, desenvolvimento tecnológico, saúde), possuir em seu órgão de deliberação integrantes representantes do Poder Público e da sociedade civil na porcentagem discriminada por lei. Um ponto fundamental a ser observado nessa criação é que sua finalidade é a transplantação, para o setor privado, da execução de serviços sociais nas áreas indicadas pela lei. São, portanto, instrumentos da privatização do social.

Várias são as questões jurídicas atinentes às organizações sociais, desde a análise da constitucionalidade da lei até sua conformação com os princípios constitucionais do Direito Administrativo, que não farão parte do objeto de análise do presente trabalho.

Existem, também, as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), previstas pela Lei n.º 9.790/99¹²¹, que são aquelas autorizadas a firmar termos de parceria com o Poder Público, credenciando-as a receber recursos ou bens públicos no vínculo cooperativo entre ambos. São requisitos: não terem fins lucrativos, desempenharem determinadas atividades úteis, como assistência social, promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza, promoção gratuita de saúde e educação, de cultura, ética, paz, cidadania, direitos humanos, democracia, além de outros direitos fundamentais.

¹²⁰ BRASIL. Lei n.º 9.637/98, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. A referida lei está disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19637.htm>. Acesso em: 10 mar. 2008.

¹²¹ BRASIL. “Lei n.º 9.790/99, dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria e dá outras providências.” A referida lei está disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm>. Acesso em: 10 mar. 2008.

Além disso, não podem estar no rol das impedidas, listadas no artigo 2.º da citada lei¹²², e devem consagrar em seus estatutos uma série de normas sobre estrutura, funcionamento e prestação de contas. Diferem das organizações sociais nos seguintes aspectos: a atribuição do qualificativo não é discricionária, mas vinculada, desde que a organização obedeça aos requisitos indicados na lei; não celebram contratos de gestão, mas termos de parceria; o Poder Público não participa de seus quadros diretivos; o objeto das atividades é mais amplo do que o das organizações sociais.

6.2.4 Fundações

As pessoas jurídicas, quanto à sua estrutura, classificam-se em associações e fundações. Os requisitos integrantes das fundações são o patrimônio e sua destinação a um fim, conforme já foi visto acima. O patrimônio das fundações constitui o elemento essencial, juntamente com o objetivo a que ele se destina. Além disso, elas possuem órgãos servientes (e não dominantes, como as associações) e fins externos e alheios.

As fundações apresentam como características: existência de destinatários em vez de membros, heteronomia na organização e administração conforme o fundador dispôs. As fundações servem a uma finalidade de utilidade pública. São estruturas destinadas a atender certos fins de religião, beneficência, ciência, arte etc. Os fins não são para si, mas sim em proveito de certa classe de pessoas indeterminadas. Conforme já foi dito, o elemento essencial na fundação é o patrimônio destinado à realização de certos fins que ultrapassem o âmbito da

¹²² “Lei n.º 9.790/99, art. 2º. Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3.º desta Lei:

I – as sociedades comerciais;

II – os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;

III – as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;

IV – as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;

V – as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;

VI – as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;

VII – as instituições hospitalares não gratuitas e suas mantenedoras;

VIII – as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;

IX – as organizações sociais;

X – as cooperativas;

XI – as fundações públicas;

XII – as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;

XIII – as organizações creditícias que tenham qualquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.”

própria entidade, indo beneficiar terceiros estranhos a ela. O elemento humano que as compõe é mero instrumento para a consecução de seus fins.

Dentre as características das fundações, destacam-se: dotação patrimonial, personalidade pública ou privada atribuída por lei, desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social, capacidade de auto-administração e sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta, nos limites estabelecidos em lei.

Apesar das divergências doutrinárias, as fundações podem apresentar natureza jurídica pública ou privada, podendo o Estado atribuir a elas regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhes são próprias, ou subordiná-las ao Código Civil. As fundações fazem parte da descentralização funcional do poder público. Este cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e atribui-lhe a titularidade e a execução de determinado serviço público.

A descentralização é a distribuição de competências de uma pessoa para outra, física ou jurídica. O processo de descentralização envolve o reconhecimento de personalidade jurídica ao ente descentralizado, a existência de órgãos próprios, com capacidade de auto-administração exercida com certa independência em relação ao poder central, patrimônio próprio necessário à consecução de seus fins, sujeição a controle exercido, nos limites da lei, pelo ente instituidor, capacidade específica, limitada à execução do serviço público determinado que lhe foi transferido. Nesse sentido, a fundação está sujeita ao princípio da especialização, que a impede de se desviar dos fins que justificaram a sua criação.

A finalidade da descentralização prende-se a razões de ordem técnico-administrativa, na medida em que acontece para aliviar o órgão central de certo número de atividades, e traz o benefício da especialização. Num Estado de bem-estar social, a descentralização é aconselhável em razão da complexidade e do elevado número das atividades do Estado¹²³.

6.2.5 Cooperativas

A cooperativa é uma associação de pessoas que se reúnem, em caráter voluntário, para satisfazer as aspirações e necessidades econômicas, sociais e culturais comuns. Sua finalidade básica é procurar melhorar a situação econômica de determinado grupo de

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18.^a ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 339/340.

indivíduos, através da solução de problemas e satisfação de necessidades comuns que transpassem a capacidade de cada um satisfazer-se isoladamente. Nesse aspecto, ela se aproxima da associação. Difere por seu caráter essencialmente econômico. Tem por finalidade colocar os produtos ou serviços de seus cooperados no mercado em condições mais vantajosas do que os mesmos teriam isoladamente. A cooperativa se concretiza através de um acordo voluntário de cooperação recíproca.

As cooperativas são regidas pela Lei federal nº 5.764/71¹²⁴ e pelos princípios do cooperativismo, que possibilitaram a organização de suas características e uma formulação única para o sistema.

A principiologia do cooperativismo prevê a adesão voluntária e livre de seus membros, sem qualquer forma de discriminação. As cooperativas são organizações democráticas controladas pelos seus membros, que participam ativamente na formulação das suas políticas e na tomada de decisões. São organizações autônomas, de ajuda mútua, controladas pelos seus membros, que contribuem de forma equânime para o capital das cooperativas. Se estas firmarem acordos com outras organizações, incluindo instituições públicas, ou recorrerem a capital externo, devem fazê-lo em condições que assegurem o controle democrático pelos seus membros e mantenham a autonomia das cooperativas.

Elas promovem a educação e a formação dos seus integrantes, dos representantes eleitos, dos dirigentes e dos trabalhadores, de forma a que estes possam contribuir, eficazmente, para o seu próprio desenvolvimento. Informam o público em geral – particularmente os jovens e os formadores de opinião – sobre a natureza e as vantagens da cooperação.

Servem de forma mais eficaz aos seus membros, e ampliam a força do movimento cooperativo, trabalhando em conjunto, através das estruturas locais, regionais, nacionais e internacionais. Trabalham para o desenvolvimento sustentado das suas comunidades através de políticas aprovadas pelos cooperados.

6.2.6 Associações sindicais

A associação sindical, prevista no artigo 8.º, *caput*, da Constituição, é uma associação profissional com prerrogativas especiais, dentre as quais se encontram a defesa dos

¹²⁴ BRASIL. “Lei federal n.º 5.764/71, que define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências.” A referida lei está disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15764.htm> Acesso em: 12 mar. 2008.

direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas; a participação em negociações coletivas de trabalho, bem como a possibilidade de celebrar convenções e acordos coletivos; a eleição de representantes da respectiva categoria; a possibilidade de imposição de contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais representadas.

De acordo com José Afonso da Silva, até a Constituição de 1988 não era possível a formação de sindicato diretamente¹²⁵. Era necessário, primeiro, constituir uma associação profissional para depois tê-la reconhecida como sindicato e investida das prerrogativas definidas em lei. O artigo 8.º, I da Constituição¹²⁶, modificou essa situação, ao atribuir inteira liberdade de fundação de sindicato. A sindicalização, segundo o Texto de 1988, foi ampliada para todas as categorias de trabalhadores, inclusive os servidores públicos, nos termos do artigo 37, VI, da Texto Maior¹²⁷. Como visto, a liberdade sindical, apesar de inicialmente ser posta ao lado da liberdade geral de associação e reunião, surgiu da conquista dos trabalhadores, e evoluiu como direito autônomo.

A Constituição de 1988 contempla amplamente a liberdade sindical, eliminando todos os entraves anteriores que a restringiam. O direito de associação sindical implica a liberdade de fundação de sindicato, baseada no princípio da autonomia, ou seja, a desvinculação com qualquer poder ou entidade. O sindicato pode ser constituído livremente, sem autorização nem formalismo. Significa também a liberdade de adesão, em que os interessados podem ou não aderir ao sindicato de sua categoria profissional ou econômica, sem autorização ou constrangimento. Implica, ainda, liberdade de atuação, em que os sindicatos podem perseguir seus fins e realizar livremente a representação dos interesses das respectivas categorias profissionais ou econômicas. Por fim, significa a liberdade de filiação do sindicato à associação sindical de grau superior.

Uma característica constitucional importante das associações sindicais é a opção pela unicidade sindical. Traduz a possibilidade de criação de apenas um sindicato para cada categoria profissional ou econômica na mesma base territorial. Essa disposição é tema de muitas controvérsias, tendo em vista a restringibilidade da liberdade de associação sindical.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 196.

¹²⁶ BRASIL. “CF 88, art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical.”

¹²⁷ “CF 88, art. 37, VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical.”

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. 3.ª ed., Barueri, SP: Manole, 2006.

Atualmente, verifica-se a tendência de rever essa situação para adotar a pluralidade sindical, sob o fundamento de que observa a liberdade sindical e realiza o pluralismo político.

A Constituição autoriza a assembléia geral a fixar contribuição sindical, tema bastante controvertido também, pois em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha para custeio do sistema confederativo da representação sindical, independentemente da contribuição confederativa prevista em lei.

Um das principais prerrogativas dos sindicatos é representar os interesses gerais da categoria ou profissão liberal perante as autoridades administrativas, bem como os interesses individuais dos associados.

A liberdade de associação sindical confere ao sindicato feição participativa, e não mais apenas representativa, atribuindo a ele um poderoso instrumento de solução de controvérsias no âmbito trabalhista, na medida em que tal participação passou a ser obrigatória nas negociações coletivas de trabalho.

6.2.7 Partidos políticos

Os partidos políticos estão previstos no Capítulo V do Título II da Constituição. São direitos fundamentais. Constituem a organização de um grupo social que influi na orientação política de um país. É uma forma de exercício da liberdade de associação, protegida explicitamente pelo texto constitucional, considerado peça fundamental do processo político democrático dos dias atuais. Em conformidade com José Afonso da Silva, “partido político é uma agremiação de um grupo social que se propõe a organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com a finalidade de assumir o poder para realizar seu programa normativo”¹²⁸.

Os partidos políticos foram se impondo como realidade social e política, caracterizando-se como fenômeno de grande força. São classificados como de esquerda, centro e direita, e suas combinações centro-esquerda e centro-direita, de acordo com a ordem econômico-social existente.

A formação de correntes partidárias dá margem ao surgimento do sistema de partidos políticos, consistindo no modo de organização partidária de um país. Essa organização dá origem ao surgimento de três tipos de sistemas:

a) unipartidário ou unipartidarismo: existência de um único partido.

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 235.

- b) bipartidarismo: conjugação de dois partidos.
- c) pluripartidário, multipartidário ou pluripartidarismo: existência de três ou mais partidos. O sistema brasileiro inclui-se nessa categoria.

A Constituição vigente garantiu livremente a criação, organização e funcionamento dos partidos políticos numa concepção minimalista, sem controle quantitativo, mas com controle qualitativo. O controle quantitativo é aquele que limita as provisões legais para o reconhecimento de um partido ao cumprimento de exigências formais (carta orgânica, declaração de princípios, plataforma eleitoral), e à reunião de certa quantidade de filiados ou membros. Não são feitas exigências desse tipo pela Constituição. O controle qualitativo prevê a necessidade de conformidade ideológica das postulações do partido aos fins do Estado. Dessa forma, os partidos devem afinar sua opção ideológica com o sistema do regime político vigente.

A doutrina informa que os partidos políticos têm por função organizar a vontade popular e exprimi-la na busca do poder, visando a aplicação de seu programa de governo. Nesse sentido, todo partido político deveria ter em vista uma ideologia definida, bem como um programa de ação destinado à satisfação dos interesses do povo. De acordo com a Constituição, a função dos partidos brasileiros consiste em assegurar a autenticidade do sistema representativo e defender os direitos fundamentais do ser humano, assegurados a soberania nacional, o regime democrático e o pluripartidarismo. Eles existem também para propagar determinada concepção de Estado, sociedade e governo, através da execução de um programa.

6.3 Amplitude constitucional da associação

Em termos de conclusão sobre o conceito de associação, é de suma importância identificar a amplitude conceitual atribuída pelo texto constitucional. Para o trabalho em análise, atribui-se a esse conceito um sentido estrito, ou seja, apenas para as associações que apresentem as características supradefinidas.

Nesse passo, ao se empreender o conteúdo constitucional do direito de associação, com todas as suas garantias, fala-se exclusivamente das associações sem fins lucrativos, conforme definidas alhures. É possível ampliar ou restringir tal conteúdo conceitual. Para o trabalho, tomar-se-á o conteúdo restrito, que pode ser explicado da seguinte forma:

A associação constitucional encontra-se dentre os direitos individuais e coletivos (fundamentais) do ser humano, dispostos no artigo 5.º da Constituição brasileira. Como direito fundamental, é exigível contra o Estado, pelo indivíduo, para ele e em função dele. Por se tratar de direito primordialmente individual (de exercício coletivo), não se concebe a possibilidade de ampliar tal conceito às sociedades, fundações e organizações. É um direito relativo à liberdade do indivíduo. Portanto, a amplitude deve estar ligada ao âmbito de proteção da liberdade do indivíduo no que concerne ao direito de se organizar em conjunto para obter determinado fim. Essa finalidade está relacionada a um direito fundamental, que não significa a obtenção de lucro. A diferença entre a associação e a sociedade encontra-se, também, nos elementos do direito de associação, nos direitos inerentes à liberdade associativa, bem como nas garantias coletivas. Daí a opção restritiva da amplitude constitucional de associação. Não se vislumbra outro entendimento. Quando forem estudados os elementos que compõem o direito de associação, a opção será aclarada.

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.

VII - LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES

Nesse capítulo, serão analisadas as sete Constituições brasileiras anteriores, desde a imperial, traçando suas principais características e verificando a época que lhes deu origem, a fim de situar o momento histórico-constitucional em que a liberdade de associação foi garantida.

A primeira Constituição brasileira, imperial, data de 25 de março de 1824. Octaviano Nogueira referencia que, embora tenha sido outorgada, ela marcou o início da institucionalização da monarquia constitucional. Estabeleceu os Poderes do Estado, garantiu direitos e conteve abusos. Foi a segunda Constituição escrita mais antiga do mundo, e a de maior duração entre todas as Constituições brasileiras, contando com sessenta e cinco anos. Essa longevidade demonstra, sem sombra de dúvidas, o quanto uma Constituição é tão mais eficiente quanto maior for a sua duração¹²⁹. É importante salientar que é preciso levar em conta não apenas o aspecto da durabilidade temporal do texto para provar sua eficiência, os conceitos filosóficos e doutrinários também lhe garantem o sentido de permanência na medida em que se concebe um documento jurídico adaptado às condições econômicas e sociais do meio a que se destina.

Segundo Octaviano Nogueira, a Carta Imperial não serviu apenas para os momentos de estabilidade política, mas também, com a mesma eficiência, para as fases de crise¹³⁰.

A Constituição imperial apresenta como importantes características a plasticidade e a adaptabilidade às condições políticas, econômicas e culturais da época. Essa plasticidade se traduziu na inexistência de restrições ao poder constituinte derivado. Não havia cláusulas pétreas, todos os dispositivos eram reformáveis, inclusive aquele que consagrava a forma de governo.

O Documento de 1824 elencava em seu texto uma declaração de direitos individuais e garantias, cujos fundamentos permaneceram nas Constituições posteriores. O Título 8.º dessa Constituição apresentava as disposições gerais e as garantias dos direitos civis

¹²⁹ OCTAVIANO NOGUEIRA. *Coleção Constituições brasileiras: 1824* – Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Brasília, v. I. 2001, p. 17.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 13/14.

e políticos dos cidadãos brasileiros. Esses direitos encontravam-se dispostos no artigo 179 da referida Carta; em seu *caput* fazia referência expressa aos direitos civis e políticos, e garantia a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Ou seja, falava-se em liberdade apenas em sentido lato; não tratou da liberdade de associação. Era um documento eminentemente individualista, previa direitos fundamentais de primeira dimensão.

Esse texto deveria ser entendido levando-se em conta o contexto histórico-social do final do século XVIII. Paulo Bonavides¹³¹ denominou o período entre 1822 e 1889 de primeira fase constitucional do Brasil, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX.

A Constituição em referência deve ser compreendida à luz das idéias liberais em voga à época. É preciso ter em mente que o liberalismo colocava o homem, individualmente considerado, no centro do sistema social. Esse liberalismo se retratava, portanto, principalmente no rol dos direitos individuais. Naquele momento, a relação disposta naquela Constituição era o que havia de mais moderno.

A Carta de 1824 fez parte do ciclo constitucionalista que surgiu das declarações de direitos do século XVIII, participando do processo que transformou as meras declarações de direitos em normas jurídico-positivas inseridas nos textos constitucionais.

O traço marcante desse Documento foi a influência dos ideais liberais clássicos nele presentes e a constitucionalização dos direitos fundamentais, movimento característico da época. Por essa influência, conclui-se que os direitos ali garantidos apresentavam caráter de direitos de primeira dimensão, ou seja, direitos concernentes, principalmente, à liberdade.

Não se previa, entretanto, a liberdade de associação, de caráter nitidamente liberal. Há que se pensar, pois, em uma justificativa plausível para a inexistência de alguns direitos de primeira dimensão, com feição liberal, na Carta de 1824, qual seja, seu momento histórico. Tratava-se de documento elaborado em momento absolutista, centralizador. Além disso, o país acabara de se libertar do colonialismo português, formando-se, naquele momento, a idéia de Nação brasileira. No mais, o regime monárquico não era democrático, a Carta mantinha a escravidão, que era incompatível com os ideais iluministas que inspiraram o surgimento das primeiras declarações de direitos; contradições, pois, do primeiro Texto Constitucional brasileiro. Portanto, talvez o mais importante, à época, fosse instituir o primeiro Estado brasileiro, através da elaboração da Constituição, ao invés de garantir, propriamente, todos os

¹³¹ *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 361.

direitos de cunho individualista a uma sociedade que não apresentava experiência nem maturidade em buscar efetivá-los.

Por isso é importante analisar o momento histórico da Constituição imperial, sobretudo para que sejam entendidos os direitos individuais nela elencados. O mesmo deverá ser feito com as demais Constituições.

Em 15 de novembro de 1889, através de um golpe de Estado, pôs-se fim à monarquia e se instituiu a República Federativa do Brasil. É importante lembrar que ao movimento republicano faltou legitimidade, pois ele foi fruto de um golpe militar, e não de um movimento coletivo, popular. Isso porque naquele tempo, o povo não tinha agilidade nem sensibilidade políticas. O país acabara de se libertar dos ideais monárquicos do regime anterior, tais como centralismo, falta de participação política etc.

Em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a primeira Constituição republicana do Brasil. Sua Declaração de Direitos mereceu grande destaque, apesar de não guardar significativos progressos com relação à Declaração de Direitos do texto anterior. Esse Documento Magno teve inspiração norte-americana. Paulo Bonavides comenta que com o advento da República, o Brasil ingressou na segunda época constitucional de sua história, época preconizada pelo chamado ideal de democracia republicana, imperante nos Estados Unidos¹³².

Todavia, urge salientar que a esse Documento faltou vinculação com a realidade do país. Vigia o coronelismo da Primeira República. A Constituição, portanto, não fora cumprida, por estar em dissonância com a realidade social. Cumpre aqui a colocação de Aliomar Baleeiro, que o país agrário queria, de improviso, transformar-se numa potência industrial, com largo setor de comércios e Bancos, embora ainda não dispusesse de capitais suficientes¹³³.

A Constituição de 1891 cuidou do direito de associação juntamente com o de reunião, dispostos em seu artigo 72, parágrafo oitavo¹³⁴. Ainda no *caput*, garantiu o direito à

¹³² Ibidem, p. 365

¹³³ ALIOMAR BALEEIRO. *Coleção Constituições brasileiras: 1891* – Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Brasília, 2.^a ed., v. II, 2001, p. 16.

¹³⁴ BRASIL. “CF 1891, art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

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

In BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. Op. cit., p. 97.

liberdade e, em seus incisos, os direitos e garantias individuais, como a liberdade de associação.

Verifica-se que a redação do dispositivo não apresentou a necessária clareza. Trazia a previsão de ser lícito a todos associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas. O parágrafo utilizava o termo licitude do direito de associação, no sentido de que o ato de se associar deveria ser lícito, algo conforme o direito.

Garantiu-se amplamente tal direito, ou seja, não houve qualquer restrição a ele, a não ser a proibição de armas. A esse respeito, surge uma primeira indagação: essa proibição está vinculada aos dois verbos anteriores, ou seja, é lícito reunirem-se e associarem-se sem armas, ou tão somente ao atinente à reunião? A interpretação literal do parágrafo conduz ao entendimento de que é lícito a todos associarem-se sem armas. Todavia, não se vislumbra a plausibilidade de tal afirmação. Em que momento se proíbe a existência de armas para o exercício da liberdade de associação? Um indivíduo, ao resolver se associar a outro, não pode estar armado naquele momento, ou nunca deve estar armado? Ao fazer parte de uma associação, não pode portar arma? Nesse sentido, não se compreende o que seria uma associação sem armas. Talvez essa expressão esteja mais relacionada ao direito de reunião.

Apesar de garantir a associação sem qualquer restrição, apenas mencionando a licitude, o parágrafo trazia a possibilidade de intervenção policial para a garantia da ordem pública. Nesse particular, é importante comentar que a expressão ordem pública apresenta caráter nitidamente subjetivo. Trata-se de conceito aberto e, como todo conceito aberto, incorre no risco de aniquilar o direito.

Além disso, o dispositivo afirma que o direito se destina a todos. Mas o *caput* do artigo 72 assegura-o a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, dentre outros. Nesse aspecto, qual seria a amplitude do termo “todos” utilizada pelo parágrafo oitavo? O direito estaria garantido apenas a brasileiros e estrangeiros residentes no País, conforme determinado pelo *caput*, ou a todas as pessoas que aqui se encontrassem, de acordo com a redação do parágrafo? Atualmente, tal indagação está superada.

A Constituição de 1891 foi Emendada em 07 de setembro de 1926. A reforma, de conotação nitidamente autoritária, modificou alguns aspectos do Texto, dentre os quais a Declaração de Direitos. Todavia, no que concerne à liberdade de associação, nenhuma modificação foi percebida. A Emenda manteve idêntica redação do artigo 72, § 8º.

Em 16 de julho de 1934 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, fruto da Revolução de 1930 e da queda da Primeira República. Essa Constituição teve como características básicas o rompimento com o regime coronelista e a preocupação social. Em contrapartida, nota-se um centralismo de poder, traduzido na ampliação dos poderes da União e do Poder Executivo.

No que tange aos direitos e garantias individuais, acrescentou direitos sociais, de segunda dimensão, tais como princípios da ordem econômica e social, bem como direito à família, educação e cultura. Utilizou, como paradigma, a Constituição de Weimar.

A Constituição de 1934, conforme ensinamento de José Afonso da Silva, fora “um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo”¹³⁵. Marcou o período denominado, por Paulo Bonavides, de terceira grande época constitucional¹³⁶, caracterizada pelo constitucionalismo do Estado Social. Manifestou-se, portanto, com veia democrática, com elementos sociais; todavia, teve duração efêmera menos por seu conteúdo e mais pelo clima social vivido à época.

A referida Carta Magna, conforme se verifica em seu Art. 113¹³⁷, separou a liberdade de associação da de reunião, acrescentando maiores detalhes àquela. Diferentemente também do Documento anterior, já utilizou o termo liberdade de associação, deixando a licitude para sua finalidade.

O Texto trouxe, pois, a associação com finalidade lícita. Foi a primeira vez que se exigiu, para a liberdade de associação, a licitude de finalidade. Posteriormente, essa característica perdurou por quase todos os textos constitucionais, com exceção da Carta de 1967.

Outra característica trazida pelo Documento de 1934 foi a possibilidade de perpetuidade da associação, ou seja, ela subsistiria indefinidamente no tempo, não podendo ser compulsoriamente dissolvida, a não ser por sentença judicial. Nesse aspecto, garantiu aos indivíduos a possibilidade de discutir a dissolução da associação em juízo. Portanto, ficou a cargo do Judiciário, inerte, que garante a ampla defesa e o devido processo legal, decidir a

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 82.

¹³⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 366.

¹³⁷ BRASIL. “CF 1934, art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

12) É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária.”

In POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, v. III, 2001, p. 157/158.

respeito da dissolução da associação. É de se notar que a redação não fala em trânsito em julgado da sentença judicial.

Ainda, a redação dada por essa Constituição não falava em garantir a liberdade a todos, conforme a anterior, de 1891. Simplesmente garantia a liberdade de associação, lembrando que o *caput* fazia remissão aos brasileiros e estrangeiros residentes no País.

O artigo 120 reconhecia, ainda, a existência de sindicatos e associações profissionais, conforme redação *in verbis*¹³⁸. Anota-se que o reconhecimento dos sindicatos e das associações profissionais ficava subordinado à lei, na dependência desta.

A Constituição de 1937, outorgada em 10 de novembro daquele ano, foi produto do golpe de Estado decretado na mesma data, que instituiu um regime ditatorial. Os antecedentes que propiciaram o desencadeamento do golpe e, portanto, a sua edição, foram, sobretudo, as crises pelas quais o País passava e o descompasso entre a realidade social e o que constava na Constituição de 1934. No entendimento de Celso Bastos, “a constituição [...] era na verdade uma tomada de posição do Brasil no conflito ideológico da época, pela qual ficava nítido que o País se inseria na luta contra os comunistas e contra a democracia liberal”¹³⁹. Esse Documento teve algumas preocupações, dentre as quais reconhecer e assegurar os direitos de liberdade, de segurança e de propriedade do indivíduo, conforme seu artigo 122, descrito nas referências abaixo, que trata dos direitos fundamentais do indivíduo¹⁴⁰. Porém, continua o autor, esses direitos deveriam ser exercidos “nos limites do bem público.”

