



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CURSO DE MESTRADO

ABELARDO SAMPAIO LOPES NETO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE CONSTITUIÇÃO E
DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS**

Salvador
2011

ABELARDO SAMPAIO LOPES NETO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE CONSTITUIÇÃO E
DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS**

Dissertação apresentado ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho.

Salvador
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

ABELARDO SAMPAIO LOPES NETO

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE CONSTITUIÇÃO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em
Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca:

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

1º Examinador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro
Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

2º Examinador: Prof. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira
Professor da Universidade Federal de Alagoas
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Salvador

2011

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof^o Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, que me orientou na produção desta dissertação e teve uma paciência inigualável para com este orientando.

Agradeço à Fapesb que contribuiu imensamente para a produção deste trabalho provendo os recursos financeiros necessários ao sustento do pesquisador.

Agradeço a João Glicério de Oliveira Filho, eterno mestre e orientador, pelo conselhos e contribuições dados durante a realização deste trabalho.

Agradeço à minha família, minha namorada e meus amigos, sem os quais não conseguiria alcançar o fim desta jornada.

Agradeço também a todos que contribuíram direta ou indiretamente para a realização deste trabalho.

*“Estudar o direito é, assim, uma atividade difícil, que exige não só acuidade, inteligência, preparo, mas também encantamento, intuição, espontaneidade. Para compreendê-lo, é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo, rendendo-se a ele.”
(Tércio Sampaio Ferraz Junior)*

RESUMO

A presente dissertação analisa a possibilidade de reconhecimento do direito fundamental à livre constituição e dissolução de sociedades empresárias fundamentado no direito geral de associação previsto no artigo 5º, inciso XVII da Constituição Federal. Esse reconhecimento é justificado à partir da análise do fenômeno do associativismo, as dimensões que lhe são possíveis, comparando-se os caracteres da sociedade empresária com os elementos necessários à configuração de uma associação para então concluir-se pela pertinência das sociedades ao gênero identificado como associações. Junta-se a isto a análise das normas de direito fundamental que compõem o direito de associação à luz da técnicas de hermenêutica constitucional, para verificar a possibilidade da interpretação defendida. Reconhecido este direito, analisam-se as possíveis consequências do seu reconhecimento por sobre o ordenamento jurídico vigente.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Liberdade de Associação. Sociedades Empresárias. Liberdade de Associação Empresária.

ABSTRACT

This paper examines the possibility of recognizing the freedom of establishment and dissolution of companies based on the general right of association laid down in Article 5, paragraph XVII of the Constitution. This recognition is justified based on the analysis of the phenomenon of association, the dimensions that are possible for it, by comparing the characters of the business company with the necessary elements to setting up an association and then concluded the pertinence of the companies to the genus associations. Join to this the analysis of fundamental rights norms that form the right of association in using constitutional hermeneutics techniques to verify the possibility of the interpretation advocated. Recognized this right, we analyze the possible consequences of its recognition for the legal system in force.

Keywords: Fundamental Rights. Freedom of Association. Corporate Entrepreneurs. Entrepreneur Freedom of Association.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1 CONCEITO	13
2.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	16
2.2.1 As Gerações de Direitos Fundamentais	19
2.2.2 Evolução dos Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras	22
2.3 A CATEGORIA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
2.3.1 Normas de Direitos Fundamentais: Princípios ou Regras?	26
2.3.1.1 Distinção entre princípios e regras	26
2.3.1.2 As normas de direito fundamental como modelo misto	30
2.4 A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
2.4.1 A Hermenêutica Constitucional	32
2.4.2 Especificidades da Norma Constitucional	33
2.4.2.1 O Princípio da Coloquialidade dos Termos Constitucionais	35
2.4.3 Os Princípios da Interpretação Constitucional	36
2.4.3.1 A unidade da Constituição	37
2.4.3.2 A eficácia integradora	37
2.4.3.3 A máxima efetividade	38
2.4.3.4 A conformidade funcional	38
2.4.3.5 A concordância prática	38
2.4.3.6 A interpretação conforme a Constituição	39
2.4.4 A Interpretação Pluralista de Peter Häberle	40
2.5 A CONCRETIZAÇÃO COMO MÉTODO HERMENÊUTICO DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL	43

3 O CONTEUDO JURIDICO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO	48
3.1 O RECONHECIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO DE ASSOCIAÇÃO	48
3.2 A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	53
3.2.1 A Liberdade de Associação na Constituição de 1988	56
3.3 A DIMENSÃO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO INSERTA NO INCISO XVII	58
3.3.1 Finalidade Lícita	58
3.3.2 Caráter Paramilitar	60
3.4 O CONTEÚDO DO DIREITO DE ASSOCIAÇÃO	61
3.5 APLICAÇÕES USUAIS DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO	64
3.5.1 Associação em Sentido Técnico Estrito	64
3.5.2 Cooperativas	67
3.5.3 Sindicatos	72
4 AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS	77
4.1 AS HIPÓTESES LEGAIS DE CONJUGAÇÃO SUBJETIVA DE ESFORÇOS	77
4.1.1 Sociedades e Associações	81
4.2 SOCIEDADE: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	83
4.3 HISTÓRICO DAS SOCIEDADES	86
4.4 SOCIEDADE CIVIL X SOCIEDADE COMERCIAL	92
4.4.1 Dicotomia na legislação brasileira	94
4.5 REQUISITOS PARA CONSTITUIÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS	98
4.5.1 Contrato Plurilateral	99
4.5.2 A Constituição de Capital Social	102
4.5.3 Affectio Societatis	103
5 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE CONSTITUIÇÃO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS	108
5.1 POSIÇÃO CONTRÁRIA DA DOUTRINA MAJORITÁRIA	108

5.2 A SOCIEDADE COMO SUBTIPO DE ASSOCIAÇÃO	116
5.2.1 Utilização pelo Legislador Ordinário	118
5.3 A INTERPRETAÇÃO DO TERMO UTILIZADO PELA CONSTITUIÇÃO	122
5.4 O RECONHECIMENTO PELA DOCTRINA DA APLICAÇÃO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO POR SOBRE AS SOCIEDADES	124
5.4.1 A Sociedade e o Direito de Associação na Doutrina Alienígena	127
5.5 INDÍCIOS DE RECONHECIMENTO DA APLICAÇÃO DO DIREITO DE ASSOCIAÇÃO ÀS SOCIEDADES NA JURISPRUDÊNCIA	132
5.6 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE CONSTITUIÇÃO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS.	136
5.6.1 O Reconhecimento de um Fundamento Jurídico-Positivo para a Dissolução Societária Fundada na Quebra da <i>Affectio Societatis</i>.	136
5.6.2 Releitura da Restrição Imposta à Constituição da Sociedade Marital	139
6 CONCLUSÃO	144
REFERÊNCIAS	151

1 INTRODUÇÃO

Esta dissertação versa sobre o direito fundamental à livre constituição e dissolução de sociedades empresárias, decorrente da aplicação por sobre as relações existentes no âmbito da formação e do encerramento das sociedades empresárias do direito de associação previsto na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XVII e seguintes.

O problema resta configurado a partir da constatação de que o posicionamento doutrinário majoritário insiste por reconhecer a aplicação dos ditames da liberdade fundamental de associação apenas a entidades que não possuam finalidade econômica em seus objetos, alijando do âmbito de proteção da norma em questão as sociedades, nomeadamente as empresárias.

Inquestionável a relevância jurídica do tema posto que as sociedades empresárias representam mais do que noventa por cento das pessoas jurídicas constituídas no país, sendo responsáveis por quase toda geração de emprego e renda, fazendo jus à correta análise das normas de direitos fundamentais que sobre si imperam.

A hipótese será construída a partir da constatação de que o legislador constitucional ao prever a liberdade de associação jamais buscou restringir o seu âmbito de proteção para as associações em sentido estrito, protegendo em verdade todo o fenômeno associativo, do qual fazem parte as sociedades empresárias.

No desenvolvimento desta argumentação será demonstrada a livre utilização do legislador constitucional e pré-constitucional dos termos associação/sociedade e associado/sócio, para designar as formas de conjugação subjetivas de esforços e seus integrantes, inexistindo qualquer apreço técnico nesta separação até o advento da Lei 10.406/2002.

Restará demonstrada também a inexistência dos requisitos autorizadores à limitação imposta pela interpretação doutrinária e jurisprudencial enfrentada, enriquecido ainda com indícios de reconhecimento deste direito entre as fontes nacionais e alienígenas, inclusive com posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema, comprovando a necessidade de proteção da livre constituição e dissolução de sociedades empresárias a partir da aplicação sobre as mesmas da plena liberdade de associação.

O texto foi desenvolvido a partir de um procedimento monográfico e uma metodologia de abordagem dialética, utilizando a técnica da pesquisa bibliográfica, estudo jurisprudencial e consulta a legislação.

O primeiro capítulo de desenvolvimento trata acerca dos Direitos Fundamentais, traçando em linhas gerais a sua teoria, abordando o seu conceito, desenvolvimento histórico, categoria dogmática e em especial a sua hermenêutica.

O segundo capítulo de desenvolvimento trata do conteúdo jurídico da liberdade de associação, buscando a origem deste direito nos ordenamentos alienígena e brasileiro, principalmente no âmbito da Constituição de 1988. Em seguida busca-se definir a dimensão que pode ser atribuída a este direito analisando as hipóteses de restrição previstas pelo legislador constitucional. Por fim trata-se das usuais aplicações deste direito que são reconhecidas pelo ordenamento jurídico, nomeadamente as associações em sentido estrito, as cooperativas e os sindicatos.

O terceiro capítulo de desenvolvimento aborda as sociedades empresárias, partindo da análise das formas de conjugação subjetivas de esforços reconhecidas juridicamente, concentrando-se na diferenciação entre associações e sociedade. Em seguida realiza-se uma delimitação conceitual para limitar o estudo às sociedades empresárias complementando-se com uma exposição sobre o seu desenvolvimento histórico e requisitos de constituição.

No quarto e derradeiro capítulo de desenvolvimento trata-se efetivamente acerca do direito fundamental à livre constituição e dissolução de sociedades empresárias, expondo o posicionamento doutrinário majoritário contrário a este entendimento, a configuração da sociedade como subtipo do gênero associação, a interpretação que deve ser dada à norma constitucional em questão para reconhecer este direito, demonstrando ainda os indícios de reconhecimento presentes na doutrina e na jurisprudência pátria e alienígena, e as possíveis consequências advindas do reconhecimento.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para iniciar este estudo, mister se faz uma digressão acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, por óbvio de forma sucinta, nos limites necessários para a construção dos fundamentos teóricos deste trabalho.

2.1 CONCEITO

José Afonso da Silva¹ conceitua direitos fundamentais como sendo uma expressão mais adequada para designar as prerrogativas e instituições que, no âmbito do direito positivo, garantem uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, constituindo caráter fundamental o fato de tratar-se de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realizaria, conviveria ou mesmo sobreviveria.

A definição apresentada, entretanto, assemelha-se muito com aquilo que se costuma conceituar como direitos da personalidade que, nos dizeres de Roxana Borges², são direitos que derivam da própria condição de ser humano, decorrentes da personalidade humana e que envolvem valores considerados como essenciais para a “vida humana”, entendida em consonância com a dignidade do indivíduo.

Porém, os direitos fundamentais abrangem uma gama muito maior do que apenas os direitos da personalidade, por isto não tão esclarecedor apresenta-se o conceito trazido por José Afonso da Silva.

Antes de determinar qual o conceito de direito fundamental, importante trazer à baila algumas de suas características. Norberto Bobbio destaca com propriedade que a questão da “fundamentalidade” dos direitos tem sua raiz na historicidade, o que se

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 176-177.

² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 20-21

considera como fundamental hoje não é aquilo que foi considerado como tal no início do século XX. Diz o autor:³

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Perez Luño, por sua vez, elucida que diversas podem ser as formas de classificação dos direitos humanos, tautológicas pela sua atribuição aos seres humanos; formais por pertencerem a todos os homens; e teleológica por visarem sempre plena realização da pessoa humana, tornando-se indispensáveis para tanto.

Nos termos deste autor estes direitos são⁴:

un conjunto de facultades y instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidade, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional y internacional.

³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 6 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 20.

⁴ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado Derecho y Constitución**. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2008. p. 48.

Além da historicidade demonstrada por Bobbio, o conceito apresentado por Perez Luño evidencia outra característica dos chamados direitos fundamentais: a institucionalização.

Esse caráter institucional dos direitos fundamentais é defendido ferrenhamente por alguns autores, dentre eles destaca-se o posicionamento de Cruz Villalon⁵, para quem:

onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios.

Defender uma afirmação neste sentido seria incorrer no risco de pregar um rol constitucional fechado de direitos fundamentais, com o que não se corrobora principalmente em razão da sua historicidade e variabilidade que não se compatibiliza com um enquadramento rígido e *numerus clausus*.

A Constituição Federal expressamente afirmou que o rol ali previsto não se tratava de um quadro rígido, ao, no §2º do artigo 5º reconhecer que existem direitos fundamentais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, afastando, incontestavelmente, a ideia de taxatividade da enumeração constitucional.

Interessante se mostra o conceito de direitos fundamentais trazido por Pérez Luño que os define como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, devendo, estas, encontrarem-se positivadas pelos ordenamentos jurídicos.

⁵ VILLALON, Cruz. *apud*. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit. p. 497.

Nesta definição, o autor abarca todos os elementos demonstrados aqui, e traz também a ideia de positivação, mas não como um requisito de caracterização dos direitos fundamentais, e sim como uma consequência da sua própria existência, não sua causa.

2.2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Após definido o conceito de direitos fundamentais que será utilizado, papel importante exercerá o esclarecimento acerca do seu desenvolvimento histórico.

A origem dos direitos fundamentais aponta para o cristianismo, onde se afirma que estes foram pregados por Jesus aos seus fiéis. Porém, se entendidos tais direitos como forma de proteção do indivíduo em face da atuação arbitrária do Estado, podemos remontar esta origem ao antigo Egito e à Mesopotâmia, à época do terceiro milênio antes de Cristo.

Neste diapasão, o Código de Hamurabi seria a primeira codificação a consagrar um rol de direitos humanos a todos os homens, dispondo ali sobre vida, propriedade, honra, dignidade e família e a supremacia das leis em relação aos governantes entretanto baseava-se principalmente na Lei do Talião, *‘olho por olho, dente por dente’*, prevendo diversas espécies de punições não condizentes com a proteção aos direitos humanos.⁶

Na Idade Média, mesmo se tratando de uma sociedade com estratificação extremamente rígida e uma cultura de devoção ao senhor feudal decorrente do expediente da vassalagem, era possível identificar documentos onde se previa a proteção aos direitos fundamentais, na maioria das vezes, ligados ainda à limitação da atuação do poder estatal.

⁶ TAIAR, Rogerio. **Direito Internacional dos Direitos Humanos** – uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese de Doutorado. USP. Faculdade de Direito, 2009. p. 137.

Neste momento pode-se identificar a Magna Carta Inglesa de 1215 que reconhecia a liberdade de religião, o devido processo legal e a participação popular no julgamento dos crimes contra a vida⁷.

Outro documento de extrema importância para a evolução dos direitos fundamentais foi o *Petition of Rights* de 1628, onde se buscava uma efetivação material, por parte do Rei, daqueles direitos instituídos pela Magna Carta de 1215.⁸

Em sequência identifica-se o *Bill of Rights* de 1689, que representou uma enorme restrição ao poder estatal, prevendo dentre outras coisas, a liberdade de eleição dos membros do Parlamento; um reforço ao princípio da legalidade ao dispor que não poderia o Rei revogar uma lei ou suspender o seu cumprimento sem a aprovação do Parlamento; a criação do direito de petição e principalmente a vedação à aplicação de penas cruéis.

Um passo atrás, porém, foi o não reconhecimento da liberdade religiosa, ao negar compatibilidade entre o Reino Protestante, e príncipes, reis e rainhas que participem ou comunguem da Sé e Igreja de Roma, e o reconhecimento da instituição da escravatura, sob a justificativa de que esta não seria contrária ao direito natural.⁹

Um desenvolvimento considerável dos direitos fundamentais só veio ocorrer a partir da segunda metade do século XVIII, conhecido como “o século das declarações de direitos”¹⁰, com o advento da Revolução Francesa de 1789, que trouxe para os direitos fundamentais o caráter da universalidade, calcada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, possuindo como principais autores de

⁷ ANDRADE, Manoela. **Direitos Fundamentais**: Conceito e Evolução. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/12/29/1229/>>. Acesso: 25 jun. 2009.

⁸ *Ibidem*.

⁹ TAIAR, Rogerio. op. cit. p. 150.

¹⁰ *Ibidem*. p. 158.

seu projeto Mirabeau e Sieyès, que possuía um viés filosófico e teórico baseado nas teorias jusnaturalistas e no Contrato Social de Rousseau.¹¹

Esta declaração trazia em seu bojo disposições acerca do princípio da igualdade, liberdade, propriedade, princípio da legalidade, da reserva legal, anterioridade da lei penal, presunção de inocência, liberdade religiosa dentre outros, constituindo-se na efetiva consagração normativa dos direitos humanos fundamentais. Em seguida vieram as Constituições Francesas de 1791 e de 1793.

Merece transcrição o preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹²:

O povo francês, convencido de que o esquecimento e o desprezo dos direitos naturais do homem são as causas das desgraças do mundo, resolveu expor, numa declaração solene, esses direitos sagrados e inalienáveis, a fim de que todos os cidadãos, podendo comparar sem cessar os atos do governo com a finalidade de toda a instituição social, nunca se deixem oprimir ou aviltar pela tirania; a fim de que o povo tenha sempre perante os olhos as bases da sua liberdade e da sua felicidade, o magistrado a regra dos seus deveres, o legislador o objeto da sua missão. Por conseqüência, proclama, na presença do Ser Supremo, a seguinte declaração dos direitos do homem e do cidadão.

Este preâmbulo traduz de maneira límpida o sentimento que envolveu a efetivação dos direitos humanos no decorrer da revolução burguesa, que buscava de todas as formas garantir, pelo menos formalmente, a dignidade, a liberdade, e a honra dos indivíduos que outrora eram quase que desconsiderados pelo regime absolutista.

A partir deste ponto, a doutrina costuma dividir a evolução dos direitos fundamentais em gerações, termo que vem sendo criticado por transmitir uma ideia de períodos estanques, incomunicáveis, pelo que se passou a utilizar a expressão dimensões

¹¹ TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações Sobre a História Social dos Direitos Humanos in **Direitos Humanos. Construção da Liberdade e da Igualdade**, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo 1998. p. 39-42.

¹² Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>. Acesso em 30 jun. 2009.

dos direitos fundamentais, termo trazido por Paulo Bonavides, mas não se crê que esta modificação de nomenclatura traga grande diferença efetiva, motivo pelo qual se utilizará neste trabalho a divisão em gerações, já consagrada na doutrina.

2.2.1 As Gerações de Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais erigidos após a Revolução Burguesa do final do século XVIII constituem aqueles a que se convencionou chamar de direitos humanos de primeira fase. São os direitos de liberdade correspondentes aos direitos civis e políticos.

Esta gama de direitos surge como resposta ao regime absolutista onde o Estado oprimia os indivíduos não respeitando nem ao menos a sua esfera individual. Os direitos oriundos dessa fase constituíam-se em direitos negativos, que visavam proteger o indivíduo da atuação do Estado, que na época era visto como um inimigo do homem. Como exemplo destes direitos pode-se citar a liberdade de locomoção, de pensamento, de religião.

Sobre estes direitos afirma Giuseppe Tosi¹³:

Os direitos da tradição liberal têm o seu núcleo central nos assim chamados “direitos de liberdade”, que são fundamentalmente os direitos do indivíduo (burguês) à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança. O Estado limita-se a garantia dos direitos individuais através da lei sem intervir ativamente na sua promoção. Por isto, estes direitos são chamados de direitos de liberdade negativa, porque têm como objetivo a não intervenção do Estado na esfera dos direitos individuais.

Como característica marcante deste período pode-se identificar a abstração em que eram concebidos os direitos fundamentais. A sua existência dava-se apenas no

¹³ TOSI, Giuseppe. História Conceitual dos Direitos Humanos. In: **Direitos humanos: história, teoria e prática**. Giuseppe Tosi (org.) João Pessoa: Editora Universitária - UFPB, 2005. p. 147.

âmbito formal, não se encontrava instrumentos que garantissem a efetivação das disposições positivadas, relegando o aspecto material.

O fato catalisador da mudança de paradigma foi o advento da primeira grande guerra mundial e o surgimento do chamado Estado do Bem-Estar Social. A sociedade do pós-guerra exigia uma atuação ativa por parte do Estado, o que não se compatibilizava com a intervenção mínima pregada pelo liberalismo. Nesta fase é que surgem os chamados direitos sociais, e seu diploma marcante é a Constituição de Weimar.¹⁴

Passa-se de um Estado apenas garantista para um Estado provedor. Exige-se uma atuação prestacional voltada para a satisfação das carências coletivas, buscando realizar no plano concreto aqueles direitos erigidos na primeira fase. Nesta geração podemos identificar o direito à saúde, ao trabalho, à educação etc.

Giuseppe Tosi¹⁵ faz um paralelo indicando que, se no advento dos direitos de primeira geração o liberalismo considerava o Estado um mal necessário na luta contra o absolutismo, buscava-se garantir as liberdades individuais contra sua intervenção, já na segunda geração o objetivo era obrigar o Estado a fornecer determinados serviços na busca de diminuir as desigualdades econômico-sociais, permitindo “*efetiva participação de todos os cidadãos à vida e ao “bem-estar” social*”. Passava-se de um Estado Liberal para um Estado Democrático.

Bem contorna os anseios e alcance dos direitos de Segunda Geração Helio Gallardo¹⁶:

¹⁴ LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2872>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

¹⁵ TOSI, Giuseppe. op. cit. p. 153.

¹⁶ GALLARDO, Helio. Derechos Discriminados y Olvidados. In: **Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica**. David Sanchez Rubio, Joaquin Herrera Flores, Salo de Carvalho (org.) 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 61.

¿Qué gritan y exigen los derechos económicos y sociales, los derechos culturales?

Que nadie sea empobrecido por las instituciones y lógicas sociales. Que nadie resulta empobrecido ni explotado ni excluido, por ejemplo, por la economía local, nacional o global o, sólo en apariencia paradójicamente, por el salario, incluso abundante. Que nadie sufra de empobrecimiento en la familia, en particular niños, ancianos y mujeres. Que nadie pauperice a nadie en la relación de pareja. Que el consumo necesario no empodere la agresividad y la voluntad de muerte. Que la escuela, en su sentido amplio de educación formal, sea un espacio de crecimiento humano compartido, para estudiantes, docentes, administrativos o funcionarios, y también para los padres y la comunidad. Ese es el sentido intenso y tensional a la vez del primer inciso del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Organización de Naciones Unidas en 1966:

A terceira geração dos direitos humanos fundamentais surge a partir de uma virada de foco acerca dos destinatários destes direitos. Antes centrados nos indivíduos enquanto pessoas livres (1ª fase), que deveriam possuir condições para viver (2ª fase), agora o vértice da aplicação passa a ser a comunidade como um todo. Corresponde ao surgimento dos direitos coletivos e difusos.

O direito à paz, ao meio-ambiente, à preservação do patrimônio cultural são exemplos de direitos de terceira geração. A grande questão acerca destes direitos era a definição de quem seriam seus credores e devedores, dificultando saber quem teria legitimação para pleitear a efetivação destes direitos e quem seria o polo passivo desta relação, ou seja, de quem se poderia exigir essa prestação, convencendo-se tratarem-se de direitos com destinatários indeterminados¹⁷.

Ainda se fala em direitos fundamentais de quarta geração, capitaneados por Paulo Bonavides¹⁸, que teriam origem na globalização e poderiam ser identificados como o direito à informação e o direito ao pluralismo. Essa geração demandaria um universalismo da sociedade e da democracia o que poderia resultar em uma supressão de culturas minoritárias e a submissão do resto do mundo à cultura

¹⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 464.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 525.

jurídica e política do Ocidente, mas a esta discussão não se presta o presente trabalho.

Antônio Carlos Wolkmer¹⁹ também propõe novas dimensões referentes à Bioética e aos Direitos Virtuais, temas em voga atualmente.

2.2.2 Evolução dos Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras

A Constituição de 1824 já trazia em seu bojo um título tratando acerca das garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, seguindo a tendência desencadeada pela declaração francesa, prevendo direitos e garantias individuais nos trinta e cinco incisos do seu artigo 179²⁰ como o princípio da legalidade, da igualdade, inviolabilidade de domicílio, proibição da tortura etc.

A Carta Constitucional de 1891, a primeira constituição republicana, também declarava expressamente um rol de direitos humanos fundamentais, sob o título III, seção II, denominado “*Declaração de Direitos*”.

O artigo 72²¹ deste diploma constitucional previa, além dos direitos e garantias que foram antes estabelecidos pela Constituição de 1824, o direito de reunião, a ampla defesa, o habeas corpus, o tribunal do júri etc.²² Assim como na anteriormente citada, nesta Constituição, a garantia aos direitos fundamentais se dava somente no

¹⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Novos Pressupostos para Temática dos Direitos Humanos. In: **Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica**. David Sanchez Rubio, Joaquin Herrera Flores, Salo de Carvalho (org.) 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 19-23.

²⁰ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.”

²¹ “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:”

²² MOTHÉ, Cláudia Brum. **Algumas Considerações sobre Direitos os Fundamentais Sociais**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=16532>. Acesso em: 26 jun. 2009

plano formal, o texto constitucional listava os direitos, porém não demonstrava ou determinava quais seriam os meios para a sua efetivação.

A Constituição de 1934 reflete o período da segunda geração dos direitos fundamentais no Brasil. Pode-se destacar no rol de direitos fundamentais previsto no artigo 113²³ desta Constituição a previsão do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, a assistência jurídica gratuita, o mandado de segurança e a ação popular.

Tão somente no *caput* deste artigo já é possível perceber a influência da geração dos direitos sociais, ao se verificar que a letra da lei repete o enunciado da Constituição de 1891, apenas acrescentando o direito à subsistência, e, em termos materiais, avilta-se a proteção trazida para o trabalhador sob o fundamento de direitos humanos²⁴.

Na Carta Magna de 1937, apesar da conjuntura histórica não se mostrar favorável a um avanço no que diz respeito ao rol de direitos humanos constitucionalmente previstos, pode-se citar a proibição da existência de penas perpétuas. Porém, desaparecia neste mesmo momento a liberdade de imprensa.

A Constituição de 1946 destacou-se por prever um amplo rol de direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados, além de dedicar uma proteção especial à família, à educação e à cultura. A de 1967 seguiu o movimento da segunda geração de efetivação dos direitos sociais, destacando-se a garantia da incolumidade física e moral dos detentos, e o sigilo das comunicações.

A Emenda Constitucional de 1969 adicionou ao patrimônio jurídico fundamental um seguro contra acidentes de trabalho mediante a contribuição da União, do

²³ “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:”

²⁴ MOTHÉ, Cláudia Brum. Op. cit.

empregador e do empregado, mas, ao mesmo tempo, ampliou consideravelmente a possibilidade de excepcionais restrições aos direitos e garantias individuais.

Aos cinco dias do mês de outubro do ano de 1988, foi promulgada a Constituição mais democrática que o país já possuiu, e esta foi a responsável pela grande ampliação ocorrida no rol dos direitos humanos fundamentais, trazendo-os, inclusive, antes de dispor sobre a organização do próprio Estado. Nesta Constituição, além dos direitos e garantias individuais e sociais, incorpora-se a proteção aos direitos coletivos e difusos, identificados como a terceira geração dos direitos fundamentais.

2.3 A CATEGORIA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para instruir e embasar as ideias que serão discutidas no capítulo derradeiro deste trabalho, será necessário discorrer, ainda que de forma sucinta, sobre os direitos fundamentais e o seu enquadramento no sistema jurídico-dogmático.

Como já exposto anteriormente, o conceito de direitos fundamentais não é pacífico na doutrina, seja ela pátria ou alienígena. Isto, conseqüentemente, reflete sobremaneira na questão do enquadramento dogmático, fato pelo qual, esta exposição não vislumbra determinar “o enquadramento correto”, antes, porém, apenas apresentar as nuances possíveis para tal caracterização.

Primeiramente, há de se afirmar que direito fundamental, norma de direito fundamental e dispositivo de direito fundamental não possuem em hipótese alguma o mesmo significado, mesmo estando quase que umbilicalmente ligados uns aos outros.²⁵

²⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 78.

O direito fundamental em si é a ideia que norteia a proteção que irá ser conferida ao cidadão ou à sociedade. Este conceito encontra-se no plano das ideias e não representa algo que se possa diretamente aplicar ou fazer valer. Para que sejam consubstanciados e posteriormente concretizados, estes conceitos abstratos terão de se valer dos dispositivos de direito fundamental.

Dispositivo de direito fundamental, por seu turno, são os enunciados jurídicos. São as normas jurídico-positivas, onde se pretende estabelecer a proteção a ser destinada ao conceito abstrato de direito fundamental que se referiu acima.

Pode-se citar todos os incisos incluídos no artigo 5º da Constituição Federal como exemplos de dispositivos de direito fundamental. Naqueles textos, o legislador intentou positivar a proteção aos direitos fundamentais em sentido abstrato, fornecendo ao intérprete um substrato por sobre o qual ele irá efetivamente determinar a proteção àquela ideia fundamental.

A norma de direito fundamental é uma especificação do conceito de norma em geral, que traz consigo dificuldades já bastante conhecidas. A norma é o resultado da interpretação e não o seu pressuposto, o seu início.

Neste sentido, a obtenção da norma é a razão de existir da hermenêutica jurídica, que irá fornecer ao intérprete os meios e procedimentos necessários para que este, frente a enunciados jurídicos, possa deles extrair a norma que ali jaz submersa ou subentendida.

Trazendo para o campo dos direitos fundamentais, a norma de direito fundamental seria o conteúdo concreto deste direito alcançado após a incursão do intérprete por sobre o dispositivo correspondente àquele direito, buscando a sua abrangência, alcance, limitação, para assim determinar concretamente o seu conteúdo, resultado da interpretação.

Aparentemente simples, este processo de obtenção da norma de direito fundamental a partir dos dispositivos é deveras complexo, complexidade esta que move e motiva a realização deste trabalho ao tempo em que busca, a partir da correta interpretação do dispositivo que garante a plena liberdade de associação, fundamentar o direito à livre constituição e dissolução de sociedades empresárias.

2.3.1 Normas de Direitos Fundamentais: Princípios ou Regras?

Estabelecido que o objeto de estudo deste capítulo serão as normas jurídicas de direitos fundamentais, passa-se a uma discussão não menos complicada e polêmica: caracterizam-se as normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios? Esta distinção será de singular importância para a correta construção de uma hermenêutica dos direitos fundamentais, influenciando nos métodos hermenêuticos aplicáveis, nas restrições possíveis etc.

2.3.1.1 Distinção entre princípios e regras

O sistema jurídico, principalmente aquele calcado no positivismo, não admitia a existência de outros enunciados jurídicos que não fossem as regras. As regras identificavam-se com os preceitos escritos, positivos, concretos, que possuíam um comando direto e claro, sem qualquer espaço para o intérprete manejar na sua aplicação ou interpretação.

Entretanto, a doutrina jurídica percebeu que o ordenamento jurídico não era somente composto por regras, e, além disto, que, quando o intérprete era chamado a aplicar uma norma, ou mesmo quando o legislador criava uma regra, existiam influências outras que não as regras jurídicas pré-estabelecidas, existiam ideias de alcance mais geral e que não se encontravam positivadas como enunciados jurídicos.

Ronald Dworkin, criticando o positivismo de Hart, buscou em precedentes dos tribunais norte americanos decisões em que os magistrados embasaram seus “*decisa*” não em regras jurídicas positivas, mas em ideias que se sobrepunham a estas regras.

Este autor traz um exemplo sobre a possibilidade de um herdeiro nomeado no testamento do seu avô poder herdar o disposto naquele ato de última vontade mesmo tendo sido responsável pela morte do *de cuius*. O tribunal de Nova Iorque, neste caso, se valeu de uma máxima geral do direito de que ninguém pode lucrar com a sua própria fraude e adquirir bens em decorrência do seu crime, e com este argumento, impediu o homicida de receber a herança, *in verbis*²⁶:

In 1889 a New York court, in the famous case of *Riggs v. Palmer*, had to decide whether an heir named in the will of his grandfather could inherit under that will, even though he had murdered his grandfather to do so. The court began its reasoning with this admission : 'It is quite true that statutes regulating the making, proof and effect of wills, and the devolution of property, if literally construed, and if their force and effect can in no way and under no circumstances be controlled or modified, give this property to the murderer.' But the court continued to note that 'all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime.' The murderer did not receive his inheritance.

Este reconhecimento pelos juristas de que existiam orientações para além do comando legislativo e que, por muitas vezes poderia sobrepor-se a ele, demandava o reconhecimento de outra fonte normativa. O conceito de norma deixaria de ser considerado como um sinônimo de regra, abrangendo uma nova categoria, os princípios jurídicos.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p. 23.

Na busca pela diferenciação entre princípios e regras, vale seguir citando as palavras de Dworkin²⁷:

The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.

(...)

But this is not the way the sample principles in the quotations operate. Even those which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met.

(...)

This first difference between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not - the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each.

(...)

Rules do not have this dimension. We can speak of rules as being functionally important or unimportant

(...)

If two rules conflict, one of them cannot be a valid rule. The decision as to which is valid, and which must be abandoned or recast, must be made by appealing to considerations beyond the rules themselves.

Dworkin traz principalmente a diferenciação das regras e dos princípios em relação às suas características formais e elementos da sua aplicação, porquanto, não adentra, neste ponto, às diferenças quanto ao conteúdo das situações normadas por cada uma das espécies em comento.

Com propriedade, Humberto Ávila, expôs sistematicamente a diferenciação entre regras e princípios²⁸. Este autor sistematiza a diferenciação sobre três prismas: o

²⁷ Ibidem. p. 24-27.

²⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 55-70.

dever imediato e mediato; a justificação e a pretensão de decidibilidade, sobre os quais se trará breves considerações.

No que tange ao dever imediato, as regras são normas eminentemente descritivas da conduta a ser adotada enquanto estabelecem permissões, obrigações ou proibições. Os princípios, por seu turno, são normas finalísticas, eles estabelecem um ideal, um fim que deve ser buscado, e inclusive observado pelo legislador para criar as regras direcionadas a este fim estabelecido pelo princípio. Neste sentido podemos qualificar as regras como mediatamente finalísticas.

Quanto à justificação, Ávila, se dissocia do critério trazido por Dworking no que tange à aplicação das regras e princípios, baseado no tudo ou nada para as regras e na ponderação para os princípios. O autor procura analisar a diferença quanto à interpretação e aplicação destes institutos analisando a justificação necessária à aplicação de cada um deles.

Para as normas, mais justificada será a aplicação quanto maior for a correspondência entre os fatos concretos, a hipótese normativa e à finalidade que se lhe sobrepõe. Já para os princípios, devem ser avaliadas as consequências da conduta adotada para a consecução do ideal neles inseridos, ou seja, *“uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisas exigido”*.

O critério da pretensão de decidibilidade traz consigo as consequências da escolha do intérprete por uma regra ou por um princípio para a decisão jurídica a ser tomada. Os princípios são vistos como normas complementares e parciais, ou seja, não necessitam para ser aplicados para abrangerem todo o tema objeto da decisão, e a sua aplicação não demanda uma solução específica. O papel dos princípios é o de contribuir para a tomada de decisão, e não a vincular a uma única possibilidade.

As regras, ao reverso, são consideradas normas decisivas e abarcantes, na medida em que para a sua aplicação exigem que seja regulada sob a sua égide toda a situação fática a ser decidida, e, terminam por demandar uma decisão específica diretamente decorrente da sua aplicação.

2.3.1.2 As normas de direito fundamental como modelo misto

A exposição das diferenças entre regras e princípios feita no item anterior poderia levar a uma segura definição sobre em qual das espécies dogmáticas dever-se-ia enquadrar as normas de direitos fundamental. Entretanto, ao enfrentar esta questão, a doutrina percebeu que não se poderia simplesmente estabelecer uma distinção estanque em face do caráter híbrido que as normas em análise possuem, e coube a Robert Alexy²⁹, trazer a ideia da dualidade das normas de direito fundamental. Seriam elas, em parte regras e em parte princípios.

Segundo esta linha de pensamento, os catálogos de direitos fundamentais previstos nas constituições veiculariam regras na medida em que orientam e emanam definições precisas e definitivas, porém afirma-se que atrás e ao lado destas regras existem princípios que lhe justificam e são positivados junto com as mesmas, gerando, a partir de um mesmo texto normativo, tanto uma regra como um princípio, que se correspondem e se completam na busca pelo “estado de coisas exigido”.

Esta concepção se coaduna perfeitamente com as disposições de direitos fundamentais trazidas pela Constituição de 1988 nos incisos de seu artigo 5º e demais disposições ao longo de todo texto constitucional.

Podem-se dar como exemplo de regra as disposições inscritas no inciso XXXIV³⁰, que trata do direito de petição e de certidões perante as repartições e órgãos

²⁹ Cf. ALEXY, Robert; SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁰ “XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

públicos. Não há como se discutir o caráter descritivo destas normas, mas, mesmo assim, podem ser extraídos princípios destas disposições, como a liberdade de informação, a legalidade, e a ampla defesa.

Para a hipótese contrária, toma-se como paradigma o inciso XXIII³¹ que trata da função social da propriedade, e, se forem levados em conta os critérios de distinção trazidos por Humberto Ávila, facilmente, identificar-se-ia este dispositivo como sendo um princípio, ante a sua abstração e conteúdo finalístico.

Entretanto, mesmo esta norma não pode ser somente considerada apenas como um princípio. Não se pode negar a ela a força vinculativa que uma regra possui, e nem dela dissociar as regras que garantem a função social da propriedade em si mesma. Seria possível, ainda assim, fazer uma correspondência entre a situação fática e a mencionada na norma, caracterizando uma regra.

De fundamental importância se mostra esta discussão para o desenrolar do presente trabalho, uma vez que a hermenêutica das normas é deveras influenciada pelo fato de estar-se diante de regras ou princípios.

Nos dizeres de Jane Reis Gonçalves Pereira³²:

Há uma estreita conexão entre a adoção de um modelo de regras ou de princípios e a metodologia empregada para solucionar problemas de direitos fundamentais. (...) a idéia de aplicação gradual de normas jurídicas liga-se à admissibilidade de restrições aos direitos fundamentais e ao método ponderativo, enquanto o modelo de regras, por pressupor que a aplicação dos direitos envolve um raciocínio binário, entende estes como irrestingíveis e tem como metodologia básica o delineamento do âmbito de incidência das normas constitucionais.

-
- a) O direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
 - b) A obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal;

³¹ “XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;”

³² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. op. cit. p. 127.

É, portanto, partindo das premissas estabelecidas nos pontos acima acerca dos direitos fundamentais que se desenvolverá a análise de sua hermenêutica desenvolvida a seguir.

2.4 A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Depois de estabelecer algumas premissas teóricas em torno dos direitos fundamentais nos itens acima, está sedimentado o terreno para que se possa adentrar a discussão específica da hermenêutica dos direitos fundamentais em sentido próprio, à luz de tudo quanto foi exposto até aqui.

Para tratar da hermenêutica dos direitos fundamentais antes, porém, tem-se que tratar da hermenêutica constitucional, uma vez que, é neste diploma onde se consolidam tais direitos, e sua hermenêutica será específica ante ao seu caráter de carta política, podendo-se enquadrar a hermenêutica dos direitos fundamentais como uma subespécie da constitucional.

2.4.1 A Hermenêutica Constitucional

Nos primórdios da ciência hermenêutica não se tratava de qualquer especialização concernente a algum ramo do Direito. A ciência da interpretação foi construída por sobre o Direito Privado, mais especificamente por sobre o Direito Civil, e, tinha-se como verdade o fato de que tais orientações serviriam para toda e qualquer interpretação jurídica, independentemente do ramo do Direito em que se enquadrassem os dispositivos analisados.

Foi somente a partir do fim da Segunda Grande Guerra Mundial que o problema da interpretação jurídica ganhou complexidade e iniciou-se a busca por métodos específicos para normas que possuíssem características diferenciadas. Aos poucos

a interpretação constitucional ganhou autonomia muito em função dos procedimentos de democratização política dos Estados e a criação dos Tribunais Constitucionais³³.

Mas porque dedicar à Constituição uma subespécie própria da ciência hermenêutica é uma questão que precisa ser aqui analisada e contribuirá por si mesma à elucidação de como estabelecer os critérios de interpretação adequados para uma correta e justa concretização constitucional.

2.4.2 Especificidades da Norma Constitucional

Para além dos métodos interpretativos comuns apresentados consagrados pela hermenêutica tradicional, algumas características das normas constitucionais exigem uma sistematização própria de novos métodos e finalidades na interpretação do diploma magno.

Primeiramente, tem-se de destacar o carácter de norma fundadora do Estado. A Constituição como norma *mater* do ordenamento jurídico do Estado de Direito é a fonte de justificação e derivação de todas as demais normas jurídicas admitidas como pertencentes ao ordenamento, e a sua interpretação irá influenciar, por via reflexa, a de todas as outras normas que lhe são submetidas.

Além disto, é na Carta Constitucional que está disciplinada a formação e o funcionamento do próprio Estado, os limites da sua atuação e as possibilidades do controle a ser exercido pela sociedade. Este carácter de norma institucionalizadora também confere à Constituição pormenores que não podem passar despercebidos do intérprete quando da análise do texto normativo.

³³ VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 85.

Gerando maior impacto do que os anteriormente descritos, temos o caráter político da norma constitucional como elemento diferenciador das demais normas e, portanto, ensejador de uma análise diferenciada de acordo com os objetivos que almeja.

Como afirma J. J. Gomes Canotilho³⁴, a Constituição é “*um estatuto jurídico do político*”, destinando-se às questões dos limites e exercício do poder estatal, estruturando o próprio Estado e o Governo, além de consagrar valores de origem coletiva e transindividual.

Por conta deste caráter eminentemente político, a construção das normas constitucionais sofre demasiada influência das ideologias que dominam a sociedade em determinada época e local, refletidas na formação e atuação do poder constituinte. Como corolário desta influência, o intérprete deve sempre ter em mente os termos e alcance que esta logrou, para assim determinar a sua presença no conteúdo da norma e sua conformidade com as premissas atuais.

Feliz a lição de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito³⁵ ao afirmar que:

É precisamente em função da permanência gravitacional de dados pré-jurídicos, nos contornos significantes da regra já positivada, que os constitucionalistas falam de sensibilidade metajurídica do intérprete. Sensibilidade que se volta para um trabalho de permanente conciliação entre a ideologia vigente, substante uma alma coletiva, e aquele que transparece na expressão lingüística produzida.

Deve-se, ao interpretar, não somente levar em conta aquilo que está exposto no dispositivo, mas sim ter em mente os valores políticos que levaram àquela normatização, para que, da análise do texto à luz destes valores se possa chegar ao verdadeiro conteúdo da norma constitucional.

³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 57-64.

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 17.

2.4.2.1 O Princípio da Coloquialidade dos Termos Constitucionais

Outra consequência do caráter político do diploma constitucional emerge em relação à linguagem utilizada na formação de suas normas e o sentido que o intérprete deverá atribuir aos termos que foram utilizados na formação do teor literal da norma. Tem-se em razão disso a defesa do *princípio da coloquialidade dos termos constitucionais*.

A ideia da coloquialidade dos termos constitucionais foi primeiramente defendida por Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito³⁶ para quem, devido ao seu caráter de “cartilha de primeiras letras jurídicas”, a Constituição utilizava em seu texto as expressões em seu sentido comum, pois, esta será tão mais recepcionada quanto maior for a sua identidade com o domínio linguístico de seus destinatários.

No mesmo sentido se posiciona Carlos Augusto Alcântara Machado³⁷, para quem, aludindo à ideia de Celso Bastos e Carlos Ayres Britto e o posicionamento de Geraldo Ataliba, a utilização de termos técnicos no texto constitucional é uma exceção, e, portanto, sempre que existir dúvida acerca do sentido a ser deferido a determinada palavra, o legislador deve utilizar o sentido comum, ordinário, principalmente em face do caráter de documento político que identifica uma Carta Constitucional.

Manoel Jorge e Silva Neto³⁸ avança na defesa da coloquialidade dos termos constitucionais alçando-a ao grau de princípio. Para o autor, mais do que uma característica linguística como defendiam os precursores da ideia, a coloquialidade é um verdadeiro princípio que deve nortear a atuação do intérprete, visto que as expressões inseridas no texto constitucional por diversas vezes extrapolam o sentido técnico-jurídico que comumente lhes é atribuído.