Apesar da declaração de direitos contida na Carta de 1937, ela não teve aplicação regular, muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta¹⁴¹. Isso porque, conforme prescrito no próprio texto, esses direitos estavam limitados ao bem público, às necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, e às exigências da segurança da Nação¹⁴². Além disso, nota-se, também, que a sua vigência ficou condicionada à aprovação de um plebiscito, conforme se depreende do artigo 187, *infra*¹⁴³:

¹³⁸ “CF 1934, art. 120 - Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.” *Ibidem*, p. 162.

¹³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 192.

¹⁴⁰ BRASIL. “CF 1937, art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes.”

In PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras: 1937*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2.^a ed., v. IV, 2001, p. 99.

¹⁴¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, cit., p. 83.

¹⁴² “CF 1937, art. 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem

No que atine à liberdade de associação, em seu art. 122, 9.º, a Constituição de 37 traz redação diferente de sua precedente¹⁴⁴. A Carta de Direitos garante tal liberdade, mas limita sobremaneira a sua finalidade, principalmente com o conceito aberto utilizado no parágrafo. Ou seja, é permitida a liberdade de associação desde que sua finalidade não fira a lei penal nem os bons costumes. A finalidade, pois, deveria estar adstrita a duas condições: à lei penal e aos bons costumes. A expressão bons costumes é conceito aberto, deixado a mercê da interpretação do ditador, pessoa que, em última análise, interpretava e aplicava o direito, tanto constitucional como infraconstitucional através de sua competência legislativa de expedir decretos-leis.

Como decorrência do rompimento com o regime ditatorial e retomada do processo democrático do País, é editada em 18 de setembro de 1946 a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Repudiando o Estado Totalitário, a nova Constituição trouxe um modelo equilibrado e consagrador de Estado Democrático, retomando as idéias de democracia social de 1934. Foi um texto, portanto, marcado pela social-democracia, advinda da Constituição de Weimar, que influenciou a Constituição de 1934 e também a de 1946, em análise. De cunho nitidamente democrático, atentou para a garantia da liberdade individual, como dispôs a sua declaração de direitos¹⁴⁵.

Verifica-se, portanto, a retomada da garantia da liberdade de associação nos mesmos termos da Constituição de 1937, ou seja, a permissão de associação com finalidade lícita, e a possibilidade de permanência da associação no tempo, não podendo ser dissolvida, a não ser por sentença judiciária.

como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.” Ibidem, p.102.

¹⁴³ “CF 1937, art. 187. Esta Constituição entra em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República. Os oficiais em serviço ativo das Forças Armadas são considerados , independentemente de qualquer formalidade, alistados para os efeitos do plebiscito” Ibidem, p. 115.

¹⁴⁴ “CF 1937, art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

9.º) a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes.” Ibidem, p. 99.

¹⁴⁵ BRASIL. “CF 1946, art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 12 - É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária.

§ 13 - É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.”

In BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições Brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2.ª ed., v. 5, 2001, p. 100.

O referido documento traz, ainda, uma inovação, conforme analisado no §13, ao vedar a organização ou o funcionamento da associação (ou de partido político) cujo programa contrarie o regime democrático, baseado na garantia dos direitos fundamentais do homem. Prestigia-se, com isso, o regime democrático, fundamentando-o na garantia de direitos fundamentais.

A Constituição de 1946 não teve alterações significativas até 1961. A partir dessa data, diversas crises assolaram a vida institucional brasileira, o que culminou com a Revolução de 1964. O País passou a ser regulado pela edição de Atos Institucionais, atos de força editados pelos militares, que exerciam efetivamente o poder constituinte originário (pois esse mecanismo de modificação constitucional não estava previsto no Texto de 1946).

Em 24 de janeiro de 1967 foi editada a nova Carta Política. O traço mais marcante desse Texto foi a chamada doutrina da segurança nacional, termo absolutamente amplo, cuja definição ficava a cargo do Executivo, que serviu de fundamento a inúmeras ofensas a direitos fundamentais. Sentia-se, a todo instante, a mão do Estado autoritário. Além disso, o artigo 154 trouxe a figura do chamado abuso dos direitos individuais e políticos, conforme elencado na nota referencial¹⁴⁶. Essa cláusula esvaziava a proteção dos direitos individuais no Documento referido. No que se refere à liberdade de associação, reporta-se ao artigo 153 § 28¹⁴⁷, infracitado.

Nota-se que o conteúdo dessa liberdade, em si, é bem semelhante ao da Constituição de 1934, bem como de 1946, com a proibição de dissolução, a não ser por sentença judicial. Não previa mais a finalidade lícita. Apresentava redação de conteúdo aparentemente democrático. Todavia, conforme apresentado em linhas anteriores, a Constituição trouxe um artigo com o chamado abuso dos direitos individuais e políticos, de caráter nitidamente autoritário. Portanto, apesar da garantia da liberdade de associação no Texto de 67, na prática essa norma apresentava-se inócua.

O clima era de tensão, de oposição e protesto ao regime militar, o que levou à edição do Ato Institucional n.º 05 de 13 de dezembro de 1968, marcado pela concentração e

¹⁴⁶ BRASIL. “CF 1967, art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.”

In CAVALCANTI, Themistocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1967*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2.ª ed., v. VI, 2001, p. 165.

¹⁴⁷ “CF 1967, art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

abuso de poder e conseqüente violação aos direitos fundamentais, conforme comenta Renato Barth Pires¹⁴⁸.

Em 17 de outubro de 1969 foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 01, de perfil extremamente autoritário, inclusive no atinente aos direitos e garantias individuais¹⁴⁹, e considerada por muitos autores produto do poder constituinte originário. Novamente se verifica que a redação do artigo, teoricamente, garantia a liberdade de associação de forma ampla, assim como as Constituições de 1934, de 1946 e até a de 1967.

Entretanto, a Emenda Constitucional n.º 01 de 1969, de caráter nitidamente autoritário, previu um artigo que suspendia os direitos individuais e políticos, no caso de subversão do regime democrático ou de corrupção, conforme se verifica, *in verbis*¹⁵⁰.

Em junho de 1978 foram baixadas algumas disposições, dentre as quais a revogação do Ato Institucional n.º 05, bem como a suspensão das medidas que cassaram direitos políticos com base nesse ato.

Em 5 de outubro foi promulgada a Constituição de 1988, fruto de um movimento pela abertura política do país. Essa Constituição foi pródiga no que se refere aos direitos e garantias fundamentais, em função das circunstâncias históricas que precederam sua elaboração. A própria inversão da estrutura topológica do Texto é um dado que pode ser observado como uma maior preocupação com o indivíduo e seus direitos fundamentais. José Afonso da Silva preleciona que a Carta de 1988 constitui um texto razoavelmente avançado, com inovações importantes para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Em suas palavras, “bem examinada, a Constituição Federal de 1988 constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral”¹⁵¹.

§ 28 – É assegurada a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial.” Ibidem, p. 161/164.

¹⁴⁸ PIRES, Renato Barth. *Direitos Fundamentais, da cidade antiga à Constituição brasileira de 1988: as “gerações” de direitos*. 2001, 331 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, PUC-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 215.

¹⁴⁹ BRASIL. “EC 01/69, art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 28. É assegurada a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial.”

In PORTO, Walter Costa. *Emendas Constitucionais*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, v. VIa, 2001, p. 78.

¹⁵⁰ “EC 01/69, art. 154. O abuso de direito individual ou político, com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importará a suspensão daqueles direitos de dois a dez anos, a qual será declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador Geral da República, sem prejuízo da ação cível ou penal que couber, assegurada ao paciente ampla defesa.” Ibidem, p.78/79.

¹⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, cit., p. 89.

No que tange ao direito de associação, garantiu-o plenamente. Tal direito foi tão prestigiado pela atual Constituição, que lhe reservou cinco incisos¹⁵². Com isso, a liberdade de associação foi bem assegurada e regrada. Suas características, elementos, limites serão objetos de análise em capítulos posteriores.

A título de conclusão, referente à formação da liberdade de associação nos textos constitucionais, é mister asseverar que, apesar de a redação do direito garantido não ter sido bruscamente modificada de um Texto para outro, é sempre importante analisar o momento histórico de cada Constituição para verificar qual o real alcance do direito individual em análise, previsto nesses Documentos, que no caso do presente trabalho é a liberdade de associação.

¹⁵² BRASIL. “CF 88, art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes:

XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

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

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

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

XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.”

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. 3.ª ed., Barueri, SP: Manole, 2006.

VIII - CONCEITO E ELEMENTOS DO DIREITO DE ASSOCIAÇÃO

8.1 Conceito

Conforme verificado nas últimas linhas reflexivas do capítulo anterior, a Constituição de 1988 garante a liberdade de associação no seu artigo 5.º, incisos XVII e seguintes. Dessa forma, o primeiro inciso que a disciplina dispõe: “XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.” O inciso prevê a liberdade de associação, sua finalidade lícita e a vedação à de caráter paramilitar. Os artigos seguintes disporão a respeito da criação e dissolução de associações, vedação à interferência estatal, e possibilidade de representação de seus filiados. Como já foi dito precedentemente, também, a atual Constituição foi generosa no tratamento do tema, disciplinou-o pormenorizadamente. Nesse sentido, num primeiro momento estudar-se-á o conceito de liberdade de associação, lembrando que todos os outros elementos serão analisados em seguida.

É importante mencionar que a Constituição de 1988, assim como as anteriores, na linha dos textos constitucionais em geral, não definiu o termo associação. Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁵³, discorrendo sobre a liberdade de reunião, verifica que o Direito, ao se referir a tal liberdade, não definiu “reunião”. Observa que isso se passa com o ordenamento jurídico brasileiro e com a maioria dos ordenamentos estrangeiros. Portanto, comenta o autor, fica a cargo da doutrina a difícil tarefa de definir conceitos. O mesmo acontece com a liberdade de associação.

No que tange à ausência de definição de liberdade de reunião e de associação, é de mister pontuar que não é função do texto constitucional preocupar-se com definições. Definir significa delimitar a extensão de alguma coisa, enunciar os seus atributos essenciais, explicar o significado de algo. Entretanto, à Constituição cabe garantir direitos e indicar caminhos para a sua concretização, e não explicar-lhes o significado. Mesmo porque a sociedade está em constante evolução e mutação, de forma que atribuir ao texto constitucional a finalidade de definir, conceituar, acabaria por engessá-lo, imobilizando-o e retirando dele sua principal função, qual seja, a de dirigente, contribuindo para o desenvolvimento da sociedade.

¹⁵³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 142.

Nos capítulos anteriores, tratou-se dos conceitos de liberdade e de associação. Pretende-se, pois, no presente, trazer à baila algumas considerações a respeito da liberdade constitucional de associação. Enfim, construir um conteúdo constitucional desse direito.

Pontes de Miranda, importando o conceito do direito alemão, professa que associação, no sentido do texto brasileiro, “[...] é toda coligação voluntária de algumas ou de muitas pessoas físicas, por tempo longo, com o intuito de alcançar algum fim (lícito), sob direção unificante (cf. F. STIER-SOMLO, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 45; FRIEDRICH GIESE, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 267)”¹⁵⁴.

Em visita a outros autores, verifica-se que o conceito supra é reproduzido para definir-se liberdade de associação no texto constitucional. A doutrina, em geral, aponta para o mesmo sentido, trazendo como elementos do conceito de associação as idéias de agrupamento de pessoas, organização, permanência e finalidade lícita¹⁵⁵.

Na França, berço do nascimento das liberdades públicas, diferentemente do que ocorreu no Brasil, a liberdade de associação veio definida em lei – Lei de 1.º de julho de 1901¹⁵⁶ – e constitucionalizada posteriormente. Portanto, o artigo 1.º da referida lei previu todos os elementos constituidores da associação.

¹⁵⁴ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. 1.ª ed., t. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 569. Nota-se que Pontes de Miranda conceituou associação, nos termos aduzidos, pela primeira vez nos *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 1934, reproduzindo-o em todos os outros *Comentários às Constituições posteriores*.

¹⁵⁵ José Afonso da Silva, para conceituar associação, cita Pontes de Miranda (*Curso de Direito Constitucional positivo*, cit., p. 265).

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, associação é: “[...] um agrupamento de homens, organizado e permanente, para fim lícito”. Logo abaixo, afirma: “Com efeito, a associação presume um agrupamento de homens sob uma direção, que pretende durar no tempo, a fim de realizar um determinado objetivo.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 1ª ed., vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 42.

Para Pinto Ferreira, a associação é um grupo permanente de homens, organizada para fins lícitos. Em seu *Curso de Direito Constitucional*, conceitua associação como “[...] uma congregação permanente de pessoas para efeito de conseguir um determinado fim lícito”. Aut. cit., *Comentários à Constituição brasileira*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 96.

Luiz Alberto David Araujo & Vidal Serrano Nunes Jr., fazendo remissão a Pontes de Miranda, definem o direito de associação como “[...] o direito de exercício coletivo que, dotado de caráter permanente, envolve a coligação voluntária de duas ou mais pessoas, com vistas à realização de objetivo comum, sob direção unificante”. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. Op. cit., p. 166.

Celso Bastos & Ives Gandra definem associação como “[...] a reunião estável e permanente de pessoas, objetivando a defesa de interesses comuns, desde que não proibidos pela Constituição ou afrontosos da ordem e dos bons costumes.” BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 2, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 96.

¹⁵⁶ FRANÇA. “*Loi du 1^{er} juillet, article 1^{er} - L’association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d’une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations.*” A referida lei está disponível em: <www.legifrance.gouv.fr>. Acesso em: 16 mar. 2008.

Nota-se, pois, que a própria lei já estabelece o número mínimo de participantes, a permanência, o objetivo comum, a finalidade não-lucrativa e o caráter contratual. Dessa forma, o conceito veio estritamente delimitado, sem se servir de construção doutrinária. Se, por um lado, a liberdade de associação fica clareada e a aplicação facilitada ao ser definida em lei, por outro, torna-se estática e restrita, podendo obsoletar-se no decorrer dos anos. Percebe-se, ainda, o caráter contratual advindo da própria lei. A esse respeito, verificar-se-á, ao tratar desse elemento (contratual), que a doutrina francesa o critica. Contrariamente, no Brasil, sendo tarefa da doutrina a construção conceitual, coube-lhe o difícil papel de estabelecer seus elementos.

Nos conceitos descritos pelos autores, verificam-se alguns elementos fundamentais que caracterizam a associação. Conforme foi visto, a idéia é a mesma, modificam-se apenas as denominações dadas por uns e por outros¹⁵⁷.

O presente trabalho não tem a pretensão de elaborar um conceito constitucional de associação, uma vez que a preciosa doutrina ocupou-se de fazê-lo, mas, ao menos, reconhecer um conteúdo mínimo desse direito.

Conclui-se, portanto, que no conteúdo mínimo do conceito constitucional de associação encontram-se quatro elementos: agrupamento voluntário de pessoas, organização com vista a uma finalidade comum (direção unificante), permanência (pretensão de durar no tempo) e finalidade lícita. São esses, pois, os elementos estudados a seguir. Eles podem se

“A associação é a convenção pela qual duas ou mais pessoas colocam em comum, de uma forma permanente, seus conhecimentos ou sua atividade num objetivo outro, de repartir benefícios. Ela é regida, quanto à sua validade, pelos princípios gerais do direito aplicável aos contratos e obrigações”. Tradução livre.

¹⁵⁷ Pontes de Miranda alude à coligação voluntária, de pessoas físicas, por tempo longo, com finalidade lícita, sob direção unificante.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere-se a agrupamento de homens, organizado (sob uma direção). Fala em permanência ou pretensão de durar no tempo. Por fim, traz o intuito de realizar determinado objetivo (finalidade lícita).

Pinto Ferreira contempla a idéia de grupo (congregação) de homens (ou de pessoas), permanência, organização e finalidade lícita.

Na definição de Luiz Alberto David Araujo & Vidal Serrano Nunes Jr., encontra-se a coligação voluntária de pessoas, a permanência, o objetivo comum e a direção unificante, além do *exercício coletivo do direito*.

Celso Bastos & Ives Gandra comentam que a associação é um tipo de organização coletiva de cidadãos. Aludem à permanência, à estabilidade e à finalidade não proibida pela Constituição ou afrontosa à ordem e aos bons costumes.

José Cretella Júnior fala em traço de extraordinária estabilidade. Refere-se, ainda, às finalidades que ela busca atingir (políticas, religiosas, morais, dentre outras, conforme será visto posteriormente, sempre lícitas). CRETELLA JR. José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3.^a ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 293.

Themistocles Brandão Cavalcanti pressupõe para o direito de associação a liberdade dos componentes do grupo e sua permanência ou constância.

Outros autores, apesar de não apresentarem um conceito fechado, também se referem aos elementos essenciais da associação.

apresentar sob diversas denominações, de acordo com a preferência de cada autor, mas, em essência, os autores convergem para o mesmo conteúdo.

8.2 Elementos

São elementos do direito de associação, de acordo com conceituada doutrina: agrupamento voluntário de pessoas (plurissubjetividade), a organização (direção unificante), a permanência e a finalidade lícita. José Afonso da Silva alude, ainda, a um outro elemento: a base contratual¹⁵⁸. Pontes de Miranda fala em voluntariedade. De fato, a base contratual e a voluntariedade também serão tratadas como elemento, por demonstrarem-se fundamentais para a liberdade de associação. Segundo o entendimento do trabalho, elemento é tudo que entra na composição de alguma coisa, é parte de um todo. Portanto, trar-se-á à análise tudo aquilo que faz parte da composição da liberdade de associação. No atinente à voluntariedade, é importante destacar que ela é, principalmente, inerente à idéia de liberdade, que já foi discutida amplamente em capítulo próprio. Entretanto, o tema será revisitado de uma forma mais restrita, em referência específica à associação.

8.2.1 Plurissubjetividade

A plurissubjetividade diz respeito ao elemento pessoal da associação. É substantivo que contempla pluralidade de pessoas, sujeitos, participantes. Alguns autores referem-se à coligação de pessoas, ou grupo de homens, organização coletiva de cidadãos. Independentemente do termo utilizado para referir-se ao elemento subjetivo, é importante realçar a pluralidade. Jean Rivero afirma que a pluralidade de participantes, somada à finalidade comum, fazem da associação uma liberdade coletiva¹⁵⁹.

Diante da omissão do texto quanto ao número de pessoas, parece que a concorrência de duas pessoas já é suficiente para caracterizar a associação. Dessa forma, não existe associação com menos de dois indivíduos¹⁶⁰. Resta saber quem são as pessoas habilitadas a tal agrupamento. A esse respeito, é importante breve comentário sobre a titularidade do direito.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 266.

¹⁵⁹ RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. 6^{ème} ed., tome 2, Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 395.

¹⁶⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. Op. cit., p. 166.

Em princípio, a Constituição não faz qualquer ressalva no que se refere ao elemento pessoal da liberdade de associação. Trata-se de direito previsto constitucionalmente no capítulo dos direitos e garantias individuais. O *caput* do artigo 5.º da Constituição traz as seguintes linhas: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Todavia, o *caput*, de início, garante a todos os direitos ali previstos. Num primeiro momento, conclui-se, então, que a titularidade da liberdade de associação é atribuída sem reserva alguma. A primeira questão que se coloca diz respeito à amplitude do termo: “todos” são os brasileiros e os estrangeiros indistintamente; os brasileiros e estrangeiros residentes no país; são pessoas físicas e jurídicas?

Nas definições de liberdade de associação supramencionadas, nota-se que alguns autores atribuem a titularidade a homens, enquanto outros, a pessoas. Pinto Ferreira e Manoel Gonçalves Ferreira Filho falam em agrupamento de homens. Pontes de Miranda trata de coligação de pessoas físicas. Para esses autores, fica evidente a opção de atribuir ao termo amplitude restrita, referindo-se apenas a pessoas físicas. Diversamente, ao fazer referência a pessoas, é possível englobar tanto as pessoas físicas quanto jurídicas.

Com relação à expressão organização coletiva de cidadãos, talvez o termo cidadão não tenha sido adequadamente empregado, uma vez que se fala de elemento conceitual de um direito constitucionalmente previsto. A liberdade de associação situa-se no âmbito dos direitos e garantias individuais, artigo 5.º, cujo *caput* prevê que os direitos ali dispostos são garantidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, não se exigindo que sejam cidadãos, nos termos do artigo 14 da Constituição.

Faz-se necessário salientar, conforme ensina Pontes de Miranda¹⁶¹, que o agrupamento pode ocorrer sem que ocorra a reunião física. Enquanto o direito de reunião protege a “interproximidade, a convergência de pessoas”¹⁶², na associação se admite a plurissubjetividade sem necessidade de encontro físico. Nas palavras do autor: “Sociedade de sábios ou de negócios pode existir sem que a reunião física se dê. Vota-se por meio de cartas, discute-se por escrito, pelo telégrafo, pelo telefone”¹⁶³. Essa afirmativa se potencializa, sobretudo nos dias atuais, em que os meios de comunicação permitem inter-relações e

¹⁶¹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*, cit., p. 605.

¹⁶² Pontes de Miranda utiliza-se desses termos ao referir-se à pluralidade de pessoas no direito de reunião.

¹⁶³ *Ibidem*, passim.

intercomunicações sem a presença física das pessoas. Cita-se, como exemplo, a comunicação via *internet* ou por meio de videoconferências.

Nesse aspecto, o direito de associação se afasta sobremaneira da liberdade de reunião, pois enquanto o primeiro não exige contato físico entre os participantes, a segunda o faz. Além disso, a associação perdurará ainda que seus membros não estejam, de fato, reunidos, desenvolvendo suas atividades. Ou seja, o afastamento deles não a extingue, ao contrário da reunião. Comenta José Cretella Jr.¹⁶⁴ que o elemento geográfico na associação pode ser mínimo ou nenhum.

Com as observações acima, é possível perceber que o elemento pessoal está diretamente relacionado ao temporal, pois a possibilidade de existência da associação, mesmo sem a presença física de seus componentes, decorre de sua permanência no tempo.

A pluralidade de participantes faz da associação uma liberdade de exercício coletivo. A titularidade é individual, mas seu exercício é coletivo. O indivíduo, por si, tem o direito de se associar a outros, mas essa liberdade somente se efetiva após o agrupamento a outros indivíduos que exercem, também, seu direito individual de se reunir a outras pessoas em busca de um objetivo comum. Trata-se de um direito subjetivo cujo destinatário é a coletividade. A associação, uma vez criada, tem o direito de desenvolver suas atividades e aplicar seus recursos nela. Quem detém esse direito é o grupo, e não o indivíduo propriamente dito.

O elemento pessoal engloba a pluralidade de sujeitos, de pessoas e a idéia de agrupamento, coligação. Ou seja, a associação é configurada através de uma coligação de pessoas. Agrupamento, para o dicionário Houaiss refere-se ao ato de se reunir. É o ato ou efeito de agrupar, que tem o significado de reunir em grupo¹⁶⁵. Diferentemente, coligação tem a denotação de aliança de várias pessoas ou entidades com vistas a um fim comum¹⁶⁶.

À luz das duas definições acima, vem a lume a seguinte questão: a associação exige a finalidade comum à sua constituição? Ou seja, seus participantes se organizam em vista de atingir uma finalidade comum? A idéia de reunião de pessoas se aproxima mais à coligação do que a agrupamento?

A resposta parece ser positiva, pelas próprias características do direito. As pessoas devem se constituir em associação visando sempre a atingir uma finalidade comum.

¹⁶⁴ CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, cit., p. 135.

¹⁶⁵ *DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*, cit., verbete: “agrupamento”.

¹⁶⁶ *Ibidem*, verbete: “coligação”.

Constituem-se, pois, em coligação, e não simplesmente em agrupamento de pessoas. A finalidade comum, conforme será visto adiante, é um dos elementos essenciais à associação.

A Constituição não diz se as associações devem ser personalizadas. Contudo, Celso Bastos & Ives Gandra entendem que, do ponto de vista jurídico, este é um elemento imprescindível à constituição da associação, pois se não tiver capacidade jurídica para contrair obrigações e ser sujeito passivo de direitos, ela não consegue atingir suas finalidades¹⁶⁷. Portanto, implicitamente reconhece-se tal direito à associação, sendo certo que a lei não pode criar exigências que obstaculizem o exercício desse direito, e o reconhecimento da personalidade não pode depender de juízo discricionário da Administração, nem qualquer requisito que venha a esvaziar seu conteúdo. Nesse rumo, cabe aqui valiosa citação dos autores supracitados:

Parece-nos certo, portanto, que:

- a) O conteúdo constitucional do direito de associação não faz menção ao direito de adquirir personalidade jurídica.
- b) Isto, contudo, não invalida o fato de que as associações acabam por fruir deste direito por implicitude.
- c) À lei não é dado criar exigências tais que possam obstaculizar o exercício do direito constitucional de associação.
- d) Daí porque o reconhecimento da personalidade não pode depender nunca de um juízo discricionário da administração nem de requisitos ou encargos tais que esvaziem na prática a significação do direito constitucionalmente assegurado¹⁶⁸.

8.2.2 Organização com vista à finalidade comum (direção unificante)

Ao contrário do que acontece com o direito de reunião, a associação necessita de uma institucionalização jurídica, e carece de uma maior complexidade. Deve haver, portanto, certas regras que pautem o seu andamento.

A direção unificante diz respeito à organização da associação. É elemento essencial à mesma, pois sem essa característica organizacional as atividades associativas tornam-se impraticáveis. Organização, nas palavras de José Afonso da Silva, pressupõe “acerto entre os componentes, estruturação interna”¹⁶⁹.

Organização, como ensina De Plácido e Silva¹⁷⁰, deriva de organizar, e é empregada para designar o conjunto de regras adotadas para a composição e o funcionamento

¹⁶⁷ BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 96/97.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, cit., p. 263.

¹⁷⁰ *Vocabulário Jurídico*. 25.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, verbete: “organização”, p. 989.

de certas instituições de interesse público ou privado. Evidencia uma idéia de constituição, instituição de alguma coisa, “cujo funcionamento está subordinado às normas e regras que lhe deram estrutura”¹⁷¹. Nesse sentido, avança-se um pouco mais, em conformidade com De Plácido e Silva:

[...] a rigor técnico, organização exprime propriamente o conjunto de regras e de princípios que vão servir de base à criação ou formação de uma instituição, respeitadas as regras e princípios legais, para que se lhe dê personalidade jurídica e se tracem as normas de funcionamento e de existência legal¹⁷².

Alguns autores tratam da direção unificante juntamente com a finalidade comum, opção adotada no presente trabalho, lembrando que esses dois elementos podem se apresentar interligados na medida em que a direção unificante viabiliza o alcance da finalidade comum dos participantes da associação.

Luiz Alberto David Araujo & Vidal Serrano Nunes Jr. ensinam que a direção unificante “dá o tom de comunhão de propósitos dos associados”¹⁷³. A comunhão de propósitos da direção unificante conta com a solidariedade dos associados de que fala Duguit. Solidariedade é o laço ou vínculo recíproco de pessoas, é a adesão a determinada causa, é a relação de responsabilidade existente entre pessoas unidas por interesse comum, de forma que cada elemento do grupo se sinta na obrigação de apoiar os outros.

A associação, como foi visto em linhas acima, constitui um agrupamento de pessoas que objetivam atingir uma finalidade comum. Tal finalidade é aquela que o grupo todo, com reunião de propósitos, visa a atingir. Ou seja, ele se reúne de forma permanente buscando alcançar aquele fim que é comum a todos os seus membros. A associação tem por objetivo a defesa desses interesses comuns; essa, pois, é a sua finalidade. A idéia central do direito de associação, reiterar-se, são os indivíduos reunirem seus recursos ou atividades para a obtenção de fins comuns, em benefício de cada qual.

Leon Duguit ensina que a associação é um estado de solidariedade por similitudes e por divisão de trabalho, unindo certo número de pessoas que buscam um objetivo determinado. Dessa forma, o objetivo da associação é alcançado através da reunião de um número de pessoas que dividem tarefas e apresentam vontades similares e, em razão disso, são solidárias umas às outras. São suas as seguintes palavras: “[...] *on dira que toute*

¹⁷¹ Ibidem, verbete: “contrato”, p. 373/374.

¹⁷² Ibidem, verbete: “contrato”, p. 373/374.

¹⁷³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. Op. cit., p. 167.

association est un état de solidarité par similitudes et par division du travail unissant un certain nombre de personnes en vue d'un but déterminé”^{174, 175}.

Na liberdade de associação, as pessoas agregam, em comum, bens, valores, direitos ou quaisquer outras atividades buscando alcançar um determinado fim intelectual, moral, caridoso, econômico e outros. Nesse sentido, Carlos Maximiliano:

Compreende-se na denominação genérica de liberdade de associação a que tem as pessoas ‘de pôr em comum bens, direitos ou valores, o seu trabalho, a sua atividade, os seus conhecimentos, fôrças¹⁷⁶ individuais quaisquer, para um fim, desinteressado ou não, intelectual, moral, caridoso, econômico, artístico ou recreativo’¹⁷⁷”.

A associação pode buscar diversas finalidades, tais como: política, moral, jurídica, sindical, cultural, artística, científica, desportiva, educativa, filantrópica, religiosa, recreativa etc. Aqui reside mais uma diferença com relação ao direito de reunião, qual seja, atinente à finalidade. O elemento finalístico na associação é mais amplo, enquanto na reunião se restringe principalmente à expressão de idéias e defesa de interesses. Na esteira de aprendizado de Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁷⁸, conforma mencionar que, via de regra, os autores descrevem a finalidade da reunião ligada à expressão de pensamento. Todavia, na mesma linha da doutrina estrangeira por ele citada¹⁷⁹, afirma o autor que “[...] a liberdade de reunião é um fundamental instrumento da participação política e, sendo assim, da democracia. Contudo, os fins da reunião não se restringem aos políticos, podendo caracterizar-se ainda como culturais, sociais, científicos, intelectuais de um modo geral”.

A reunião em praça pública visa à propagação de idéias, de princípios, de valor cívico, de críticas a homens públicos, com o propósito de formar ou reformar a opinião pública, ou tê-la em mãos para propiciar suas ambições.

A liberdade de associação se dirige aos Poderes e aos seus órgãos, a favor das pessoas físicas. Essa regra serve, portanto, para a proteção das associações em face da atuação arbitrária do legislador e do administrador.

¹⁷⁴ DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, 1925, p. 616/617.

¹⁷⁵ “Dir-se-á que toda associação é um estado de solidariedade por similitudes e por divisão de trabalho, unindo um certo número de pessoas em vista de um objetivo determinado”. Tradução livre.

¹⁷⁶ Optou-se por transcrever fielmente as palavras do autor, da forma como foram escritas à época.

¹⁷⁷ CARLOS MAXIMILIANO. *Comentários à Constituição brasileira*. 5.^a ed., v. III, São Paulo: Freitas Bastos, 1954, p. 80.

¹⁷⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Op. cit., p. 152.

Sobre a finalidade comum do elemento organizacional, é importante lembrar, mais uma vez, que essa finalidade não apresenta propósitos lucrativos. A Constituição não discrimina a forma associativa, podendo entendê-la como a que apresenta propósitos comerciais ou empresariais, bem como as de fins não-lucrativos.

Pela leitura rápida do texto constitucional, a redação deixa a impressão de abranger tanto as associações em sentido estrito (que são as associações sem fim lucrativo) quanto as sociedades (coligações com finalidades lucrativas). Entretanto, essas dúvidas se dissolvem ao serem analisados os elementos e as características da associação, assim como a natureza do direito.

O direito possui natureza individual de exercício coletivo. É direito do homem agrupar-se para alcançar um benefício, seja a efetivação de um direito, o desfrute de lazer, o desenvolvimento cultural, desde que esse propósito não seja comercial, pois a finalidade lucrativa desfigura a essência do direito constitucional individual. O lucro não está entre os bens defendidos pelo artigo 5.º da Constituição Federal. Pelo exposto, não se reconhece à liberdade constitucional de associação finalidade lucrativa. A própria finalidade comum não é elemento para a constituição de sociedade. Os direitos componentes da liberdade de associação também não se confundem com os direitos previstos para a criação e dissolução de uma sociedade, bem como a adesão e o desligamento de seus membros.

Alguns autores entendem que o direito de associação abrange também as sociedades (portanto, com fins lucrativos). Para eles as sociedades constituem uma espécie do gênero associação, sendo que a idéia de lucro é inerente a elas. Pressupõem um contrato, um capital comum e interesse monetário. Entendem também que a sociedade tem suas linhas delimitadas pela Constituição e se encontra regulamentada pelo Código Civil, que inovou na matéria.

Algumas categorias de associações que visam à obtenção de lucros sofrem uma fiscalização mais rigorosa, que se justifica em face do interesse público e da proteção dos indivíduos. Essa fiscalização é justificada principalmente pela natureza dos interesses envolvidos. Não se trata de restrição à liberdade associativa, mas sim de ponderação de direitos. Em que pesem tais argutos argumentos, o trabalho optou pelo caminho restritivo.

Levando-se em conta o direito comparado para corroborar o entendimento adotado, na França a liberdade de associação não deve apresentar finalidade lucrativa. A

¹⁷⁹ Cf. SORIANO DÍAZ, Ramón. *Las Libertades Públicas*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 188. ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. V. II, Buenos Aires: Depalma, 1990, apud ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de reunião*, cit, p. 153.

doutrina assim se pronuncia, concordando com os termos legais: “*Les Associations dont il va être parlé se différencient nettement des Sociétés civiles ou commerciales. Celles-ci ont pour but direct de réaliser un gain pécuniaire et de le partager entre les associés [...]*”¹⁸⁰ ¹⁸¹.

Robert, na mesma linha de pensamento, define como terceiro elemento da associação a finalidade não-lucrativa:

Trois éléments se trouvent inclus dans cette définition:

[...]

3.º Un but autre que partager des bénéfices: *l’association est obligatoirement désintéressée. Il suffit, pour qu’il y ait association, que le but ne soit pas lucratif. Par là, l’association se distingue de la société définie par l’article 1832 du Code civil comme “un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter”. La différence qui separe la société de l’association reside ainsi dans le fait que la première comporte essentiellement comme condition de son existence la répartition, entre associés, des bénéfices faits en commun, tandis que la seconde l’exclut nécessairement*¹⁸² ¹⁸³.

Percebe-se, portanto, que na França atribui-se regime constitucional à liberdade de associação sem fins lucrativos, considerando-a liberdade pública e regime privatista legal, disciplinados pelo Código Civil às sociedades.

É de grande valia ressaltar que, nesse país, a associação, apesar de não ter finalidade lucrativa, não necessariamente deve ser desinteressada. Rivero¹⁸⁴ comenta que os associados podem se agrupar para defender seus interesses comuns, tais como extra-profissionais, profissionais relevantes etc. Existem, por exemplo, associações de consumidores, de locatários, dentre outras. Esses associados buscam uma vantagem material, contudo não é possível, para o direito francês, repartir proveitos.

¹⁸⁰ EISMEIN, A. *Éléments de droit constitutionnel français et compare*. 5^{ème} édition, Paris: L. Larose & L. Tenin Directeurs, 1909, p. 1057.

¹⁸¹ “As associações das quais se vai falar se diferenciam notadamente das Sociedades civis ou comerciais. Essas têm por objetivo direto obter um ganho pecuniário e repartir entre os associados”. Tradução livre.

¹⁸² Verificar bibliografia de ROBERT, J. *Droits de l’homme et libertés fondamentales*. 7.^a ed., Paris: Montchrestien Édition, 1999.

¹⁸³ “Três elementos estão incluídos nessa definição:

[...]

3.º Um objetivo outro que o de repartir benefícios: a associação é obrigatoriamente desinteressada. É suficiente, para que haja associação, que o objetivo não seja lucrativo. Por esse lado, a *associação* se distingue da *sociedade* definida pelo artigo 1832 do Código Civil como “um contrato pelo qual duas ou mais pessoas combinam de fazer qualquer coisa em comum com o objetivo de repartir benefícios que possam resultar dele”. A diferença que separa a sociedade da associação reside, assim, no fato que a primeira comporta essencialmente como condição de sua existência a repartição, entre associados, dos benefícios realizados em comum, enquanto a segunda a exclui necessariamente.” Tradução livre.

8.2.3 Permanência

A associação pretende ser duradoura no tempo. Alguns autores entendem que ela difere da reunião nesse aspecto, pois esta é transitória, enquanto aquela, permanente. Tecnicamente, seria mais preciso falar-se em traço de extraordinária estabilidade, uma vez que a associação pode se dissolver, logo, ela não é permanente. Uma diferenciação mais precisa poderia ser estabelecida, não em termos temporais, mas sim em razão da existência ou não de vínculos jurídicos entre seus titulares. Isso porque é possível que uma associação seja criada e extinta em um tempo mais curto do que a duração de uma reunião. Assim, o vínculo jurídico seria o elemento diferenciador mais adequado, pois tende a ser mais duradouro do que um vínculo de fato.

Conforme Rivero, a permanência não é absoluta, pois é possível que uma associação seja criada e permaneça até que o seu objetivo seja alcançado ou, ainda, até que seus associados a dissolvam. Mas, explica o autor, enquanto elas existirem, criarão entre seus associados uma ligação permanente, que dura além da reunião¹⁸⁵. A permanência vincula-se à idéia de constância, continuidade. Entretanto, conforme se afirmou no início deste item, ela se pretende duradoura no tempo, o que não significa que assim será. O elemento permanência deve estar em consonância com o direito de dissolução da sociedade, concernente à própria entidade, sendo este um direito que compõe a liberdade associativa (conforme se verá a seguir, Capítulo 9 do trabalho).

8.2.4 Finalidade lícita

A Constituição refere-se à associação com fins lícitos, isto é, o direito de associação só existe se o fim de se associar for lícito. Portanto, uma importante característica é sua finalidade em consonância com o direito. A finalidade lícita é a base do direito. Nesses termos, a doutrina de Pontes de Miranda: “Não é possível que se garanta a associação para fins ilícitos, as camorras, a *maffia*, a *societas sceleris*”¹⁸⁶.

Inicialmente, trar-se-á um conceito de finalidade lícita para depois passar à análise de sua evolução nas Constituições, e reflexão sobre tal fim. Rivero¹⁸⁷ ensina que a finalidade

¹⁸⁴ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 396.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 395.

¹⁸⁶ Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*, cit., p. 568.

¹⁸⁷ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 401.

da liberdade de associação encontra, como limite, um “mínimo comum” na ordem de ética social e da vida do Estado. O autor afirma que são nulas as associações que tenham uma causa ou objeto ilícito, contrário às leis, às boas morais, ou que tenha por objetivo atentar à integridade do território nacional ou à forma republicana de governo, assim como previsto no artigo 3.º da lei de 1.º de julho de 1901¹⁸⁸.

Conforme foi visto anteriormente, as Constituições de 1934 e de 1946 fizeram referência aos fins lícitos. Utilizaram-se, portanto, de conceito mais aberto, mais limitador do direito de associação. A de 1937 falava em fins não contrários à lei penal e aos bons costumes. O termo utilizado é mais restrito. Amplia-se, portanto, a liberdade de associação. Está, inclusive, encampado na finalidade lícita. A Carta de 1967 não fez qualquer alusão à licitude. A Emenda Constitucional n.º 01/1969 voltou a incorporar a finalidade lícita à liberdade de associação.

Alguns textos constitucionais referiram-se a fins lícitos, outros, a fins não contrários à lei penal e aos bons costumes. Ainda que não se tenha feito ou se faça referência a essa finalidade no texto Constitucional ao garantir a liberdade de associação, presume-se sua existência. Não há de se cogitar a possibilidade de uma associação com finalidade ilícita.

Fala-se, aqui, em finalidade lícita à associação. Meirelles Teixeira¹⁸⁹, entretanto, generaliza a licitude do objeto a todas as liberdades¹⁹⁰. Afirma o autor que se o objeto da atividade for lícito, evidentemente a liberdade também o será. Afirma, ainda, que toda atividade livre supõe uma finalidade, que necessariamente deve ser lícita¹⁹¹. Portanto, para ele, toda atividade livre deve apresentar finalidade lícita. Nesse passo, a finalidade lícita da associação prevista pelo texto constitucional seria prescindível. Isso porque tal finalidade é característica própria de todas as liberdades.

Todavia, a referência ou não a tal finalidade, e a forma como ela é colocada influem na amplitude do direito de associação. A utilização de um conceito aberto restringe o direito, enquanto a opção por um conceito mais limitado amplia-o. A Constituição portuguesa,

¹⁸⁸ FRANÇA. “Loi du 1^{er} juillet, article 3^{er} Le but. – Le libéralisme de la loi en ce qui concerne le but des associations a cependant une limite: celle, qu’on a déjà rencontrée dans d’autres domaines, de l’exigence du “minimum commun” dans l’ordre de l’éthique sociale e de l’avie de l’Etat. Sont donc “nulles e de nul effet” les associations “ayant une causa ou um objet (on retrouve ici la terminologie contractuelle) illicite, contraire aux lois, aux bonnes moeurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l’intégrité du territoire national (mouvements séparatistes) ou à la forme républicaine du gouvernement.”

¹⁸⁹ MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. Op. cit., p. 667.

¹⁹⁰ Ver Capítulo 1 do trabalho.

¹⁹¹ MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. Op. e p. cits.

por exemplo, veda a associação com fins contrários à lei penal. Com essa referência, tal dispositivo adota um conceito mais restritivo quanto à liberdade de associação.

Ao fazer menção à finalidade lícita, o texto constitucional restringiu a abrangência da liberdade, pois sob o manto da ilicitude encontram-se alguns conceitos amplos e abertos, como aquilo que é contrário à moral e aos bons costumes, que são deixados a cargo da interpretação. José Afonso da Silva denomina fins lícitos de conceito limitador¹⁹².

Portanto, o termo ilícito limita o direito. Celso Bastos & Ives Gandra entendem que essa solução mais limitativa demonstra-se mais adequada, pois é possível, assim, negar a personalização para associações que tenham fins vagamente ilegais, como aquelas que ofendem princípios constantes de normas programáticas ou agridem a moral e os bons costumes¹⁹³.

É importante lembrar que quando se trata de liberdade, em razão da própria história opressora que encampou a sociedade durante muito tempo, talvez seja mais garantido procurar sempre ampliar o conceito ao invés de restringi-lo. Até por isso advertem os autores que o conceito restritivo do direito reflete uma situação de grande incerteza e, por essa razão, recomenda-se prudência ao Judiciário na aplicação da regra a respeito da ofensa à moral e aos bons costumes. Nesse sentido, se a ofensa não se demonstrar manifesta, parece que o preceito constitucional deve prevalecer em sua máxima amplitude.

A fim de se bem compreender a finalidade lícita da associação, encampada pelo texto constitucional atual, é importante mencionar o significado do adjetivo lícito. Lícito, para o Direito, traz a idéia de conformidade com a lei¹⁹⁴. Em sentido lato, porém, quer significar tudo o que é permitido ou não proibido, não somente pela lei, como pela moral ou pela religião¹⁹⁵. Em suma, é aquilo que é acorde à lei (ou não vedado por ela), à moral e aos bons costumes. A imoralidade, portanto, constitui modalidade de ilicitude.

¹⁹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 268.

¹⁹³ BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 96/97.

¹⁹⁴ LÍCITO. *Teoria Geral do Direito*. 1. Aquilo que é conforme a lei. 2. Permitido juridicamente. 3. O que não está proibido legalmente. 4. Segundo a justiça; justo. 5. Consentido. 6. De acordo com a moral e os bons costumes. 7. O que se pode fazer, por não estar vedado em lei. 8. Regular. DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, cit., verbete: “lícito”, p. 146.

LÍCITO. Derivado do latim *licitus* (legítimo, permitido, legal), de *licere* (ser permitido, ser possível), em sentido rigorosamente jurídico quer exprimir tudo aquilo que se pode fazer, porque não é vedado por lei.

Nesta razão, no ponto de vista do Direito, lícito é não somente o que está por lei autorizado, como o que não por lei proibido. É, assim, o justo, o legítimo, o legal, o permitido, o regular [...] *In* DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 5.^a ed., v. III, Rio de Janeiro: Forense, 1978, verbete: “lícito”.

¹⁹⁵ Nesse passo, citando a definição dos dicionários, o adjetivo “lícito” vem assim enunciado:

Lícito. *Adj.* 1. *Jur.* Que está conforme à lei; que é permitido por lei. ≈ LEGAL, LEGÍTIMO ≠ ILEGAL, ILEGÍTIMO, ILÍCITO. [...] 2. Que é permitido por qualquer princípio moral ou convenção. ≈ DIGNO. [...] *In* DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa, cit., verbete: “ilícito”.

Assim, o adjetivo vem atrelado a três características: concordância à lei ou ao direito, à moral e aos bons costumes. A concordância com a lei tem caráter objetivo, de forma que se mostra de fácil verificação. A origem da lei é sempre certa e determinada, extirpada de dúvidas. A moral e os bons costumes são conceitos abertos, de significados incertos, que reclamam por interpretação por parte da doutrina e da jurisprudência. Exige-se do exegeta muita cautela e grande afinidade com os propósitos da norma constitucional e com os anseios da sociedade, atentando-se, com percuciente observação, ao progresso dos direitos humanos e, conseqüentemente, ao progresso da humanidade. Ao mesmo tempo em que o conceito aberto gera insegurança em razão da incerteza do seu conteúdo, ele permite a constante atualização do termo em função do desenvolvimento da sociedade, evitando, com isso, sua obsolescência.

Na seara penal, a associação cuja finalidade seja contrária ao direito constitui contravenção, em conformidade com a Lei de Contravenções Penais¹⁹⁶. Tal diploma legal coíbe a existência de associação secreta, ou seja, aquela cuja finalidade seja ocultar da autoridade sua existência, seus objetivos, organização ou administração da associação.

Urge salientar que a Constituição não contempla expressamente o requisito da publicidade. Todavia, lembram Celso Bastos & Ives Gandra¹⁹⁷, para que as associações adquiram personalidade, necessariamente devem ser examinados seus fins, e isso faria com que elas deixassem de ser secretas. José Afonso da Silva ensina que se a Constituição exige finalidade lícita para a existência da associação, ela veda as associações secretas, pois se elas não têm seus fins explicitados, não é possível saber se elas são lícitas ou não¹⁹⁸.

A legislação francesa prevê dois tipos de associação: as não-declaradas e as declaradas. Sobre as não-declaradas, no entendimento de Robert¹⁹⁹ são aquelas constituídas sem formalidades e que não possuem relação com a Administração. Elas são lícitas, mas desprovidas de qualquer capacidade jurídica: não podem possuir nada, reclamar nada, nem

¹⁹⁶ BRASIL. “Decreto-lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941, que dispõe sobre a Lei das Contravenções Penais. Associação secreta

Art. 39. Participar de associação de mais de cinco pessoas, que se reúnem periodicamente, sob compromisso de ocultar à autoridade a existência, objetivo, organização ou administração da associação:

Pena: prisão simples, de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa.

§ 1.º - Na mesma pena incorre o proprietário ou ocupante de prédio que o cede, no todo ou em parte, para reunião de associação que saiba ser de caráter secreto.

§ 2.º - O juiz pode, tendo em vista as circunstâncias, deixar de aplicar a pena quando lícito o objeto da associação.”

A referida lei está disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 14 mar. 2008.

¹⁹⁷ BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 98.

¹⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 115.

¹⁹⁹ ROBERT, J. Op. cit., p. 718.

intentar ação judicial. Encontram-se, pois, em situação jurídica deveras delicada, pois toda associação deve possuir um mínimo de bens, alocar-se em algum lugar. Seus bens são gerados em nome dos associados, e não da associação. Todavia, explica o autor, elas têm existência legal²⁰⁰.

Por fim, ainda sobre associação secreta, cabe uma palavra sobre a previsão do parágrafo segundo do artigo 39 da Lei de Contravenções Penais. Ao que parece, esse parágrafo apresenta-se como “letra morta”, pois, conforme foi visto, se a finalidade da associação for lícita, ela estará inteiramente de acordo com a Constituição, ou seja, não será associação secreta, pois a finalidade já foi explicitada; não haverá que se falar em contravenção penal. Não se falará em extinção de punibilidade, pois não haverá a espécie infracional cuja punibilidade se almeja extinguir.

No que se refere ao número de participantes da associação secreta, é possível atentar à letra da lei, que prevê associação de mais de cinco pessoas para caracterização da infração. Entretanto, é preciso lembrar que a Constituição não prevê número de participantes para a existência de associação, um agrupamento de mais de duas pessoas já poderia caracterizá-la. A questão que surge é se esse agrupamento de mais de duas pessoas e menos de seis poderia ser considerado uma associação secreta. Do ponto de vista constitucional, parece que sim, todavia, na seara penal não, em virtude do princípio da tipicidade fechada nesse ramo. Portanto, tal associação poderia ser responsabilizada civilmente, mas não configuraria uma contravenção nos termos do Decreto-lei n.º 3.668/41.

Ainda, a respeito do artigo que penaliza a associação secreta, outra questão que surge é a de saber se a lei poderia trazer essa restrição à liberdade de associação. 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

²⁰⁰ A esse respeito, transcreve-se integralmente o comentário do autor: *“Ces associations sont celles qui, jouissant de la liberté inaugurée par la loi de 1901, se sont constituées sans formalité et ne sont pas, ultérieurement, entrées en rapport avec l’Administration. Elles sont licites mais dépourvues de toute capacité juridique. Elles ne peuvent donc rien posséder, rien réclamer et ne sont point en mesure d’intenter une action en justice. Ce refus de la personnalité place l’association non déclarée dans une situation juridique délicate, car toute association doit, pour vivre, posséder un minimum de biens, percevoir des cotisations, jouir d’un local. On doit donc considérer que les biens de ces associations sont tenus “en main commune” e gérés au nom des associés, non de l’association”.*

“Essas associações são aquelas que usufruindo da liberdade inaugurada pela lei de 1901, são constituídas sem formalidade e não são, ulteriormente, relacionadas com a Administração. Elas são lícitas mas desprovidas de qualquer capacidade jurídica. Elas não podem possuir nada, reclamar nada e não são capazes de intentar uma ação na justiça. A falta de personalidade coloca a associação não declarada em uma situação jurídica delicada, pois toda associação deve, para viver, possuir um mínimo de bens, receber cotizações, ter um local. Deve-se considerar que os bens das associações são tidos “em mão comum” e gerados ao nome dos associados, não da associação.” Tradução livre.

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. Por essa razão, a restrição legal é decorrência da própria Constituição, portanto, a lei pode encampá-la.

É importante mencionar, conforme a doutrina de Celso Bastos & Ives Gandra Martins²⁰¹, que finalidade ilícita não é apenas aquela sancionada pela lei penal. Alguns comportamentos podem ser reprovados pela ordem jurídica sem que lhes seja cominada uma sanção penal. A ilicitude moral e a ofensa aos bons costumes mostram-se subjetivas, uma vez que é preciso inferir os conceitos de moral e bons costumes (conceitos abertos) para depreender o significado de tais atos ilícitos.

Miguel Reale²⁰², comentando a distinção entre lei e costume, no que tange à origem, dispõe: “Quanto à origem, a da lei é sempre certa e predeterminada. Há sempre um momento no tempo, e um órgão do qual emana o Direito legislado”. Diferentemente, o costume não é certo nem passível de localização predeterminada. Aparece na sociedade de forma imprevista. Nas palavras do autor supramencionado, o direito costumeiro “[...] não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada [...]”²⁰³.

Um outro caracter do costume diz respeito à sua fluidez, uma vez que ele se modifica com o decorrer do tempo e os avanços da sociedade. Por essa razão, deixa margem a dúvidas. Entretanto, apesar da incerteza gerada em razão da fluidez do conceito, apresenta como característica positiva a possibilidade de suplementar a legislação que se denota finita. Ou seja, a lei não consegue abarcar a infinidade de situações decorrentes de relações que surgem na vida social. Encampa-se aí a finalidade dos costumes. Nesse sentido, a doutrina de Maria Helena Diniz:

[...] a lei, por mais extensa que seja em suas generalizações, por mais que se desdobre em artigos, parágrafos e incisos, nunca poderá conter toda a infinidade de relações emergentes da vida social que necessitam de uma garantia jurídica, devido à grande exuberância da realidade, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo. Por isso, ante a insuficiência legal, é mister manter a seu lado, quando for omissa e quando impossível sua extensão analógica, as fontes subsidiárias do direito que revelem o jurídico²⁰⁴.

²⁰¹ BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 97.

²⁰² MIGUEL REALE. *Lições Preliminares de Direito*. 24.^a ed., 2.^a tir., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 155.

²⁰³ Ibidem, p. 156.

²⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 16.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 304.

O Direito costumeiro nasce por toda parte, de maneira anônima, ao passo que a lei, desde sua origem, se reveste de segurança e de certeza. Todavia, se por um lado o costume tem a finalidade de abarcar as relações sociais não compreendidas pela lei, não se pode perder de vista que quando se fala em restrições a direitos fundamentais, tal situação denota-se, de certa forma, prejudicial a esses direitos, tal a restrição exacerbada aos mesmos. Portanto, ao tratar de conceitos jurídicos indeterminados, é preciso ter em mente, sempre, a preocupação em utilizá-los de forma a lhes revestir de conteúdo garantista.

Enfim, com relação à última característica relacionada à ilicitude, tem-se moral como o conjunto de regras observadas pelos seres humanos com os quais o direito guarda afinidade²⁰⁵.

É importante ressaltar, acompanhando as lições de Celso Bastos e Ives Gandra, que o ato ilícito deve ser genérico, ou seja, é ilícito tanto o ato praticado pela associação quanto aquele praticado por um indivíduo isoladamente. Assim, ensinam os autores, “[...] se uma determinada finalidade pode ser praticada pelo indivíduo isoladamente, também há de o ser por uma associação”²⁰⁶.