³⁶ Ibidem. p. 19-20.

³⁷ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara Machado. **Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2005. p. 64.

³⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 113-114.

Diante de tantas especificidades que emanam das normas constitucionais e a consequência da inaplicabilidade direta dos métodos hermenêuticos comuns à interpretação constitucional, a doutrina terminou por estabelecer princípios específicos para esta interpretação.

2.4.3 Os Princípios da Interpretação Constitucional

J. J. Gomes Canotilho³⁹ traz em seu livro um catálogo dos princípios da interpretação constitucional, como resultado de uma necessidade da doutrina e da práxis jurídicas em encontrar tópicos que auxiliassem na tarefa de interpretar a Constituição.

Antes de passar à análise de cada um destes princípios em espécie cabe ressaltar que eles não têm caráter normativo, e sim tópico, servem como um guia para que o intérprete possa buscar aquela interpretação que melhor se adéque à realidade e à justiça levando em conta a constituição como um todo.

Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco⁴⁰, chamam atenção para este aspecto quando afirmam que:

Deve-se esclarecer, desde logo, que esses princípios não têm caráter normativo, o que significa dizer que eles não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo apenas como simples tópicos ou pontos de vista interpretativos, que se manejam como argumentos – sem gradação, nem limite – para a solução dos problemas de interpretação, mas que não nos habilitam, enquanto tais, nem a valorar nem a eleger os que devam ser utilizados em dada situação hermenêutica.

Estabelecida esta premissa, passa-se aos princípios.

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. p. 226-229.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132-133.

2.4.3.1 A unidade da Constituição

De acordo com o princípio da unidade da Constituição o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais não isoladamente, mas como parte integrante de um sistema unitário composto de normas e princípios, para que, deste modo, evite contradições entre suas normas.

O dever do intérprete neste caso é, nas palavras de Canotilho⁴¹, “*considerar a constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão*”. Este princípio dará suporte a praticamente todos os métodos hermenêuticos e através dele se poderá afastar os conflitos aparentes entre os dispositivos constitucionais.

2.4.3.2 A eficácia integradora

Este princípio determina que o legislador, ao buscar a interpretação correta para o dispositivo constitucional, deve dar preferência às interpretações que favoreçam a integração social e a unidade política da constituição. Não se parte de uma concepção de integração entre Estado e sociedade, antes, se utiliza dos conflitos para buscar soluções integralizadoras.

A necessidade deste princípio assenta no fato de que toda Constituição precisa controlar as implosões sociais para manter a ordem e fazer subsistir uma coesão sociopolítica, a fim de que, se viabilize a existência efetiva de um ordenamento jurídico.

⁴¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. p. 226.

2.4.3.3 A máxima efetividade

O princípio da máxima efetividade orienta o jurista a interpretar o texto constitucional sempre em busca do sentido que lhe garanta a maior efetividade possível, sem contanto, modificar o conteúdo da norma. Nomeia-se este princípio também de interpretação efetiva.

De grande aplicação principalmente no que tange às normas de direitos fundamentais, deve-se ter bastante cuidado ao lançar mão deste princípio, uma vez que, à efetividade do direito de um corresponde ao declínio do direito alheio, impondo ao jurista que concilie a aplicação deste princípio com os demais princípios e normas, protegendo, até mesmo, a própria unidade da Constituição.

2.4.3.4 A conformidade funcional

Também chamado de princípio da justeza ou correção funcional, este tópico traz a ideia da proteção à organização funcional estabelecida pela própria Carta Magna. Não deve o intérprete, por exemplo, promover qualquer interpretação que venha a contrariar a repartição de competências constitucionalmente estabelecidas, ou mesmo da separação de poderes.

Usualmente é aplicado no âmbito dos Tribunais Superiores, nomeadamente quando do controle de constitucionalidade de normas, onde se encontrarão frente a frente interpretações divergentes oriundas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, servindo este princípio para evitar interpretações que desregulem o equilíbrio instituído entre os poderes.

2.4.3.5 A concordância prática

Este princípio, conhecido por harmonização, está diretamente ligado ao conceito de que não existe hierarquia entre os bens constitucionalmente protegidos, não podendo, assim, uns se sobreporem ao outros sem que esteja comprometida esta isonomia constitucional.

Diante deste quadro de não hierarquização, deve o intérprete buscar uma harmonização entre estes bens jurídicos de modo que a proteção de um não resulte da extinção do outro. Esta atuação somente pode ocorrer quando da análise do caso concreto, daí a denominação como concordância prática.

O correto uso deste princípio conduz à ponderação entre as forças constitucionais que influenciam na decisão do jurista, porém, isto não significa que na decisão em concreto deverão prevalecer ambos os interesses, pois, como alega Inocêncio Mártires Coelho⁴², à luz do caso prático, uma parte será vencedora em tudo e a outra perdedora em tudo. Entretanto isto não invalida o princípio, visto que, aquele bem ora preterido continuará a vigorar na Constituição e poderá ser aplicado em outros casos, sendo este o sentido da concordância prática.

2.4.3.6 A interpretação conforme a Constituição

O princípio da interpretação conforme a Constituição não é simplesmente um tópico hermenêutico, mas sim parte integrante de todo um sistema de controle das normas constitucionais, trabalhando em conjunto com o princípio da unidade e da conformidade funcional.

Para o intérprete este tópico traz a obrigação de conciliar toda e qualquer interpretação com os preceitos estabelecidos na Constituição, calcando-se sempre na prevalência da Constituição, excluindo-se interpretações que contrariem a norma

⁴² MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 136-138.

maior e na possibilidade de uma interpretação conforme para evitar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma.

Canotilho⁴³ chama atenção para o cuidado que se deve ter com a aplicação deste princípio no que tange a evitar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma através de uma interpretação conforme. O autor português lembra que a existência deste princípio não traz consigo uma autorização para que se proceda a uma interpretação *contra legem*.

Por conta disto, somente seria possível tal interpretação conforme quando existisse no dispositivo aquilo que o autor denominou “*espaço de decisão*”. Onde diante de várias possibilidades interpretativas uma seria conforme a Constituição e deveria prevalecer, preterindo-se as demais. Caso não se pudesse encaixar a interpretação conforme dentro deste “*espaço de decisão*” não restaria ao jurista outra saída a não ser a declaração de inconstitucionalidade da norma.

Alguns autores ainda falam no princípio da força normativa da Constituição, mas não se entende aqui que este mereça uma menção individualizada, uma vez que busca sempre garantir efetividade às normas constitucionais, conceito já protegido pelo princípio da máxima efetividade tratado no item 2.4.3.3.

2.4.4 A Interpretação Pluralista de Peter Häberle

Expostos os princípios atinentes à interpretação constitucional, é necessário neste momento expor sobre uma teoria que logrou alçar um grau de importância considerável na seara da hermenêutica constitucional, principalmente quanto à interpretação dos direitos fundamentais.

⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit. p. 229-230.

Peter Häberle⁴⁴ brinda a doutrina jurídica com a sua sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição, questionando todo o modo sobre o qual se realiza a interpretação constitucional moderna e propondo uma abertura do sistema de tal modo a pulverizar o rol dos intérpretes.

Inconformado com a forma sob a qual se desenvolve a hermenêutica constitucional, Häberle faz uma análise sobre os participantes do processo de interpretação constitucional constatando que, em regra, estes se limitam ao rol designado ou legitimado pelo sistema jurídico positivo, constituindo aquilo que ele denominou de intérpretes oficiais da constituição.

Para o autor alemão, uma democracia constitucionalista calcada efetivamente na participação popular não pode ser coerente nem compatível com um sistema fechado de intérpretes constitucionais, devendo-se ampliar este rol de intérpretes assim como dos participantes no processo interpretativo como um todo, refletindo em toda interpretação constitucional e até mesmo na própria teoria constitucional pós-moderna.

Nas palavras de Häberle⁴⁵:

A investigação sobre os que participam do processo de interpretação é, de uma perspectiva sócio-constitucional, consequência do conceito republicano de interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional (...) Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público, o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes.

⁴⁴ Cf. HÄBERLE, Peter; MENDES, Gilmar Ferreira (trad.). **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 19.

Neste diapasão, segue o autor defendendo que a interpretação constitucional não pode ser considerada apenas como um evento exclusivamente estatal na medida em que todas as forças da comunidade política tem acesso e influenciam o procedimento, tanto teórico como na práxis.

A essas forças da comunidade política Häberle denomina espaço público, onde estariam representadas as forças produtivas da interpretação, como os cidadãos, grupos organizados, além dos órgãos estatais formalmente legitimados para realizar a interpretação. Este seria o sentido lato do termo intérpretes constitucionais.

O reconhecimento de uma interpretação aberta traz para a hermenêutica dos direitos fundamentais consequências de grande importância. O próprio Häberle trata do tema ao afirmar que não existe intérprete melhor para a norma de direito fundamental do que o seu destinatário, aquele que vivencia a norma no dia a dia, que a consolida a cada momento e neste consolidar ao mesmo tempo a interpreta continuamente.

Seriam estes sujeitos ao menos pré-intérpretes das normas constitucionais, mais especificamente daquelas que versam sobre direitos fundamentais, e não se poderia desconsiderar a contribuição destes para a interpretação oficial.

Partindo do anteparo legal da Constituição Alemã, o autor propõe a ampliação dos mecanismos de participação popular, em sentido lato, na interpretação constitucional institucionalizada, reconhecendo-se outras formas de influência além daquelas já consagradas como as manifestações dos partidos políticos, plebiscitos, etc.

Para a realidade nacional a situação encontra-se ainda mais fechada no que tange ao rol dos intérpretes. É diminuta a participação popular na interpretação das normas constitucionais, e mesmo quando esta ocorre, não a podemos considerar como um reflexo dos anseios da sociedade como um todo. Não se caracteriza a

participação do espaço público de Häberle no âmbito do sistema constitucional brasileiro.

Não se pode negar a relevância desta tese para uma real efetividade dos direitos fundamentais, a partir do momento em que ela chama ao processo interpretativo aqueles que são os destinatários das normas, e que, conseqüentemente, anseiam pela sua aplicação e efetividade.

A contribuição que estes intérpretes extra-oficiais podem dar para o desenvolvimento da interpretação constitucional é inestimável, e Häberle, ao propor tal sistemática, faz recordar o fato de que o Direito existe para assegurar a realização dos direitos dos seus destinatários, e não por si próprio, motivo pelo qual, não se pode perder de vista nunca que o objetivo maior da interpretação das normas de direito fundamental é a sua efetividade.

2.5 A CONCRETIZAÇÃO COMO MÉTODO HERMENÊUTICO DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL

A evolução constitucional modificou o cerne da hermenêutica aplicada a este ramo do Direito. Onde anteriormente buscava-se o sentido da separação de poderes do Estado, da sua constituição e regulação, e da divisão de competências, com o Estado Social, transmuda-se este foco para os direitos e garantias fundamentais, visando uma parte mais substantiva da Constituição.

Esta mudança fez com que os métodos hermenêuticos tradicionais deixassem de ser suficientes para uma correta interpretação das normas constitucionais e especialmente para as normas de direitos fundamentais, exigindo-se uma reformulação dos métodos para que seja possível adequar a interpretação à nova realidade.

Diante deste quadro e tendo em vista as especificidades das normas de direitos fundamentais, chegou-se à máxima: “*os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se*”.

O método concretizador foi trazido à doutrina jurídica por Konrad Hesse, para quem, interpretar as normas de direitos fundamentais significa concretizá-los, fazer com que sua aplicação ao caso concreto seja feita de maneira a efetivar aquilo que está posto, desprezando os métodos clássicos em razão de que aqueles foram criados para a interpretação das normas privadas e não serviam para as normas de direitos fundamentais ante o seu caráter complexo e o seu alcance normativo pluridimensional.

Apresentava-se, então, a hermenêutica concretizadora como uma alternativa aos métodos clássicos.

Não se pode negar a influência da Tópica de Vieweg na teoria de Hesse, uma vez que, no método da concretização também se concentra o trabalho do intérprete no problema, ela somente é possível em face de um problema concreto, pois, só existe espaço para interpretação onde existe dúvida, e somente existe dúvida se houver um problema.

Esta teoria une o momento da determinação do sentido da norma e da sua aplicação em um só desígnio. O teor da norma só é obtido a partir do ato aplicador-interpretativo.

Para Hesse, são três os elementos principais da interpretação concretizadora: a norma que se deseja concretizar, o problema concreto a resolver e a compreensão prévia do intérprete. Apesar de reconhecer a interferência pessoal do intérprete no processo interpretativo, Hesse não lhe atribui importância tamanha a ponto de reconhecer-lhe um poder criador. Para o autor, por exemplo, não é o jurista responsável por determinar qual a dúvida a ser resolvida, é, antes, o problema que

traz consigo a própria dúvida. O intérprete influencia no resultado da concretização, mas não o direciona.

Além da influência do próprio intérprete, para que se tenha uma efetiva concretização é preciso levar em conta também o resultado das forças sociais que atuam por sobre o problema a ser elucidado. Neste sentido, singulares as palavras de Sidney Guerra e Lílian Márcia Balmant Emerique⁴⁶:

Assim, a concretização do conteúdo de uma norma constitucional, bem como sua realização, só é possível incorporando as circunstâncias da realidade que essa norma procura regular. As singularidades destas circunstâncias compõem o âmbito normativo, o qual, a partir do conjunto dos dados sociais afetados por um preceito, e através do comando contido sobre todo o texto da norma, o programa normativo é elevado à condição de parte integrante do conteúdo normativo.

O maior mérito de Hesse ao elaborar a teoria do método hermenêutico-concretizador foi fazer uma releitura da tópica de Vieweg procurando soluções para a falta de normatividade inerente a esta tese, e para o seu caráter de acessório e não de método interpretativo autônomo.

A busca destas soluções quedou por determinar dois pontos de apoio indispensáveis à teoria de Hesse: a função orientadora dos princípios da interpretação constitucional e o estabelecimento do texto da norma constitucional como limite à interpretação concretizadora.

A importância dos princípios da interpretação constitucional, já expostos no presente capítulo, reside na manutenção da ordem constitucional e principalmente na prevenção à existência de contradições entre as normas constitucionais e entre estas e os fundamentos da Constituição.

⁴⁶ GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. *Hermenêutica dos Direitos Fundamentais. Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano VI, n. 7, dez. 2005. p. 315.

A existência destes princípios parte do pressuposto de que a própria Constituição traz elementos orientadores da sua interpretação, e Hesse reafirma a força destes elementos dos quais não poderá o intérprete se dissociar quando da concretização da norma.

O reconhecimento da limitação do intérprete ao texto da norma é também de suma importância, pois restringe a interpretação a algo pré-estabelecido de forma vinculante pela Constituição, onde se encerram as possibilidades de compreensão lógica do texto da norma, trazendo para o interior desta doutrina uma função racionalizadora, limitadora e estabilizadora do poder conferido ao jurista.

Mais uma vez, esclarecedoras são as palavras de Sidney Guerra e Lílian Márcia Balmant Emerique⁴⁷, ao tratar da limitação do intérprete às possibilidades conferidas pelo texto da norma:

Nas situações onde o intérprete se impõe a Constituição deixa de interpretá-la para mudá-la ou quebrantá-la. Quaisquer das condutas lhe estão vedadas pelo direito vigente. Inclusive quando o problema não pode resolver-se adequadamente por meio da concretização, o juiz, que se encontra submetido à Constituição, não pode eleger livremente os topois. Para uma interpretação constitucional que parte da primazia do texto este constitui o limite de sua atuação.

O avanço do intérprete para além do texto da norma consistiria em verdade numa violação à Constituição, jamais uma concretização das suas normas, revelando a principal diferença entre a tópica proposta por Hesse daquela doutrinada por Vieweg, conferindo ao método da concretização uma utilidade prática maior, permitindo-lhe ser considerado como um método hermenêutico autônomo.

É com base nestes ensinamentos que se deve proceder à interpretação das normas de direitos fundamentais, buscando não somente aferir o sentido do texto normativo,

⁴⁷ GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. op. cit. p. 317.

mas antes aperfeiçoá-lo em busca de uma maior efetividade à luz do problema concreto posto ao intérprete.

Deve-se ter em mente todos os influxos das forças sociais incidentes sobre o intérprete e também a sua própria compreensão, evitando, desta forma um afastamento da realidade prática, o que, inviabilizaria a busca pela efetividade máxima das normas de direitos fundamentais.

Mas não se deve considerar a teoria de Hesse isoladamente. Para uma interpretação ainda mais efetiva, ou seja, concretizadora. Deve-se trazer para este método hermenêutico as ideias de Peter Häberle acerca da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais, buscando a participação dos destinatários das normas de direitos fundamentais na concretização do conteúdo dos dispositivos normativos correspondentes, visto que, são estes que vivenciam e sofrem as consequências de sua aplicação pelo poder judiciário, e, portanto, têm melhores condições de determinar o quanto necessário para alcançar a efetividade dos preceitos consubstanciados em tais normas.

3 O CONTEUDO JURIDICO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

Feita a explanação necessária acerca dos Direitos Fundamentais e de sua Hermenêutica no capítulo anterior, o próximo passo diz respeito ao Direito Fundamental em concreto que se objetiva estudar na presente dissertação, qual seja, a liberdade de associação.

Este capítulo buscará estabelecer qual o conteúdo jurídico atual do direito fundamental à liberdade de associação, utilizando-se para tanto, do arcabouço teórico trazido pelo capítulo anterior, promovendo uma delimitação daquilo que para a doutrina significa liberdade de associação.

Primeiramente, discorrer-se-á sobre o reconhecimento do direito de associação, sua origem e evolução no direito estrangeiro, para, em seguida, trazer esta análise para o âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Por último serão tratadas as vertentes do direito de associação usualmente reconhecidas na associação civil em sentido estrito, na associação sindical e nas sociedades cooperativas.

3.1 O RECONHECIMENTO HISTÓRICO DO DIREITO DE ASSOCIAÇÃO

Conforme foi explanado no capítulo anterior, a doutrina tem por costume dividir os direitos fundamentais em gerações, correspondendo os direitos de liberdade aos chamados direitos de primeira geração que possuíram como origem média a Revolução Burguesa, abrangendo a liberdade de pensamento, de locomoção e religião, por exemplo.

Seria uma conclusão lógica e, de certa forma, fácil, estabelecer que a liberdade de associação também tivera sua origem na Revolução Burguesa e seria também classificada como um direito fundamental de primeira geração. Ledo engano.

O fundamento maior da revolução supracitada constituía-se na liberdade individual que deveria ser atribuída a cada cidadão, protegendo-o do Estado e dos demais indivíduos, como resposta ao regime absoluto que imperava até então.

Pois, este mesmo fundamento foi o responsável por impedir que dentre os direitos de liberdade, inclusos nos direitos de primeira geração, fosse também concedida a proteção à liberdade de associação. Buscava-se proteger o indivíduo inclusive contra a coletividade, não sendo, portanto, compatível com os objetivos da reforma o reconhecimento de entes coletivos.

A existência de qualquer organização que se interpusesse na relação indivíduo x Estado era tida como uma afronta à liberdade individual, e conseqüentemente contrária aos objetivos liberais individualistas da época. Isto é visível na própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo 3º afirmava que "*o princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação ou estamento, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane expressamente dela*".

Para além disto, tinham em mente também os burgueses revolucionários que a constituição de tais associações poderia gerar reflexos maléficos nos objetivos de livre mercado que também norteavam as ideias da revolução, impondo dificuldades para o desenvolvimento da classe então emergente⁴⁸.

Colin e Capitant advertem que a bandeira de liberdade levantada pela revolução francesa não abarca a liberdade de associação, não admitida entre os direitos humanos fundamentais. O que era protegido era a liberdade de reunião, sem qualquer tipo de capacidade ou personalidade própria, que somente era adquirida mediante concessão do Estado⁴⁹.

⁴⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**, Tese de Doutorado. USP, Faculdade de Direito, 2006. p. 11-12.

⁴⁹ apud LEITE JUNIOR, Carlos Antônio Goulart. **Affectio Societatis**: na sociedade civil e na sociedade simples. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 36.

O primeiro exemplo de atuação contra a liberdade de associação foi um ataque direto às corporações profissionais existentes até então, com a edição na França da *Loi D'Allarde* que proibiu a existência das associações profissionais e, posteriormente, a *Loi le Chapelier* que proibiu tanto as associações profissionais como as associações de trabalhadores, ambas do ano de 1791, sendo a primeira de março e a segunda de junho⁵⁰.

O Código Civil Francês de 1804 nada tratou sobre as associações sem fins econômicos, ignorando completamente a matéria e mantendo em vigor os ideais individualistas que permearam sua edição.

As palavras de Jorge Miranda sobre o tema são esclarecedoras:

Como se sabe, a liberdade de associação não só não constava das primeiras grandes declarações de direitos como era recusada no dealbar do liberalismo, em virtude da orientação individualista e dos prejuízos então dominantes contra as associações profissionais de antigo regime. Os homens da Revolução francesa, guiados pela doutrina de Rousseau e de Sieyès, estimaram, a princípio, que todos os corpos e associações eram contrários à igualdade, aos direitos individuais e à liberdade política⁵¹.

As ideias francesas influenciaram também os demais países da Europa que não trouxeram em suas legislações normas garantidoras do direito de associação, pelo contrário, considerando até como crime o exercício não autorizado do direito de reunião, que à época se confundia com o de associação, principalmente na Itália, na Espanha e em Portugal.

O fenômeno associativo não deixou de prosperar mesmo enfrentando um esforço legislativo que buscava exterminar suas manifestações, muito devido ao instinto

⁵⁰ Ibidem, p. 12.

⁵¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. IV, 3 ed. Revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 471.

gregário atribuído ao ser humano que gera traço de essencialidade a este direito. Antonio de Sousa Silva Costa Lobo⁵² define este direito como primitivo e absoluto, nascido com o próprio homem e que seria a ele inerente em todos os tempos, em todos os lugares, sob qualquer circunstância e independente de qualquer atuação do sujeito ou de concessão de terceiros.

Segundo este Autor, o direito de associação estaria legitimado no próprio direito de personalidade e não o reconhecer seria o mesmo que igualar os homens aos brutos que, sem uma noção própria de si, limitam-se às comunhões decorrentes da própria natureza por instinto. O direito de associação consistir-se-ia na "*eschola práctica de educação social*"

Os cidadãos, então, perceberam que individualmente eles eram independentes e fracos, e tornar-se-iam impotentes caso não buscassem uma forma de ajuda mútua, promovendo esta sobrevivência do fenômeno associativo mesmo à margem do ordenamento.

Em um primeiro momento a vida jurídica destes entes era inexistente visto que viviam à margem do ordenamento, desenvolvendo-se em total contrapartida ao tratamento destinado a elas pela legislação, encontrando sua regulamentação nos costumes sociais.

Esclarecedoras as palavras de Rodrigo Xavier Leonardo⁵³ que afirma que:

Nesse período, ante a ausência de reconhecimento legal de um tipo associativo, essas organizações formavam-se a partir de interpretações extensivas do contrato de sociedade, de modo que "a vinculação entre as partes do contrato de associação é, em suma, sempre reconhecida, enquanto o defeito de entificação do grupo não exclui a relevância em relação aos terceiros como tal". A inadequação prática na conformação das associações, pura e

⁵² LOBO, Antonio de Sousa Silva Costa. **Dissertação Inaugural:** para o Acto de Conclusões Magnas. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1864. p. 72.

⁵³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit. p. 29.

simplesmente, mediante contratos era facilmente perceptível: os bens pertencentes às associações eram considerados um condomínio entre os associados, e a falta de capacidade para ser parte em relações jurídicas processuais fazia com que a integralidade dos associados tivesse que se unir em litisconsórcio para exercer o direito de ação em sentido processual.

Diante deste quadro de manutenção e mesmo proliferação das associações ainda que com um ordenamento jurídico expressamente contrário, os ordenamentos passaram a possibilitar a sua existência e até capacidade jurídica, porém sempre vinculada à autorização por parte do Estado.

A primeira Carta Constitucional que traz expressamente menção à liberdade de associação é a Constituição Belga de 1831, seguida pela Constituição Portuguesa de 1838 que em seu artigo 14 afirmava que todos os cidadãos tinham o direito de associação de acordo com o que dispusesse a legislação.

O código civil português de 1867 em seus artigos 32 e 33 demonstra bem como passou a ser tratado o fenômeno associativo:

Art. 32. Dizem-se pessoas moraes as associações ou corporações temporarias ou perpetuas, fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade publica, ou de utilidade publica e particular conjunctamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade jurídica.

Art. 33. Nenhuma associação ou corporação póde representar esta individualidade jurídica, não se achando legalmente auctorizada

Na França este direito de associação somente viria a ser reconhecido em 1901 com a edição da Lei Waldeck-Rousseau, que tratava a associação como um ente de criação livre e sem entrave, porém submetia seu funcionamento e regulamentação a um extenso controle estatal.

Foi somente no século XX que praticamente todas as Constituições democráticas reconheceram em seus textos o direito fundamental à liberdade de associação.

3.2 A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A primeira Constituição Brasileira, de 1824, muito influenciada pelos ideais da Revolução Burguesa, não trouxe em seu bojo uma proteção específica para a liberdade de associação pelos mesmos motivos expostos acima quanto ao acontecido na França.

A doutrina⁵⁴ afirma que mesmo não constando expressamente do texto constitucional haveria uma proteção subentendida na garantia geral de liberdade existente na Carta Magna, autorizando a constituição e funcionamento de tais associações.

Entretanto, demonstra Rodrigo Xavier Leonardo⁵⁵, em estudo aprofundado, que em verdade o que ocorria era uma proibição velada a este tipo de aglomeração social. A própria Constituição já trazia em seu texto uma proibição ao funcionamento das corporações de ofício, no artigo 179, XXV, denotando o fator indesejável que se considerava ser as associações coletivas.

No campo infraconstitucional este Autor traz diversas leis que demonstram claramente não haver por parte do Estado uma conivência com a criação de associações, reforçada que era pelas práticas adotadas por suas autoridades que demonstravam uma “aversão liberal a esta garantia”.

O panorama somente se modifica quando da Proclamação da República em 1889 e promulgação da Constituição Republicana de 1891.

Tendo sido redigida por uma comissão que possuía como expoentes os juristas Joaquim Saldanha Marinho e Rui Barbosa, a nova Constituição brasileira afastou-se

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 96.

⁵⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit. p. 37-41.

um pouco da influência do direito continental europeu para seguir a linha do constitucionalismo norte americano.

O constitucionalismo americano, contrariamente ao pensamento europeu, não enxergava a liberdade de associação como um perigo às liberdades individuais e um empecilho ao desenvolvimento da classe burguesa ora dominante. A forma com que se deu a colonização naquele país contribuiu para esta visão diferenciada em relação à liberdade de associação, nas palavras de Leonardo Rodrigo Xavier⁵⁶:

Para desbravar um território inóspito, assumindo os riscos dos conflitos para exclusão e extermínio da população indígena local, sem grande ou nenhum auxílio da metrópole, restava aos recém-chegados unir-se em associações para construção de casas e, em geral, para organização da vida comunitária com suas próprias iniciativas. As assembléias políticas eram formadas pelos colonos. Não havia um Rei ou um governo para quem reclamar de seus problemas. Na maior parte das vezes, para superar as dificuldades, só restava àqueles emigrantes a divisão de tarefas em comunidade.

Este cenário propício é resumido na afirmação célebre de Alexis de Tocqueville para quem a *“América é o país do mundo onde mais se tirou partido da associação e onde se tem aplicado esse poderoso meio de ação à maior diversidade de objetos.”*⁵⁷.

A Constituição de 1891 trazia os direitos fundamentais na Seção II, Título IV, sob a nomenclatura “Declaração de Direitos”, prevendo o parágrafo 8º do artigo 72 que *“A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública”*. Era a primeira previsão expressa da liberdade de associação no ordenamento brasileiro.

Já sob o título de Direitos e Garantias Individuais, a Constituição de 1934 trazia os direitos fundamentais em seu Capítulo II do Título III, no artigo 113, a seguinte

⁵⁶ Ibidem, p. 22.

⁵⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Trad. Neil Ribeiro da Silva. 4.ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998. p.146.

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

A Constituição de 1937 também manteve a positivação do direito à liberdade de associação, de certa forma até ampliando o seu alcance, pois, retirara do texto da norma a proibição dos fins ilícitos para incluir a contrariedade à lei penal, porém criava uma possibilidade aberta de restrição ao incluir os bons costumes como parâmetro para tal proibição⁵⁸.

A liberdade de associação sofre um duro golpe quando da edição do Decreto nº 10.358, de 1º de Setembro de 1942, que declarou Estado de Guerra em todo território nacional e em seu artigo 2º suspendeu a vigência do art. 122, n. 9 da Constituição de 1937 que previa a liberdade de associação.

A constituição de 1946 novamente previu a liberdade de associação em seu artigo 141, §12, erigindo como única limitação os fins ilícitos⁵⁹. A Carta de 1967, emendada em 1969, persistiu com a proteção à liberdade de associação, primeiramente no artigo 150, §28, posteriormente artigo 153, tendo a emenda incluído a limitação pelos fins lícitos que restou ausente da norma de 1967.

⁵⁸ 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:
9º) a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes;

⁵⁹ Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a 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.

3.2.1 A Liberdade de Associação na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 deu outra dimensão à proteção conferida à liberdade de associação, ampliando de forma sem precedentes o seu âmbito de atuação.

A previsão veio estampada em cinco incisos consecutivos inseridos no artigo 5º. Primeiramente e o mais importante deles é o inciso XVII que assim dispõe:

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;

A força dada pelo legislador constitucional a este direito é tamanha que o instituiu como sendo “PLENO” desde que erigido para fins lícitos e não possua caráter paramilitar, gerando uma proteção extremamente extensa ao ato de se associar.

Tal proteção é complementada pelos incisos seguintes:

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;

Esta nova dimensão da liberdade de associação demonstra que esta já não mais é vista apenas com um direito fundamental que protege o indivíduo da atuação arbitrária do Estado, mas sim como um elemento motriz da própria sociedade, essencial para o desenvolvimento econômico, social e democrático.

Cai por terra o medo liberal de que uma liberdade exercida de forma coletiva seria prejudicial à liberdade individual, comprovando-se, em verdade, que o exercício coletivo tornou-se pressuposto para a realização efetiva destas liberdades, retirando-as apenas do plano normativo para afirmá-las também no plano fático.

Sucumbiu também o receio aos movimentos revolucionários, tidos como subversivos, que em meados do século XX fundamentou diversas restrições impostas não só ao direito de associação como à liberdade de reunião, de pensamento etc.

Neste panorama de retorno à democracia e reforço das liberdades outrora solapadas é que ganha força a proteção à liberdade de associação e traçam-se os contornos da dimensão concedida a este direito pela Constituição de 1988.

Uma grande inovação trazida pela Carta de 1988 foi o disposto no inciso XX do artigo 5º, também chamado de liberdade de associação negativa. Na sua vertente comum (inciso XVII), este direito, identificado como positivo, permite a cada um dos cidadãos associar-se livremente, já a norma inserida no inciso XX traz para os indivíduos o direito de não permanecer associado e/ou não ser compelido de qualquer forma a se associar.

O inciso XXI também inova no direito de associação permitindo às entidades associativas representar seus membros seja judicial ou extrajudicialmente, essencial ao exercício pleno deste direito, pois, se as associações exercerão de modo coletivo os direitos individuais necessários, também, que possam coletivamente demandar em nome dos titulares destes direitos.

Merece atenção, também, a extensa regulamentação trazida pela nova Constituição à liberdade profissional/sindical trazida pelo artigo 8º, e que será tratada mais a frente quando se discorrer acerca das formas de manifestação da liberdade de associação usualmente reconhecidas pelo ordenamento.

3.3 A DIMENSÃO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO INSERTA NO INCISO XVII

Como já indicado supra, o legislador constitucional ao positivizar o direito fundamental à liberdade de associação o fez qualificando-a como plena e estabelecendo apenas duas possibilidades de limitação ao seu exercício, quais sejam, a imperiosidade de um fim lícito e a vedação do caráter paramilitar, as quais analisar-se-á em seguida.

3.3.1 Finalidade Lícita

Primeiramente é necessário ter em conta que apesar de à primeira vista ter-se a impressão de que as hipóteses de restrição são ínfimas, a utilização do termo lícito como qualificação necessária do objeto da associação amplia consideravelmente o rol de condutas que poderão ser subsumidas neste limitador.

Diferente do previsto na Constituição de 1937 que estabelecia que a finalidade não poderia ser contrária à lei penal, a nova regulamentação abarca a limitação por toda e qualquer finalidade que seja contrária a qualquer ramo do Direito, considerada, portanto, um ato ilícito.

Alexandre de Moraes⁶⁰ lembra com propriedade que o termo ilicitude não pode ter o seu significado atrelado apenas ao direito penal, pois ilícito é tudo aquilo quanto não for permitido pelo ordenamento, independentemente do ramo do direito que foi

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 170.

utilizado para a proteção de determinado bem jurídico, ou da intensidade de determinada proteção.

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins⁶¹ chamam atenção para esta questão realizando uma comparação com a constituição portuguesa que utiliza os fins contrários à norma penal como critério de limitação, adotando um parâmetro mais restritivo para limitar o exercício do direito de associação.

Estes autores ainda manifestam sua posição favorável à eleição dos fins lícitos pelo legislador brasileiro sob a justificativa de que o direito pode muito bem reprovare determinados comportamentos sem lhes afixar a mecha de ilícitos penais, não sendo possível o direito, então, compactuar com a existência de entidades que busquem realizar tais comportamentos contrários à norma jurídica e “*aos fins morais da sociedade*” apenas porque não foram objetos de legislação penal.

Entretanto, dada a amplitude que poderia alcançar a aplicação desmedida desta restrição, os Autores reconhecem a incerteza gerada pela inexatidão do termo utilizado (ilícito) e pugnam por uma prudência do Poder Judiciário na aplicação deste critério, demandando que a ofensa à moral e aos bons costumes seja manifesta, sem o que, deverá ter guarida a liberdade de associação.

Por fim, ressaltam ainda que a análise do caráter ilícito da finalidade deve ser realizada de forma genérica, tanto na possibilidade de ser perpetrada pelo indivíduo associado como também pelo ente associativo sob pena de, caso a análise fosse feita somente por sobre atuações possíveis à entidade coletiva, abrir-se um perigoso precedente autorizando o legislador a criar ilícitos específicos para as associações e desta forma limitar a liberdade constitucionalmente protegida.

⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. op. cit. p. 97-98.

Rodrigo Xavier Leonardo⁶² chama atenção para outro elemento que se deve considerar na análise da configuração ou não da ilicitude capaz de limitar o exercício da liberdade de associação. Este Autor afirma que não se pode aferir tal ilicitude a partir de atos isolados seja do associado seja da associação, visto que, a prática de um ato ilícito não torna a finalidade do ente coletivo ilícita.

Muito menos o próprio fim associativo pode ser tido como uma finalidade ilícita em si mesmo, vez que, não pode ser confundido o interesse em constituir uma associação com o objeto que esta associação irá perseguir, este sim, caso evado de ilicitude, comporta uma limitação ao direito insculpido no artigo 5º, XVII da Carta Magna.

3.3.2 Caráter Paramilitar

A outra vedação imposta pela norma constitucional diz respeito às associações de caráter paramilitar. Não deixa de receber críticas também esta previsão principalmente no que tange à dificuldade de definição daquilo que pode ser considerado como uma entidade de caráter paramilitar. A única referência feita pela Carta a este tipo de entidade encontra-se no próprio artigo 5º, no inciso XLIV⁶³, porém não elucida a questão.

Nota-se que esta não é uma questão apenas da Constituição brasileira, tendo em vista que, na constituição portuguesa, por exemplo, são utilizadas as expressões associações armadas e associações de tipo militar, que não logram trazer qualquer esclarecimento significativo para a definição de tais entidades.

A doutrina teve por bem definir algumas características que seriam encontradas neste tipo de associações. Primeiramente, e quase que livre de dúvidas, considera-se paramilitar a entidade que dedicar suas atividades ao treinamento de seus

⁶² LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit. p. 69-71.

⁶³ XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

associados ou de outros no manejo e manipulação de materiais bélicos, ainda que, estas associações não sejam armadas.

Aproxima-se este conceito da ideia de milícia, e pode ser idealizado como a utilização de força bélica e material humano de forma paralela às instituições estatais de polícia e forças armadas. O exemplo comum para demonstrar a aplicação deste conceito utiliza o grupo colombiano FARC, autodenominados de Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia.

Incluem-se também como paramilitares entidades que mesmo não possuindo materiais bélicos ou mesmo treinamento para a sua utilização adotam em sua estrutura organizacional uma hierarquia rígida e a utilização de sinais ou símbolos exteriores que apresentem feição militar, como uniformes.

Canotilho faz uma ressalva para que não se confunda as entidades alvo da vedação constitucional com as associações de militares permitidas pelo ordenamento. Estas últimas são compostas exclusivamente por militares, mas não necessariamente possuem finalidade militar, enquanto as primeiras possuem finalidade militar, mas não necessariamente são compostas por militares.

Ressalva fica feita no que tange às entidades eminentemente desportivas que poderiam se subsumir na hipótese de treinamento e utilização de material bélico, porém esta atuação não possui qualquer finalidade militar, não estando abrangida pela hipótese restritiva.

3.4 O CONTEÚDO DO DIREITO DE ASSOCIAÇÃO

Apresentada a previsão normativa que consagra constitucionalmente a liberdade de associação e explanadas as restrições impostas pelo dispositivo e o modo como a

doutrina concretiza os conceitos base destas restrições, é possível, então, determinar o conteúdo do direito de associação.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁶⁴ afirmam que a plenitude de tal direito encontra-se assegurada pela não necessidade de autorização estatal para sua constituição, proibição de interferência em seu funcionamento e a possibilidade de sua dissolução somente por sentença judicial transitada em julgado.

José Afonso da Silva afirma que a liberdade de associação como prevista constitucionalmente da origem a quatro direitos, quais sejam, criar uma associação independente de autorização; aderir a qualquer associação; retirar-se de qualquer associação e de encerrar a associação por vontade de seus membros.

É, entretanto Jorge Miranda⁶⁵ que esmiúça o conteúdo do direito à liberdade de associação. Segundo este autor o direito de associação possui múltiplas dimensões, sendo ao mesmo tempo um direito individual e institucional, positivo e negativo, interno e externo.

Como individual positivo tem-se o direito de constituir associações ou participar de associações existentes sem que para isso seja necessária qualquer espécie de intervenção estatal, e negativo na vertente de não poder qualquer indivíduo ser obrigado a se associar ou ser compelido a manter-se associado a ente do qual deseja retirar-se.

Nas palavras do Autor⁶⁶:

Na liberdade negativa de associação manifestam-se, talvez mais do que noutras zonas, a dimensão individual do direito e a exigência de

⁶⁴ PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 88-91.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. op. cit. p. 476-482.

⁶⁶ Ibidem. p. 478.

respeito tanto por parte do Estado como por parte de quaisquer outras entidades, públicas e privadas. Nela se torna patente a preservação da esfera de autodeterminação de cada pessoa na condição concreta da sua vida, com recusa de interferências exteriores ou, em geral, de actos contrários à sua vontade.

(...)

Não basta reconhecer formalmente o direito de ser ou de deixar de ser membro duma associação. Importa ainda que, por via directa, a lei não institua um ónus; não faça depender o acesso a qualquer estado ou condição ou o exercício de qualquer direito da pertença a uma associação; não constranja, na prática, as pessoas a entrar para uma associação a fim de não sofrerem algum inconveniente ou obterem algum benefício; não acabe por estabelecer, sem necessidade ou sem base objectiva, uma diferenciação entre os cidadãos contrária ao princípio fundamental da igualdade.

Possui uma faceta institucional na medida em que permite uma auto-organização das entidades associativas, livre de condicionantes e intervenções arbitrárias por parte da Administração. Neste ponto Jorge Miranda faz uma importante ressalva ao controle estatal, que, se não pode ocorrer por sobre a forma de organização e funcionamento destas entidades, poderá, todavia, efetuar um controle da atuação dos órgãos destes entes para garantir os direitos dos associados e a obediência às disposições estatutárias.

Isto também denota o carácter interno e externo deste direito, o primeiro na liberdade organizacional e estatutária/contratual que gozam tais entidades, e o segundo na liberdade de atuação sem a interferência ou autorização estatal.

Dito isto, é forçoso concluir juntamente com Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins⁶⁷ que “os únicos limites à liberdade de associação são aqueles que a própria Constituição define, ou seja: a ilicitude dos fins e o carácter paramilitar.”.

⁶⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. op. cit. p. 97.

3.5 APLICAÇÕES USUAIS DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

Estudado o direito de associação em sua origem e evolução, bem como o modo como se deu o seu reconhecimento e positivação no ordenamento jurídico brasileiro, enfrentada a dimensão que possui tal direito a partir da norma constitucional e da análise de suas possíveis restrições, cumpre agora demonstrar as hipóteses em que se reconhece a aplicação deste direito.

3.5.1 Associação em Sentido Técnico Estrito

O ordenamento jurídico brasileiro não tinha como técnica diferenciar as associações das sociedades, utilizando os dois termos como sinônimos, ou mesmo colocando a pecha associação como sendo um gênero do qual faria parte a sociedade.

A doutrina, então, optou por recorrer às normas de direito comparado para criar um critério que tornasse possível a separação conceitual entre sociedades e associações. Buscou-se no Código Civil italiano de 1942 este critério que se baseava na possibilidade ou não de distribuição de lucros entre os associados.

Entretanto, esta diferenciação não se encontrava positivada. Somente com o advento do Código Civil de 2002 é que se efetuou uma diferenciação jurídica daquilo que seria uma associação e o que seria uma sociedade ao elencar dentre o rol das pessoas jurídicas de direito privado as associações, as sociedades, as fundações, os partidos políticos e as organizações religiosas.

O artigo 53 da Lei 10.406/2002 trouxe então a definição de que “*Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.*”, retirando da abrangência do termo em questão todas as aglutinações de esforços subjetivos que tivessem por objetivo a distribuição de resultados, ou seja, as sociedades, nos termos da separação efetivada no Código Italiano.

Deste dispositivo é possível chegar à conclusão de que as associações em sentido estrito constituem-se em um subtipo normativo fechado do conceito amplo de associação e possuirá necessariamente três características: a reunião de pessoas, a organização e os fins não econômicos.

Nas palavras de Rodrigo Xavier Leonardo⁶⁸:

Dessa orientação legislativa, pode-se concluir que as associações em sentido estrito mostram-se aptas a desenvolver um indefinido rol de atividades, mantendo sua pertinência ao subtipo, desde que o resultado desta atividade não se reverta para finalidades econômicas. Isto parece importante, pois as associações em sentido estrito precisam ter uma estrutura maleável o suficiente para dar conta da pluralidade de atividades que delas se esperam.

Em decorrência da amplitude do conceito trazido pelo legislador, no subtipo normativo da associação em sentido estrito é possível enquadrar diversas formas jurídicas de associação reconhecidas pelo ordenamento, como as associações de finalidade pública, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP, as Entidades beneficentes de assistência social, além de todas aquelas que se enquadrando no conceito apresentado não se qualifiquem em nenhuma destas modalidades.

Já restou pacificado tanto na doutrina como na jurisprudência, pátria e alienígena, que a impossibilidade de possuírem finalidade econômica não impede que as associações desenvolvam atividades que gerem um resultado financeiro positivo. Neste sentido, é possível admitir que o financiamento da associação se dê por formas diversas que não apenas as contribuições de seus associados ou de terceiros.

Interpretar de outra forma acabaria por dificultar a própria realização do objeto social de tais associações, sobrecarregando demasiadamente os encargos a serem

⁶⁸ Op. cit. p.113.

assumidos pelos associados. Assim, restou permitido que as associações poderiam possuir finalidade lucrativa, principalmente em atividades que não constituíssem o núcleo de sua finalidade, por exemplo, que clubes cobrem pelo serviço de bar oferece ao seus associados, desde que, tais resultados fossem revertidos em prol do próprio ente associativo.

Por conta disto, consolidou-se uma diferenciação entre a finalidade econômica e o escopo lucrativo. O escopo lucrativo é essencial ao sustento de qualquer atividade e como tal não poderia ser solapado daquelas desenvolvidas pelas associações em sentido estrito, não sendo a elas possível possuir finalidade econômica entendida como a destinação dos resultados da atividade para benefício financeiro para seus associados, característica esta, exclusiva das sociedades.