Os fins reais da associação podem não corresponder aos fins declarados, ou seja, ela declara sua finalidade lícita e se constitui sob fins ilícitos. Nesse caso, a questão suscitada é se a polícia tem o direito de exigir licença prévia dos organizadores. A resposta encontra-se no próprio inciso, que não prevê qualquer autorização ou licença para sua constituição, garantindo, sim, ampla liberdade de se constituir uma associação. Se, após constituída regularmente, a associação passar a praticar atividades com finalidades ilícitas, cumpre verificar a ilicitude em processo regular e dissolvê-la mediante sentença judicial transitada em julgado. Nesse passo, as precisas lições de Sampaio Dória: “Se a associação, depois de reconhecida sua personalidade jurídica, der de praticar fins ilícitos, o que cumpre é verificar em processo regular a mistificação, e lavrar o Poder Judiciário sentença que a dissolva”²⁰⁷.

²⁰⁵ MORAL - *S. f.* (Lat. *Moralis*, de *mos*) Filos. Conjunto de regras abstratas de conduta, observadas pela coletividade humana ou por um grupo humano, em todos os tempos ou em determinado tempo, e com as quais o direito guarda afinidade. In ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário Jurídico*. 4.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, verbete: “moral”, p. 421.

Para o Dicionário da Língua Portuguesa contemporânea:

MORAL – *s. f.* 1. Conjunto das práticas, sentimentos e juízos relativos ao bem e ao mal e à conduta em geral. [...] 2. Conjunto de normas de conduta reconhecidas por um determinado grupo social [...]. 5. *Filos.* Teoria concebida sob forma normativa da ação humana enquanto sujeita ao dever e com vista ao bem; ciência do bem e do mal. ≈ ÉTICA. In ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA. *Dicionário da língua portuguesa contemporânea*. Lisboa: Editorial Verbo, 2001, verbete: “moral”, p. 2523.

²⁰⁶ BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 97.

²⁰⁷ SAMPAIO DÓRIA, Alfredo de. *Direito Constitucional*. V. 4.º, São Paulo: Max Limonad, 1960, p. 633.

Ainda, se o Poder Público, por intermédio de seus agentes, intervém arbitrariamente na associação, embaraçando seu funcionamento ou restringindo o direito, pode ser duplamente responsabilizado: político-administrativamente, de acordo com o disposto na Lei n.º 1.079/50²⁰⁸, por constituir crime de responsabilidade; penalmente, por incorrer em crime de abuso de autoridade, conforme previsão legal (Lei n.º 4.898/65)²⁰⁹.

Para o trâmite regular de constituição da associação, é necessário o registro da mesma em cartório. A Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015/1973), em seu artigo 115, veda o registro de atos constitutivos de pessoas jurídicas que contrariem a licitude, a moralidade, a segurança e a ordem pública ou social²¹⁰. Caso surta dúvida, o oficial de Registro deve encaminhar o problema para o Poder Judiciário tomar a decisão competente.

É de grande importância comentar, na linha doutrinária de Pontes de Miranda²¹¹, referente à apreciação da ilicitude dos fins, é necessário levar em conta os programas, estatutos, atas da associação, bem como o conjunto de atividades por ela exercido. Há limitação quanto ao fim, porém a associação é imune a medidas preventivas. Essa idéia vem justamente garantir a liberdade, sob pena de se incorrer no totalitarismo e amesquinhar o direito. Portanto, a liberdade de associação pode ser fiscalizada pelo Estado, mas essa

²⁰⁸ BRASIL. “Lei Federal n.º 1.079 de 10 de abril de 1951, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

Art. 7º. São crimes de responsabilidade contra o livre exercício dos direitos políticos, individuais e sociais:

[...]

9 - violar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do art. 141 e bem assim os direitos sociais assegurados no artigo 157 da Constituição.”

A referida lei está disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079consol.htm>. Acesso em: 15 mar. 2008.

²⁰⁹ BRASIL. “Lei Federal n.º 4.898 de 9 de dezembro de 1965, que regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade.

Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

[...]

f) à liberdade de associação.”

A referida lei está disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm>. Acesso em: 15 mar. 2008.

²¹⁰ BRASIL. “Lei Federal n.º 6.015 de 31 de dezembro de 1973, que Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.

Art. 115. Não poderão ser registrados os 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. (Renumerado do art. 116 pela Lei n.º 6.216, de 1975).

Parágrafo único. Ocorrendo qualquer dos motivos previstos neste artigo, o oficial do registro, de ofício ou por provocação de qualquer autoridade, sobrestará no processo de registro e suscitará dúvida para o Juiz, que a decidirá.” A referida lei está disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm>. Acesso em: 15 mar. 2008.

²¹¹ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 3.ª ed., v. 1, t. II, Rio de Janeiro: Guanabara, 1934, p. 162.

fiscalização tem por finalidade apenas evitar que haja desvio de seus fins. Ou seja, não importa em intervenção na constituição de seus órgãos diretores e nas suas relações sociais.

O autor afirma, ainda, que a liberdade de associação não exclui uma disciplina legal, o reconhecimento pelo Estado de certas categorias de associações, autorização para funcionar etc. Nesse sentido, explica que a lei deve disciplinar a vida interna da associação e assegurar que ela realize os fins para os quais foi criada, evitando que eles se desvirtuem. O trabalho vem de acordo com esse posicionamento, lembrando que a lei não pode, em momento algum, restringir ou aniquilar o direito, mas sim apenas regulamentá-lo, uma vez que se trata de norma constitucional de eficácia contida.

Para verificar a licitude do fim da associação, deve-se levar em conta, além de outros elementos, a atividade por ela exercida. A associação de fins ilícitos é nula – nulidade de pleno direito – isso porque inexistente o direito constitucional de associar-se para fins ilícitos. Todavia, a simples alegação – ou a prova – da ilicitude da associação não basta para que a polícia a dissolva. Apenas a Justiça pode cominar pena de nulidade, somente a ela cabe a dissolução da associação, portanto. Nesse diapasão:

A associação de fins ilícitos é nula - nulidade de pleno iure. Não existe direito constitucional a associar-se para fim ilícito. Uma vez estabelecida a associação, só o Poder judiciário pode dissolvê-la compulsoriamente. Pergunta-se: a alegação de ser ilícito o objecto da associação, ou a prova disso, basta para que a polícia a dissolva? A resposta é tirada da ciência do direito e dos próprios sistemas jurídicos em que não aparece, com tão clara explicitude, a frase final do art. 113, 12) “Nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária”; e essa resposta é negativa. Só a Justiça declara a nulidade absoluta, só ela anula, só ela comina pena de nulidade, só ela decreta dissolução.²¹²

A sentença judiciária é um critério que se concilia bem com a mais ampla garantia constitucional. Para o fechamento da associação em caráter definitivo, será preciso fazer um exame profundo das razões e das provas que podem fundamentá-lo, mas isso não impede que possa ser feito o fechamento em caráter provisório e preventivo, por prazo certo e fixado em lei. A respeito dessa afirmação final, sobre o fechamento em caráter provisório e preventivo, haverá capítulo específico discorrendo sobre a dissolução das associações e suspensão de suas atividades.

8.2.5 Base contratual

²¹² Ibidem.

A doutrina reconhece que um dos elementos do direito em análise é sua base contratual, pois ela vem ao encontro da vontade de aderir à associação. Isso porque os membros que a criaram têm liberdade para deliberar sobre seu estatuto, e o indivíduo interessado em aderir a ela utiliza-se de sua vontade para ingressar na mesma, desde que aceite os termos desse estatuto. Nessa linha de ensinamento, Luiz Alberto David Araujo & Vidal Serrano Nunes Jr. estabelecem: “A base contratual tem lugar à vista da voluntariedade da adesão à associação e ao seu teor estatutário, deliberado autonomamente por seus membros”²¹³. Associação é organização permanente e de base contratual, fundamentada no acordo de vontades dos aderentes.

O elemento contratual, apesar de constar como um dos elementos da lei francesa, é criticado por sua doutrina²¹⁴. Rivero comenta que o contrato é uma forma particular da categoria mais larga que é a de “acordo de vontades”. Entretanto, no contrato, os aderentes perseguem objetivos diferentes e ele cria, para as duas partes, situações jurídicas distintas, enquanto que na associação todos os aderentes perseguem o mesmo objetivo e o ato atribui os mesmos direitos e as mesmas obrigações para cada um. Segundo suas palavras,

*Encore l'analyse qu'elle donne de l'acte est-elle généralement contestée par la doctrine: la plupart des civilistes ne voient, dans le contrat, qu'une forme particulière de la catégorie plus large des accords de volontés. Alors que chacun de deux contractans poursuit un but différent et que le contrat fonde pour eux des situations juridiques distinctes – créancier pour l'un, le même but, et l'acte entraîne les mêmes droits et les mêmes obligations pour chacun; accord de volontés, par conséquent, mais nos pas contrat: acte collectif, selon les uns, acte-union, selon la théorie allemande de la Vereinbarung*²¹⁵.

Para o autor, portanto, seria necessário corrigir a definição legislativa, na qual a associação seria uma instituição que tem, em sua origem, um acordo de vontades²¹⁶.

Na realidade, a expressão contrato de associação é juridicamente incorreta, uma vez que o contrato se caracteriza por perseguir objetivos distintos, enquanto a associação se caracteriza pela convergência de vontades em busca de um mesmo objetivo.

²¹³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. Op. cit., p. 166.

²¹⁴ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 394.

²¹⁵ “A análise que ela dá do ato é geralmente contestada pela doutrina: a maior parte dos civilistas vêem no contrato uma forma particular da categoria mais ampla de acordos de vontades. Ainda que cada um dos contratantes persiga objetivos diferentes e o contrato crie para eles situações jurídicas distintas, credor para um, o mesmo objetivo, e o ato acarrete os mesmos direitos e as mesmas obrigações para cada; acordo de vontades, por consequência, mas não contrato: ato coletivo, segundo uns, ato-união segundo a teoria alemã da Vereinbarung.” Tradução livre.

²¹⁶ RIVERO, Jean. Op. cit., p. 395.

A doutrina brasileira define contrato como ajuste, convenção, transação firmada entre duas ou mais pessoas em busca de determinado fim. O contrato nasce, portanto, quando as partes contratantes assumem certas obrigações. Todavia, tais objetivos não necessariamente devem ser contrapostos. O contrato de associação pode ter finalidade de ajuda recíproca, por exemplo, em que todos os membros da associação, que se encontram em um pólo contratual, buscam a mesma finalidade, onde o contrato terá a função de viabilizar essa ajuda mútua.

O contrato apóia-se na convenção firmada entre as partes, resultante da livre manifestação de vontades. Em sua afiguração atual, ele é, portanto, a manifestação de vontade de que falava a doutrina francesa.

Se as duas vontades se ajustam, quer dizer, se combinam ou consentem na formação do contrato, este, então, surge, gerando as obrigações nele contidas, seja reciprocamente para as partes contratantes, quando é bilateral, seja para uma delas somente, quando é unilateral²¹⁷.

Se não houver a manifestação da vontade das partes contratantes, isto é, o consentimento delas, não se forma o contrato. Sua validade não se apóia apenas na convenção firmada entre as partes, que resulta da livre manifestação da vontade, mas também em objeto lícito e coisa certa. Verifica-se, portanto, apenas a título de observação, que o próprio contrato traz em si o objeto lícito, sendo dispensável a previsão da licitude da finalidade para a associação. O próprio contrato associativo só pode existir se for lícito, conseqüentemente a associação deve ser lícita, sendo desnecessária a previsão de sua finalidade lícita.

8.2.6 Voluntariedade

O direito de associação assegura à pessoa a liberdade de não ingressar em nenhuma associação contra sua vontade. Todavia, algumas associações, constituídas sob a forma de pessoas jurídicas de direito público, são obrigatórias, tais como a Ordem dos Advogados do Brasil, os sindicatos, os Conselhos Federais das categorias profissionais etc.

Voluntário, para os dicionários, é aquilo que não é forçado, ato realizado de acordo com sua vontade²¹⁸. A respeito da voluntariedade, ela é ínsita à própria idéia de liberdade. O termo liberdade, conforme doutrina Tércio Sampaio Ferraz Junior, inicialmente, entre os gregos, teve uma conotação fortemente política, não lhe sendo atribuída a noção de

²¹⁷ DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., verbete: “contrato”, p. 221.

²¹⁸ *Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*, cit., verbetes: “voluntário” e “voluntariedade”.

vontade. Com o advento do cristianismo, porém, cresce a importância da liberdade interna. Na medida em que os filósofos medievais assumiram a distinção entre querer e poder, introduziram na noção de liberdade um elemento novo. Essa distinção, em conformidade com o autor, traz para a liberdade a noção de liberdade de exercício. Dessa forma, a vontade passa a ser vista como opção, em que querer significará exercer o ato ou não exercê-lo. Essa possibilidade, que é inerente à vontade, será o cerne da liberdade²¹⁹.

Reitere-se, é elemento essencial da pessoa a autodeterminação de sua vontade; através desta sua característica, estará livre para escolher seus próprios fins. Livre é o indivíduo que pode dirigir seus atos espontaneamente. Frise-se, o primeiro direito do indivíduo é justamente o de poder livremente desenvolver suas próprias faculdades.

A pessoa escolhe ou não se associar e, caso opte pelo ingresso em determinada associação, fá-lo-á por entender que será benéfico a si próprio, e se sujeitará às condições impostas por ela. Nesse sentido, as finalidades da associação se coadunam com os fins aos quais ela busca (sejam particulares ou sociais, morais etc.).

A afirmação de que a associação é um “estado de solidariedade por similitudes”, já vista, anteriormente, quando se ocupou da finalidade comum, também retém em si a característica da voluntariedade, uma vez que as pessoas se reúnem porque encontram um elemento similar (ou vários) entre elas que justifica a reunião. A partir dessas similitudes, nasce a vontade de se associar.

A associação ainda tem por base a solidariedade entre seus membros, que encontra congruência tanto na voluntariedade quanto na finalidade. Solidariedade é o laço ou vínculo recíproco de pessoas, é a adesão a determinada causa, é a relação de responsabilidade existente entre pessoas unidas por interesse comum, de forma que cada elemento do grupo se sente na obrigação de apoiar os outros²²⁰. Traz em si a idéia de compromisso, de comunhão de propósitos que busca determinada finalidade. A definição desse termo bem elucida a sua inserção no elemento vontade, bem como demonstra a interligação existente entre esta e a finalidade, tendo como conector a própria solidariedade. Dessa forma, também é um elemento da vontade, que tem em vista o alcance da finalidade comum, existente na liberdade de associação.

²¹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*, cit., p. 77 e ss.

²²⁰ Para o Dicionário Eletrônico Houaiss, solidariedade é: “1. JUR compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas às outras e cada uma delas a todas. 2. laço ou ligação mútua entre duas ou muitas coisas ou pessoas, dependentes umas das outras. In *DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*, cit., verbete: “solidariedade”.

IX - DIREITOS COMPONENTES DA LIBERDADE ASSOCIATIVA

A liberdade de associação é composta por subdireitos ínsitos a ela. Alguns se referem diretamente à entidade associativa, havendo entre eles relação de oposição: são os direitos de criá-la e dissolvê-la. São direitos de exercício coletivo, visto que só podem ser realizados com a presença de um grupo de pessoas. Diante dessa divisão, fica mais claro entender por que a liberdade associativa é direito individual de exercício coletivo. Por outro lado, há aqueles que apresentam índole subjetiva, estão relacionados ao ser humano considerado em sua individualidade. Referem-se à possibilidade de, dada a existência de uma associação, ingressar nela ou dela desligar-se. São direitos individuais.

Nota-se que os direitos referentes à entidade associativa são pressupostos para o exercício dos direitos inerentes ao indivíduo. Para que uma pessoa exerça seu direito individual de ingressar em uma associação ou dela desligar-se, é necessário que ela exista, ou seja, que haja sido previamente criada. Por outro lado, se não houver a vontade de pelo menos dois membros permanecerem associados, a entidade deixará de existir. Há uma relação de dependência entre os direitos componentes dessa liberdade.

9.1 Direitos concernentes à entidade: criação e dissolução

A liberdade de criar associação e cooperativa deflui do próprio direito de liberdade; implica a possibilidade de o indivíduo, em conjunto com pelo menos mais um indivíduo, constituir uma associação sem impedimentos e oposições do Estado. Para esse aspecto (o de criação), a liberdade de associar-se é a de praticar o ato criador da associação.

Respeitada a finalidade lícita, sua criação independe de qualquer tipo de autorização. Assim, sua existência não está condicionada à vontade do Estado. Essa desnecessidade depreende do próprio texto constitucional, independentemente de lei. O texto veda a interferência estatal em seu funcionamento²²¹. Esse dispositivo, associado à garantia plena da liberdade de associação²²², possibilita a conclusão de que é vedada ao poder público

²²¹ BRASIL. “CF 88, art. 5.º, XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas, independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.”

²²² Art. 5.º, XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.” *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. 3.ª ed., Barueri, SP: Manole, 2006.

qualquer limitação preventiva da livre formação das associações. Os incisos são claros ao garantirem a plena liberdade de criação de associações e cooperativas, por um lado, e a vedação da interferência estatal no funcionamento das associações, por outro.

A menção à expressão “na forma da lei” está relacionada à forma de criação da cooperativa, e não à autorização para essa criação. Significa que a cooperativa deve ser criada na forma da lei, mas ela não necessita de autorização para sua criação. Nesse sentido, o direito apresenta natureza nitidamente negativa, porque o Estado o satisfaz ao não interferir na formação dessas entidades, por qualquer razão: seja para proibi-las ou dificultar seu funcionamento.

A associação, como pessoa jurídica de direito privado, nasce com o registro de seus atos constitutivos no órgão competente, seguindo o rito prescrito pelo direito civil. A Lei de Registros Públicos prevê a vedação de registro de atos constitutivos de pessoas jurídicas que contrariem a licitude, a moralidade, a segurança e a ordem pública ou social²²³. A esse respeito, cabe análise da recepção desse artigo face ao Texto de 1988.

A Constituição prevê ampla liberdade de criação, vedando apenas a finalidade ilícita. A lei fala em vedação caso contrarie a licitude, a moralidade, a segurança e a ordem pública ou social. Com relação ao primeiro requisito, está em consonância com a Constituição. A moralidade, conforme já foi visto, é modalidade de licitude. A segurança pode ser conceito inserto na idéia de licitude, uma vez que não se admite, no ordenamento jurídico, atos inseguros. Entretanto, há que se atentar ao significado de segurança que o texto pretende. Não é possível vedação genérica sob o argumento de se proteger a segurança. A ordem pública ou social também é conceito aberto, que deve ser lido e analisado com muita cautela, tendo em vista que remete à idéia muito presente em tempos ditatoriais.

Nesse sentido, a lei não pode trazer vedações além das dispostas pelo Texto Maior. Desse modo, o que restringe a liberdade não é permitido pela Carta de Direitos. Portanto, adaptando o texto legal à Constituição, conclui-se que o registro só pode ser vedado nos casos em que as pessoas jurídicas contrariem a licitude da associação.

Se houver dúvida, o oficial de registro encaminhará o problema para o Poder Judiciário tomar a competente decisão, que o fará levando-se em conta a interpretação

²²³ BRASIL. “Lei Federal nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.” A referida lei está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6015.htm>. Acesso em: 16 mar. 2008.

sistemática, teleológica e principiológica da Constituição cidadã, que privilegia os direitos e garantias fundamentais.

O direito de criação é denominado direito à existência, ou metaforicamente, à vida. Criada a entidade, a autoridade não pode intervir em seu funcionamento (a vedação da interferência estatal em seu funcionamento é uma de suas garantias). Por outro lado, o direito de associação engloba, também, a possibilidade de dissolução espontânea, uma vez que não é possível compelir a associação a existir.

O término da existência ou a dissolução das associações e das cooperativas, como pessoas jurídicas de direito privado, pode ocorrer de duas formas: voluntariamente, hipótese inserta nos direitos concernentes à entidade, objeto do presente capítulo, em que as associações são dissolvidas pela própria vontade. A associação, criada livremente, se não houver mais interesse, pode ser dissolvida por vontade de seus membros. Outra forma é a involuntária, isto é, por ingerência estatal. É hipótese atinente às garantias coletivas do direito, objeto de capítulo próprio. Constitui garantia inerente ao direito de associação de somente ter suas atividades suspensas ou ser a entidade dissolvida por decisão do Poder Judiciário. Afasta-se, assim, a hipótese de ingerência estatal em seu funcionamento.

Assim como surgiu a vontade de criar, manifesta-se, neste momento, a vontade de dissolvê-la. O elemento vontade, fundamental à liberdade, aparece nos dois contextos: criação e dissolução. Em razão da possibilidade de dissolução espontânea, afirma-se, conforme já foi visto²²⁴, que ela se pretende permanente, ou seja, duradoura no tempo, mas essa permanência não pode significar impedimento à sua dissolução.

A forma de dissolução é inversa à de criação. Pelo princípio do paralelismo das formas, a associação é um contrato que deve ser dissolvida pelo distrato. A Lei n.º 10.406/2002 (Código Civil) disciplina que é requisito essencial ao estatuto o estabelecimento das condições para sua dissolução²²⁵. É de grande valia ressaltar que o estatuto pode – e deve, sob pena de nulidade – estabelecer as condições para a sua dissolução, entretanto, não pode prever condições tais que impossibilitem ou dificultem a dissolução da entidade, sob pena de esvaziar o sentido desse direito concernente à associação.

A associação pode ser dissolvida pela simples vontade dos integrantes, obedecidas as condições do estatuto. Mesmo que não haja motivo concreto para essa dissolução, há de se respeitar a vontade dos membros de não permanecerem mais com o vínculo associativo. Não

²²⁴ Ver item 6.2.3 do trabalho.

²²⁵ BRASIL. “CC, art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá: VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.”

se imagina uma associação sem associados, não se admite a obrigatoriedade do membros permanecerem na entidade contra sua vontade. Logo, se todos os integrantes resolverem se desligar da entidade, ela necessariamente se dissolverá. Nesse caso, obedecidas as condições do estatuto, o órgão deliberativo providenciará a dissolução formal da entidade.

Uma vez dissolvida, o remanescente de seu patrimônio líquido será destinado a entidade de fins não-econômicos prevista no estatuto ou, na falta de previsão, a uma instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes, designada por deliberação dos associados²²⁶.

Caso não haja patrimônio líquido mas haja dívida, ela deve ser regularizada perante seus credores para, após, ser regularmente dissolvida. Essa exigência não vem de encontro à liberdade constitucional de dissolução da associação, mas está em consonância com os propósitos do Direito, sob pena de transformá-la em instrumento de impunidade. Permitir a dissolução com dívidas dificultaria, ou até impossibilitaria sua responsabilização perante os credores. O Direito não protege essa situação. A entidade deve regularizar sua situação financeira para, após, passar pelo trâmite regular de dissolução.

9.2 Direitos inerentes ao indivíduo: adesão e desligamento

São direitos inerentes ao indivíduo a possibilidade de aderir a uma associação já constituída, bem como dela se desligar. O direito de adesão está relacionado à própria liberdade que lhe é inerente, ou seja, ninguém pode ser obrigado a associar-se. O impulso de

²²⁶ “CC, 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, omissa esta, por deliberação dos associados, à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

§ 1.º 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.

§ 2.º 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.”

“CC, art. 56. A qualidade de associado é intransmissível, se o estatuto não dispuser o contrário.

Parágrafo único. Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, ‘de per si’, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa do estatuto.”

ingressar em uma associação é livre, o ingresso é voluntário. Essa liberdade assegura tanto a possibilidade de a pessoa não ingressar em nenhuma associação contra a sua vontade quanto a de ingressar livremente, atendidos os requisitos legais e do estatuto. Isso significa que o órgão deliberativo, composto na forma da lei, não poderá discriminar duas pessoas em situações idênticas, sob pena de ferir o princípio constitucional da isonomia. Nesse sentido, obedecidos os requisitos legais e estatutários, o indivíduo possui o direito subjetivo de se associar a entidade de seu interesse. Não há justificativa pessoal por parte da entidade que fundamente a recusa do ingresso da pessoa que deseja se associar.

Entretanto, é preciso lembrar a existência de associações fechadas. Exemplo típico são as maçonarias. Nesse caso, o próprio estatuto prevê as condições para o ingresso dos membros, restringindo a admissão de associados. Essa restrição não é inconstitucional, uma vez que ela foi criada para uma finalidade específica, adstrita a determinados membros. O Estatuto, respeitando primordialmente os preceitos constitucionais e também os dispositivos legais, tem liberdade para criar a associação da forma que convier aos interessados, sob pena de ferir a própria liberdade. Se aos criadores interessa constituir uma associação fechada a determinados membros, respeitada a finalidade lícita e os outros preceitos constitucionais, eles são livres para criá-las.

Não se pode obrigar ninguém a se associar; o contrário também é válido: ninguém poderá ser compelido a permanecer associado. Conforme já visto, a liberdade de associação caminha em mão dupla: assim como é possível compor e descompor, para o indivíduo também há a permissão de ingressar ou retirar-se. Para isso, devem ser observados alguns requisitos. De acordo com o Código Civil, o estatuto deve prever, sob pena de nulidade, os requisitos para a admissão, demissão e exclusão de seus associados, assegurado o direito de defesa e de recurso no caso de exclusão, que só é admissível havendo justa causa²²⁷.

O desligamento do associado pode dar-se de duas formas: voluntariamente, caso em que ele se demite; involuntariamente, na hipótese de desligamento por vontade da própria associação, que o excluirá de seu quadro. O Código Civil prevê que a exclusão só é admissível se houver justa causa, assegurado o direito de defesa e de recurso.

²²⁷ “CC, 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.”
Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. A referida lei está disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 mar. 2008.

X - TITULARIDADE

10.1 Associação: direito individual de exercício coletivo

Com o desenvolvimento da sociedade, os indivíduos continuaram a ser titulares dos direitos fundamentais, mas tais direitos se desenvolveram e transpassaram a individualidade. Surgiu a preocupação com grupos que, em razão desse desenvolvimento, apresentavam-se fragilizados, necessitando de uma proteção maior. Na segunda dimensão de direitos, os titulares continuaram sendo os seres humanos, ou melhor, grupos de seres humanos, porém os destinatários desses direitos não eram mais os indivíduos em geral, mas aqueles vistos num contexto diferenciado. Para a terceira dimensão, a preocupação ampliou-se ao macrocosmo. Os titulares continuaram sendo os seres humanos, mas reconheciam-se destinatários enquanto parte da Nação, do mundo globalizado, que se preocupavam com seus cidadãos, com a qualidade de vida do grupo. Nota-se, então, que a titularidade, nesse caso, também é distinta da destinação do direito.