No âmbito da liberdade de associação o assunto que mais permeia as associações em sentido estrito está na diferenciação dos efeitos para estes entes que este direito traria que não já fosse objeto do direito de reunião.

A doutrina enfrentou esta questão a partir do prisma da efemeridade da reunião e da permanência da associação. Celso Ribeiro Bastos⁶⁹ afirma que o vínculo entre aqueles protegidos pelo direito de reunião não sobrevive à própria realização do encontro. Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Pinto Ferreira também comungam deste mesmo entendimento, porém acrescentando os elementos da discussão e da tomada de decisão como especificidades do direito de reunião.

Entende-se, juntamente com Pontes de Miranda e Fernando Dias Menezes de Almeida que o melhor critério para diferenciar estas situações seria o vínculo jurídico estabelecido entre os membros de uma associação, denominado pelo primeiro como substrato corporativo, que na reunião seria somente um vínculo fático.

⁶⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 211.

Outro momento em que se pode verificar a aplicação da liberdade de associação neste tipo foi a edição da Lei 11.127/2005 que modificou diversas disposições do Código Civil de 2002, visando concretizar este direito nas suas formas institucional, interna e externa.

Este diploma retirou da codificação civilista normas sobre o procedimento de exclusão do associado, deixando para o estatuto a sua especificação, apenas exigindo respeito ao direito de defesa e de recurso. Retirou também o quórum para destituição de administradores e alteração do estatuto antes definido em 2/3, para permitir ao próprio estatuto estabelecê-lo, além de outras mudanças pontuais.

Estas alterações demonstram claramente uma compatibilização entre as normas editadas com o Novo Código Civil e as disposições acerca da liberdade de associação trazidas pela Constituição Federal.

3.5.2 Cooperativas

Segundo a definição da Aliança Cooperativa Internacional - ICA, cooperativas são uma associação autônoma de pessoas unidas voluntariamente para alcançar suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais comuns através de uma empresa de propriedade coletiva e gerida democraticamente⁷⁰.

O motor do movimento cooperativista está na emancipação do trabalhador frente ao capital, possuindo no fortalecimento da cooperação entre seus componentes a principal arma para extirpar esta exploração.

A primeira aparição do modelo cooperativo moderno teria surgido no norte da Inglaterra no ano de 1844, onde trabalhadores de uma fábrica de algodão de Rochdale, vivendo uma situação de não possuírem renda suficiente para adquirir os

⁷⁰ <http://www.ica.coop/coop/index.html>

bens essenciais, resolveram juntar seus esforços e recursos para, conjuntamente, obter melhores preços e assim conseguir comprar aquilo que necessitavam. Estava fundada a *Rochdale Equitable Pioneers Society*.

No Brasil, o movimento cooperativista ganhou realmente força a partir do IV Congresso Brasileiro de Cooperativismo, realizado em Belo Horizonte no dia 02/10/1969, que criou a Organização das Cooperativas Brasileiras – OCB, decorrente da fusão entre a Aliança Brasileira de Cooperativas e a União Nacional das Associações de Cooperativas.

Entretanto, a OCB nasce sob influência e interesse do governo oriundo do golpe militar de 1964, chegando a constar na definição da forma de atuação desta entidade que a mesma representaria as cooperativas junto ao governo, “*mas colaborando franca e lealmente com as autoridades*”⁷¹.

Surgidas no país após o Código Comercial de 1850 e não sendo objeto de disposições no Código Civil de 1916, as cooperativas eram regidas pela Lei 1.637/1907, podendo assumir quaisquer das formas societárias permitidas pelo ordenamento.

J. X. Carvalho de Mendonça⁷² afirma que:

As sociedades cooperativas não são, como as em nome coletivo ou em comandita ou as anônimas, tipo, forma de sociedade, mas modalidade facultativa, aplicável para o fim especial de que temos falado. Por outra, a cooperativa pode adotar qualquer daquelas formas ou tipos clássicos, a dizer, pode constituir-se sob a forma de sociedade em nome coletivo, estabelecendo a responsabilidade limitada de todos os sócios, sob a forma em comandita, fixando a responsabilidade limitada de uns e ilimitada de outros sócios ou sob

⁷¹ SILVA, Eduardo Faria. **A Organização das Cooperativas Brasileiras e a Negação do Direito Fundamental à Livre Associação**. Dissertação de Mestrado. UFPR. Faculdade de Direito, 2006. p. 67-77.

⁷² CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v.4. p. 249.

a forma de sociedade anônima com a responsabilidade limitada de todos os sócios.

O seu reconhecimento expresso como subtipo societário somente veio a ocorrer com a edição da Lei 5.764/71, que em seu artigo terceiro determinava "*Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro*".

Com o advento da Constituição de 1988 a proteção concedida à liberdade de associação terminou por se confrontar em diversos pontos com as normas trazidas pela Lei 5.764/71, principalmente amparada nos incisos XVIII e XX do artigo 5º da Carta Magna, já anteriormente transcritos⁷³, que asseguravam a liberdade de constituição independentemente de autorização e livre da interferência estatal e também a vertente negativa da liberdade de associação.

A nova normativa constitucional foi diretamente de encontro ao disposto nos artigos 17, 18, 105 e 107 da Lei 5.164/71 que estabelecia a OCB como entidade central das cooperativas nacionais e a obrigatoriedade do registro de todas as cooperativas junto à mesma:

Art. 17. A cooperativa constituída na forma da legislação vigente apresentará ao respectivo órgão executivo federal de controle, no Distrito Federal, Estados ou Territórios, ou ao órgão local para isso credenciado, dentro de 30 (trinta) dias da data da constituição, para fins de autorização, requerimento acompanhado de 4 (quatro) vias do ato constitutivo, estatuto e lista nominativa, além de outros documentos considerados necessários.

Art. 18. Verificada, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a contar da data de entrada em seu protocolo, pelo respectivo órgão executivo federal de controle ou órgão local para isso credenciado, a existência de condições de funcionamento da cooperativa em constituição, bem como a regularidade da documentação apresentada, o órgão controlador devolverá, devidamente autenticadas, 2 (duas) vias à cooperativa, acompanhadas de

⁷³ XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

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

documento dirigido à Junta Comercial do Estado, onde a entidade estiver sediada, comunicando a aprovação do ato constitutivo da requerente.

§ 1º Dentro desse prazo, o órgão controlador, quando julgar conveniente, no interesse do fortalecimento do sistema, poderá ouvir o Conselho Nacional de Cooperativismo, caso em que não se verificará a aprovação automática prevista no parágrafo seguinte.

§ 2º A falta de manifestação do órgão controlador no prazo a que se refere este artigo implicará a aprovação do ato constitutivo e o seu subsequente arquivamento na Junta Comercial respectiva.

§ 3º Se qualquer das condições citadas neste artigo não for atendida satisfatoriamente, o órgão ao qual compete conceder a autorização dará ciência ao requerente, indicando as exigências a serem cumpridas no prazo de 60 (sessenta) dias, findos os quais, se não atendidas, o pedido será automaticamente arquivado.

(...)

§ 7º A autorização caducará, independentemente de qualquer despacho, se a cooperativa não entrar em atividade dentro do prazo de 90 (noventa) dias contados da data em que forem arquivados os documentos na Junta Comercial.

§ 8º Cancelada a autorização, o órgão de controle expedirá comunicação à respectiva Junta Comercial, que dará baixa nos documentos arquivados.

(...)

Art. 105 A representação do sistema cooperativista nacional cabe à Organização das Cooperativas Brasileiras – OCB, sociedade civil, com sede na Capital Federal, órgão técnico-consultivo do governo, estruturada nos termos desta lei, sem finalidade lucrativa, competindo-lhe principalmente:

(...)

Art. 107 As cooperativas são obrigadas, para seu funcionamento, a registrar-se na Organização das Cooperativas Brasileiras ou na entidade estadual, se houver, mediante apresentação dos estatutos sociais e suas alterações posteriores.

As disposições supra transcritas da lei 5.764/71 foram tacitamente revogadas pela conformação dada à liberdade de associação pela Constituição Federal de 1988, devendo, portanto, serem dispensadas as sociedades cooperativas da obrigatoriedade de registro e filiação junto à OCB, bem como não lhes pode ser

exigida qualquer espécie de autorização para funcionamento como era previsto no artigo 17 e 18 da referida lei⁷⁴.

Assim já se manifestou a Justiça Federal no mandado de segurança n. 2003.71.00.0017767-7, citado por Eduardo Faria Silva, nos seguintes termos:

De fato, a exigência em pauta cerceia o direito constitucional de livre associação, uma vez que o art. 5º, XX da CF/88 diz que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado. Ademais, também a Constituição garante, pretendendo incentivar a criação de cooperativas, que estas não dependem de autorização do Poder Público para serem criadas. Ora, se não dependem sequer de autorização do Poder Público, por que dependeriam de autorização de pessoas jurídicas de direito privado, como os sindicatos? E em que pese a lei estadual não mencionar o vocábulo 'autorização', a exigência de pré-registro no Sindicato Funciona como verdadeira autorização para funcionarem as cooperativas, na medida em que sem tal medida não conseguem efetivar o registro na Junta Comercial, e em consequência, no CNPJ, inviabilizando inteiramente as atividades da Cooperativa, o que denota a presença do periculum in mora.

O Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, também atendeu aos comandos constitucionais ao, não listar entre os documentos necessários à constituição e registro de uma sociedade cooperativa qualquer autorização ou registro prévio em órgão ou associação, governamental ou não.

A Instrução Normativa nº 32, de 19 de Abril de 1991⁷⁵, que trata dos atos cujo arquivamento necessita de aprovação prévia de órgãos do governo, apenas indica a necessidade de autorização para as Cooperativas de Crédito, que deverão ser aprovadas pelo Banco Central do Brasil.

⁷⁴ SILVA FILHO, José Carlos Bastos. **Cooperativas**: a liberdade de associação e o registro obrigatório na OCB. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1568, 17 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10495>>. Acesso em: 1 abr. 2011.

⁷⁵ Disponível em <http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/normativa/in32.htm>

A disciplina constitucional da liberdade de associação abrangeu também as sociedades cooperativas e seus efeitos puderam ser concretamente verificados como restou demonstrado acima.

3.5.3 Sindicatos

A Constituição Republicana de 1891, como já citado anteriormente, previu em seu artigo 72, parágrafo oitavo a liberdade de associação e de reunião, porém ainda não havia um reconhecimento em separado do direito à liberdade de associação sindical.

O reconhecimento jurídico dos sindicatos no ordenamento brasileiro somente tem efetivo início após a edição do Decreto nº 979, de 1903, que facultava aos profissionais da agricultura e indústrias rurais organizar sindicatos para defender seus interesses, sendo aqueles livres de quaisquer restrições ou ônus, nos termos do artigo segundo⁷⁶.

Em seguida veio o Decreto Legislativo 1.637 de 1907, que em seu artigo segundo afirmava a sua liberdade de constituição e a desnecessidade de autorização

⁷⁶ Art. 2º A organização desses syndicatos é livre de quaesquer restrições ou onus, bastando, para obterem os favores da lei, depositar no cartorio do Registro de hypothecas do districto respectivo, com a assignatura e responsabilidade dos administradores, dous exemplares dos estatutos, da acta, da installação e da lista dos socios, devendo o escrivão do Registro enviar duplicatas á Associação Commercial do Estado em que se organisarem os syndicatos.

governamental para seu funcionamento⁷⁷. Nasciam como pessoas de direito privado comuns, designadas pelo artigo citado até como sociedade⁷⁸.

O artigo 20, parágrafo primeiro do Código Civil de 1916⁷⁹ manteve esta liberdade de constituição atribuída às entidades sindicais, juntamente com as sociedades cooperativas.

A legalização completa do modelo de organização sindical foi realizada pelo Decreto 19.770/31 que inaugurando uma fase de nítida feição intervencionista ao sujeitar os sindicatos ao Poder Estatal e impondo ainda a questão da unicidade ou monossindicalismo⁸⁰.

A Constituição de 1934, por sua vez, trouxe em seu artigo 120 a proteção à liberdade de associação sindical, tendo sido considerada apenas um acidente de percurso⁸¹, imediatamente corrigido com a edição do Decreto nº 24.694 de 1934 que tornou a exigir o reconhecimento pelo Ministério do Trabalho.

⁷⁷ Art. 1º E facultado aos profissionaes de profissões similares ou connexas, inclusive as profissões liberaes, organizarem entre si syndicatos, tendo por fim o estudo, a defesa e o desenvolvimento dos interesses geraes da profissão e dos interesses profissionaes de seus membros. Paragapho unico. São considerados como continuando a pertencer á profissão, embora não o pertençam mais, os profissionaes que tiverem exercido a profissão durante cinco annos e que não a tenham abandonado desde mais de dez annos, comtanto que não exerçam outra profissão e residam no paiz desde mais de tres annos.

Art. 2º Os syndicatos profissionaes se constituem livremente, sem autorização do Governo, bastando, para obterem os favores da lei, depositar no cartorio do registro de hypothecas do districto respectivo tres exemplares dos estatutos, da acta da installação e da lista nominativa dos membros da directoria, do conselho e de qualquer corpo encarregado da direcção da sociedade ou da gestão dos seus bens, com a indicação da nacionalidade, da idade, da residencia, da profissão e da qualidade de membro effectivo ou honorario.

⁷⁸ OLIVA, Claudio Cesar Grizi. **Pluralidade como corolário da liberdade sindical**. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, Faculdade de Direito, 2009. p.24-25.

⁷⁹ Art. 20. As pessoas jurídicas tem existência distinta da dos seus membros.

§ 1o Não se poderão constituir, sem prévia autorização, as sociedades, as agências ou os estabelecimentos de seguros, montepio e caixas econômicas, salvo as cooperativas e os sindicatos profissionais e agrícolas, legalmente organizados.

⁸⁰ TRINDADE, Edson Silva. Liberdade de Associação Sindical no Direito Brasileiro. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, São Paulo, n. 17, 2001.

⁸¹ OLIVA, Claudio Cesar Grizi. op.cit. p. 29.

A Constituição de 1937 positivou de forma expressa a intervenção estatal na liberdade de associação sindical, dispondo em seu artigo 138 que este ato associativo seria livre, porém, somente o sindicato autorizado pelo Estado poderia representar seus associados, realizar negociações coletivas etc. Seguiu-se o Decreto Lei nº 1.402/39, denominado Nova Ordem Sindical, que manteve a base intervencionista adotada pela Constituição.

O advento da Consolidação das Leis do Trabalho, através do Decreto Lei nº 5.452/43, pouco alterou a disciplina trazida pela norma anterior, em nada modificando a abordagem quanto à liberdade de associação sindical.

A Constituição de 1946 previu em seu artigo 159⁸² a liberdade de associação sindical, porém, deixou a cargo da regulamentação legal a forma de constituição e demais direitos dos sindicatos. Neste ponto, consideraram-se recepcionadas a Consolidação das Leis do Trabalho e o Decreto Lei nº 1.402/39, mantendo-se o perfil intervencionista no direito sindical brasileiro⁸³.

Após o conturbado período iniciado no Golpe Militar de 1964 onde direitos e liberdades fundamentais foram flagrantemente decepados e violados, o movimento sindical ganha força no final dos anos 70 e início dos anos 80, e uma nova regulamentação à liberdade de associação sindical ganha moldes com a Constituição de 1988.

A atual Constituição dedica o artigo oitavo e seus diversos incisos a regulamentar a liberdade de associação:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

⁸² Art 159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.

⁸³ OLIVA, Claudio Cesar Grizi. op.cit. p. 38.

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;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

As disposições do artigo 8º supra refletem a aplicação dos ditames da liberdade de associação prevista no artigo 5º às especificidades que permeiam as entidades sindicais. É reconhecida a liberdade na sua vertente institucional, desatrelando o registro e funcionamento dos ditames do Estado, sendo vedada a exigência de autorização para seu funcionamento e impedindo a intervenção que tanto ocorreu em razão dos movimentos grevistas dos anos 70 e 80.

É reconhecida também a liberdade de associação individual negativa na medida em que o inciso V determinar que: ninguém poderá ser compelido a fazer parte de determinado sindicato ou de manter sua filiação contra sua vontade.

Embora contida de avanços consideráveis, a Carta de 1988 manteve ainda alguns traços limitadores da plena liberdade de associação, ao preservar a unicidade sindical no inciso II e perpetua contribuição sindical no inciso IV.

4 AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Nos dois primeiros capítulos de desenvolvimento do presente trabalho discorreu-se sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, com direcionamento para a análise de sua hermenêutica. Em seguida, buscou-se um panorama daquilo em que consistiria o Direito Fundamental à Liberdade de Associação previsto no art. 5º, XVII, da Carta Magna de 1988 e a forma em que se exterioriza no ordenamento e na prática doutrinária.

Continuando na esteira de desenvolvimento proposto pela análise do tema da presente dissertação, cabe agora realizar uma análise das aplicações práticas do fenômeno associativo, os modelos de conjugação de esforços subjetivos previsto pelo ordenamento jurídico, atentando-se principalmente para as associações em sentido estrito e principalmente das sociedades, em especial as empresárias, que constituem parte fundamental do presente estudo.

4.1 AS HIPÓTESES LEGAIS DE CONJUGAÇÃO SUBJETIVA DE ESFORÇOS

A percepção do ser humano de que a atuação coletiva sobrepõe-se em qualidade e em quantidade à individual remonta aos primórdios da humanidade, existindo, desde a Antiguidade, manifestações de comunhão de pessoas para o atingimento de determinado objetivo, mesmo que, na mais primordial das necessidades, fosse somente para se aquecer, uns com o calor emanado dos outros.

Foi apregoado por Cícero, "*Nati sumus ad societatem communitatemque generis humani*", só em sociedade vive o homem, consorciando-se pela comunidade de interesses. Tão presente é o fenômeno associativo na gênese da sociedade humana que Waldemar Ferreira afirma, em seu Tratado de Sociedades Mercantis:

A história da civilização não é mais do que a das manifestações do espírito associativo, no suceder dos dias, dos anos e dos séculos.

Tudo quanto se imaginou e se produziu, embora emanado de gênios individuais, resultou do esforço de muitos, impelidos por aquele espírito, na ordem econômica, como na intelectual, na ética ou na religiosa. Se os homens não puderam deixar de associar-se a fim de conseguir seus desígnios, associações em número infinito formaram-se para produzir e transportar os produtos da terra e da indústria, sem sustar-se seu curso.⁸⁴

Assim como o Ministro Bento de Faria⁸⁵:

A independência do homem primitivo e o seu procurado isolamento, revelam, apenas, o sentimento orgulhoso de uma força ilusória, mas, na realidade, insuficiente para enfrentar as vicissitudes do mundo e as resistências da natureza.

Contra elas, ninguém, em tempo algum, pode lutar sozinho.

Aproximados e congregados, a princípio, pela ânsia de conquistas, que lhes haviam de proporcionar a partilha das presas, tais indivíduos, em sucessão contínua, haviam de render-se a conveniência da sociabilidade, como uma das condições essenciais de sua existência.

Da mesma forma Washington de Barros Monteiro⁸⁶:

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 intangíveis para um só homem são facilmente alcançados pela reunião dos esforços combinados de várias pessoas.

Antonio de Sousa Silva Costa Lobo⁸⁷ definiu com extrema propriedade:

Sobre ser assim um dos mais preciosos direitos civicos, a associação é condição de todo o progresso e a mais energica força da moderna

⁸⁴ FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Sociedades Mercantis**, v. 1, 4 ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952. p. 41.

⁸⁵ FARIA, Ministro Bento de. **Direito Comercial II** – das sociedades comerciais, parte primeira. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F^o, 1948. p. 5.

⁸⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 120.

⁸⁷ Op. cit. p. 74-75.

civilização. No isolamento não ha a esperar senão servidão e miseria: servidão pelo vasto systema de dor que envolve a humanidade; miseria, porque a maioria dos homens nasce em tão desfavoraveis circumstancias, que, a não ser assistida da communhão de recursos contra a communhão dos males, é-lhe impossível defender a existencia de todos os inimigos internos e externos de que á preza. As maravilhas, que a associação tem operado no commercio e na industria, o adiantamento da Inglaterra e dos Estados-Unidos em que ella promove a religião, a educação, a beneficência, as artes e as letras, têm-lhe manifestado tal podêr, que dia em dia se estende o seu domínio a todo o genero de trabalhos.

O mesmo autor em outro trecho afirma que “*Nasceram todas as sociedades d’essa tendencia irresistivel e instictiva que entre si attrahe os homens*”⁸⁸.”.

Esta atuação conjunta será aqui denominada de Conjugação Subjetiva de Esforços. A conjugação subjetiva de esforços ocorre quando diversas pessoas (mais de uma) optam por unir suas atuações possuindo como elo um fim comum pré-estabelecido.

Não cabe neste trabalho discorrer sobre todas as formas de união de pessoas existentes ou por existir, delimitando-se nosso estudo inicialmente àquelas que estão disciplinadas juridicamente, sendo capazes, portanto, de produzir efeitos jurídicos.

Este fenômeno jurídico é regulado pelo ordenamento sob a égide das Pessoas Jurídicas de Direito Privado, estabelecidas pelo artigo 44 da Lei 10.406/2002. Longe de buscar este trabalho tecer considerações acerca dos problemas que permeiam o conceito de pessoa jurídica, será utilizado como fundamento teórico a definição trazida por Francisco Amaral.

Para este Autor, pessoa jurídica é um conjunto de bens ou de pessoas dotado de personalidade jurídica própria, e sua razão de ser reside na conveniência de as pessoas naturais combinarem recursos de ordem pessoal ou material para a

⁸⁸ Ibidem. p. 5.

realização de objetivos comuns, os quais não poderiam, ou teriam um grau maior de dificuldade, se realizados individualmente por cada uma das pessoas naturais⁸⁹.

Em suas próprias palavras:

Conclui-se, portanto, que o direito permite a formação de centros unitários de *direitos e deveres* que, à semelhança das pessoas naturais, são dotados de personalidade jurídica para servir aos interesses dos seres humanos⁹⁰.

O artigo 44 da Lei 10.406/2002, citado anteriormente, define então, que são pessoas jurídicas de direito privado as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos.

Dentre os diversos tipos previstos na legislação pode-se separá-los de acordo com os objetivos específicos que a informam. Quando estes objetivos fossem de fins não lucrativos estar-se-ia diante de associações, porém quando o escopo é o lucro, o interesse pecuniário, se está diante de uma sociedade, civil ou empresarial, a depender da atividade desenvolvida.

Se tratar-se de uma entidade que vise garantir a permanência e a utilidade de um patrimônio afetado a um determinado fim ideal, tem-se, então, uma fundação. Partidos Políticos e Entidades Religiosas, por sua vez, já possuem especificidade própria, não se confundindo com os demais.

Após esta breve indicação dos tipos jurídicos previstos pelo legislador que trazem em seu âmbito a reunião de pessoas com finalidade comum, o estudo irá direcionar-se para os dois tipos que em maior grau representam o fenômeno associativo: as Sociedades e as Associações.

⁸⁹ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 313

⁹⁰ *Ibidem*. p. 314.

4.1.1 Sociedades e Associações

Dentre as pessoas jurídicas de direito privado indicadas acima, proceder-se-á uma análise mais atenta da diferenciação existente entre as sociedades e as associações em sentido estrito, necessária ao bom seguimento do trabalho, principalmente no estudo subsequente que se fará acerca da abrangência do direito fundamental à liberdade de associação.

Sociedades e Associações fazem parte do fenômeno associativo e, como tal devem ser analisadas nas suas semelhanças e diferenças.

A diferenciação entre sociedade e associação é primeiramente vislumbrada no Código Napoleônico, e pode ser explicada segundo um receio que o movimento revolucionário possuía para com as atividades filantrópicas e a necessidade de liberdade que afligia o seio dos mercadores, construindo tal separação em razão da finalidade lucrativa ou não⁹¹.

Esse repúdio às associações, segundo Leon Duguit⁹², era decorrência de uma aversão à existência de qualquer entidade intermediadora na relação entre o indivíduo e o Estado, emanada a partir do viés extremamente individualista da revolução ao não ter como admissível a existência de um conjunto de homens capaz de sobrepor a vontade individual de cada um, destruindo a individualidade e liberdade de cada componente em favor do ente coletivo.

Rachel Sztajn afirma que:

Mas, se as sociedades mercantis são mais estudadas o fenômeno associativo não se limita a elas ainda que, do ponto de vista quantitativo, possam ser em número mais elevado quando

⁹¹ PINHEIRO, Flávia de Campos. **O Conteúdo Constitucional da Liberdade de Associação**. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, Faculdade de Direito, 2008. p.50-52

⁹² Apud LEONARDO, Rodrigo Xavier, op. cit., p. 11

comparadas com as outras formas de associação. O fenômeno associativo reflete necessidades humanas que não podem ser satisfeitas sem colaboração; quando o esforço individual não basta para o escopo visado as pessoas se reúnem para atingi-lo formando-se grupos familiares, clãs, tribos, organizações para defesa mútua, grupos de socorro, enfim, motivos não faltam para que se pense em reunir pessoas para buscar fim de interesse comum.⁹³

Importante também os ensinamentos de Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho⁹⁴, segundo os quais:

Em matéria societária, esse escopo comum decompõe-se em dois elementos: o objetivo final e o modo de sua realização. O objetivo final é a produção de lucros, com a sua repartição entre os sócios; e nisto vai a diferença específica entre sociedade e associação."

Com efeito, são tantas as remissões feitas pela legislação societária ao objeto social que se pode concluir que, para a validade do contrato de sociedade, o objeto social não pode ser meramente determinável. Necessariamente, o objeto social deve ser determinado.

Por consequência, não se pode imaginar a atuação jurídica de uma sociedade sem que o seu objeto esteja determinado. No caso das sociedades – como subtipos associativos que são –, além da determinação do objeto, exige-se a determinação do escopo. Isto porque a caracterização típica da sociedade no Código Civil Brasileiro exige o escopo lucrativo.

Outra diferença reside no fato de que os associados, ao contrário do que ocorre nas sociedades, não são titulares de nenhuma cota representativa do patrimônio social.

Rodrigo Xavier Leonardo discorre sobre a questão⁹⁵:

⁹³ SZTAJN, Rachel. Associações e Sociedade. **Revista de Direito Mercantil**, n. 128, ano XLI, p. 15.

⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.382

⁹⁵ Op. cit. p. 136.

O patrimônio dos associados fica por princípio completamente diferenciado do patrimônio da associação. Não há cotas para integralizar nem tampouco ações para adquirir. Por consequência, na hipótese de dissolução, o patrimônio da associação não é repartido entre os associados, sendo 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"

O vínculo existente entre o associado e a associação se baseia na existência de um elemento corporativo, termo trazido por Pontes de Miranda, não existindo qualquer vínculo de hierarquia entre os associados ou responsabilidades para com a associação, conforme explicitado no capítulo anterior.

Já na relação societária o sócio possui como direito essencial a participação nos resultados econômicos da empresa, além de possuir o dever de atuar sempre no interesse de realizar o objeto social, mais adiante melhor explicados pela *affectio societatis* e pelo dever de lealdade entre os sócios.

Feita esta rápida diferenciação, tendo em vista que este tema também já fora lembrado no capítulo anterior, serão deixadas de lado as demais hipóteses de conjugação subjetiva de esforços para direcionar o estudo ao fenômeno das sociedades, que constituem elemento fundamental da tese ora defendida.

4.2 SOCIEDADE: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Antes de iniciar a tratar especificamente do Contrato de Sociedade é necessário estabelecer uma delimitação conceitual deste termo para que fique claro qual será o objeto de estudo deste ponto: A SOCIEDADE EMPRESÁRIA.

Esta delimitação se mostra necessária para direcionar o foco do trabalho, restringindo seu objeto de estudo a ponto de torna-lo exequível, e se justifica, pelo

fato de que, conforme a própria Rachel Sztajn afirma em trecho transcrito anteriormente, as sociedades mercantis respondem por grande parte do fenômeno associativo, motivo pelo qual, recortou-se o presente estudo a tal tipo de comunhão de pessoas.

É atribuído a Portier o conceito de sociedade oriundo do Direito Romano que foi utilizado no Código Napoleônico e influenciou todas as demais codificações oitocentistas e posteriores. Segundo o artigo 1832 deste Código *“a sociedade é um contrato mediante o qual duas ou mais pessoas convencionam colocar qualquer coisa em comum, com o objetivo de partilhar os benefícios que possam resultar”*⁹⁶.

Inglez de Souza⁹⁷ define a sociedade comercial como a reunião de duas ou mais pessoas para a prática de atos de comércio, com um intuito comum de lucro. Fabio Ulhoa⁹⁸ afirma que *“a sociedade empresária pode ser conceituada como a pessoa jurídica de direito privado não-estatal, que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedade por ações”*.

Já Sérgio Campinho⁹⁹ diz que *“a sociedade empresária é aquela que tem por objeto a exploração habitual de atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços, sempre com o escopo de lucro”*.

Pupo Correia¹⁰⁰ para conceituar as sociedades comerciais recorre a uma combinação entre as disposições do Código Civil Português e o Código das Sociedades Comerciais, chegando à conclusão que este conceito é composto por seis elementos: pessoal, patrimonial, finalístico, teleológico, objeto e forma.

⁹⁶ LEITE JUNIOR, op. cit., p. 1.

⁹⁷ SOUZA, Inglez de. **Direito Comercial**. 2 ed, Lisboa: A Editora, 1910. p. 70.

⁹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 2. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 111.

⁹⁹ CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.38.

¹⁰⁰ PUPO CORREIA, Miguel J. A. **Direito Comercial – Direito da Empresa**. 10 ed. Lisboa: Ediforum, 2007. p. 117.

O elemento pessoal exige uma pluralidade de sócios; o patrimonial é a obrigação de contribuir com bens e serviços; o finalístico prevê o exercício em comum de atividade econômica; o teleológico a repartição dos lucros; o objeto tem de ser a prática de atos de comércio e a forma tem de ser um dos tipos disciplinados na lei comercial.

Carvalho de Mendonça¹⁰¹ afirma que *“a sociedade comercial surge do contrato mediante o qual duas ou mais pessoas se obrigam a prestar certa contribuição para um fundo, o capital social, destinado ao exercício do comércio, com a intenção de partilhar os lucros entre si.”*

Rubens Requião¹⁰² define que *“celebram sociedade comercial, as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins de natureza comercial”*.

O Código Comercial de 1850 não trazia em seu bojo o que viria a ser uma sociedade comercial, porém o Código Civil de 1916 afirmava que celebravam contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para a consecução de um fim comum, através do qual construiu-se um entendimento de que seria comercial quando este fim comum fosse constituído por atos de comércio.

O Código Civil de 2002 traz o conceito de sociedade em seu artigo 981, afirmando que *“celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha entre si, dos resultados”*. Neste conceito fica clara a definição de sociedade realizada supra, a atividade econômica e o fim lucrativo, de distribuição de lucros.

¹⁰¹ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. op. cit. p. 14

¹⁰² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 369.

Logo em seguida, no artigo 982, o código traz o conceito de sociedade empresária: “*salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro...*”. Como se pode perceber, o legislador não trouxe para o sistema o conceito determinado daquilo que seja uma sociedade empresária, vinculando esta à ideia de empresário trazida pelo artigo 966.

4.3 HISTÓRICO DAS SOCIEDADES

É possível identificar em diversos documentos da antiguidade indícios de reunião de esforços pessoais para a realização de um fim comum que por demais se assemelham ao conceito de sociedade estatuído contemporaneamente.

Nos ensinamentos Gladston Mamede¹⁰³, isto se deve a um instinto gregário natural do ser humano, presente também em diversos outros animais já citado anteriormente. Segundo o mesmo autor, logo o Direito percebeu a necessidade de regulamentar essa união de esforços tendo como exemplo o código de Hamurabi que já trazia normas acerca destas uniões, tratadas à época como parcerias.

Convém transcrever as palavras de Rachel Sztajn esclarecedoras sobre o tema:

As associações entre pessoas existiram desde a antiguidade mais remota; partindo da necessidade de defesa dos grupos sociais e a impossibilidade de uma pessoa, individualmente, operá-la, até motivos outros, a formação de grupos de pessoas, mais ou menos estruturados é comum. Certo que associações para realizar fim comum têm no contrato de sociedade o fenômeno mais estudado, com ênfase, particularmente nas formas ou tipos empregados na organização das sociedades mercantis, cujas origens remontam aos séculos XII e XIII da e.C. o fato pode ser explicado pela visibilidade desses grupos e pelo interesse econômico que os informa.¹⁰⁴

¹⁰³ MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro**: direito societário: sociedades simples e empresárias, v. 2. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 3-4.

¹⁰⁴ SZTAJN, Rachel. op. cit. p. 15.

No código de Hamurabi era possível identificar uma regulamentação de sociedade no texto do artigo 99: “*se um homem deu a outro dinheiro em sociedade, o lucro e as perdas que existem, eles partilharão diante de Deus, em partes iguais*”¹⁰⁵.

Cooper Royer e Ses Fils Eddy, citados por Waldemar Ferreira¹⁰⁶, afirmam que os artigos seguintes, 100 a 107, seriam relativos à sociedade, entretanto, tais dispositivos em verdade referiam-se mais precisamente a contratos primitivos de empréstimo e comissão, somente sendo possível considera-los como vestígio de sociedade comercial se, juntamente com estes Autores, considerar-se a sociedade um desenvolvimento do empréstimo usurário, o que não se acolhe no presente estudo.

Nem mesmo o artigo 99 anteriormente citado, que em seu bojo faria referência específica à constituição de sociedade poderia ser considerado, pois, assemelha-se mais a um contrato de investimento, ou, trazendo para exemplo atual, a famigerada sociedade em conta de participação que se trata em verdade de um contrato de parceria.

Pontes de Miranda também faz referência à existência de sociedades no Direito Babilônico, manifestadas através de contratos em duplicata e que liquidava-se entre os herdeiros após a morte do sócio.¹⁰⁷

O Código de Manu, assim como o de Hamurabi, trazia em seu bojo disposições acerca da sociedade em seu modo primitivo. Dispunha seu artigo 204 que “*Quando vários homens se reúnem para cooperar, cada um com seu trabalho, em uma mesma empresa, tal é a maneira por que deve ser feita a distribuição das partes.*”¹⁰⁸

¹⁰⁵ LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada**. 3 ed. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 2.

¹⁰⁶ FERREIRA, Waldemar. op. cit. p. 42.

¹⁰⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, t. XLIX. Contrato de Sociedade. Sociedade de pessoas. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 5.

¹⁰⁸ ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das Sociedades Comerciais**. 15 ed. rev.atual. e ampliada, 2005. p. 4.

Na Grécia as sociedades eram criadas com os fins mais diversos possíveis, podendo ter caráter religioso, político, industrial, comercial, artístico e de diversão. Estas sociedades não necessitavam de qualquer espécie de autorização ou permissão do Estado para funcionarem, sendo plena a liberdade de associação neste período grego¹⁰⁹.

As sociedades comerciais também se manifestaram neste período, quase sempre na forma de sociedade em comandita, porém, não se vislumbrou a necessidade de uma legislação especial para as mesmas¹¹⁰.

No Direito Romano encontra-se referência ao contrato de *societas*¹¹¹ como um contrato consensual em que duas ou mais pessoas se obrigavam a por determinados bens ou trabalho em comum visando um fim patrimonial conjunto.

Segundo Santos Justo¹¹² não se sabe ao certo de onde derivou este instituto, atribuindo-se normalmente à união familiar para administrar a herança indivisível do *paeter* família, porém não seria possível afastar a possibilidade desta origem ter se dado em razão dos contratos estabelecidos entre os proprietários de terra e os trabalhadores livres para o cultivo da terra e criação de rebanhos dividindo os resultados¹¹³.

Já Waldemar Ferreira¹¹⁴ afirma que a origem da *societas* foi unicamente a administração da herança do *paeter* família. Segundo este autor, no Direito Romano quando da morte do chefe da família o patrimônio continuava indiviso, no mesmo

¹⁰⁹ MIRANDA, Pontes de. op cit.. p. 5-7.

¹¹⁰ Ibidem. p. 8.

¹¹¹ SANTOS JUSTO, A. **Direito Privado Romano – II** (Direito das Obrigações). Boletim da Faculdade de Direito Studia Iuridica 76, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 72-79.

¹¹² Ibidem. p. 75-76.

¹¹³ O *politor* cultivava o *fundi* do proprietário e dividia com este os frutos, já o pastor cuidava do rebanho do proprietário e dividia com ele as crias, in SANTOS JUSTO, A. op. cit., notas de rodapé 24 e 25.

¹¹⁴ op. cit. p. 45-46

estado patrimonial deixado pelo de cujus, até que, com o advento das XII Tábuas permitiu-se a partilha judicial da herança através da *actio familiae erciscundae*.

Divididos os bens entre os herdeiros, surgiu a necessidade destes se associarem, voluntária e consensualmente, para explorar as propriedades herdadas com uma probabilidade maior de sucesso, surgindo disto a *societas*.

No direito romano era possível encontrar diversos tipos de sociedades, denominadas *societas*. Existiam as *sodalitates*, que eram congregações religiosas destinadas à perpetuidade dos cultos, que desapareceram com a queda do paganismo; as sociedades particulares do *ius gentium*; o *consortium* que era uma comunidade de valores para partilha de lucros; a *societas argentaria*; a *societas venaliciaria*, que se dedicava à venda de escravos; a *societas di navigazione*.

Existira ainda a *societas vectigalium* ou *publicanorum*, que se dedicava a exploração de rendas públicas e seu recolhimento, executando sempre poderes delegados do Estado. Estas sociedades assemelhar-se-iam hoje aos órgãos paraestatais e às autarquias. Comportava duas espécies de sócios, os *socci* e os *participes*^{115 116 117}.

Os romanos não sentiram necessidade de orientar a sua regulamentação jurídica para a conformação de uma personalidade autônoma para estas *societas*, que, em verdade, possuíam um caráter mais assemelhado a um contrato entre os particulares (sócios) que não produzia efeitos, ou mesmo existia juridicamente perante terceiros, que somente se relacionavam com as pessoas por elas constituídas.

¹¹⁵ Ibidem. p. 2. e p. 15-20

¹¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. “**Societas**” com relevancia jurídica externa e personalidade jurídica. Revista de Direito Mercantil, n. 81, ano XXX. p. 66-78.

¹¹⁷ FERREIRA, Waldemar. op. cit. p. 47.

É possível verificar indícios de personalização, porém usualmente dizendo respeito mais às universalidades de bens constituídas à época como as confrarias e os conventos, que não possuíam um caráter efetivamente societário¹¹⁸.

Somente a algumas poucas sociedades era concedido o direito de possuir um *corpus*, autodeterminando-se, capaz de manifestar sua vontade e agir em suas relações com terceiros, as Salineiras, as Mineiras de Ouro e Prata e as Sociedades Vectigalianas, sendo esta a maior aproximação ao reconhecimento de personalidade às sociedades¹¹⁹.

Durante a Idade Média ainda permaneceu vigente e influente a construção jurídica da *societas* romana, visto que, se adequava perfeitamente aos objetivos da sociedade medieval que buscava a manutenção da propriedade fundiária de grande porte além da regra da hereditariedade garantindo a estabilidade social em forma de estratificação.

Não se havia modificado as condições e processos por que se explorava a terra e se colhiam os frutos, permitindo que perdurasse o conceito romano de sociedade.

Neste período pode-se referenciar as *societatis animaliu*, onde as partes colocavam animais em comum para uso, guarda, engorda e venda através de um contrato de *soccida*. Também as *communautés* ou *societés taisibles*, que se dedicavam ao cultivo da terra e a comunhão do resultado por servos e colonos¹²⁰.

O declínio do regime feudal com a concomitante ascensão da classe burguesa ao poder trouxe para as esferas oficias o sistema consuetudinário que era aplicado pelas chamadas corporações de mercadores àqueles inscritos em seus quadros,

¹¹⁸ COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Traité de Droit Civil*, apud LEITE JUNIOR. op. cit. p. 22.

¹¹⁹ FERREIRA, Waldemar. op. cit. p. 66.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 69.

porém sem uma normatização adequada das sociedades que pouco se desenvolveram neste período.

Nas palavras de Alfredo Rocco ¹²¹

Várias eram as funções das corporações; elas organizavam e presidiam as feiras e aos mercados; mandavam cónsules para o estrangeiro para proteger os sócios; assistiam-lhes quando fossem atingidos por infortúnios ou doenças, tutelavam a segurança das comunicações e, por fim, função importantíssima, dirimiam as questões que pudessem surgir entre os sócios.

Destas formas de conjunção de esforços surgiram respectivamente as sociedades em nome coletivo (origem na *societas romana*) e as sociedades em comandita, utilizadas em larga escala nas explorações marítimas da Idade Média devido ao alto custo das navegações.

Nas palavras de Ripert ¹²², em verdade, a sociedade em comandita “era um meio de iludir a proibição de empréstimos a juros efetuando uma aplicação em dinheiro mediante uma participação”. O intuito fraudulento com que foram criadas estas sociedades levaram à exigência de registro nos livros societários de todos os sócios comanditários a partir do século XV, e isto se deu principalmente por conta dos casos em que a ocultação do sócio investidor resultava na sua não responsabilização quando da insolvência do comerciante.

As sociedades em comandita simples e em nome coletivo permaneceram como tipo ideal de organização jurídico-empresarial até o advento da ideia da limitação de responsabilidade de todos os sócios às suas contribuições para o capital social, até o surgimento da sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

¹²¹ ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. p. 16

¹²² MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 229-230.

Atualmente este é o tipo societário predominante na realidade jurídica nacional, segundo a última estatística publicada pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), no ano de 2005, das pouco mais de 250 mil sociedades constituídas, 246.722 foram do tipo Limitada, aproximadamente 98,59%.

As sociedades civis, por seu turno, não obtiveram o reconhecimento de sua personalidade jurídica logo após as codificações oitocentistas, assimilando-se com a *societas* romana, em que seus integrantes se obrigavam pelos atos de todos sem qualquer espécie de limitação.

Este fato se devia a ausência de disposição expressa acerca da personificação de tais sociedades nos diplomas legais. Na França, a jurisprudência terminou por reconhecer a atribuição de personalidade jurídica a estes grupamentos a partir de acórdãos da Corte de Cassação por volta de 1891. Já na Itália, tanto a doutrina como a jurisprudência permaneceram avessas ao reconhecimento da personalidade das sociedades civis¹²³.

4.4 SOCIEDADE CIVIL X SOCIEDADE COMERCIAL

Ante a origem e evolução do Direito Comercial como um todo, é plenamente compreensível a dicotomia que se encontra na doutrina classificando as sociedades como civis ou empresárias. À época primitiva, cuja maior referência é a *societas* romana, não se vislumbrava qualquer tipo de separação entre estas duas espécies de sociedade, que com a evolução do Direito Comercial para a sua primeira fase subjetivista demandaria uma mudança de visão.

O Direito Comercial era originário e aplicado somente aos chamados Comerciantes que seriam aqueles que se encontravam matriculados nas Corporações de Mercadores. Possuíam normas próprias, diversas do Direito Civil comum, muito em

¹²³ OLIVEIRA, J. Lamartine Correia de. **A dupla crise da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 79

razão da sua consuetudinarietà atrelada à imperiosa exigência de rápida adaptabilidade que a fluidez do comércio fazia às normas comerciais.

Não era compatível com a dinâmica mercantil que as sociedades que lidavam com práticas comerciais se mantivessem atreladas ao engessado e arcaico arcabouço jurídico civil, a isto se deve o surgimento da diferenciação entre as sociedades civis e comerciais.

A transição para a fase objetiva do Direito Comercial não pôs fim a tal separação. Esta época corresponde à extensão das normas relativas ao comércio a todos aqueles que praticassem atividade comercial e não apenas aos inscritos nos registros das Corporações de Mercadores.

O marco dessa objetivação foram os Códigos Civil e Comercial Francês de 1804 e 1807 respectivamente, que, sob o ideal de liberdade e igualdade da Revolução Francesa, ao invés de encerrar a dicotomia, estendeu ao alcance de todos à possibilidade de submeterem-se ao regime das normas comerciais, através da implementação da Teoria dos Atos de Comércio.

Persistia a separação civil-comercial, entretanto, todos aqueles que praticassem atos considerados de comércio seria como tal considerados comerciantes, assim como as sociedades que tivessem por objeto a realização de tais atividades elencadas.

O Código Civil Italiano de 1942, erigido sob a justificativa de uma unificação do Direito Privado, foi o responsável por consagrar uma nova fase do Direito Comercial Moderno, ao afastar-se da objetividade trazida pela doutrina francesa dos atos de comércio passando a utilizar o modo como a atividade era realizada para verificar se possuía ou não natureza comercial, ou, empresarial como sugeriu em nova denominação.