Uma questão peculiar à liberdade de associação diz respeito ao destinatário da norma, consiste em reconhecer-lhe destinação individual ou coletiva. A Constituição brasileira acolheu sob o mesmo Título (Título II) direitos de diversas naturezas, não tendo uma metodologia específica. Desse modo, sob o tema Direitos e Garantias Fundamentais encontram-se direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e de partidos políticos. Para o trabalho, com o intuito de encontrar o titular e o destinatário da liberdade de associação, interessam apenas os direitos individuais, coletivos e sociais.

Os direitos individuais são aqueles destinados à limitação do Estado, que possuem a finalidade de atribuir ao indivíduo direitos de liberdade, fruíveis e reivindicáveis individualmente. São os direitos imputáveis aos indivíduos como tal. Os direitos sociais são as prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos. São direitos que se ligam ao direito de igualdade, na medida em que “tendem a realizar a igualização de situações desiguais”²²⁸. Os direitos coletivos são aqueles conferidos em razão da coletividade, e não mais em função de interesse individual. Existem, ainda, os direitos de expressão coletiva, aqueles que, porquanto sejam direitos individuais, o são em função de

²²⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 285.

uma pluralidade de pessoas vinculadas entre si dentro de uma coletividade. Existe o interesse coletivo que fundamenta o reconhecimento desses direitos ao indivíduo. Para Luiz Alberto & Vidal Serrano²²⁹, a expressão direitos coletivos alude tanto aos direitos coletivos propriamente ditos como aos de expressão coletiva.

Nessa trilha de pensamento, é possível afirmar que a liberdade de associação é direito individual de expressão coletiva, pois conferida a todo ser humano, individualmente considerado, mas que só se realiza através do exercício coletivo, só pode ser exercido em conjunto. É preciso lembrar que um dos elementos do direito de associação é a plurissubjetividade, ou seja, a necessidade de duas ou mais pessoas para a sua existência. Verifica-se, pois, que o direito é individual, mas ele só pode ser exercido coletivamente, com a reunião de duas ou mais pessoas.

Cumprido salientar que a titularidade é individual, mas a destinatária do direito é a coletividade. Nesse rumo, não é possível criar uma associação com a finalidade de conferir benefícios a um único indivíduo. É preciso ter em mente que um dos elementos da associação são os fins comuns, ou seja, a finalidade voltada a proteger os interesses de todos os integrantes. Desse modo, cada indivíduo será beneficiário do direito, mas não isoladamente considerado, e sim inserido no universo daquela coletividade.

10.2 Pessoas jurídicas

Por fim, é de grande valia analisar se as pessoas jurídicas estão albergadas pelo direito de associação. Quando se fala em direitos individuais e coletivos, ou melhor, em direitos fundamentais em geral, fala-se em direitos conferidos aos seres humanos. Foi com esse intuito que surgiram as declarações de direitos, com o fim de proteger o ser humano. Portanto, deve-se levar em conta a finalidade da norma.

A proteção das associações de pessoas jurídicas não figura entre os propósitos da norma constitucional. Essas formas associativas encontram amparo jurídico no direito infraconstitucional e em outros dispositivos constitucionais. José Afonso da Silva apresenta o mesmo entendimento, afirmando que a pessoa jurídica que deseja associar-se a outras pessoas jurídicas ou a pessoas físicas, não pode invocar essa liberdade constitucional, prevista dentre os direitos e garantias fundamentais.

²²⁹ *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 114.

XI - GARANTIAS COLETIVAS DO DIREITO DE ASSOCIAÇÃO

Outro tópico de interesse ao trabalho diz respeito às garantias inerentes à liberdade associativa, pois não basta que um direito seja simplesmente reconhecido e declarado; é necessário garanti-lo para evitar que em algumas ocasiões ele possa vir a ser discutido e violado. Portanto, para o reconhecimento pleno de um direito são necessárias condições assecuratórias de seu exercício. Dessa forma, existem disposições meramente declaratórias de um direito, que são aquelas que lhe conferem existência legal, e as disposições assecuratórias, que, em defesa dos direitos, limitam o poder.

A terminologia adotada não apresenta rigorosismo técnico. Muitas vezes, no texto constitucional, as garantias são declaradas e os direitos são apresentados de forma assecuratória. Dessa maneira, a Constituição reconhece e garante alguns direitos, enunciando garantias através da declaração de inviolabilidade. Em outros momentos, os direitos e as garantias encontram-se na mesma disposição constitucional.

Na teoria constitucional, são diversos os significados de garantias. Para o trabalho, importam as garantias constitucionais definidas por José Afonso da Silva como “imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de violação, a reintegração dos direitos fundamentais”²³⁰. O conjunto das garantias constitucionais engloba as gerais, que são instituições que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos para impedir o arbítrio do Poder Público e garantir o respeito aos direitos fundamentais, e às garantias especiais.

As garantias constitucionais gerais cuidam da limitação institucional do poder. Para que se garanta a proteção eficaz da pessoa humana contra o arbítrio do Poder Político, duas espécies de instituições devem combinar-se: o princípio democrático e a separação de poderes. Portanto, as garantias constitucionais gerais (ou institucionais) constituem importante instrumento de preservação dos direitos humanos.

Conforme preleciona Fábio Konder Comparato, “a instituição-matriz dos direitos humanos, na História, foi a limitação institucional do poder político”²³¹. Entretanto, durante todo o século XIX a doutrina jurídica preocupou-se muito mais em analisar o aspecto

²³⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 61.

²³¹ COMPARATO, Fábio Konder. O reconhecimento de direitos coletivos na esfera internacional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 23, p. 5-11, 1998.

subjetivo dos direitos humanos do que em teorizar sobre as instituições de organização estatal que tivessem por finalidade garantir o respeito a esses direitos.

O autor ressalta a importância do estabelecimento de mecanismos objetivos de organização do Estado para a garantia dos direitos humanos. A aplicação das próprias garantias judiciais depende do funcionamento desses mecanismos. Nesse passo, é possível afirmar que as garantias institucionais têm por finalidade, dentre outras, o reconhecimento e a aplicação das garantias judiciais.

No entendimento de Fábio Comparato, as garantias institucionais são as formas de organização do Estado que têm por função assegurar o respeito aos direitos fundamentais, não apenas às liberdades individuais, mas a todas as espécies de direitos humanos, como, exemplificativamente, os institutos da seguridade social, o sistema público de ensino²³². O autor entende, inclusive, que essas garantias devem ser analisadas como princípios fundamentais do ordenamento constitucional.

As garantias constitucionais especiais são as que conferem aos titulares dos direitos fundamentais os meios, as técnicas, os instrumentos para estabelecer o respeito e a exigibilidade de seus direitos. Elas não constituem um fim em si mesmas. São instrumentais, ou seja, servem de instrumentos para a tutela de um direito principal. Essas normas constituem meio de obtenção das vantagens e benefícios decorrentes dos direitos que visam garantir. São permissões concedidas pelo direito constitucional para a defesa de outros direitos principais e substanciais. Por essa razão, são considerados conexos aos direitos fundamentais. As garantias constitucionais especiais são autênticos direitos públicos subjetivos, porque são concedidas pelas normas constitucionais aos particulares para exigir a observância e o cumprimento dos direitos fundamentais em concreto, importando atuações do Poder Público ou vedações destinadas a fazer valer tais direitos. O presente capítulo tratará da análise das garantias constitucionais especiais, que são garantias coletivas estatuídas em favor de determinado direito fundamental, no caso, a liberdade de associação.

11.1 Limitação ao poder do Estado

Uma das garantias inerentes à liberdade de associação é a vedação de interferência Estatal no funcionamento das associações e das cooperativas. A liberdade de associação

²³² Ibidem., p. 7.

pressupõe a liberdade de sua criação e funcionamento. A interferência do Estado no funcionamento das associações impede o seu nascimento. É livre não somente o direito de associar-se como o de criar associação e não ter em seu funcionamento a interferência estatal.

A liberdade de associação apresentou diversas feições no decorrer dos textos constitucionais brasileiros. A primeira Constituição brasileira, imperial, datada de 1824, não a previu dentre os direitos fundamentais do ser humano, conforme já foi visto no decorrer do trabalho. Tal situação justifica-se em razão da aversão do direito de associação na França, agasalhada também por outros países na Europa, e que influenciou o direito brasileiro. Contudo, do ponto de vista prático, levou ao funcionamento de diversas organizações, principalmente de cunho político, visto que não estavam proibidas.

O Texto de 1891 (art. 72, parágrafo 8.º) contemplou a liberdade de associação juntamente com a reunião, sem tecer maiores detalhes. Vislumbrava-se, à época, a liberdade irrestrita de associação e a impossibilidade de intervenção policial. Entretanto, não havia menção à vedação de interferência estatal. A interferência não era proibida, porém, também não era permitida.

A Constituição de 1934 (art. 113, n.º 12) garantiu a liberdade de reunião e a de associação separadamente. Inovando, garantiu a existência da associação, podendo ser dissolvida apenas por sentença judicial. A Carta de 1937 (art.122, n.º 9), diferentemente, previu apenas a liberdade de associação com fins não contrários à lei penal e aos bons costumes, redação que parece regredir na amplitude da garantia do direito.

A Carta de 1946 (art. 141, parágrafo 12) também previu a liberdade de associação para fins lícitos, mas trouxe a garantia de sua dissolução apenas por sentença judicial, reproduzindo a técnica do Texto Constitucional de 1934. A Constituição de 1967, assim como a Constituição de 67 com a Emenda Constitucional n.º 01, de 1969, acompanharam a redação dada pelo Documento anterior.

Finalmente, a Constituição brasileira de 1988 inovou, trazendo o direito de associação e suas disposições assecuratórias. Desse modo, garantiu a vedação de interferência estatal em seu funcionamento, previu a possibilidade de sua dissolução apenas por sentença judicial transitada em julgado (inovou nesse aspecto), bem como trouxe outros elementos da associação que, na realidade, são inerentes a ela e apenas foram explicitados por esse novo Documento Constitucional cidadão.

É de grande valia ressaltar a íntima relação entre a garantia de vedação de interferência estatal, ora em referência, e a finalidade lícita estudada como um dos elementos

da associação. Sendo lícito o objetivo perseguido, e tendo sido observada a forma prescrita em lei, as associações e as cooperativas podem funcionar livremente, sem a interferência do Estado.

A respeito da forma prescrita em lei, urge observar que a Constituição não transfere à norma infraconstitucional competência para inovar o direito. Cabe à lei apenas regulamentá-lo, observados os preceitos constitucionais. Quem estabelece a amplitude e o conteúdo da liberdade em comento é a própria Constituição. Entretanto, a existência e o funcionamento da associação estão condicionados à presença de um de seus elementos: o objeto lícito. Pode-se dizer, portanto, que esse elemento é condicionante de seu funcionamento. Por outro lado, cabe ressaltar que a dissolução da associação somente pode ter por fundamento a ilicitude de seu fim, pois se fosse possível a dissolução de associação de finalidade lícita, sua existência ficaria à mercê do Estado. Os únicos limites impostos como vedação à liberdade de associação são aqueles que a própria Constituição define, quais sejam, a ilicitude dos fins e o caráter paramilitar. Não é dado à lei criar exigências que obstaculizem o exercício do direito constitucionalmente assegurado.

Verifica-se, pelo exposto, que é vedado ao Poder Público interferir no funcionamento das associações e das cooperativas. A vedação é uma dedução natural do princípio da liberdade de associação. Cumpre ressaltar que se veda tanto a interferência *a priori*, quanto *a posteriori*. Nesse sentido, o Estado não pode interferir na criação das associações, desde que o objeto seja lícito, conforme já foi visto neste capítulo e no decorrer do trabalho.

O inciso XVIII da Constituição de 1988, já comentado em capítulo específico (direitos componentes da liberdade associativa) garante a criação de associações e de cooperativas independentemente de autorização. Mais uma vez, ressalta-se a vedação da interferência estatal, que, nesse caso, é *a priori*. Dessa forma, é salutar que se reitere, a criação de associações independe de autorização, sem qualquer remissão à possibilidade de a lei dispor sobre o assunto, daí porque as exigências de ater-se ao constitucionalmente previsto, ou seja, proibição de associações com finalidade ilícita e caráter paramilitar²³³.

O Poder Público tampouco pode interferir no funcionamento de uma associação já criada. Há, ainda, a vedação à sua dissolução por parte do Poder Executivo, exigindo-se o controle tão-somente pelo Poder Judiciário, com o trânsito em julgado da sentença. Desse modo, veda-se a intervenção arbitrária do Estado na vida da associação. Reconhece-se o

²³³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 101.

direito à existência da associação, segundo o qual elas não podem ser dissolvidas, exceto em virtude de decisão judicial transitada em julgado. Com isso, impede-se que sua existência fique na dependência da boa vontade do Poder Executivo.

A interveniência arbitrária do Poder Público nas associações, por intermédio de seus agentes, pode provocar dupla responsabilidade, conforme as leis abaixo, já citadas antes:

- a) De ordem político-administrativa: como crime de responsabilidade, na forma da Lei Federal n. 1.079/50. O artigo 7.º, n.º 09 define como crime de responsabilidade qualquer atentado patente a direitos e garantias individuais ou sociais.
- b) De ordem penal: como crime de abuso de autoridade, conforme Lei Federal n.º 4.898/65. De acordo com o artigo 3.º, alínea “f” da referida lei, constitui abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade de associação.

11.2 Segurança jurídica à existência das associações e cooperativas

Outra garantia inerente à liberdade de associação refere-se à necessidade de decisão judicial para dissolução das associações ou suspensão de suas atividades. Esse tópico refere-se à forma como ela deixa de existir. O término da existência das associações e das cooperativas, como pessoas jurídicas de direito privado, pode ocorrer de duas formas:

- a) voluntariamente: hipótese em que as associações são dissolvidas por simples vontade. Essa possibilidade decorre da própria liberdade de associação, ou seja, caso não haja mais interesse, ela pode ser dissolvida pela vontade de seus associados. É a forma mais comum de dissolução das associações, que, como foi visto em capítulo anterior, decorre do direito propriamente dito. Não será objeto de estudo no presente tópico do trabalho, uma vez que já foi analisada. Entretanto, interessa ao capítulo a hipótese involuntária de dissolução das associações, visto que essa, sim, está diretamente relacionada ao estudo em questão.
- b) involuntariamente: forma que decorre da ingerência estatal no funcionamento da associação. Cumpre ressaltar que constitui garantia inerente ao direito de associação apenas ser dissolvida ou ter suas atividades suspensas por decisão do Poder Judiciário. As associações têm um verdadeiro direito à existência. Tal garantia afasta a hipótese da ingerência estatal no seu funcionamento.

Sampaio Dória comenta que a Constituição não deixa margem a dúvidas. Se a associação, depois de reconhecida sua personalidade jurídica, passar a praticar atividades

ilícitas, cumpre ao Poder Judiciário verificar em processo regular e lavrar sentença que a dissolva²³⁴. Frise-se que cabe apenas ao Poder Judiciário dissolver as associações na forma involuntária.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sobre a vedação da interferência estatal no funcionamento da associação, já verificado acima, isso impede que a sua existência e o seu término fiquem na dependência da boa vontade do Poder Executivo²³⁵. Em realidade, ambas as garantias andam juntas, tendo em vista que a vedação dirige-se à interveniência do Estado nas associações, seja em seu funcionamento regular, seja em seu término. Isso significa que se veda literalmente a interferência estatal no direito fundamental em comento, o que demonstra que nesse aspecto a Constituição cumpriu, com louvor, a proposta de limitar o poder do Estado através da garantia de direitos do indivíduo.

Melhor explicando, só se atinge verdadeiramente um Estado Democrático de Direito através da limitação de poderes e da garantia de direitos aos indivíduos. Reconhecem-se os direitos justamente com a finalidade de frear o arbítrio do poder estatal. No caso em tela, além do reconhecimento do direito de associação, a Constituição previu a garantia de efetividade de tal direito, consubstanciando-se através da expressa limitação ao Poder Estatal.

Quando se falou da primeira garantia da liberdade associativa, verificou-se que a primeira Constituição que encampou a garantia da necessidade de decisão judicial para dissolução das associações foi a de 1934 (art. 13, n.º 12), prevendo a possibilidade de dissolução apenas por sentença judicial. A Carta de 1937 (art. 122, n.º 9), diferentemente, previu apenas a liberdade de associação com fins não contrários à lei penal e aos bons costumes, redação que não trouxe nenhuma disposição assecuratória do direito. A Constituição de 1946 (art. 141, § 12) também previu a liberdade de associação para fins lícitos, mas trouxe novamente a garantia da dissolução da associação apenas por sentença judicial, reproduzindo a técnica da Constituição de 1934, seguida pela Constituição de 1967 e pela Constituição de 67 com a Emenda Constitucional n.º 01 de 1969. Por fim, a Constituição brasileira de 1988 inovou, trazendo o direito de associação e suas disposições assecuratórias. Previu a possibilidade de dissolução das associações apenas por sentença judicial transitada em julgado. É importante realçar duas inovações trazidas pela Constituição cidadã: a primeira diz respeito à necessidade de trânsito em julgado da sentença que determina a dissolução da associação. A segunda refere-se à inovação da necessidade de decisão judicial para suspender

²³⁴ SAMPAIO DÓRIA, Alfredo de. *Direito Constitucional*, cit., p. 633.

²³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 44.

a associação. Nesse último aspecto, as Constituições anteriores foram omissas, dando margem à suspensão das atividades das associações por mera decisão administrativa.

A Constituição Federal, no inciso XIX do artigo 5.º, determina 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. A regra constitucional protege as associações da atuação eventualmente arbitrária do legislador e do administrador. Reitere-se, só o Poder Judiciário, através do processo competente, pode decretar-lhes a dissolução compulsória, após o trânsito em julgado da decisão.

Conforme interpretação do inciso, a suspensão das atividades pode dar-se pela decisão judicial pendente de recurso. No entendimento de José Afonso da Silva, para a suspensão também deveria ser exigido o trânsito em julgado da decisão²³⁶. Entretanto, não parece ser essa a determinação constitucional. Constata-se, portanto, que a distinção entre a suspensão e a dissolução da entidade refere-se à desnecessidade de trânsito em julgado da decisão no primeiro caso, e necessidade no segundo.

A Constituição não faz referência a quais seriam as razões que poderiam ditar uma medida capaz de levar à suspensão ou dissolução da entidade, e diante dessa omissão constitucional pode-se concluir que tais medidas só são possíveis se desaparecidos um ou alguns dos requisitos para sua constituição.

Desse modo, mesmo a atuação judicial encontra limitações constitucionais, concernentes às vedações à liberdade associativa: não se permitem associações que persigam fins ilícitos ou que tenham caráter paramilitar. Na linha de pensamento de Celso Bastos & Ives Gandra, é necessário fazer referência à extinção da associação quando tenha ocorrido falsidade nos próprios atos constitutivos²³⁷.

Nesses casos, o Poder Judiciário está autorizado a dissolver a associação, tendo em vista que ela não obedece aos requisitos constitucionais. Tal dissolução só pode ter por fundamento a ilicitude de seu fim, contrário à ordem pública. Reiterando, se fosse possível a dissolução de associação de finalidade lícita, a existência desta ficaria à mercê do Estado.

À luz da Constituição de 1934, foi editada uma lei para regulamentar o disposto no texto constitucional, definindo as associações destinadas a fins ilícitos e as formalidades processuais impostas para a dissolução legal. É importante frisar que, mesmo nesses casos, apenas o Poder Judiciário pode dissolver essas associações. Só a Justiça pode declarar

²³⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 266/267.

²³⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 104.

nulidade absoluta. Só ela pode decretar a dissolução. Trata-se de garantia constitucional que obsta qualquer outro meio de apreciação da nulidade absoluta ou relativa das associações²³⁸.

Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1934, já afirmava: “Só a Justiça declara a nulidade absoluta, só ela anula, só ela comina pena de nulidade, só ela decreta dissolução”²³⁹. Em matéria de dissolução, vigoram tanto o princípio da tipicidade, pelo qual só se pode decretá-la nos casos previstos em lei, como o princípio da reserva de decisão judicial, segundo o qual só o Poder Judiciário pode decidir sobre o assunto²⁴⁰. Os atos emanados do Poder Executivo ou do Legislativo que provoquem a dissolução compulsória das associações com finalidade ilícita ou caráter paramilitar são inconstitucionais.

O Decreto-lei 9.085, de 25 de março de 1946, dispõe sobre o registro civil das pessoas jurídicas. De acordo com a norma, as pessoas jurídicas que tiverem por objeto atividades ou fins ilícitos, contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral ou aos bons costumes não poderão ter seus atos constitutivos registrados. Caso seja concedido o registro, abre-se a possibilidade de propositura de ação judicial de dissolução.

Ao que parece, o referido texto normativo foi recepcionado pela Constituição de 1988. Entretanto, uma observação há de ser feita: a redação do dispositivo traz conceitos muito amplos, indeterminados, que necessitam de integração interpretativa. Tal situação pode trazer insegurança ao ordenamento, bem como dar margem à restrição do direito associativo, uma vez que atribui ao Poder Público a competência para definir o significado desses conceitos.

O Decreto-lei prevê, ainda, que as associações que tiverem adquirido personalidade jurídica mediante falsa declaração de seus fins, ou passarem a exercer atividades ilícitas depois de registradas, poderão ser suspensas pelo Governo por prazo não excedente a seis meses. A esse respeito, parece que o artigo não foi recepcionado pela Constituição de 1988, tendo em vista o que já foi dito anteriormente: as associações só poderão ter suas atividades suspensas por decisão judicial. É importante lembrar que a norma foi editada em 1946, à luz da Constituição de 1946, com caráter ditatorial.

²³⁸ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. cit., p. 163.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Op. cit.*, p. 104.

XII - VEDAÇÕES

O capítulo atual está diretamente relacionado ao anterior, tendo em vista que são as vedações que autorizam a dissolução das entidades associativas por via judicial. A Constituição de 1988 prevê expressamente duas restrições à liberdade associativa. São elas: vedação das associações com finalidades ilícitas e as que possuam caráter paramilitar. É importante salientar que a Constituição veda expressamente apenas as associações com caráter paramilitar; a outra vedação decorre de um dos elementos da liberdade associativa. Em que pese tal comentário, ambas são vedações à liberdade de associação.

12.1 Fins ilícitos

A finalidade lícita é aquela que não contraria o ordenamento jurídico; é um dos elementos essenciais à associação. Em realidade, a Constituição não previu restrição a elas com finalidade ilícita. Ao contrário, positivou a liberdade de associação apenas para fins lícitos. É possível afirmar, portanto, que este é um dos elementos essenciais à liberdade de associação, já tendo sido estudado com maiores detalhes no capítulo destinado aos elementos da associação. Conseqüentemente, umas das vedações a tal direito são as entidades associativas com fins ilícitos. Portanto, no presente tópico serão trazidos breves comentários sobre a definição de finalidade ilícita.

A associação se reveste de inúmeras modalidades, de acordo com os fins a que se destina. Podem apresentar caráter comercial, civil, político, científico, de beneficência etc. O que torna indesejáveis essas iniciativas é sua finalidade antissocial ou antijurídica. As associações com fins imorais ou subversivos perdem a proteção do Estado e, portanto, não servem para a realização de suas finalidades, de seus objetivos. Como exemplo, as associações destinadas a explorar jogos de azar não autorizados, a prostituição, a prática de crime ou contravenção. Não é necessário que o fim ilícito caracterize infração penal, afinal, fins ilícitos não são apenas aqueles sancionados pela lei penal, mas também as finalidades às quais a ordem jurídica não pode amparar, como nos casos que resultam de ofensa à moral ou aos bons costumes. Nesses casos, a finalidade configura-se como ilícita.

Cumpra salientar que a finalidade ilícita configura conceito vago, impreciso, passível de interpretação constitucional. E todo conceito com essas características deve ser analisado com cautela, uma vez que o intérprete se vale, dentre outros, de mecanismos sociológicos, além de estar imbuído de julgamentos internos, principalmente nos casos de interpretação a esses conceitos. Portanto, ainda que seja primordial proceder à interpretação de um dado conceito, é necessário e imprescindível levar em consideração os direitos garantidos na Constituição como um todo, procedendo, inclusive, à interpretação sistemática para alcançar o real significado buscado pela Constituição para todos os direitos ali garantidos.

A legislação infraconstitucional – Lei de Registros Públicos, artigo 15, já elencado no capítulo VIII desse trabalho, porém de suma importância para o desenvolvimento do presente capítulo – prevê:

Não poderão ser registrados os 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.

Parágrafo único: ocorrendo qualquer dos motivos previstos neste artigo, o oficial do registro, de ofício ou por provocação de autoridade, sobrestará no processo de registro e suscitará dúvida para o juiz, que a decidirá.²⁴¹

Verifica-se que a norma infraconstitucional acrescenta novas hipóteses à redação do artigo constitucional. Nesse caso, é necessário interpretá-la à luz da Constituição.

Para o presente trabalho, a interpretação buscará sempre garantir a amplitude do direito de associação. Os objetivos contrários, nocivos ou perigosos ao bem público devem ser claros, explícitos; a segurança do Estado é conceito que deve estar adstrito em lei; ordem pública e social são termos que devem ser interpretados, sob pena de incorrer-se em arbitrariedade estatal.

Ao falar em ilicitude, a Constituição Federal encampou uma solução mais limitativa do direito de associação que, de acordo com Celso Bastos, afigura-se mais conveniente, pois permite negar a personalização para associações que tenham fins vagamente ilegais, como as que agredem a moral e os bons costumes²⁴². O direito não pode fornecer proteção para a formação de entidades cujo objeto ofende os fins morais da sociedade.

A esse respeito, é necessária muita cautela, uma vez que essa solução gera incerteza, razão pela qual o autor recomenda prudência do Judiciário. Desse modo, se a ofensa

²⁴¹ Lei de Registros Públicos n.º 6.015/1973, art. 15, cit.

à moral e aos bons costumes não for manifesta, deve prevalecer o preceito constitucional. Pela imprecisão do termo, surgem situações que geram dúvidas. Nesse passo, quais associações são vedadas por sua finalidade?

Para José Afonso da Silva, uma associação de fins puramente políticos que não se caracterize como partido político nos termos do artigo 17 da Constituição é exemplo desse tipo de associação²⁴³. Com todo o respeito ao posicionamento do autor, ao que parece, a Constituição não veda a associação de finalidade política que não se caracteriza como partido político. Portanto, desde que respeitadas os elementos associativos e explicitada sua finalidade lícita, estando tudo de acordo com a Constituição, é livre a criação de associação política, desde que consoante com os princípios do Estado Democrático de Direito, que é um dos princípios basilares da Constituição brasileira. Tratar-se-ia de associação política, e não de partido político, nos moldes do artigo 17 da Constituição²⁴⁴. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “quanto às associações de finalidade política que não se revistam da forma de partido, estão sujeitas às regras gerais acima comentadas”²⁴⁵.