Mesmo tendo sido constituído no intuito de unificar o direito privado, o que o código realizou foi apenas uma reunião legislativa em um mesmo diploma, vez que, ainda persistia no bojo do código normas diferenciadas para as atividades empresariais e não-empresariais.

4.4.1 Dicotomia na legislação brasileira

No Brasil, o Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916, influenciados pela teoria francesa dos atos de comércio, realizam esta diferenciação através da natureza da atividade desenvolvida pela pessoa jurídica à luz da enumeração trazida pela lei¹²⁴. Considerava-se comercial uma sociedade que exercia profissionalmente o comércio e civil aquela que não se dedicasse a atividade de tal natureza.

A exceção para esta regra era a Sociedade Anônima, que, independentemente do ramo de atividade que exercesse, seria considerada comercial. Neste caso, o critério de diferenciação utilizado era a forma adotada na constituição da sociedade.

É válido ainda ressaltar um modelo misto resultado do disposto no artigo 1.364 do Código Civil de 1916¹²⁵, segundo o qual, as sociedades civis que se constituíssem sob a forma comercial seriam regidas pela legislação aplicável a estas, resguardando o seu caráter civil.

Com o advento do Código Civil de 2002 foi introduzida no Brasil a Teoria da Empresa, consagrada no Código Civil Italiano de 1942, estabelecendo um fim na dicotomia entre sociedades civis e comerciais, a classificação passa a ser feita de acordo com a empresarialidade ou não do modo como a pessoa, física ou jurídica,

¹²⁴ Interessante neste ponto frisar que o código comercial de 1850 não trazia em seu bojo um rol de atos de comércio, mas sim, determinava como comerciante aquele que se dedicasse a atividades de mercancia, sem, no entanto, definir em que consistira isto. Para solucionar tal questão foi editado logo em seguida o Regulamento 737 que elencava as atividades consideradas como mercancia.

¹²⁵ Art. 1.364. Quando as sociedades civis revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, entre as quais se inclui a das sociedades anônimas, obedecerão aos respectivos preceitos, no em que não contrariem os deste Código; mas serão inscritas no Registro Civil, e será civil o seu foro.

exerce a atividade econômica, sem levar em conta qual tipo de atividade ela desenvolve.

Separa-se agora as sociedades em sociedades simples e sociedades empresárias, podendo ambos os tipos serem constituídos pelos modelos societários trazidos pela codificação, à exceção da sociedade cooperativa que seria sempre simples, e a sociedade anônima, sempre empresária.

O elemento diferenciador muda seu direcionamento para o modo como estas sociedades irão desenvolver suas atividades, configurando-se o caráter empresarial àquelas que explorassem atividade econômica organizada, de forma profissional, objetivando a produção ou circulação de bens ou serviços.

O profissionalismo é entendido pela doutrina como o exercício não habitual da atividade dita empresarial, entretanto este termo não é o mais adequado para caracterizar um exercício profissional, visto que, não é toda e qualquer habitualidade que se traduziria em uma atuação profissional.

Profissional é a atuação não eventual, ou como diz Asquini¹²⁶, com caráter de continuidade; é a assunção por parte da sociedade daquela atividade como sendo o seu ofício, aquilo que se constitui na sua principal fonte de recurso, não necessariamente de forma exclusiva.

Fábio Ulhoa¹²⁷ acrescenta dois outros requisitos além da habitualidade para caracterizar o exercício profissional da atividade: a pessoalidade e o monopólio de informações. O primeiro consistiria na contratação, por parte da sociedade empresária, de empregados, estes sim responsáveis pela produção ou circulação de bens ou serviços.

¹²⁶ ASQUINI, Alberto. COMPARATO, Fábio Konder (trad.). Perfis da Empresa. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**. ano XXXV. n. 104. p. 114.

¹²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit. p. 11-12.

Discorda-se do autor neste ponto, pois não se mostra necessária a contratação de empregados para caracterizar uma atuação como profissional, se aceita, entretanto, que a personalidade consista na realização da atividade em nome próprio, seja ela feita somente pela sociedade através de seus sócios, ou por quem por ela seja contratado para tanto.

O monopólio de informações, outro requisito estabelecido pelo doutrinador, seria o conhecimento por parte do empresário de todos os aspectos que dizem respeito à produção, circulação e utilização dos seus produtos ou serviços, possuindo esta, um domínio completo sobre a sua empresa.

Novamente entende-se equivocado o pensamento de Ulhoa, visto a inutilidade deste requisito, já que, este monopólio de informações na pessoa do empresário não se mostra como indispensável, e ainda mais, em se tratando de empresário pessoa jurídica a aferição deste monopólio restaria prejudicada sob o argumento de quem deveria possuir este monopólio.

No que tange ao elemento produção e circulação de bens ou serviços não se encontra maiores dificuldades na doutrina para enquadrar este requisito. Produção seria a criação e circulação seria a distribuição, a intermediação. Bens são as chamadas mercadorias, e serviços, como o próprio nome já identifica, é a prestação de serviços.

Esta facilidade, entretanto, não pode ser afirmada quando se enfrenta o pressuposto da atividade econômica organizada, nomeadamente no quesito referente à organização. Atividade econômica convencionou-se determinar como sendo aquela que é exercida com finalidade lucrativa, visando a distribuição destes lucros, não se enquadrando como econômica, por exemplo, a atividade filantrópica.

A questão da organização, por sua vez, se mostrou um obstáculo árduo para a doutrina, seja ela pátria ou alienígena. Carlos Pimentel¹²⁸ define a organização como o aparelhamento do empresário de forma adequada para o exercício de sua profissão, em outros termos, a organização seria dispor de estabelecimento empresarial, que nos termos do artigo 1.142¹²⁹ do Código Civil constitui o complexo de bens organizados para o exercício da empresa.

Quanto a esta definição alinha-se aqui com a crítica feita por Gecivaldo Vasconcelos Ferreira¹³⁰ que condena o excesso de subjetividade inserido nesta definição, visto não se poder construir um padrão sobre aquilo que seria um aparelhamento adequado, abrindo margens a interpretações das mais diversas possíveis.

Já Alberto Asquini¹³¹ afirma que organizada seria a atividade em que se utilizasse do trabalho alheio e capital próprio e alheio, o que demandaria por parte do empresário uma atuação no sentido de organizar, gerenciar estes elementos na busca pela consecução dos fins empresariais.

Quem melhor definiu aquilo que seria uma atividade econômica organizada foi Fábio Ulhoa¹³² ao estabelecer que a organização da atividade consiste na articulação, por parte do empresário, dos quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia.

Não importa para a conceituação da sociedade empresária se o capital empregado é próprio ou não, a mão-de-obra é alheia, porém, devido à personalidade, deverá a atividade ser exercida em nome da sociedade, não se obstando a utilização de mão de obra própria.

¹²⁸ PIMENTEL, Carlos Barbosa. **Direito Comercial**: Teoria e Questões Comentadas. 5 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006 p. 14.

¹²⁹ “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”

¹³⁰ FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Caracterização do empresário individual diante do Código Civil vigente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 746, 20 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7026>>. Acesso em: 12 out. 2008.

¹³¹ ASQUINI, Alberto. op. cit. p. 114.

¹³² COELHO, Fábio Ulhoa. op. cit. p. 13-14.

É claro, os insumos consistem no material utilizado como substrato à execução da atividade, e a tecnologia configura-se naquilo que se costuma chamar de *know-how*, que é o conhecimento necessário para a produção ou circulação de um bem ou de um serviço.

4.5 REQUISITOS PARA CONSTITUIÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Durante bastante tempo a doutrina comercialista debruçou-se na discussão acerca da natureza jurídica do contrato social, predominando principalmente duas correntes: a contratualista e a anti-contratualista.

Não cabe neste estudo discorrer sobre cada uma destas correntes e suas subdivisões, sendo necessário apenas indicar que atualmente a maioria dos estudiosos se filia a teoria contratualista capitaneada pelo jurista italiano Túlio Ascarelli, para quem o Contrato de Sociedade possui sim natureza jurídica de contrato, porém se trataria de um contrato *sui generis*.

Admitindo-se, portanto, a prevalência da corrente contratualista de Ascarelli, impõe-se admitir a influência da teoria geral dos contratos por sobre a formação do contrato de sociedade. Nestes termos, aplicam-se também a este contrato os elementos de validade comuns a todos os contratos.

Nos termos do artigo 104 da Lei 10.406/2002¹³³, todo e qualquer negócio jurídico tem sua validade atrelada ao preenchimento de três requisitos: a) agente capaz; b) objeto lícito possível determinado ou determinável; e c) forma prescrita ou não defesa em lei.

¹³³ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

A capacidade do agente para a realização de um contrato de sociedade é idêntica à capacidade civil, identificada com a maioridade, a emancipação ou com a assistência/representação nos casos de incapacidade relativa/absoluta¹³⁴¹³⁵.

Relativamente ao objeto não há qualquer diferença com relação aos contratos em geral, não pode contratar tendo como objeto atividade ilícita, possível e determinada. Já quanto à forma do contrato de sociedade há de se fazer um comentário.

A lei não faz qualquer exigência quanto ao Contrato Social possuir uma forma determinada, porém, em razão da necessidade de registro do contrato junto às Juntas Comerciais, se infere que este terá que possuir pelo menos a forma escrita¹³⁶.

Entretanto, por se tratar de um contrato *sui generis*, o contrato de sociedade possui também requisitos específicos de validade que serão explicitados em seguida. A doutrina possui acordo em pelo menos três deles: contrato plurilateral, constituição de capital social e *affectio societatis*.

4.5.1 Contrato Plurilateral

A teoria contratual tem vista normalmente duas partes na realização dos negócios jurídicos, nos chamados contratos bilaterais onde existem efetivamente dois lados

¹³⁴ Neste ponto é necessário fazer uma digressão rápida sobre a capacidade dos menores para possuírem a condição de empresário, que em verdade somente vai encontrar regulamentação no Manual de Constituição de Sociedades Limitadas expedido pelo DNRC que afirma a possibilidade de o menor ser sócio desta espécie social desde que não exerça nenhum cargo de administração e o capital social esteja totalmente integralizado.

¹³⁵ Ver também o enunciado nº 221 do CJF: “diante da possibilidade de o contrato social permitir o ingresso na sociedade do sucessor de sócio falecido, sem liquidação da quota em ambos os casos, é lícita a participação de menor em sociedade limitada, estando o capital integralizado, em virtude da inexistência de vedação no Código Civil.

¹³⁶ Mesmo assim, o Direito reconhece os efeitos do exercício de uma sociedade empresária sem que o seu instrumento seja devidamente registrado na Junta Comercial, ao regular a chamada Sociedade de Fato, no capítulo destinado à sociedade em comum (arts. 986 a 990). Não se pode também afirmar que a sociedade não existe, visto que nos termos do artigo 45, o registro dos atos constitutivos é requisitos para a “existência legal” das pessoas jurídicas.

na relação jurídica contratual, não sendo possível agrupá-los em um só pólo, chegando-se, na teoria clássica dos contratos a afirmar que estas partes possuem objetivos antagônicos.

É bem verdade que, em razão da moderna teoria do contrato, influenciada pelos princípios da solidariedade e da função social do contrato¹³⁷, afasta-se a ideia de antagonismo entre as partes contratantes visto que elas possuem o mesmo objetivo: a concretização do negócio jurídico, porém, ainda assim, é possível identificar que, mesmo possuindo o mesmo objetivo, as partes em um contrato bilateral possuem interesses distintos.

No contrato de sociedade, além do objetivo comum as partes também possuem interesses comuns, visto que, a prestação de cada um dos contratantes é dirigida à consecução de um fim idêntico: a realização do objeto social com a distribuição dos resultados para os sócios.

A plurilateralidade não diz respeito ao número de contratantes mas sim à sua indeterminação. Uma das consequências deste caráter específico é que, diferentemente

do contrato bilateral onde a impossibilidade da execução da obrigação de uma das partes importa a nulidade ou resolução do contrato; no contrato plurilateral atinge só e unicamente a adesão da parte, permanecendo o contrato em relação às outras, se seu objetivo continuar viável¹³⁸.

Rodrigo Xavier Leonardo¹³⁹ traz extensa exposição sobre as características que diferenciam o contrato plurilateral dos contratos bilaterais conforma a teoria de Ascareli.

¹³⁷ NEGREIROS, Teresa. op. cit. p. 206-231.

¹³⁸ REQUIÃO, Rubens. op. cit. p. 386.

¹³⁹ Op. cit. p. 132-133. Ascarelli identifica os contratos plurilaterais por meio de uma série de proposições adiante resumidas³⁵²: 1) nos contratos plurilaterais existe a possibilidade de vinculação de duas ou mais partes; 2) todas as partes em um contrato plurilateral seriam titulares de direitos e

Outro ponto geralmente associado ao caráter plurilateral do contrato de sociedade diz respeito à impossibilidade de constituição da chamada sociedade unipessoal. A par da impropriedade linguística causada pelo paradoxo sociedade x unipessoal, esta é uma tendência da doutrina comercialista moderna, buscando estender ao empresário individual os benefícios da limitação de responsabilidade atribuída somente às sociedades¹⁴⁰, agora objeto de inovação legislativa através da empresa individual de responsabilidade limitada.

Em que pese o apelo da doutrina pelo reconhecimento da sociedade unipessoal, e mesmo a inovação jurídica do Empresário Individual de Responsabilidade Limitada, não se considerou este tipo como uma sociedade unipessoal, esta continuando vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Então, a plurilateralidade do contrato social, como requisito de validade, significa também pluralidade de sócios.

obrigações; 3) os direitos e as obrigações das partes nos contratos plurilaterais estabelecem-se reciprocamente; 4) há possibilidade de adesão de novas partes após a formação do contrato plurilateral; 5) os interesses conflitantes das partes, verificáveis no momento anterior da contratação, devem ser compostos e unificados pela finalidade comum lançada no contrato plurilateral; 6) a execução do contrato plurilateral não se esgota com sua constituição, projetando-se sobre a atividade a ser desenvolvida pelas partes; 7) os contratos plurilaterais são contratos de execução continuada; 8) com esses contratos pode-se constituir uma comunhão de bens; 9) os direitos das partes num contrato plurilateral ficam destinados à realização da finalidade comum, sendo tipicamente equivalentes e podendo sofrer diferenças meramente quantitativas; 10) as obrigações dos sócios podem ser diferentes entre si no contrato; 11) ao contrário dos contratos bilaterais, nos contratos plurilaterais as prestações não são substituídas reciprocamente; 12) a finalidade comum nos contratos pode ser alcançada mediante negociações com terceiros ou diretamente pela atividade dos sócios; 13) os contratos plurilaterais podem ser internos (o fim social é desenvolvido diretamente pelas atividades dos sócios) ou externos (os fins sociais são atingidos pela atuação da sociedade externamente); 14) os contratos plurilaterais são abertos, permitindo acolher um número ilimitado de contratantes; 15) o defeito da manifestação de vontade de uma das partes na formação do contrato plurilateral atinge apenas esta manifestação e não a própria formação do contrato; 16) há diferença de disciplina entre o contrato plurilateral e o ato de 'adesão' ao contrato plurilateral; 17) a eficácia do contrato plurilateral pode dirigir-se à constituição de uma organização estabelecida para o desenvolvimento de relações exteriores.

¹⁴⁰ A proibição da existência de sociedades unipessoais pelo ordenamento brasileiro ou a extensão da limitação de responsabilidade ao empresário individual gera uma situação de constante fraude. Criam-se sociedades fictícias, onde um sócio detém 99,9% das cotas e outro apenas 0,01%, que em verdade são empresários individuais com limitação de responsabilidade.

4.5.2 A Constituição de Capital Social

O contrato de sociedade difere-se também dos demais contratos pela necessidade de constituição de um capital social para a sua consecução, sem o qual não será possível atingir a finalidade do contrato que é a realização do objeto social.

Elucidantes as palavras de Waldo Fazzio Júnior¹⁴¹:

Em concreto, uma sociedade começa pela formação de seu capital. O nascimento patrimonial é o que densifica a sociedade empresária, tornando-a apta a negociar.

O capital social constitui o primeiro patrimônio da sociedade comercial. É seu fundo originário e essencial. Por isso, é fundamental que o conceituemos, com a maioria da doutrina, que corresponde à soma representativa das participações (em dinheiro ou bens) dos sócios.

Principalmente nas sociedades limitadas onde é vedada a contribuição do sócio em serviços¹⁴², o capital social se mostra como um elemento indispensável para a formação das sociedades, exigência estas não encontrada na teoria geral dos contratos.

O conceito jurídico de capital social possui direta ligação com as ciências econômicas e contábeis, porém não se lhes copia a definição utilizada. No âmbito jurídico, entretanto, é possível encontrar a definição de capital social sob diversas formas, prevalecendo quatro abordagens principais: valor contábil, soma das subscrições dos sócios, valor formal e abstrato e capital nominal e real¹⁴³.

¹⁴¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 123.

¹⁴² Art. 1.055. O capital social divide-se em quotas, iguais ou desiguais, cabendo uma ou diversas a cada sócio.

§ 1º Pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade.

§ 2º É vedada contribuição que consista em prestação de serviços.

¹⁴³ DOMINGUES, Paulo de Tarso. **Do Capital Social: noção, princípios e funções**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 32-53.

Na primeira abordagem entende-se como capital social apenas o valor inserido nos documentos contábeis da sociedade, idêntico ao valor nominal do mesmo, sem entretanto, reconhecer as diversas funções que o capital exerce na sociedade como a definição do controle acionário ou estabelecimento de quórum na deliberações.

A segunda vertente identifica o capital social com a subscrição efetuada pelos sócios, limitando este conceito ao valor nominal aportado e, em uma visão mais estrita, excluindo do conceito de capital social os bens que a sociedade venha a adquirir durante a sua existência.

A terceira corrente identifica o capital social como sendo uma quantia formal e abstrata inscrita nos contratos de sociedade e que somente para a integração daquele instrumento possui valor. Para complementar sua doutrina traz o conceito de patrimônio social, que não se confundindo com o capital social, englobaria todos os bens e direitos titularizados pela pessoa jurídica.

A melhor conceituação está na última vertente que, mesmo considerado o capital social como uma realidade uma, admite que esta possui um caráter complexo e por isto não poderia ser reduzido a uma única definição, desdobrando-a em capital social nominal e capital social real, realidades diversas porém indissociáveis.

Esta definição de adequa melhor à realidade jurídica, tendo em vista que o legislador não prima pela adoção de um único conceito de capital social na edição das normas, fazendo com que, sob o mesmo vocábulo, trate-se tanto do capital em seu valor nominal como em seu valor real.

4.5.3 *Affectio Societatis*

O terceiro, último, e mais importante elemento específico do contrato de sociedade para este estudo, constitui-se na *affectio societatis*.

Segundo Carlos Antonio Goulart Leite Júnior¹⁴⁴ a *affectio societatis* surgiu quando no direito romano o primogênito deixou de ser o herdeiro do *pater familias* e este acervo passou a ser considerado propriedade indivisa. Era permitido pela Lei das XII Tábuas a realização da partilha, através da *actio familiae erciscundae*, porém, passaram a existir casos onde os herdeiros optavam por continuar a atividade do *pater familias*.

Para diferenciar esta de forma conjunta de atuação de um condomínio, criou-se o conceito de *affectio societatis*, caracterizado justamente pela existência de um elemento, “*uma intensa ligação entre os sócios, de confiança extrema e conotação fraternal*” que ia além do fato de por alguma coisa em comum com o objetivo de dividir os resultados. Adicionava-se complexidade à relação societária.

Na época oitocentista o conceito de *affectio societatis* foi dominado pelo viés individualista e interpretado como manifestação da vontade do sócio enquanto componente da sociedade, o empenho e colaboração de um para o benefício de todos. Era tal a fundamentalidade deste elemento na relação societária que a ausência de quaisquer destes aspectos resultaria na dissolução do vínculo societário¹⁴⁵.

Com a evolução do Direito Comercial após a consolidação da teoria da empresa esperou-se por um desprestígio da *affectio societatis* na existência e manutenção do vínculo societário, agravado ainda mais pelo início do reconhecimento da possibilidade de existência das sociedades unipessoais na Alemanha (1980), na França (1985), e de forma retardatária no Brasil (2011)¹⁴⁶

¹⁴⁴ LEITE JUNIOR, Carlos Antônio Goulart. op. cit. p. 3.

¹⁴⁵ *ibidem*

¹⁴⁶ A Lei 12.441/2011 institui no ordenamento jurídico brasileiro a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, criando uma figura jurídica com responsabilidade limitada e “um único sócio”.

Entretanto, não foi este o encaminhamento que tomou a doutrina e a jurisprudência, atribuindo cada vez maior importância à *affectio societatis*, principalmente nas resoluções parciais de sociedades e na proteção atribuída aos sócios minoritários.

O termo *affectio societatis* é atribuído originalmente Ulpiano, que para tratar da *actio pro sócio* e da *praescriptio verbis* utilizava-se de uma investigação se as partes possuíam ou não a intenção de formar uma sociedade, à qual ele atribuiu este termo, ou ainda *animus contrahendae societatis*¹⁴⁷.

Clovis Beviláqua¹⁴⁸, para diferenciá-la do condomínio, afirmava que na sociedade há o *affectio societatis*, não existente na comunhão, ou seja, existe na sociedade uma cooperação e um sentimento que o trabalho de um se reverterá em benefício de todos, além do que, a comunhão teria por natureza ser uma situação/estado transitórios e a sociedade seria definitiva, pois, afetada à realização de um fim específico.

Orlando Gomes¹⁴⁹ também afirma este traço diferenciador entre a comunhão e a sociedade por nesta existir uma vontade de cooperação, de realização em comum de um fim preestabelecido, defendendo inclusive que este seria um requisito para a existência real da sociedade.

Carvalho de Mendonça¹⁵⁰ ao discorrer sobre o tema afirma que não se pode identifica-lo apenas com o elemento intencional de realização de fim comum, pois este consentimento dos contratantes sobre a realização do objeto é condição essencial à existência de qualquer contrato.

Para caracterizar a *affectio societatis* os contratantes devem expressar claramente a intenção de formar sociedade, manifestando sua vontade de “*cooperar ativamente*

¹⁴⁷ LEITE JUNIOR, Carlos Antônio Goulart. op. cit. p. 89

¹⁴⁸ apud LEITE JUNIOR, Carlos Antônio Goulart. op. cit. p. 89

¹⁴⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 393.