Além disso, o ato ilícito deve ser genérico, ou seja, tanto praticado pelo indivíduo quanto pela associação. Isso significa que se uma finalidade pode ser praticada isoladamente pelo indivíduo, também pode o ser pela associação. Em caso contrário, o legislador estaria autorizado a criar figuras delituosas voltadas especificamente às associações. Tal situação restringiria sobremaneira o direito de associação, chegando ao ponto de proibir determinadas associações com base em lei manifestamente inconstitucional. Se a Constituição não permitiu tal vedação, não é a lei que está autorizada a fazê-lo. A lei não pode aniquilar o direito.

A Constituição, ao exigir a finalidade lícita, veda as associações secretas, pois essas não têm os fins explicitados para saber-se se são ou não lícitos. Para finalizar, uma associação pode instituir-se com fins lícitos e torná-los ilícitos com o decorrer do tempo, o que justifica sua dissolução por via judicial.

12.2 Caráter paramilitar

²⁴² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 98.

²⁴³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 115.

²⁴⁴ BRASIL. “CF 88, art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos [...]”. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. 3.^a ed., Barueri, SP: Manole, 2006. Também está disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 de mar. 2008.

²⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 43.

O Constituinte de 1988 vedou, desde logo, a associação de caráter paramilitar. Tal vedação caracteriza-se como inovação do Texto Maior de 1988. No Brasil, nenhum preceito constitucional anterior a 1988 vedava a existência das associações de caráter paramilitar.

José Cretella Jr ensina que o vocábulo “paramilitar” é híbrido, formado da partícula grega “para”, que significa “ao lado de, paralela a” e do substantivo de origem latina “militar”, com o sentido de “atividade semelhante ou paralela à atividade militar, sem ser militar”²⁴⁶.

A expressão “paramilitar” também não é isenta de dificuldade quanto à definição, algumas hipóteses são excluídas da dúvida. São paramilitares as associações de pessoas que se destinam ao adestramento de seus membros no manejo de utensílios bélicos, independentemente de possuírem armas ou não. Também são incluídas as entidades que, pelo tipo de organização interna, com a adoção rígida de regras e sinais exteriores, apresentem feição militar. Para Celso Bastos, alguns elementos devem estar presentes²⁴⁷:

- adestramento de seus membros no manejo de armas;
- organização interna com adoção rígida de regras (disciplina);
- sinais exteriores (uniforme etc);
- feição militar.

José Afonso da Silva explica que a associação de caráter paramilitar é aquela “cujos sócios sejam enquadrados em um corpo com disciplina e ordenamento hierárquico interno, com ou sem uniformes ou fardas”. É uma estrutura análoga à das forças armadas ou policiais, ensejando, portanto, o uso da força. Para o caráter paramilitar basta ter uma estrutura militarizada. O motivo da vedação encontra-se no sentido político-ideológico da associação que, por ser militarizada, organiza-se com o objetivo de obter seus fins a qualquer custo, inclusive com o uso da força e constrangimento de seus associados. É possível identificar, também, a disciplina, os sinais exteriores e a estrutura militarizada como elementos do caráter paramilitar, além de outros que possam estar presentes: hierarquia interna e uso da força.

A questão que se coloca é a seguinte: ausente um ou alguns desses elementos, é possível identificar a associação como paramilitar a ponto de justificar sua dissolução? Mais uma vez a questão deve ser levada ao prudente arbítrio do Judiciário que, analisando todos os

²⁴⁶ CRETELLA JR. José. *Liberdades públicas*. São Paulo: José Bushtasky, 1974, p. 295.

²⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 99.

elementos em conjunto, verificará se a associação está conforme com os ditames constitucionais.

Pelo exposto, verifica-se que a possibilidade de suspensão e dissolução das associações apenas por meio judicial é garantia fundamental ao direito de associação. Em muitos momentos, essa liberdade fica à mercê das incertezas trazidas pela imprecisão dos conceitos que a constituem. Portanto, é de grande valia o papel do Judiciário nesse aspecto, com sua prudência e trabalho de interpretação e ponderação de valores.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho leciona que as organizações paramilitares foram uma das pragas dos anos 1920/30 na Europa, quando transformaram a disputa política num entrechoque violento de grupos armados²⁴⁸. A questão que fica é: se as associações paramilitares foram a “praga” das décadas supracitadas, por que a proibição apareceu apenas em 1988? Talvez porque tal proibição estivesse implícita na vedação da finalidade ilícita. Nesse sentido, conforme já visto, todos os outros documentos constitucionais tratavam genericamente das associações com finalidades lícitas. Além disso, a Constituição de 1988 é analítica, chegando a ser prolixa. Muitos autores explicam tal característica em razão do regime anteriormente adotado. Nesse sentido, a atual Constituição é fruto do regime militar vivenciado anteriormente pelo Brasil, e tal prolixidade deriva da desconfiança dos brasileiros a respeito de seus direitos e do documento que viria a constituir um novo Estado.

Uma associação que se estrutura com uma disciplina paramilitar quer obter de seus associados uma disciplina que não se coaduna com a liberdade de associação. Portanto, essa vedação é uma garantia que decorre da própria liberdade dos associados. Deriva do sentido amplo da liberdade de associação.

A Constituição portuguesa também veda as associações de caráter paramilitar. Jorge Miranda comenta que somente não são consentidas as associações armadas, militarizadas ou paramilitares, por decorrência dos princípios do Estado de Direito e da unidade do Estado²⁴⁹. O autor afirma ainda que, por razões conjunturais, não são permitidas organizações que possuam ideologia fascista.

Pelo exposto neste capítulo, nasce uma reflexão: foi visto que tanto a vedação de finalidades ilícitas quanto a de caráter paramilitar apresentam conceitos vagos. Conclui-se que no caso do direito em comento, sempre que há restrição, a Constituição a prevê através de conceitos vagos. Num primeiro momento, essa informação foi recebida com ressalvas. Afinal,

²⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 44.

²⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais na ordem constitucional portuguesa*. Op. cit., p. 5-27.

ficou a cargo da interpretação atribuir sentido aos conceitos imprecisos, o que abriria margem a uma limitação de direito visto como tão importante. Entretanto, analisando com maior vagar e prudência, reconheceu-se que, assim como tudo na vida tem dois lados, a necessidade de interpretação desses conceitos também poderia trazer ao direito a amplitude que ele merece. Desse modo, caberia à prudência, somada à percuciente leitura da realidade feita pela doutrina e pela jurisprudência, a atribuição do conteúdo que o direito de associação merece.

XIII - A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

Foi visto até agora o elemento estático do direito de associação, ou seja, todo o conteúdo atinente ao direito fundamental em comento. No capítulo em referência, estudar-se-á a dinâmica da liberdade associativa, isto é, reconhecido o direito, de que forma a entidade associativa pode atuar na efetivação de outros direitos. Nesse passo, ela tem papel fundamental.

A associação tem legitimidade para representar seus associados em juízo ou extrajudicialmente, desde que expressamente autorizada. Além disso, é legitimada no controle de constitucionalidade, que é instrumento de suma importância para a garantia do funcionamento da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito. Por fim, atua em instrumentos processuais de grande utilidade para a defesa de direitos difusos e coletivos de seus associados, tais como ação civil pública e mandado de segurança coletivo.

A associação, por força do inciso XXI do artigo 5.º da Constituição, que a autoriza a postular em juízo, pode utilizar-se de qualquer instrumento processual para tanto. Contudo, ela também é expressamente legitimada a propor ação civil pública e mandado de segurança na defesa de determinados direitos, como já anotado em linhas acima. Por essas e outras razões, diz-se que a associação tem papel preponderante na efetivação dos direitos consagrados constitucionalmente e na concretização da democracia.

A liberdade de associação é direito fundamental de primeira dimensão que, através das garantias constitucionais fundamentais, sobretudo as mencionadas no presente capítulo, serve como instrumento de reconhecimento e alcance dos direitos de segunda e terceira dimensões. Vale dizer, a entidade associativa postula em juízo para fazer valer o primado dos direitos sociais, bem como o direito ao meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, fraternidade, direitos das minorias, fazendo com que as dimensões de direitos se inter-relacionem e caminhem concomitantemente. Não há direitos, mas sim direito. O ser humano, para estar completo em sua dignidade, deve ter todos os seus direitos respeitados. A entidade associativa atua no sentido de alcançar esse legado.

O intuito do presente capítulo é fazer breve menção a cada instituto processual, sem a pretensão de aprofundar o tema, tendo em vista que cada instrumento estudado daria

suporte para amplo debate doutrinário. Portanto, para poupar a extensão demasiada do trabalho, optou-se por traçar breves linhas a respeito do elemento dinâmico da liberdade associativa, deixando as elucubrações teóricas para outra oportunidade. Frise-se que se reconhece a importância e a magnitude do tema, entretanto ele merece estudos mais aprofundados que advirão oportunamente com a experiência e o tempo.

13.1 Autorização para representar seus associados judicial ou extrajudicialmente

A legitimação para agir em juízo é tradicionalmente pessoal, sendo direito público subjetivo do indivíduo. Entretanto, modernamente as Constituições passaram a prever casos de representação coletiva de interesses coletivos, ou ainda interesses individuais integrados numa coletividade.

Durante o século XIX prevaleceu o princípio segundo o qual o legitimado a atuar em juízo era o portador de um direito individual. Ao aspecto material do direito correspondia no plano processual o de ingressar em juízo fazendo uso do direito público subjetivo de ação²⁵⁰. O século XX rompe com essa idéia. Surgem, ao lado das noções de interesse individual, os interesses ou direitos difusos e coletivos. Além disso, aparecem as legitimações extraordinárias ou heterodoxas, em que uma pessoa age por outra como seu substituto processual. Dessa forma, podem ser acessíveis ao Poder Judiciário as situações próprias do caráter coletivo e massificado pelo século XX. Essas técnicas, se bem utilizadas, podem colocar-se a serviço de um Judiciário mais atuante e mais presente. Mas, se se perderem as noções da exata medida, corre-se o risco de degeneração do Poder Judiciário pelo acúmulo de situações ainda não bem mediatizadas pelo Poder Público²⁵¹.

Sempre se observou que um dos óbices à efetiva tutela jurisdicional dos interesses difusos era a proibição de pleitear direito alheio em nome próprio. O já citado inciso XXI do artigo 5.º da Constituição republicana rompe com essa tradição, na medida em que permite às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, representarem seus filiados em juízo ou fora dele.

Essa representação, como se pôde ver, pode ser feita desde que expressamente autorizada por seus membros no Estatuto. Nesse sentido, da mera existência da associação não surge o direito de representar seus filiados em todas as situações. Estar expressamente

²⁵⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 110.

autorizada significa que a associação deve comportar, dentro do rol de seus fins sociais, o da defesa de direitos dos seus membros. Essa autorização pode advir tanto da lei (nos casos em que se admite associação por via de lei) quanto dos estatutos sociais. A autorização só pode versar sobre matérias pertinentes aos fins sociais da própria entidade. Alguns autores entendem que a autorização deve ser em cada caso (e não genérica), pois uma autorização genérica poderia levar à situação de se pleitear direitos contra a vontade de seu titular.

É de suma valia salientar que a hipótese do inciso em comento não se limita a defender apenas os interesses difusos. O filiado pode ser tanto portador de um direito difuso quanto coletivo, ou mesmo individual. Entretanto, no que concerne aos direitos difusos, já existe legislação a respeito. No atinente aos interesses coletivos e individuais, há de ser promulgada uma legislação adequada para procurar resolver os problemas que surgem, a saber: o titular de um direito coletivo pode ver barrada a possibilidade de ingressar em juízo sob o fundamento de que a associação da qual faz parte (estatutariamente autorizada para agir em seu nome) já moveu ação com o mesmo objeto, tendo essa decisão transitada em julgado? Excluir o indivíduo da possibilidade de mover nova ação é amesquinhar o direito do cidadão. Isso porque, não obstante o caráter amplo e coletivo desse direito, não se pode deixar de reconhecer que em muitas hipóteses ele estará sacrificando um interesse pessoal. A finalidade do artigo foi permitir a legitimação das associações para os casos em que a ação individual era extremamente onerosa, o que resultava, na prática, na não-propositura da ação. Por essa razão, empreendendo interpretação teleológica, conclui-se que não é lícito privar o sujeito individual de uma ação a que teria direito. Por isso, a necessidade da regulamentação, tanto para harmonizar o exercício por parte do indivíduo, assim como da associação.

Os sindicatos também têm essa legitimidade, prevista em dispositivo constitucional específico, em termos mais amplos e precisos (artigo 8.º, III, Constituição Federal)²⁵². Uma questão interessante diz respeito às associações de segundo grau, que são aquelas que têm como filiadas outras associações. Elas também têm legitimidade para representar suas associações filiadas. Essa legitimação extraordinária teve seu ponto de maior ressonância com a publicação da Lei n.º 7.347/85, que introduziu grandes modificações no ordenamento jurídico pátrio.

²⁵¹ Ibidem, p. 111.

²⁵² BRASIL. “CF 88, art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.”

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. 3.ª ed., Barueri, SP: Manole, 2006.

A lei em comento, que será vista no tópico seguinte, confere legitimidade para outras entidades – como as associações que tenham um mínimo de representatividade – agirem em juízo. Nas palavras de Celso Bastos, houve substancial progresso na medida em que se tornou possível que a sociedade, através de organizações adequadas, pudesse lutar pela defesa de direitos que, não sendo exclusivamente públicos ou privados, restavam em uma zona morta de indiferença e de ausência de instrumentos jurídicos apropriados para sua defesa²⁵³.

A representação tanto pode dar-se em juízo quanto fora dele. A necessidade de regulamentação decorre dessa amplitude. Sem a disciplina legal, podem ocorrer abusos, sobretudo quando se trata de representação extrajudicial. No Brasil, a associação juridicamente constituída nem sempre corresponde a uma organização real, com raízes efetivadas nos setores representados. Muitas vezes, ela só tem vida nas cúpulas dirigentes, tendo o quadro social pouca participação na vida associativa. Sendo assim, tais associações, de pouca representatividade, não podem celebrar acordos com os titulares de interesses conflitantes com o de seus associados, sob a justificativa de que estão expressamente autorizadas. Verifica-se, portanto, que a necessidade de regulamentação deve ter por finalidade, por um lado, a harmonização entre os indivíduos e a associação, na medida em que ambas pretendem ingressar em juízo. Por outro, decorre da preocupação em fazer desse instituto mecanismo de efetiva representatividade de seus associados.

13.2 Legitimados na ação civil pública

A ação civil pública é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, artístico, histórico, turístico, paisagístico e por infrações da ordem econômica, protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade.

O diploma disciplinador da ação civil pública constituiu um marco para grandes avanços e para um efetivo acesso à justiça, proporcionando a possibilidade de se postular em juízo a tutela dos interesses transindividuais²⁵⁴. A respeito do *nomem iuris*, trata-se de ação para defesa de tais interesses, proposta por diversos co-legitimados ativos, entre os quais o Ministério Público, outros órgãos públicos e até mesmo as associações privadas.

²⁵³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Op. cit., p. 114.

Rodolfo de Camargo Mancuso comenta a dificuldade de denominar uma ação que versa sobre a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos²⁵⁵. Segundo o autor, a ação criada pela Lei n.º 7.347/85²⁵⁶ objetiva a tutela dos interesses metaindividuais, compreendidos inicialmente os difusos e coletivos, posteriormente agregando-se os individuais homogêneos. A ação não é pública porque o Ministério Público pode promovê-la a par de outros legitimados, mas sim porque seu objeto abrange um largo espectro de interesses e valores de grande importância social²⁵⁷.

O objeto da ação civil pública é a condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Portanto, o pedido imediato terá sempre natureza condenatória. Considerando o desiderato perseguido na ação civil pública – responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, consumidores, patrimônio cultural etc – o cumprimento do julgado, para ser eficaz, só pode realizar-se através da execução específica, de forma que se consiga repor o bem ou o interesse lesado volte ao *status quo ante*²⁵⁸. Mas nem sempre a reparação específica é possível. Nesse caso, deve-se recorrer ao sucedâneo pecuniário. O objetivo da lei é conseguir, no limite do possível, que o réu (poluidor, fraudador etc) repare o mal feito.

Não se pretende aprofundar o tema “ação civil pública”, mas tão-somente fazer a correlação entre ele e a liberdade de associação. Nesse aspecto, o ponto de convergência diz respeito à legitimidade para propor ação civil pública. Entretanto, alguns outros pontos serão analisados que, indiretamente, apresentam interesse ao trabalho.

Conforme foi visto, são objetos da ação civil pública: o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio cultural do país, bem como outros direitos difusos e coletivos. O direito ao meio ambiente é conceituado como direito de terceira geração, pertencente a todo o gênero humano de forma subjetivamente indeterminada. Desse modo, incumbe ao Estado e à própria coletividade defendê-lo e preservá-lo em benefício dessa geração e das futuras. O meio ambiente, atualmente, deve ser visto de forma abrangente; inclui-se, aí, o meio ambiente do trabalho. A expressão “patrimônio cultural” comporta bens e direitos de valor artístico,

²⁵⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 3.ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 21.

²⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural dos consumidores*. 10.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 21.

²⁵⁶ BRASIL. “Lei n.º 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico e dá outras providências.” A referida lei está disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 16 mar. 2008.

²⁵⁷ MANCUSO. Op. cit., p. 22.

²⁵⁸ Ibidem, p. 31.

estético, histórico, turístico e paisagístico. A lei fala, ainda, em qualquer outro interesse difuso ou coletivo. É importante lembrar que inicialmente essa expressão foi vetada pelo Presidente da República, sendo novamente acrescentada pela Lei n.º 8.078/1990²⁵⁹. Com o veto presidencial, ficaram desprotegidos alguns interesses metaindividuais de grande relevância, como o contribuinte, participantes de programas habitacionais de massa (mutuários da casa própria), minorias étnico-sociais, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiências, os excluídos de modo geral etc. Atualmente, todos esses direitos estão protegidos, lembrando que os valores não são *numerus clausus*, portanto, o objeto está aberto a novos e relevantes interesses metaindividuais.

Questão de interesse direto ao trabalho em comento diz respeito à legitimação/interesse para agir. Legitimação não se confunde com interesse para agir. Este é qualificado pelo trinômio necessidade-utilidade-adequação. Necessidade do recurso ao Judiciário para obter determinado bem da vida; adequação do provimento pretendido, e utilidade da via processual eleita.

Legitimado é aquele a quem a norma confere o poder de agir. Necessário se faz salientar que essa relação não é a mesma das ações de caráter privado quando se trata de ações de natureza coletiva. Nestas, o autor comparece na condição de representante e o interesse é difuso. No processo individual, muitas vezes as figuras coincidem; nesse caso a legitimação chama-se ordinária. No processo coletivo, normalmente o objeto é indivisível, portanto não é possível encontrar o titular do direito. Fala-se, também, em indeterminação dos sujeitos. Por essas razões, não é possível aplicar as noções do processo individual à tutela coletiva.

Alguns legitimados possuem interesse de agir presumido. Não há necessidade de maiores perquirições para seu reconhecimento no caso concreto, é o caso do Ministério Público. Para os demais co-legitimados, o interesse não é tão evidente, comportando verificação em cada caso. Exige-se pertinência temática desses legitimados. Em que pesem tais comentários, Mancuso acrescenta que o interesse de agir para o Ministério Público, nas ações civis públicas, não diverge em essência do respeitante aos demais co-legitimados²⁶⁰. Não há legitimação exclusiva do Ministério Público, mas sim concorrente.

Contudo, a presunção de interesse do Ministério Público deve ser lida com muito cuidado. Em princípio, o interesse de agir apresenta-se com a mesma intensidade em face de

²⁵⁹ BRASIL. “Lei n.º 8.078/1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.” A referida lei está disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 16 mar. 2008.

²⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 56.

todos os co-legitimados, ou seja, diante de um caso concreto, o juiz deve verificar se a ação é necessária, útil e adequada aos fins a que se destina, independentemente de quem se apresente como autor da ação. Após, verifica-se a legitimação. Esta é, portanto, posterior ao interesse processual.

Para bem se aferir o interesse processual à propositura da ação civil pública, é preciso ter em mente que não se trata de uma demanda comum, com interesses subjetivos contrapostos. É instrumento idôneo ao exercício da cidadania, em busca da democracia participativa, ensejando ao judiciário inserir-se no esforço comum dos entes exponenciais da sociedade (Associações, Ministério Público, órgãos públicos, entes políticos). Compete ao Judiciário dar sua efetiva contribuição para a justa composição das controvérsias sociais.

Nesse novo panorama processual, não se fala mais em direito alheio a partir de uma visão individualista. A noção de direitos transindividuais rompe com a idéia de que o direito só pode ser próprio ou alheio. Se o interesse é da comunidade, não é possível falar em direito alheio.

A legitimação conferida à propositura de ações coletivas em prol de interesses metaindividuais pode ser vista no contexto mais geral da participação popular na boa gestão da coisa pública, sob a égide da democracia participativa, incentivada pela Constituição Federal²⁶¹. Admite-se hoje que as ações coletivas, quando intentadas por uma associação, agem como um *longa manus* da coletividade interessada. Essa legitimação deve ser tida como ordinária, pois os interesses de seus associados são também seus próprios interesses, a pretexto do que dispõe o artigo 5.º, XXI, da Constituição da República.

A respeito das associações, o interesse processual está diretamente ligado à coincidência entre seus fins institucionais, a teor do que dispõe a já referida lei (artigo 5.º, II, Lei n.º 7.347/85)²⁶². Verifica-se, portanto, que os pressupostos necessários à legitimação das

²⁶¹ Ibidem, p. 138/139.

²⁶² “Lei n.º 7.347/85, art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei n.º 11.448, de 2007).

[...]

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei n.º 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei n.º 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei n.º 11.448, de 2007).

§ 1.º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2.º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

§ 3.º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei n.º 8.078, de 1990)

associações estão expressamente previstos em lei, ficando afastada a verificação da “legitimidade adequada”, prevista nas *class actions* do Direito norte-americano, por parte do Judiciário²⁶³. A legitimidade adequada já vem fixada em critérios legais.

Mancuso, empreendendo maior apuro conceitual e terminológico, distingue a legitimação ativa das associações à ação civil pública, conforme o tipo de interesse metaindividual: se o direito for difuso ou coletivo em sentido estrito, sua tutela ocorrerá em dimensão essencialmente coletiva. Nesse caso, a associação exerce legitimação ordinária, pois é ela mesma que possui o poder de agir. Quanto aos direitos individuais homogêneos, a associação atua como substituta processual, pois os interesses individuais são apenas tratados coletivamente, remanescendo individuais em sua essência²⁶⁴. Atualmente, vai-se formando consenso na doutrina no sentido de que os sindicatos revestem-se de natureza jurídica de associação civil, admitindo-os no rol dos legitimados à propositura de ação civil pública na defesa da categoria ou do meio ambiente do trabalho.

Como os interesses objetivados são metaindividuais, é importante que sua judicialização não fique restrita a um só legitimado²⁶⁵. Os interesses difusos não devem ter sua tutela restrita somente à atuação do Ministério Público, nem a certos órgãos governamentais; eles exigem legitimação difusa. A legitimação ativa da ação civil pública embasa-se em uma diretriz pluralista e democrática. Esse mesmo critério pluralista é empregado na legitimação ativa para as ações coletivas no âmbito das relações de consumo.

Infelizmente, na prática, verifica-se a inefetiva motivação dos setores da sociedade civil no ajuizamento de ações civis públicas. De fato, trata-se de fenômeno sociológico e cultural curioso. O brasileiro não tem o costume de se associar, não tem a cultura da associação. Entretanto, se bem constituída, ela o fortaleceria²⁶⁶. O brasileiro não tem a cultura da luta pela cidadania, não conhece a importância do seu papel na sociedade, não reconhece a força dinâmica que possui em mãos para defender seus direitos, sua sociedade, seu País.

O processo de conscientização da coletividade visando ao exercício da cidadania é lento e gradual. É preciso dar tempo ao tempo para que os cidadãos, isoladamente ou em grupos, estejam cientes de que podem e devem participar da gestão dos assuntos públicos,

§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.” (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990)

²⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 106.

²⁶⁴ Ibidem, p. 141.

²⁶⁵ Ibidem, p. 107.

mediante a judicialização dos assuntos metaindividuais, principalmente por meio da ação civil pública. As associações civis são imprescindíveis à manifestação da democracia participativa, devem funcionar como interação cotidiana entre o Estado e a sociedade.

13.3 Legitimados no mandado de segurança coletivo

O mandado de segurança é um instrumento processual (garantia constitucional) colocado à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade. É ação civil e, como tal, enquadra-se no conceito de causa enunciado pela Constituição Federal para fins de fixação de foro e juízo competentes. Distingue-se das demais ações apenas pela especificidade de seu objeto e pelo procedimento sumário.

A Constituição de 1988, inovando na matéria, previu o mandado de segurança coletivo, impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano. Pela dicção do artigo, parece que apenas as associações devem estar legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, as entidades de classe e os sindicatos não possuem tais exigências.

O mandado de segurança coletivo foi objeto de econômico regramento constitucional. A inovação trazida pelo inciso LXX do artigo 5.^o²⁶⁷ diz respeito apenas à legitimidade ativa das entidades que podem impetrar mandado de segurança na defesa de direitos de seus associados ou filiados, tendo o mesmo regramento do mandado de segurança individual. Isso porque o mandado de segurança deve ser tratado como espécie do gênero. Dessa forma, as regras do remédio individual são aplicáveis ao *mandamus* coletivo, exceto no que dispõe o inciso LXX do referido artigo, ou seja, respeitadas as peculiaridades da espécie coletiva. Os elementos conceituais do instituto são os mesmos, quais sejam: direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, ilegalidade ou abuso de poder,

²⁶⁶ Com base nessa afirmativa, surgiu o interesse pelo tema.

²⁶⁷ BRASIL. “CF 88, LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

praticados por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições próprias do Poder Público. Diferem o objeto coletivo e a legitimação para agir.

A legitimidade ativa é atribuída ao titular do direito individual ou coletivo líquido e certo que necessita de proteção pelo *writ*. O impetrante, para ter legitimidade ativa, deve ter o direito invocado sob a jurisdição da Justiça brasileira. Presta-se a defender direito subjetivo pertencente a vários titulares ou a uma categoria inteira de pessoas. Exige-se que o impetrante possa exercer o direito individual ou coletivamente. Por essa razão, as sociedades, as associações, as corporações profissionais, os sindicatos e os partidos políticos possuem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança em benefício de seus associados. Explica Hely Lopes Meirelles que o mandado de segurança coletivo não se presta à defesa de direito individual de um ou de alguns associados, mas sim da totalidade de seus filiados²⁶⁸. Portanto, a impetração será sempre em nome próprio da entidade.

O legitimado para impetrar mandado de segurança coletivo funciona como substituto processual, ou seja, defende em nome próprio direito alheio (direito da categoria). A legitimação é extraordinária. Segundo Lúcia Valle Figueiredo, há legitimação extraordinária no sentido de que ela deriva do interesse da própria classe. Nesse sentido, a autorização pode perfeitamente ser genérica, dada nos estatutos sociais para que a entidade associativa represente normalmente seus associados²⁶⁹. Não há necessidade de autorização específica, como acontece no inciso XXI do artigo 5.º da Constituição, em que há substituição propriamente dita.

A via coletiva inova a individual em dois aspectos básicos: legitimação ativa (quem pode impetrar) e objeto (em defesa de que direitos). A respeito da legitimação, foi visto que se opera a substituição processual. No atinente ao objeto, discute-se se se presta à defesa de qualquer direito coletivo ou apenas aos interesses da categoria.

Há jurisprudência admitindo a impetração do mandado de segurança coletivo na defesa de interesses difusos da categoria. Tais interesses devem ser protegidos pela ação civil pública. A expressão “mandado de segurança coletivo” indica que o instrumento deve servir a qualquer direito coletivo em sentido amplo, incluindo os difusos, individuais homogêneos, sem qualquer restrição. No objeto do mandado de segurança também está a defesa dos interesses coletivos e difusos. O texto constitucional, ao agasalhar a possibilidade de

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. 3.ª ed., Barueri, SP: Manole, 2006.

²⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 26.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

²⁶⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de segurança coletivo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 3, p. 147, 1993.

impetração por entidades de classe ou associações (em funcionamento há pelo menos um ano) visou a ver defendido o direito difuso. Nesse sentido, o mandado de segurança aparece com o objeto ampliado pela nova Constituição. A inovação normativa trouxe suporte para a afirmação de que a ameaça a direito líquido e certo tem ampla proteção constitucional. O trabalho, pela preocupação com a amplitude da defesa dos direitos fundamentais pelas associações, caminha na mesma direção.

Cumpra aqui, para a utilização de tal instrumento pelas entidades associativas, fazer a distinção entre direito individual e coletivo. Direito individual é aquele que pertence a quem o invoca, e não apenas à categoria. É direito próprio do impetrante. A característica do direito individual é a divisibilidade. Direito coletivo é aquele que pertence a uma coletividade ou categoria representada por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano, nos termos do artigo 5.º, LXX, “a” e “b”, da Constituição Federal. No direito coletivo, a divisibilidade acontece apenas pela classe. Segundo Lúcia Valle Figueiredo²⁷⁰, é um direito que pertence a determinada classe unida por uma relação-base que tem, portanto, um substrato. Não é a somatória de direitos individuais. Afirma, sintetizando: “[...] os traços tipificadores do direito coletivo são a divisibilidade pela classe e não pelos indivíduos e exercício por meio de sindicatos, de associações e dos partidos políticos”²⁷¹. O mandado de segurança só se aplica aos interesses da categoria, e não de um ou de outro membro da entidade representativa.

A natureza jurídica da substituição processual em mandado de segurança é controversa: alguns tribunais exigem que as associações estejam expressamente autorizadas por seus filiados (individualmente ou através de assembléia) para ajuizar a ação. Outros entendem que a exigência de autorização é dispensável, por se tratar de legitimação extraordinária. A Jurisprudência entende que o direito defendido deve ter vínculo com o objeto da entidade impetrante ou ainda com a atividade dos associados, mas não exige que esse interesse seja próprio da categoria.

O regime processual do mandado de segurança coletivo distingue do individual no que se refere ao objeto e à legitimidade para impetração. Também cabem litisconsórcio e assistência no mandado de segurança coletivo, assim como no individual. A exigência é que a pretensão desses intervenientes coincida com a dos impetrantes originários.

²⁷⁰ Ibidem, p. 146.

²⁷¹ Ibidem.

Questão interessante, enfrentada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, diz respeito à possibilidade de postular por via do *writ* individual mesma questão ajuizada por meio do mandado de segurança coletivo, sem ocorrer o efeito da litispendência. Entretanto, apesar de decisão jurisprudencial, a matéria necessita de regulamentação legislativa. A entidade que impetrar mandado de segurança deve fazê-lo em nome próprio em defesa de todos os seus membros que tenham um direito a postular judicialmente.

Outra questão de grande relevância atinente ao mandado de segurança coletivo diz respeito à coisa julgada. Por se tratar de legitimação extraordinária, é possível a rejeição do pedido sem que o indivíduo tenha a oportunidade de intervir no processo e produzir as suas razões e documentos. Devem-se aproveitar, por analogia, as regras já definidas para as ações coletivas²⁷² (artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor). Nesse sentido, as palavras de Hely Lopes,

o mandado de segurança coletivo não induz litispendência com o mandado de segurança individual, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou ultra partes só beneficiam o impetrante individual se ele requerer a suspensão de seu processo dentro de trinta dias a contar da ciência da existência da demanda coletiva²⁷³.

A questão se relaciona a outra de grande interesse, que diz respeito ao alcance da decisão: a sentença proferida em mandado de segurança coletivo, se concessiva a ordem, beneficiará a todos aqueles visados pela segurança. Se negativa, não faz coisa julgada, sendo possível a qualquer um dentre aquelas pessoas impetrar segurança individual sobre o mesmo fato. Isso se justifica, conforme foi visto, na preocupação em se amparar o indivíduo que está incluído no mandado de segurança coletivo, mas não teve a oportunidade de se manifestar no processo, produzindo suas razões e documentos.

Há autores que entendem que a sentença denegatória deve produzir os efeitos da coisa julgada, uma vez que o contrário ofende os princípios da economia processual e da segurança jurídica porque obriga, inclusive, o sujeito passivo a responder a dois processos pelo mesmo fato²⁷⁴. Em que pese importante argumentação trazida pelo autor, o trabalho,

²⁷² BRASIL. “Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.” A referida lei está disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8078.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2008.

²⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 110.

²⁷⁴ LIMA, Sebastião de Oliveira. *Mandado de segurança coletivo e seus principais problemas*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n.º 3, p. 137, 1993.

conforme já foi dito, caminha no sentido de amparar o indivíduo com a maior amplitude possível.

O indivíduo que estiver possivelmente inserido em um mandado de segurança coletivo pode optar por impetrar seu próprio remédio constitucional, pode ainda prosseguir com sua ação individual, caso ela já tenha sido proposta e, nesse caso, a decisão do processo individual prevalece sobre a do coletivo. Por fim, ele pode pedir a suspensão do processo até o julgamento do outro.

13.4 Legitimados no controle de constitucionalidade

Antes de adentrar especificamente no tópico em referência, urge fazer breve menção ao objetivo de tal controle. O controle de constitucionalidade tem por objetivo verificar se as normas ordinárias (e todas as outras espécies normativas) estão de acordo com a Constituição, impedindo a existência de contradição no sistema. É um instrumento inserido em países com Constituições rígidas, em que se verifica uma relação piramidal entre tais Constituições e as demais normas do mesmo ordenamento jurídico, que com elas devem guardar relação de necessária lealdade. Essa compatibilidade deve obedecer a dois parâmetros: formal e material.

O parâmetro formal diz respeito às regras referentes ao processo legislativo. De acordo com Paulo Bonavides, esse mecanismo é pouco eficiente quando se busca instituir um controle em proveito dos cidadãos, fundar uma técnica da liberdade em nome do Estado de Direito, fazer das instituições e do regime político instrumento de garantia e realização dos direitos humanos²⁷⁵. Surge, então, a necessidade de controle material de constitucionalidade das leis. O parâmetro material refere-se ao conteúdo das normas constitucionais; pode ser feito *a priori* ou *a posteriori*. O controle preventivo procura evitar que uma norma inconstitucional ingresse no sistema, enquanto o repressivo a expurga do ordenamento.

O controle repressivo ocorre de duas formas básicas: via de exceção ou via de ação. A via de exceção se concretiza dentro de um pleito judiciário, em que incidentalmente uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a arguição de inconstitucionalidade de determinada lei. É meio posto à disposição de qualquer pessoa, através de qualquer instrumento processual em uma demanda; faz-se necessário, enfim, um caso concreto.

Portanto, não há privilégio algum da associação em se utilizar dessa forma de controle. Ela pode, sim, utilizar-se do controle concreto, assim como qualquer outra pessoa em uma demanda individual. Nesse caso, a entidade associativa utiliza-se da representação de seus associados judicialmente, prevista no inciso XXI do artigo 5.º da Constituição Federal.

O controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente; trata-se de controle direto. Impugna-se uma lei perante um tribunal: esta poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente ser anulada com relação a todos. Esse processo se caracteriza por seu teor enérgico, por sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta. Promove-se o ataque imediato e ofensivo ao texto eivado de inconstitucionalidade. Uma vez declarada inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se mostra incompatível.

Paulo Bonavides comenta que os publicistas têm se apresentado mais favoráveis ao controle por via de exceção do que por via de ação, uma vez que o primeiro apresenta essência mais jurídica do que política e, por isso mesmo, mais fácil de acomodar-se a um sistema democrático de direito. Ainda, o controle por via de exceção é o mais apto a prover a defesa do cidadão contra os atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida²⁷⁶. Além disso, o controle por via de ação não parece ser aquele que melhor se presta a resguardar os direitos individuais, os quais encontram proteção superior, do ponto de vista da eficácia, na via de exceção.

Existe, ainda, em alguns sistemas constitucionais, certa relutância em admitir uma abertura ampla à iniciativa individual na movimentação do mecanismo de controle por via de ação, ficando tal controle reservado apenas a algumas autoridades, o que torna ilusória a garantia dos jurisdicionados perante leis inconstitucionais. Nas palavras de Paulo Bonavides,

o controle por via de ação toma nesse caso um sentido de controle formal de constitucionalidade, voltado sobretudo para resolver conflitos entre os poderes públicos. Desde então, relega-se a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional, dos direitos e garantias dos cidadãos, que a sobredita técnica nem sempre resguarda em toda a amplitude, talvez pelo preconceito antidemocrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador²⁷⁷.

Para o doutrinador, a latitude da iniciativa do controle de constitucionalidade, em se tratando da via direta, é decisiva para marcar-lhe a feição liberal ou estatal, democrática ou

²⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 298.

²⁷⁶ Ibidem, p. 325.

²⁷⁷ Ibidem, p. 308.

autoritária, em ordem a determinar se o controle se faz com o propósito de atender aos fins individuais ou aos interesses do Estado²⁷⁸. Em caso de ficar concentrado unicamente à iniciativa do Poder, seu emprego pode constituir um abuso do Poder Executivo. Se a iniciativa for menos rígida, mais flexível, podendo participar, inclusive, os cidadãos, a iniciativa pela via direta torna-se mais democrática.

No caso brasileiro, a iniciativa, à luz do ordenamento jurídico anterior (Constituição Federal de 1967), competia apenas ao Procurador-Geral da República. É importante lembrar que ele era demissível *ad nutum*, o que tornava o controle enfraquecido. A Constituição de 1988, “cidadã” – nas palavras de Ulysses Guimarães – aumentou o rol dos legitimados, o que fez com que o instrumento se tornasse mais democrático.

Atualmente, conforme redação do artigo 103 da Constituição, podem propor ação de inconstitucionalidade, bem como ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa; os Governadores de Estado e o Governador do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Pode-se afirmar, portanto, que se democratizou, ainda que de forma discreta e tímida, o controle de constitucionalidade no Brasil.

No que tange às associações *lato sensu*, verifica-se que elas assumem importância nesse instrumento democrático que é o controle de constitucionalidade. Ainda que a Constituição não admita tal controle pelas associações em geral, o que demonstraria, com toda certeza, feição mais democrática e mais próxima ao ideal do sistema de controle na medida em que os cidadãos, de certa forma, estariam participando de tal controle, ela permite, da forma como está, a participação de algumas associações em particular.

Gilmar Ferreira Mendes preleciona que o Supremo Tribunal Federal deixou claro que o constituinte decidiu por uma legitimação limitada, não permitindo que o direito de propositura dessas organizações de classe se convertesse em autêntica ação popular²⁷⁹.

Os partidos políticos, os sindicatos, bem como as entidades de classe de âmbito nacional são formas associativas – com características especiais – e estão todas legitimadas no

²⁷⁸ Ibidem, p. 325.

²⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Adin – O direito de propositura das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 7, p. 162, 1994.

controle de constitucionalidade. Entretanto, o assunto não é tão simples como parece. Não é possível inferir apenas que todas as mencionadas são formas associativas, é preciso conceituá-las. Em conformidade com o autor supracitado, o conceito de entidade de classe de âmbito nacional abarca um grupo amplo e diferenciado de associações²⁸⁰. É um grupo de pessoas que representa os interesses de determinada categoria. A entidade de classe está assente na idéia de interesse comum essencial de diferentes categorias.

Na esteira de raciocínio exposta, a jurisprudência do Supremo assentou que não configura entidade de classe de âmbito nacional aquela formada por associados pertencentes a categorias diversas. Configuram entidades de classe as instituições integradas por membros vinculados aos mesmos extratos sociais, profissionais ou econômicos. A Jurisprudência também firmou entendimento no sentido de não constituir entidade de classe a associação civil voltada à finalidade altruística de promoção e defesa de aspirações cívicas de toda a cidadania. Foi muito cautelosa nesse sentido, pois exigiu diversos atributos dessas formas associativas. Ainda, acompanhando o autor em referência, o Supremo Tribunal Federal, se, por um lado, revelou o propósito de concretizar o conceito de entidade de classe de âmbito nacional e de confederação sindical, por outro, trouxe uma concepção muito restritiva do direito de propositura dessas organizações²⁸¹.

O Supremo entendeu que apenas as Confederações têm legitimidade, e não as federações, nem as Centrais Sindicais ou Centrais de Trabalhadores. Confederações são aquelas moldadas de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho e exigem a reunião de, no mínimo, três federações.

Quanto às entidades de classe de âmbito nacional (dentre as quais inclui-se o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e, portanto, nesse aspecto, o artigo garantiu duplamente a legitimação dessa entidade de classe), a jurisprudência máxima exigiu, baseando-se na Lei Orgânica dos Partidos políticos, que haja representação em pelo menos nove unidades da federação. Para Gilmar Ferreira Mendes, é difícil admitir a juridicidade da exigência quanto à representação da entidade em pelo menos nove Estados, aplicando-se analogicamente a Lei dos Partidos Políticos. De acordo com seu entendimento, ainda que se possa reclamar a fixação de um critério preciso sobre esses conceitos vagos, eles devem ser fixados pelo legislador e não pelo tribunal no exercício de sua atividade jurisdicional. Nas palavras do doutrinador, “o recurso à analogia aqui é de duvidosa exatidão”²⁸².

²⁸⁰ Ibidem.

²⁸¹ Ibidem, p. 164.

²⁸² Ibidem, p. 166.

A Corte Suprema exige, ainda, pertinência temática a alguns legitimados, ou seja, alguns autores devem demonstrar interesse na discussão do controle de constitucionalidade. Tal interesse traduz-se na relação de pertinência entre o pedido de inconstitucionalidade daquela lei e as finalidades institucionais do organismo²⁸³. Alguns legitimados não precisam demonstrar interesse, são os autores neutros ou universais: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da OAB, e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Outros legitimados devem demonstrá-lo, sendo chamados de autores interessados ou especiais. Dentre eles, os Governadores e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (exceto o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que, como já visto, é autor universal).

Para Gilmar Mendes, essa exigência afigura-se muito problemática, trata-se de inequívoca restrição ao direito de propositura, que, num processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. Nas palavras do autor, “a relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir – que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do processo de controle de normas”²⁸⁴.

É importante salientar que os legitimados não têm poder de disposição e não se admite desistência, tendo em vista que se trata de um processo objetivo que visa, antes de tudo, proteger o ordenamento jurídico de normas eivadas do vício de inconstitucionalidade. Não há interessados na lide. A finalidade é unicamente a defesa do texto constitucional e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito.

Segundo Gilmar Mendes, ainda empreendendo à avaliação crítica a respeito das restrições impostas pelo Supremo aos legitimados no controle abstrato de constitucionalidade, a necessidade de se desenvolver critérios que permitam identificar as entidades de classe de âmbito nacional não deve condicionar o exercício do direito de propositura da ação por parte das organizações de classe à demonstração de um interesse de proteção específico. A restrição não se compatibiliza com a natureza do controle abstrato de normas e cria uma injustificada diferenciação entre os entes ou órgãos autorizados a propor a ação, diferenciação essa que não encontra respaldo na Constituição²⁸⁵.

²⁸³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Serrano Vidal. Op. cit., p. 39.

²⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 166.

²⁸⁵ Ibidem, p. 166/167.

Em que pesem tais críticas, muito bem elaboradas e fundamentadas, a solução oferecida, com o devido respeito, não se coaduna com espírito desse trabalho. Para Gilmar Mendes, o debate sobre o direito de propositura, no âmbito do controle abstrato, não se deve situar no plano de uma interpretação mais ou menos restritiva sobre a conceituação dessas organizações, mas sim na indagação sobre o modelo concebido pelo constituinte de 1988. Nesse rumo, deve-se indagar se tal modelo tem de ser preservado ou se é oportuno cogitar-se de uma reformulação de ampla legitimação, com a supressão do direito de propor ação direta por parte dessas entidades. De acordo com o autor, que demonstra as estatísticas do Supremo²⁸⁶, o exercício do direito de propositura da ação direta por esses entes, ao invés de contribuir para uma maior efetividade do controle abstrato, tem servido para tumultuar ainda mais a problemática situação do Supremo no que concerne à sobrecarga de trabalho. Ainda, a ampliação desmesurada desse direito provoca um excesso de trabalho sem maior proveito para a ordem e a segurança jurídicas²⁸⁷.

Em que pesem todos os argumentos muito bem construídos e de elevado respeito, o trabalho cuida da defesa dos direitos fundamentais, mais especificamente, da importância da liberdade de associação. Nesse sentido, seria ilógico e contraditório acatar tal posicionamento. Mas não é esse o único motivo da discordância. Com efeito, não é possível fragilizar as instituições democráticas, enfraquecer os institutos de defesa dos seres humanos, retirar-lhes direitos, sob o manto do excesso de trabalho do Poder Judiciário. Se o Poder Judiciário e, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, está sobrecarregado, chegou a hora de rever sua estrutura, a saber, o número de seus membros, suas competências, sua finalidade e função. Não basta dizer que o Supremo está sobrecarregado, resta saber o que o sobrecarrega. É a Suprema Corte brasileira um Tribunal constitucional? Deveria sê-lo? O Supremo se mantém, com sua efetiva capacidade, competência e desempenho, com apenas onze membros previstos constitucionalmente? O número de julgadores é proporcional às demandas?

São perguntas que não devem ser respondidas apenas no contexto desse trabalho, mas em todos aqueles nos quais se procuram justificar as decisões da Corte máxima do País em razão do excesso de trabalho.

O tema assume peculiar importância tendo em vista a constatação, aduzida por Gustavo Binenbojm, de que a democracia e o constitucionalismo são o ponto de partida para a organização de uma sociedade que promova o pluralismo, o respeito pelos direitos humanos e

²⁸⁶ Ver artigo. MENDES, Gilmar Ferreira. *Adin – O direito de propositura das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional*. Op. cit., p. 161-169.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 167/168.

a justiça social²⁸⁸. Em igual sentido, a jurisdição constitucional é vista como instrumento de defesa dos direitos fundamentais. O controle jurisdicional é exercido no interesse dos cidadãos para a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. De acordo com Paulo Bonavides, “a introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis”²⁸⁹. Sistemas mais democráticos de controle de constitucionalidade podem perfeitamente abrir o controle por via de ação a todos os cidadãos, reconhecendo-lhes o acesso direto aos tribunais para promover a anulação de leis inconstitucionais.

²⁸⁸ BINENBOJIM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional* – Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 2.

²⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 301.

XIV - EFICÁCIA E APLICABILIDADE DOS DISPOSITIVOS SOBRE A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

A título de encerramento do trabalho, entendeu-se necessário discorrer em algumas linhas sobre a eficácia e aplicabilidade das normas atinentes à liberdade constitucional de associação.

O trabalho versa, fundamentalmente, em torno de cinco incisos constitucionais, artigo 5.º, XVII a XXI da Constituição que, assim como todas as outras normas dessa natureza, estão sujeitas ao reconhecimento de sua eficácia e aplicabilidade. Por esse motivo, parece interessante alinhar um comentário, ainda que breve, sobre a eficácia e a aplicabilidade das normas em referência. A opção do trabalho foi trazer à colação a classificação de José Afonso da Silva referente à eficácia plena, contida e limitada²⁹⁰.

Busca-se, no presente capítulo, resolver a questão jurídica da atuação e aplicabilidade das normas. Nesse sentido, José Afonso da Silva, ao estudar a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais, considera a perspectiva formal de Constituição, como norma objetiva e legislada, cujo conceito corresponde ao de Constituição escrita e rígida. De acordo com o autor, toda Constituição nasce para ser aplicada, entretanto, ela não sai completa da autoridade constituinte. Muitas de suas normas devem ser regulamentadas por uma legislação integrativa ulterior que lhes dê execução e aplicabilidade²⁹¹. Isso não significa que a Constituição contemple disposições não-jurídicas, como as normas programáticas. Ao contrário, estas exercem importante papel na ordem jurídica e no regime político do País.

²⁹⁰ Outras classificações quanto à eficácia apresentam-se de igual importância. Celso Bastos classifica as normas constitucionais da seguinte forma: 1) Normas de aplicação, que podem ser regulamentáveis ou irregulamentáveis; 2) Normas de integração, que podem ser completáveis ou restringíveis.

As normas de aplicação incidem diretamente sobre o fato. Possuem todos os elementos necessários para sua aplicação. Subdividem-se em normas irregulamentáveis, que não comportam qualquer tipo de regulamentação; e regulamentáveis, que, embora incidam imediatamente sobre o fato, aceitam regulamentação por parte da legislação infraconstitucional. 2) Normas de integração, que são as que não podem ser executáveis senão por parte do legislador ordinário. Subdividem-se em completáveis, que são as que apresentam omissão explícita a serem preenchidas pela legislação infraconstitucional; e restringíveis, que se utilizam da legislação infraconstitucional para fins de redução em seu campo de incidência. A esse respeito, conferir: BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3.ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2002, p. 83-98.

Maria Helena Diniz classifica as normas em: normas supereficazes ou com eficácia absoluta; normas com eficácia plena; normas com eficácia relativa restringível; normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação legislativa. Estas últimas se subdividem em: normas de princípios institutivos e normas programáticas. Sobre esse assunto, ver: DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 6.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111-118.

²⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 47.

Nossa Constituição, como a maioria das cartas políticas contemporâneas, contém regras de diversos tipos, função e natureza, por postularem finalidades diferentes, mas coordenadas e inter-relacionadas entre si, formando um sistema de normas que se condicionam reciprocamente. Algumas delas são plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata; outras são de eficácia reduzida, dependem de legislação que lhes integre o sentido e atue sua incidência; não são de aplicabilidade imediata, mas são aplicáveis até onde possam²⁹².

Reconhece-se, portanto, a todas as disposições do Texto Constitucional estrutura jurídico-normativa. Resta verificar sua aplicabilidade, que se traduz na aptidão para produzir efeitos. A aplicabilidade jurídica – que não se confunde com a aplicabilidade sociológica – depende de sua vigência, legitimidade e eficácia. A vigência é a possibilidade de existência jurídica da norma, tornando-a obrigatória. Não se confunde com eficácia, mas para que seja eficaz é necessário que ela comece a vigorar.

Questão complexa atine à legitimidade das normas constitucionais. As leis infraconstitucionais são legítimas quando se conformam com a Constituição. E no plano constitucional, como estabelecer a legitimidade? Diversas são as teorias: Lassalle identifica-a com os fatores reais de poder; Kelsen, com a norma hipotética fundamental, e assim por diante.

No entanto, a decisão de estabelecer uma nova Constituição advém de um poder constituinte originário, político, anterior e ilimitado juridicamente. Nos Estados Democráticos, o Poder Constituinte pertence ao povo, logo, a legitimidade constitucional respalda-se no poder popular. Só o povo é legítimo para estabelecer o texto jurídico que regulamentará sua vida em sociedade.

Outra possibilidade de verificação da legitimidade constitucional assenta-se no reconhecimento de alguns princípios universalmente aceitos. José Afonso da Silva entende que com base neles é possível concluir pela ilegitimidade de uma Constituição – que não os respeitar – ainda que obedecida, cumprida e aplicada²⁹³. Portanto, com base no exposto, uma Constituição outorgada pode se apresentar duplamente ilegítima, em razão da falta de consentimento popular e com base na ausência de princípios constitucionais que lhe trariam conteúdo e consistência de documento fundante do Estado, e regulador da sociedade e do ser humano em seus direitos e obrigações.

A respeito da eficácia, tema do capítulo ora desenvolvido, é importante mencionar que uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Eficácia e aplicabilidade são

²⁹² Ibidem, p. 47.

fenômenos conexos, sendo aquela vista sob o prisma da potencialidade (aptidão para produzir efeitos) e esta, da realizabilidade e da praticidade (possibilidade de aplicação). De acordo com o precitado autor,

eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador²⁹⁴.

Distingue-se eficácia jurídica de eficácia social. Esta diz respeito ao alcance dos objetivos da norma; aquela é a possibilidade de aplicação jurídica. Ainda a respeito da eficácia, urge comentar que o termo apresenta incertezas terminológicas.

O sociologismo jurídico reduz o problema da vigência ao da eficácia. Nesse sentido, vigente é o direito que contém aplicação eficaz com relação à conduta dos homens em sociedade, e não apenas aquele que está na letra da lei. Sob essa perspectiva, as normas programáticas não adquirem vigência enquanto uma lei ordinária (ou complementar) não lhes der atuação efetiva.

O normativismo distingue a vigência da eficácia. A vigência pertence à ordem do dever-ser (existência específica da norma). Eficácia é a aplicação efetiva do dispositivo (pertence à ordem do ser). Existem dois sentidos para eficácia: eficácia social, que se refere ao preceito ser realmente obedecido e aplicado – é o que tecnicamente se chama de efetividade da norma – e eficácia jurídica, que é a capacidade de atingir os objetivos traduzidos na norma, ou seja, os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Os dois sentidos são diversos: uma norma pode ser juridicamente eficaz, sem apresentar eficácia social. Para Kelsen, um mínimo de eficácia é condição de sua vigência. Um dispositivo jurídico entra em vigor antes de tornar-se eficaz.

Normas constitucionais mandatórias e diretórias

Outra questão pertinente ao estudo diz respeito ao caráter imperativo dos preceitos jurídicos e até que ponto as normas constitucionais se ajustam a ele. Caráter imperativo determina uma conduta positiva (normas preceptivas) ou omissiva (normas proibitivas). Essa distinção parece de pouca importância, apresentando feição mais nitidamente filosófica, na

²⁹³ Ibidem, p. 59.

²⁹⁴ Ibidem, p. 66.

medida em que um mesmo comando pode traduzir-se sob a forma preceptiva ou proibitiva, o que é palpável em direito constitucional, principalmente no capítulo dos direitos fundamentais, onde a afirmativa de direitos subjetivos em favor dos indivíduos importa a negativa da ação do Poder Público.

De acordo com o autor, a clássica distinção das normas jurídicas sob o ponto de vista da eficácia separa-as em coercitivas (denominadas pela jurisprudência norte-americana de prescrições mandatórias), ou seja, as que impõem uma ação ou uma abstenção independentemente da vontade das partes – podendo ser preceptivas ou proibitivas – e as dispositivas – denominadas de prescrições diretórias – que são as que completam ou ajudam a vontade das partes a atingir seus objetivos, às quais pertencem as normas de interpretação, integrativas ou supletivas. As normas constitucionais são essencialmente coercitivas; não há discussão. Entretanto, resta saber se existem normas constitucionais dispositivas, questão controvertida.

Normas constitucionais *self-executing* e *not self-executing*

Do ponto de vista de sua aplicabilidade, outra classificação elaborada pela doutrina constitucional norte-americana concebeu as *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*, traduzidas, respectivamente, como disposições auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis. As normas *self-executing* regulam diretamente as matérias, situações ou comportamentos e, por isso, são aplicáveis desde logo. As *not self-executing* são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias. A distinção surgiu da verificação de que as Constituições consubstanciam normas, princípios e regras de caráter geral, a serem aplicados pelo legislador ordinário. Os dispositivos constitucionais apresentam, portanto, o *abstractum* mínimo, cabe ao legislador dar-lhes capacidade de ação.

Essa classificação não corresponde às necessidades práticas de aplicação das Constituições, pois sugere a existência de normas constitucionais ineficazes e destituídas de imperatividade. Entretanto, a Constituição tem por característica a imperatividade das normas. Conclui-se, então, que nem as auto-aplicáveis possuem todos os efeitos possíveis, pois são passíveis de novos desenvolvimentos mediante legislação ordinária, nem as normas não auto-aplicáveis são de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos. Portanto, a atual doutrina sobre a aplicabilidade das normas constitucionais opõe sérios reparos a essa teoria, e procura

reelaborar a matéria sob outras perspectivas e segundo exigência do conteúdo sócio-ideológico das constituições do pós-guerra²⁹⁵.

É importante ter em mente que cada norma constitucional é sempre executável até onde possa, até onde seja suscetível de execução, havendo necessidade de determinar esse limite. A teoria clássica norte-americana não acentua a importância das disposições programáticas que revelam o novo caráter das Constituições contemporâneas, não oferecendo uma visão científica de seus efeitos jurídicos. Por isso a necessidade de reformulação doutrinária da matéria.

A concepção moderna teve eco fundamentalmente nos autores italianos, que se debruçaram na análise científica do tema, construindo teorias que classificavam as normas em categorias, com valor e eficácia diversos. Nesse rumo, as normas constitucionais foram classificadas em preceptivas e diretivas (assemelhando-se às mandatórias e diretórias norte-americanas), outrora em programáticas e de natureza jurídica, recebendo severas críticas, tendo em vista o estranhamento em conceber uma constituição rígida com normas não dotadas de natureza jurídica. Com todas essas críticas, nova classificação foi formulada pela doutrina italiana. As normas constitucionais, quanto à eficácia e a aplicabilidade, são:

- a) diretivas ou programáticas, sem preceito concreto, são dirigidas essencialmente ao legislador;
- b) preceptivas de aplicabilidade imediata, que contêm comandos jurídicos de aplicação direta e imediata;
- c) preceptivas, mas não de aplicabilidade imediata, que são aquelas que requerem outras normas jurídicas integrativas, invalidam novas leis infringentes, mas enquanto sua aplicação estiver suspensa, não atingirão a eficácia das leis anteriores.

Essa classificação também é inaceitável, tendo em vista a fundamentação assente na premissa de que há distinção entre normas constitucionais jurídicas e não-jurídicas. Mesmo as programáticas, tidas pela doutrina como ineficazes, apresentam efeitos e exercem relevante função no ordenamento jurídico.

Não há norma constitucional destituída de eficácia; todas irradiam efeitos jurídicos, importando inovação da ordem jurídica preexistente. Entretanto, a eficácia de certas normas não se manifesta na mesma plenitude dos efeitos pretendidos pelo constituinte enquanto não advier normação jurídica infraconstitucional.

²⁹⁵ Ibidem, p. 75.

Se todas as normas possuem eficácia, elas se diferenciam apenas quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. Partindo dessa premissa, é possível reconhecer a tríplice característica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade, adotada pelo trabalho, e já referenciada *in passim* no início desse capítulo:

a) Normas constitucionais de eficácia plena: são aquelas que produzem todos os seus efeitos essenciais desde a entrada em vigor da Constituição. O legislador constitucional gerou, desde logo, uma normatividade suficiente para a produção de efeitos jurídicos. São de aplicabilidade direta, imediata e integral.

A orientação doutrinária moderna reconhece que a maioria das normas constitucionais possui eficácia plena e aplicabilidade imediata, mesmo aquelas de caráter sócio-ideológico. De acordo com José Afonso da Silva, detentor das referências do presente capítulo, torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais da Constituição, em que pese ter revelado acentuada tendência para deixar ao legislador ordinário a integração e complementação de suas normas²⁹⁶.

No caso em tela, a maioria dos preceitos atinentes à liberdade de associação possui eficácia plena. A respeito do tema, a Constituição estatui que a criação de associações independe de autorização e proíbe a interferência estatal em seu funcionamento. O mesmo inciso disciplina também a criação das cooperativas, remetendo-as à lei. A expressão “na forma da lei”, em princípio, parece limitar a criação de cooperativas. Contudo, explica José Afonso da Silva, que a “forma da lei” refere-se à criação das cooperativas, e não à autorização para essa criação²⁹⁷. Isso significa que a expressão apenas indica que elas se regem por normas diversas das civis. Nesse sentido, tanto a criação de associação quanto a de cooperativa independem de autorização. Ambos os dispositivos apresentam eficácia plena.

A Constituição prevê, ainda, que as associações só podem ser dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se o trânsito em julgado no primeiro caso. A norma proíbe a dissolução ou suspensão das atividades associativas, verificando-se, novamente, a plenitude eficaz do dispositivo. Proíbe também a obrigação de se associar ou de permanecer associado. Por fim, a Constituição prevê a legitimidade de as associações representarem seus filiados judicial e extrajudicialmente, desde que expressamente autorizadas. Todos esses dispositivos mencionados não apresentam qualquer restrição quanto à sua eficácia, produzindo todos os seus efeitos de imediato. Prevêem uma conduta positiva,

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 88.

²⁹⁷ *Idem*, *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 115.

garantindo ao indivíduo a liberdade de criar uma associação, não sendo obrigado a nela permanecer, e uma conduta negativa, abstendo o Estado de dissolver ou suspender as atividades associativas.

É importante observar que uma norma isolada pode não se apresentar com toda a plenitude de sua eficácia. Nesse caso, ela deve ser compreendida dentro do conjunto de disposições reguladoras de um determinado instituto.

Verifica-se, também, que pode acontecer de um mesmo direito ou liberdade apresentar dispositivos de eficácia plena e outros, contida ou limitada. É o caso da liberdade de associação: foram vistos alguns aspectos da norma com eficácia plena, entretanto eles se mesclam com a eficácia contida, conforme se discorrerá adiante.

b) Normas constitucionais de eficácia contida: são normas que também incidem imediatamente e produzem todos os seus efeitos, mas prevêm meios que permitem a contenção de sua eficácia. São de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, pois estão sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade. São normas cuja eficácia é contida em certos limites pelo legislador ordinário ou por outro sistema, como ordem pública, segurança nacional, integridade nacional, bons costumes, necessidade pública, perigo público eminente, fins lícitos etc. Muitos desses conceitos possuem larga difusão no direito público. Algumas já contêm um conceito ético juridicizado como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia. As de eficácia contida encontram-se principalmente entre aquelas que instituem direitos e garantias fundamentais, apesar de também despontarem em outros contextos.

Podem sofrer contenções mediante leis, mediante outras normas constitucionais ou, conforme já mencionado acima, através de conceitos restritivos, abertos. Esses dispositivos restritivos apresentam um regime interpretativo semelhante às regras de exceção e, por isso, devem se subordinar à idéia de que seu sentido não pode ultrapassar a técnica de seu enunciado limitado.

No caso em análise, a Constituição prevê a plena liberdade de associação. Entretanto, condiciona-a aos fins lícitos e veda apenas a de caráter paramilitar. Essa condicionante, conforme já foi explicado acima, refere-se à contenção da norma constitucional através de um conceito restritivo. Ao tratar da finalidade lícita, a Constituição contém a norma. Desse modo, nem todas as associações são permitidas pelo texto constitucional, mas apenas aquelas que apresentem finalidade lícita.

Conforme já foi visto alhures, existem também vários conceitos que interferem na eficácia de determinadas normas. Com base neles, o Poder Público pode limitar situações subjetivas, circunscrevendo a autonomia de sujeitos privados. Esses conceitos delimitativos da eficácia das normas constitucionais são sempre abertos e muitas vezes controvertidos, dependentes de interpretação doutrinária e jurisprudencial. Todavia, por limitar situações subjetivas de vantagem outorgada pela Constituição, é muito importante a apreensão de seu significado. Praticam-se grandes arbitrariedades em nome dessas expressões limitativas de direitos fundamentais. As liberdades públicas não podem ser aniquiladas em nome dessas expressões.

Esse sistema de contenção se justifica nos fins gerais e sociais do Estado moderno. O Estado, ao limitar a autonomia dos indivíduos, tem por finalidade tutelar a liberdade de todos, de modo que o exercício dos direitos de uns não prejudique os direitos dos demais. Também tem como uma das principais finalidades, ínsitas em sua própria existência, assegurar a ordem pública, tutelar a segurança e a incolumidade das pessoas e do patrimônio dos indivíduos, procurar realizar o bem social, o bem-comum, garantir a igualdade de oportunidades a todos, dentre outros objetivos. Para isso, ele está autorizado pela Constituição a regular o exercício dos direitos dos indivíduos por lei ou através de conceitos gerais. Por essa razão, a eficácia e a aplicabilidade ficam delimitadas ao equilíbrio perseguido pelo Estado, na busca da efetivação da prosperidade da comunidade.

c) Normas constitucionais de eficácia limitada: são aquelas que não produzem todos os seus efeitos essenciais com a simples entrada em vigor, pois o legislador não estabeleceu uma normatividade para isso. São de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, pois somente incidem sobre seus interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia. Possuem incidência reduzida e geram outros efeitos que não os essenciais. Limitam-se a positivizar princípios ou esquemas sobre a matéria. O constituinte deixa ao legislador ordinário ou a outros órgãos de governo sua concreção normativa. As normas de eficácia limitada apresentam duas categorias distintas:

- normas programáticas (chamadas também de declaratórias de princípios programáticos): constituem programas de ação social, estabelecem uma finalidade, um princípio. Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por José Afonso da Silva²⁹⁸, utiliza a terminologia “normas definidoras de uma finalidade a ser atingida”.

²⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2007, apud SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 86.

- normas de legislação (chamadas também de declaratórias de princípios institutivos ou organizativos): inserem-se na parte organizativa da Constituição; dependem de legislação que as integre. O Constituinte incumbiu ao legislador ordinário a sua normatividade ulterior. Existe grande dificuldade na determinação de um critério de distinção das normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada.

A interpretação das normas constitucionais constitui problema tormentoso, e sua solução apresenta-se de grande importância prática.

Sob o aspecto da aplicabilidade, as normas de eficácia contida se parecem com as de eficácia plena, mas delas se distanciam pela possibilidade de contenção de sua eficácia através de legislação infraconstitucional posterior ou de outros meios. Aproxima-se das de eficácia limitada pela possibilidade de regulamentação legislativa, mas tal regulamentação não é condição de sua executoriedade, enquanto o é para a eficácia limitada. Além disso, para aquelas a regulamentação restringe o campo de sua incidência, enquanto para estas a legislação tem a finalidade de ampliá-lo. Ou seja, a legislação futura impede a expansão da integridade de seu comando jurídico.

É paradoxal que as normas supremas da ordem jurídica, o Direito dotado de supremacia e superlegalidade, sejam as de eficácia menos efetiva e mais sujeitas ao desrespeito e à inaplicabilidade. Quantas normas constitucionais ficam letra morta!²⁹⁹.

O presente trabalho, no atinente à eficácia das normas, posiciona-se (assim como o fez até agora) no sentido de atribuir maior efetividade à liberdade constitucional de associação. A norma que disciplina o direito de associação, por conter um conceito aberto limitativo, possui eficácia contida: cabe à lei ou ao administrador fortalecer esse preceito constitucional, atribuindo ao termo lícito amplitude condizente. Conforme já foi visto reiteradas vezes, é conceito vago, que necessita ser concretizado pelo operador do direito. Ao atribuir-lhe significação, o legislador e o administrador ampliarão ou restringirão a eficácia do direito associativo. Espera-se que lhe seja dado tratamento compatível com sua importância.

Outro ponto de merecida reflexão diz respeito às outras normas atinentes à liberdade associativa. Elas apresentam eficácia plena, conforme já foi dito. Entretanto, uma palavra se faz necessária a respeito desse conjunto normativo que integra a associação: o direito encontra-se em diversas normas. O núcleo é a liberdade de associação, sendo que todas as outras normas que a circundam servem para conferir-lhe atributos eficazes. Portanto,

²⁹⁹ Ibidem, p. 16.

apesar de apresentarem eficácia plena, encontram-se na dependência da contenção eficaz do núcleo básico, que é a liberdade de associação.

Pelas reflexões expostas, verifica-se, mais uma vez, a necessidade de atribuir ao núcleo defendido por esse trabalho sua real importância no ordenamento constitucional brasileiro. Foi esse o caminho trilhado do início ao fim, com o anseio de encontrar o conteúdo constitucional da liberdade de associação.

CONCLUSÕES

A leitura e a análise atenta dos dispositivos constitucionais atinentes à liberdade de associação permitiram as seguintes conclusões:

1. O direito de associação vem sendo mantido nas Constituições brasileiras desde 1891 até o Texto de 1988.

2. A atual Constituição brasileira entendeu garantir o direito em diversos incisos, revelando a importância para o sistema.

3. O direito de associação é instrumento utilizado para a conjugação de forças dos seres humanos aglutinados, buscando a concretização de interesses comuns. Essa forma de liberdade, se bem aplicada, pode ser utilizada como modo de efetivação de outros direitos, contribuindo, inclusive, para a participação do indivíduo nas decisões fundamentais do País, servindo como instrumento de concretização da democracia. O homem, ao associar-se, fortalece-se, adquirindo a possibilidade de realizar determinados fins que ultrapassam suas fragilidades.

4. Com essa possibilidade de participar mais ativamente, através da concretização de direitos, do papel desempenhado pelo Estado, a associação contribui para o desenvolvimento da democracia.

5. Tendo em vista a importância desse direito para a representatividade da população perante o Estado, procurou-se atribuir-lhe a máxima efetividade possível através da interpretação desse instituto e da legislação infraconstitucional, pretendendo dar-lhe o tratamento que ele merece.

6. Sob o ângulo conceitual, procurou-se atribuir ao termo associação abrangência restrita, em razão de seus próprios elementos e características. A legislação anterior não distinguia associação de sociedade; a doutrina se dividia. A atual legislação civilista veio dirimir a dúvida. Associações são aquelas que não possuem finalidades lucrativas. A conclusão depreende da própria posição topográfica dessa liberdade: se é direito fundamental, atribui-se ao indivíduo o seu desfrute, como liberdade inerente a ele, não visando a possibilidade de lucro.

7. Não cabe à Constituição definir institutos, mas tão-somente traçar a linha valorativa para eles. Portanto, em tema de direito fundamental, cabe à legislação infraconstitucional atribuir-lhe maior efetividade.

8. Apesar de a Constituição de 1988 constituir-se em marco divisor de águas entre uma legislação e outra, a nova codificação não se imbuíu do espírito constitucional.

9. O conceito de associação é encontrado através dos elementos ínsitos a ela, desenvolvidos pormenorizadamente pela doutrina.

10. São componentes da associação alguns direitos concernentes à entidade e outros inerentes ao indivíduo. Dessa constatação decorre a explicação para reconhecê-lo como direito individual de exercício coletivo. Os direitos inerentes ao indivíduo, de aderir-se a uma entidade ou dela se desligar referem-se à sua feição individualista, enquanto os de criação e dissolução apresentam o caráter do exercício coletivo, pois são atinentes a decisões do grupo. Tanto o direito de criação quanto o de dissolução devem estar em consonância com todos os elementos inerentes à associação. Portanto, algumas restrições para criar associação ou dissolvê-la não caracterizam impedimento à liberdade associativa, mas simplesmente o exercício em consonância com todos os elementos, inerentes a ela. Os direitos inerentes ao indivíduo defluem da própria liberdade ínsita a eles, liberdade vista como ausência de constrangimento, atendidas às especificações do estatuto que a criou.

11. Para que a liberdade de associação seja amplamente assegurada, é preciso conferir-lhe instrumentos capazes de inibir a interferência em seu funcionamento, através de garantias cotejadas ao direito. Com isso, foram impostas limitações ao poder estatal, bem como instrumento que confere segurança jurídica à sua existência. Tais garantias atribuíram-lhe eficácia e possibilidade de concretização.

12. Foram garantidos, também, instrumentos que permitem à associação participar ativamente da vida pública do País (mandado de segurança coletivo, ação civil pública, instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade). Nota-se que os particulares não possuem essa possibilidade, o que torna ainda mais clara a efetiva realização de direitos por meio da associação.

13. Apesar de toda a preocupação com os vários aspectos da liberdade de associação, verifica-se a desconexão do direito fundamental reconhecido pela Constituição Federal e a legislação infraconstitucional. Apesar do esforço reconhecido ao Poder Constituinte no sentido de atribuir novos valores à sociedade através de uma Constituição concretizadora, esse mesmo esforço não se verificou em outras searas estatais, como os Poderes Legislativo e Executivo.

14. Continua-se com a “descultura” da associação, advinda de ambos os lados: Estado, que não empreende esforços suficientes ao fortalecimento desse direito; e sociedade,

que, em última análise, é fruto do Estado que a organiza. Esses fatores, somados, inibem o exercício da liberdade de associação.

15. Procurou-se, com o trabalho, reverter essa situação, delimitando um conteúdo constitucional à liberdade de associação e demonstrando a possibilidade do efetivo exercício do direito associativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 3.^a ed., 2.^a tir., São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. 3.^a ed., Barueri, SP: Manole, 2006.
- ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário Jurídico*. 4.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA. *Dicionário da língua portuguesa contemporânea*. Lisboa: Editorial Verbo, 2001.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Liberdade de reunião*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Serrano Vidal. *Curso de Direito Constitucional*. 10.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 10.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições Brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2.^a ed., v. 5, 2001.
- BALEEIRO, Aliomar. *Coleção Constituições brasileiras: 1891 – Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Brasília*, 2.^a ed., v. II, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 22.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- _____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3.^a ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1989.

- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 5.^a ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
_____. *A era dos direitos*. 14.^a tir., Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5.^a ed., v. 1 e 2, Brasília: UnB, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2005.
_____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 4.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- BURDEAU, Georges. *Les libertés publiques*. 4^{ème} édition. Paris: L.G.D.J, 1972.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 1.^a ed., v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5.^a ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CARLOS MAXIMILIANO. *Comentários à Constituição brasileira*. 5.^a ed., v. III, São Paulo: Freitas Bastos, 1954.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. V. III, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1949.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1967*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2.^a ed., v. VI, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, 2.^a ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006.
- COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés Publiques*. 4^{ème} édition., Paris: DALLOZ, 1972.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 3.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- CRETELLA JR. José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3.^a ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1992.
_____. *Liberdades públicas*. São Paulo: José Bushtasky, 1974.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 5.^a e 25.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978 e 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18.^a ed., São Paulo: Atlas, 2005.

- DIMOULIS, Dimitri (coord). Vários autores, vários organizadores. *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2.^a ed., v. 02 e 03, São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 16.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Norma constitucional e seus efeitos*. 6.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003
- DÓRIA, Alfredo de Sampaio. *Direito constitucional*. V. 4, São Paulo: Max Limonad, 1960.
- _____. *Direito Constitucional. Curso e Comentários à Constituição*. 3.^a ed., t. 2, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1953.
- DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 2^{ème} édition, t. cinquième, Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{ie}, 1925.
- EISMEIN, A. *Éléments de droit constitutionnel français et compare*. 5^{ème} édition, Paris: L. Larose & L. Tenin Directeurs, 1909.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*. v. II, Buenos Aires: Depalma, 1990.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2.^a ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4.^a ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e garantias individuais – Comentários ao art. 5.º da Constituição Federal de 1988*. Bauru, SP: EDIPRO, 1997.
- FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito Constitucional*. 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*. 2.^a ed., v. 5, Rio de Janeiro: Editora Livraria José Olympio, 1954.
- HAURIUO, Maurice. *Derecho público y constitucional*. 2.^a ed., trad. Carlos Ruiz del Castillo, Madrid: Réus, s.d.
- HOUAISS, A. *Dicionário Houaiss*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- HOUAISS, A. (Ed). *Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa Versão 2.0*. CD-Rom, Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.
- ISHAY, Micheline R. *Direitos Humanos: uma antologia – principais escritos políticos, ensaios, discursos e documentos desde a bíblia até o presente*. Trad. Fábio Duarte Joly. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência (NEV), 2006.

- ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Trad. Carlos Souza, Barueri, SP: Manole, 2005.
- KANT. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: Os Pensadores – Kant (II), Trad. Paulo Quintela, São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3.^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MACHADO HORTA, Raul. *Direito Constitucional*. 3.^a ed., Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural dos consumidores*. 10.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARCÍLIO, Maria Luiza; PUSSOLI, Lafaiete. *Cultura dos direitos humanos*. Coleção Instituto Jacques Maritain, 1.^a ed., São Paulo: LTr, 1998.
- MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 33.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Mandado de Segurança*. 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2.^a ed., Petrópolis: Vozes, 1991.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 39.^a ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. Trad. Eveline Bouteiller, Barueri, SP: Manole, 2004.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da monografia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OCTAVIANO NOGUEIRA. *Coleção Constituições brasileiras: 1824 – Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, Brasília, v. I*, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21.^a ed., v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PINTO FERREIRA. *Curso de direito constitucional*. 12.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Comentários à Constituição brasileira*. v.1, São Paulo: Saraiva, 1989.

- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4.^a ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PIRES, Renato Barth. *Direitos Fundamentais, da cidade antiga à Constituição brasileira de 1988: as “gerações” de direitos*. 2001, 331 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, PUC-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.
- POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, v. III, 2001.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 3.^a ed., v. II, t. II, Rio de Janeiro: Guanabara, 1934.
- _____. *Comentários à Constituição de 1967*. T. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967
- _____. *Comentários à Constituição de 1967*. T. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- _____. *Comentários à Constituição de 1967 – Com a Emenda n.º 1, de 1969*. 2.^a ed., t. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- _____. *Democracia, liberdade, igualdade*. Campinas: Bookseller, 2002.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. 3.^a ed., t. 1, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.
- PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras: 1937*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2.^a ed., v. IV, 2001.
- _____. *Emendas Constitucionais*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, v. VIa, 2001.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24.^a ed., 2.^a tir., São Paulo: Saraiva, 1999.
- RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. 6^{ème} éd., Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
- ROBERT, Jacques. *Droits de l’homme et libertés fondamentales*. 7.^a ed., Paris: Montchrestien Édition, 1999.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2006.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 34.^a ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito Constitucional*. 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1970.
- SARASATE, Paulo. *A Constituição do Brasil ao alcance de todos*. São Paulo: Freitas Bastos, 1967.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8.^a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 4.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SORIANO DÍAZ, Ramón. *Las Libertades Públicas*. Madrid: Tecnos, 1990.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. T. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. 5.^a ed., v. 1, São Paulo: Atlas, 2005.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 3.^a ed., São Paulo: Atlas, 1999.

PERIÓDICOS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. A democracia semidireta na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 33, p. 141-173, out./dez. 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Sociedade e Estado. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 15, p. 43-52, 1971.

CARVALHO, Ivan Lira de. Mandado de segurança coletivo e partidos políticos. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 06, p. 200-220, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. O reconhecimento de direitos coletivos na esfera internacional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 23, p. 5-11, 1998.

_____. As garantias institucionais dos direitos humanos. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 32, p. 5-13, 2000.

DROMI, José Roberto. Constitucionalismo y humanismo. *Revista de Direito Público São Paulo*: Revista dos Tribunais, n.º 70, p. 28-32, abr.-jun. 1984.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. Uma visão crítica das organizações sociais. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 25, p. 33- 42, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Partidos Políticos e Mandado de segurança coletivo. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 95, p. 37-41, jul.-set. 1990.

_____. Mandado de segurança na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 87, p. 81-83, jul.-set. 1988.

_____. Mandado de Segurança coletivo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 3, 1993.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 93, p. 18-22, jan.-mar. 1990.
- MACHADO HORTA, Raul. Constituição e direitos individuais. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 67, p. 20-36, jul./set. 1983.
- LIMA, Sebastião de Oliveira. Mandado de segurança coletivo e seus principais problemas. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 3, p. 135-144, 1993.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais? *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 34, p. 168-183, jan.-mar. 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Adin – O direito de propositura das confederações sindicais e das entidades de classe de âmbito nacional. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 7, p. 161-169, 1994.
- MIGUEL REALE. Da democracia liberal à democracia social. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 71, p. 23-39, jul.-set. 1984.
- MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 82, p. 5-27, abr.-jun. 1987.
- MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 24, p. 75-86, 1998.
- MONTE ALEGRE, Sérgio. Ação Civil Pública, Constituição Federal e legitimidade para agir. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 14, p. 67-77, 1996.
- MURICY, Marília. Cidadania, participação e controle do Estado. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 88, p. 108-112, out.-dez. 1998.
- PORTINHO DIAS, Luiz Cláudio. A democracia participativa brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 37, p. 223-236, out.-dez. 2001.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 30, p. 146-158, jan.-mar. 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e cláusulas pétreas: os direitos fundamentais sociais e o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n.º 41, p. 65-91, 2003.
- SILVEIRA, José Néri da. Reflexão sobre uma ordem de liberdade e justiça. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 74, p. 26-37, abr.-jun. 1985.

SUNDFELD, Carlos Ari. Mandado de segurança coletivo na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 89, p. 37-42, jan.-mar. 1989.

VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 43-44, p. 21-31, jul.-dez. 1977.

WALD, Arnold. Da iniciativa para o exercício da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 16, p. 163-168, 1971.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)