¹⁵⁰ op. cit. p. 14

para o resultado que procuram obter, reunindo capitais e colocando-se na mesma situação de igualdade”.

Esclarecedora a definição trazida por Leite Junior¹⁵¹:

O conceito de *affectio societatis* se desenha como o “elemento essencial à existência da sociedade”, o fator psíquico fundamental na definição da sociedade, e distintivo em relação a outros negócios jurídicos em que intervém a participação para o resultado. Não reside no propósito apenas de cooperar, porém, na intenção de contribuir para o proveito comum. A *affectio societatis* surge como um laço simpático de concurso para um fim comum e de fraternidade no emprego dos meios adequados à sua realização, invariavelmente enaltecido, como um sentimento dessa grandeza não poderia deixar de ser.

Do conceito apresentado de *affectio societatis* ainda é possível desdobrar o dever de lealdade que possuem os sócios. Tal dever seria uma consequência direta do reconhecimento da *affectio* como elemento essencial da sociedade e pode ser destrinchado em duas vertentes: positiva e negativa.

O dever de lealdade positivo consiste na obrigação que o sócio possui de realizar todos os atos necessários à realização do objeto social e, conseqüentemente dos interesses da sociedade. Em seu caráter negativo identifica-se o dever do sócio de não agir em desconformidade com tais interesses ou contra a existência da própria sociedade.

Denotando a importância atribuída a este elemento, René Rodière¹⁵² chega a afirmar que as decisões tomadas por uma sociedade que desconsiderariam a *affectio* seriam nulas, sobrepondo este requisito à própria vontade dos sócios.

¹⁵¹ LEITE JUNIOR, Carlos Antônio Goulart. op. cit. p. 91

¹⁵² apud LEITE JUNIOR, Carlos Antônio Goulart. op. cit. p. 94

Com a evolução da economia e a conseqüente modificação ocorrida nos tipos societários para atender às novas necessidades, deixaram as sociedades de ser somente de pessoas para também se admitir as sociedades de capital. A motivação da reunião de esforços não era mais as características pessoais de cada sócio, mas sim o aporte de capital que o mesmo poderia realizar.

Este novo modelo demandava uma releitura do conceito de *affectio societatis*, vez que, não seria possível exigir nesta nova modalidade que os sócios tivessem uma contribuição ativa, voluntária e igualitária. Os chamados sócios capitalistas, em regra, não participam ativamente da vida societária, porém, mesmo assim, não se pode admitir a existência de tais sociedades sem o elemento da *affectio*.

Neste novo modelo, não se poderia incluir no conceito de *affectio* o dever de lealdade em seu aspecto ativo, somente naquele que determina ao sócio não atuar de forma contrária à sociedade e seus interesses, mantendo-se também a exigência da convergência de interesses.

Fica claro então que não se pode estabelecer um conceito único para a *affectio societatis*, podendo esta admitir várias formulações a depender da situação concreta diante da qual seja analisado o elemento. Este é um elemento multiforme, maleável, permitindo a aplicação às mais diversas realidades societárias, porém essencial a todas elas.

5 O DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE CONSTITUIÇÃO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

Perpassados nos capítulos anteriores a teoria geral dos direitos fundamentais, o direito à liberdade de associação como positivado no ordenamento brasileiro e suas manifestações ordinariamente admitidas e as origens, conceito, evolução e peculiaridades das sociedades empresárias, estão construídas as bases que sustentarão a meta principal desta dissertação: reconhecer a aplicação do direito à liberdade de associação para as sociedades empresárias culminando na defesa do direito fundamental à livre constituição e dissolução deste tipo de sociedade.

Esta construção perpassará pela demonstração de que a doutrina, em sua maioria, ao tratar do direito de associação, nega a abrangência deste direito para além das entidades dotadas de fins não econômicos. Em seguida será demonstrado que o próprio legislador não se manteve fiel a esta distinção entre associações e sociedade.

Por fim, se demonstrará a pertinência do reconhecimento deste direito, os indícios já existentes na doutrina e jurisprudência e as possíveis consequências jurídicas advindas de sua aplicação.

5.1 POSIÇÃO CONTRÁRIA DA DOUTRINA MAJORITÁRIA

Ao se buscar as manifestações doutrinárias acerca do direito à plena liberdade de associação prevista no inciso XVII do artigo 5º é possível verificar que os Autores, em sua maioria, tratam deste tema com extrema brevidade e superficialidade, limitando-se a discorrer sobre aquilo que seriam os fins ilícitos e o caráter paramilitar, elencados pela norma como limitações a este direito.

O que normalmente ocorre é uma concentração maior por sobre os demais incisos que versam sobre a liberdade de associação discutindo a impossibilidade de intervenção do Estado no funcionamento destas entidades, a sua dissolução unicamente por sentença judicial definitiva e o poder de representação que estes entes possuem em relação aos seus associados.

É possível verificar este fato nas obras de Alexandre de Moraes¹⁵³ e Kildare Gonçalves Carvalho¹⁵⁴ que em nada discorrem sobre o âmbito de proteção deste direito, assim como Pedro Lenza¹⁵⁵. Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino¹⁵⁶, por sua vez, chega a abordar o tema afirmando que as associações referidas pelo inciso XVII deveriam ser entendidas em sentido amplo, porém, apenas inclui nesta amplitude os partidos políticos e as associações sindicais.

Marcelo Novelino¹⁵⁷ também deixa de lado a figura jurídica das sociedades ao tratar do direito de associação, afirmando que este é um direito individual de expressão coletiva, pois representa interesses coletivos porém é imputado a cada indivíduo, entretanto, limita estas organizações coletivas às associações, sindicatos e partidos políticos.

Manoel Jorge e Silva Neto¹⁵⁸ vai além na explanação acerca da liberdade constitucional de associação afirmando, após a análise dos dispositivos da Carta, que este direito comportaria três espécies: a) o direito de associação civil; b) direito de associação profissional ou sindical; c) direito de associação política.

Seria possível incluir as sociedades dentro do item a) indicado por este Autor, porém, o mesmo faz questão de extirpar essa possibilidade com a definição de que

¹⁵³ MORAES, Alexandre. Op. cit. p. 170.

¹⁵⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. op. cit. p. 210.

¹⁵⁵ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 690-691.

¹⁵⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 3 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Método, 2008. p. 128-129

¹⁵⁷ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009. p. 427-428.

¹⁵⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. op. cit. p. 485-486.

esta espécie “*se exercita para o fim de criação de entidades destinadas a melhor proporcionar o exercício dos direitos civis (por ex.: associação de pais, associação de bairro).*”.

Flávia de Campos Pinheiro¹⁵⁹ dedica sua dissertação de mestrado à análise do conteúdo constitucional da liberdade de associação, e no bojo deste estudo discorre acerca da abrangência do termo associação buscando o sentido supostamente atribuído pela Carta Magna.

Esta Autora afirma que o conteúdo desta norma constitucional deve ser analisado de forma estrita, tratando exclusivamente de associações sem fins lucrativos sem que seja possível estender a sua aplicação para as sociedades, fundações ou organizações.

Merece transcrição o fundamento utilizado para defender a interpretação do termo em sua forma restrita:

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 do lucro¹⁶⁰.

Primeiramente o argumento de que a liberdade de associação não pode ser utilizada como fundamento para a obtenção de lucro não excluiria da sua abrangência as fundações e as organizações, visto a finalidade lucrativa das pessoas jurídicas ser exclusiva do tipo das sociedades.

Em segundo lugar, vincular a finalidade de uma associação à realização de um direito fundamental é apequenar demais as possibilidades de conjugação subjetiva

¹⁵⁹ PINHEIRO, Flávia de Campos, op. cit.

¹⁶⁰ Ibidem. p. 104.

de esforços. Em momento algum da Constituição é possível inferir que a liberdade de associação não pode ser utilizada para conformar um ente coletivo que busque benefícios econômicos para seus integrantes, não existindo qualquer base para o fundamento levantado pela Autora.

Outro trecho merece transcrição, quando a Autora discorre sobre os elementos do direito de associação:

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 este 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 5º da Constituição Federal. Pelo exposto, não se reconhece à liberdade constitucional de associação finalidade lucrativa. A própria finalidade comum não é elemento para 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 membros¹⁶¹.

Com todo respeito à Autora citada não é possível jamais admitir como verdadeiros os fundamentos elencados por ela para afastar aplicação da liberdade de associação por sobre entidades com finalidade lucrativa.

Como pode a essência do direito de associação estar desfigurada tão somente pela finalidade lucrativa? Qual elemento deste direito não é compatível com a aferição de benefício econômico pelos componentes de um ente coletivo? A autora não indica, afirmando apenas a sua incompatibilidade.

Conforme explicitado no capítulo destinado à liberdade de associação, esta decorre do instinto gregário natural ao ser humano, que, buscando perpassar as dificuldades impostas pela sobrevivência, agregou-se a outros seres humanos para facilitar a consecução de seus objetivos.

¹⁶¹ Ibidem p.124.

É evidente que, pelo menos em uma sociedade capitalista moderna, é essencial para a subsistência de qualquer ser-humano a obtenção de recursos financeiros para adquirir os meios básicos à sua sobrevivência, e uma das formas de obtenção destes recursos se dá através do exercício da empresa.

Ora, negar o reconhecimento de que o exercício coletivo da empresa (formação de sociedade empresária) não pode ser abrangido pela liberdade de associação afirmando que esta não está ligada ao exercício da liberdade do indivíduo é optar por uma realidade ideal onde o exercício de atividade econômica não é essencial à sobrevivência.

Argumentar, então, que o lucro não está entre bens defendidos e por isto não se pode admitir a sua proteção pelo direito de associação também não faz qualquer sentido. Por óbvio que não poderia o lucro ser ali protegido. Imagine-se uma situação aonde um empresário cuja atividade econômica vem obtendo seguidos resultados negativos ajuíza uma demanda contra o Estado buscando a efetivação do seu direito fundamental ao lucro.

A própria natureza do lucro, portanto, inviabilizaria a proteção utilizada pela Autora como fundamento. Mas isto não valida o posicionamento, pois, o lucro é indiretamente protegido pela norma constitucional. É garantido a todos a possibilidade de obter lucro, e não como direito fundamental mas como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, através do valor da livre iniciativa.

Todos aqueles na plena vigência de seus direitos possuem o direito de livremente iniciar qualquer atividade econômica, e não há motivo para entender essa possibilidade em sua forma individual, albergada pela livre iniciativa, e vedá-la na forma coletiva sob o argumento de que a liberdade de associação não pode proteger a finalidade lucrativa.

Esta forma de pensamento somente se adequaria a uma realidade social/comunista onde fosse vedado aos particulares a detenção sobre os fatores de produção e a atividade econômica fosse monopólio estatal, situação totalmente incompatível com a livre iniciativa, ou seja, com um dos fundamentos da República.

Não faz qualquer sentido também a afirmação de que a finalidade comum não seria elemento para constituição de sociedade. O fim comum é elemento do próprio conceito de sociedade, como já demonstrado, sendo impossível a existência de um ente desta espécie onde seus membros não possuam um objetivo compartilhado. Como então não seria a finalidade em comum necessária à sua constituição?

Em verdade a presença de um fim comum é mais indispensável nas sociedades que nas associações. Nos termos explicitados no capítulo três, nas associações pode-se ser integrante em decorrência de uma qualidade individual e não de uma finalidade comum como, por exemplo, as associações de moradores, onde o que importa para ser membro é o local de residência e não um fim compartilhado.

Na sociedade, por sua vez, é elemento essencial a sua constituição e manutenção a existência da *affectio societatis*, que demanda um esforço dos sócios na realização de um fim comum, sendo inconcebível uma sociedade sem o requisito do compartilhamento dos fins entre seus membros.

Outro ponto falho na argumentação trazida por esta Autora está no fundamento legal em que a mesma se arvora para limitar o conteúdo constitucional da liberdade de associação.

É utilizado o conceito de associação trazido pelo Código Civil de 2002, que efetivamente limita este termo às entidades sem finalidade econômica, porém, conforme ficará demonstrado em seguida, a utilização do termo neste sentido estrito ocorreu pela primeira vez no referido código, não servindo de parâmetro para nortear a interpretação da norma constitucional em comento.

Além disto, a Autora evoca o ordenamento francês afirmando que neste país “*atribui-se regime constitucional à liberdade de associação sem fins lucrativos, considerando-a liberdade pública e regime privatista legal...*”¹⁶².

É necessário ressaltar que o diploma constitucional francês não traz sequer um artigo sobre a liberdade de associação. Como, então, afirmar que esta liberdade possui regime constitucional no país, e ainda mais, que este regime exclui a finalidade lucrativa do âmbito de proteção desta liberdade?

Em verdade a Constituição francesa não trata especificamente de nenhum direito fundamental nem de suas garantias, deixando esta disciplina para a legislação infraconstitucional conforme se depreende do escrito no seu artigo 34, vide:

Article 34

La loi fixe les règles concernant :

– les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens¹⁶³ ;

A associação é tratada somente na Lei Francesa de 1901¹⁶⁴, porém esta lei é anterior ao próprio texto constitucional e não trata acerca da liberdade de associação

¹⁶² Ibidem. p. 125.

¹⁶³ Tradução livre: A lei estabelece os regulamentos referentes :

"aos direitos civis e às garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas; as obrigações impostas pela defesa nacional aos cidadãos quanto à sua pessoa e seus bens".

¹⁶⁴ Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association

Titre I.

Article 1

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 applicables aux contrats et obligations.

Tradução livre: A associação é um contrato pelo qual duas ou mais pessoas compartilham, em caráter permanente, o seu conhecimento ou atividades com fins outros que não a partilha de lucros. Ela é regida, quanto à sua validade, pelos princípios gerais de direito aplicáveis aos contratos e às obrigações.

e sim da associação em sentido estrito, por isso, e de forma correta, limita o seu âmbito de aplicação apenas às entidades sem finalidade lucrativa.

E isso pode ser claramente percebido nas citações trazidas pela Autora em questão, visto que as mesmas somente versão sobre o conceito técnico de associação e não sobre o âmbito de proteção da liberdade de associação que é algo completamente diverso.

A norma francesa referida se assemelha à disciplina trazida pelo Código Civil de 2002, que efetivamente refere-se apenas às associações em sentido estrito, mas que não serve para vincular o sentido dado ao termo associação utilizado pela constituição ao disciplinar a liberdade discutida neste trabalho.

Deste modo, não existe qualquer cabimento para a limitação do conteúdo do direito de associação proposto pela Autora em sua dissertação, sendo plenamente possível a aplicação desta liberdade aos grupos que possuam finalidade lucrativa, como defendido neste trabalho.

Esta mesma Autora não entende ser possível a aplicação dos incisos do artigo 5º que tratam da liberdade de associação por sobre os sindicatos e os partidos políticos, vez que, foram disciplinados expressamente pela Constituição em outros dispositivos, novamente descabida a restrição.

George Sarmento¹⁶⁵ também compartilha do entendimento defendido por Flávia de Campos Pinheiro, afirmando em seu livro que a liberdade de associação somente se aplica às associações em sentido estrito, citando inclusive a Lei Francesa de 1901 os ditames do artigo 53 do Código Civil de 2002.

¹⁶⁵ SARMENTO, George. **Direitos Humanos**: liberdades públicas, ações constitucionais, recepção dos tratados internacionais. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103-105.

Afirma este autor que:

A legislação brasileira assegura ampla liberdade para criação de associações, entidades vistas como importantes vetores da democracia participativa e da cidadania no Brasil. O princípio basilar é a finalidade não econômica, o que significa que elas não podem auferir lucros ou remunerar seus associados.

Os mesmos questionamentos antes opostos aos argumentos trazidos por Flávia de Campos Pinheiro se aplicam às ideias de George Sarmento, não existindo qualquer razão apresentada que seja suficiente para justificar a restrição proposta à plena liberdade de associação.

Pelo exposto acima, percebe-se que ordinariamente a doutrina não tem por costume incluir no âmbito de proteção do direito de associação a figura jurídica das sociedades, sem contanto, justificar a *ratio* de tal limitação, e mesmo quando apresenta os fundamentos para tanto estes não possuem quaisquer condições de resistir a uma análise pormenorizada.

5.2 A SOCIEDADE COMO SUBTIPO DE ASSOCIAÇÃO

Para fundamentar a proteção da constituição e dissolução das sociedades sob o manto da plena liberdade de associação demonstrar-se-á que em verdade o que existe é um gênero denominado associação do qual fazem parte diversas formas de aglomeração subjetiva, dentre elas as sociedades.

O termo associação segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa¹⁶⁶ significa o ato ou efeito de associar-se, pelo que, se busca a definição de associar, trazida pela obra em seis acepções:

¹⁶⁶ HOUAISS, A. **Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2009.

1. pôr junto; reunir, agregar
2. fazer entrar ou entrar, reunir(-se) em sociedade
3. tomar como sócio
4. fazer compartilhar ou compartilhar (algo) [com alguém]; partilhar, dividir
5. tornar-se sócio; colaborar regularmente
6. unir-se a (um indivíduo ou grupo) para determinado fim

Quaisquer das acepções apresentadas pelo dicionário são capazes de abarcar o ato de formar sociedade sob a definição de associar-se, e as indicadas com os números “2”, “3” e “5”, afirmam expressamente essa abrangência.

No mesmo sentido busca-se a definição daquilo que seja associado, onde esta fonte em uma de suas acepções afirma que é aquele “*integrante de uma sociedade empresarial ou de um clube; sócio*”, e associação como podendo significar uma “*sociedade comercial formada por dois ou mais indivíduos*”.

A doutrina também costuma dar esta amplitude ao termo associação, É possível ilustrar com a afirmação de Pontes de Miranda, “*No sentido do texto brasileiro, associação 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.*¹⁶⁷”.

Pontes de Miranda não faz qualquer diferenciação quanto à natureza lucrativa ou não dos fins a serem perseguidos pelo grupamento formando, afirmando apenas a necessidade de sua licitude.

E isto também se verifica dos próprios conceitos dados por outros doutrinadores para definir o que consistiria uma associação.

¹⁶⁷ MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 608.

Celso Ribeiro Bastos, conceitua associação como "*reunião estável e permanente de pessoas, objetivando a defesa de interesses comuns, desde que não proibidas pela Constituição ou afrontosas da ordem e dos bons costumes*"¹⁶⁸.

Pinto Ferreira, por fim, conceitua associação como "um grupo permanente de homens, organizado para fins lícitos"¹⁶⁹.

Nos conceitos trazidos por estes autores não se encontra qualquer vinculação a uma finalidade não econômica, típica das associações em sentido estrito que pudesse justificar a restrição do significado a ser atribuído a este termo.

Os únicos elementos necessários para caracterizar um ente como uma associação são a pluralidade de pessoas, a comunhão dos objetivos e atuação dentro dos limites permitidos pelo ordenamento, requisitos amplamente preenchíveis por qualquer sociedade.

5.2.1 Utilização pelo Legislador Ordinário

Para reforçar o argumento de que o termo associação refere-se a uma ideia geral dentro da qual está contida a sociedade, é possível indicar várias normas jurídicas onde o legislador pátrio não guardou diferença na utilização dos termos associação e sociedade.

O primeiro exemplo que se pode indicar encontra-se no Código Comercial de 1850 que afirmava:

Art. 288 - É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda a contribuição nas

¹⁶⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p.213.

¹⁶⁹ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 1 São Paulo: Saraiva 1989. p. 96.

perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social.

Art. 290 - Em nenhuma associação mercantil se pode recusar aos sócios o exame de todos os livros, documentos, escrituração e correspondência, e do estado da caixa na companhia ou sociedade, sempre que o requerer; salvo tendo-se estabelecido no contrato ou outro qualquer título da instituição da companhia ou sociedade, as épocas em que o mesmo exame unicamente poderá ter lugar.

Art. 291 - As leis particulares do comércio, a convenção das partes sempre que lhes não for contrária, e os usos comerciais, regulam toda a sorte de associação mercantil; não podendo recorrer-se ao direito civil para decisão de qualquer dúvida que se ofereça, senão na falta de lei ou uso comercial.

Art. 311 - Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se associam para fim comercial, obrigando-se uns como sócios solidariamente responsáveis, e sendo outros simples prestadores de capitais, com a condição de não serem obrigados além dos fundos que forem declarados no contrato, esta associação tem a natureza de sociedade em comandita.

É possível verificar no artigo 288 transcrito acima que no mesmo dispositivo normativo o autor se referiu aos membros de uma sociedade ou companhia como associados para em seguida indicá-los como sócios, deixando expressa a sinonímia entre os termos. Fica claro que os termos sócio e associado, como não poderia ser diferente, serviam para caracterizar os integrantes de uma sociedade.

Os artigos 290 e 291 por sua vez não deixam qualquer dúvida quanto ao tema quando utilizam o termo associação mercantil. Para consolidar o entendimento, o artigo 311 afirma que quando duas pessoas se associam nas condições ali determinadas esta associação tem natureza de sociedade em comandita.

Adentrando à seara das associações de profissionais, temos o Decreto n. 979 de 1903 que afirmava:

Art. 2º A organização desses sindicatos é livre de quaesquer restrições ou onus, bastando, para obterem os favores da lei, depositar no cartorio do Registro de hipotecas do districto respectivo, com a assignatura e responsabilidade dos administradores, dous exemplares dos estatutos, da acta, da installação e da lista dos socios, devendo o escrivão do Registro

enviar duplicatas á Associação Commercial do Estado em que se organisarem os syndicatos.

Era exigido para o registro dos atos constitutivos destas entidades a apresentação de lista constando seus membros, identificados pela lei como sócios.

O decreto legislativo 1.637 de 1907 também demonstra este fato em seu artigo 2º:

Art. 2º Os syndicatos profissionaes se constituem livremente, sem autorização do Governo, bastando, para obterem os favores da lei, depositar no cartorio do registro de hypothecas do districto respectivo tres exemplares dos estatutos, da acta da installação e da lista nominativa dos membros da directoria, do conselho e de qualquer corpo encarregado da direcção da sociedade ou da gestão dos seus bens, com a indicação da nacionalidade, da idade, da residencia, da profissão e da qualidade de membro effectivo ou honorario.

O artigo se refere aos syndicatos e seu modo de organização, reconhecidamente entidades coletivas sem finalidade lucrativa, aproximando-se do conceito de associação em sentido estrito, entretanto, ao discorrer sobre a administração dos mesmos, este decreto afirma “*qualquer corpo encarregado da direcção da sociedade*”, demonstrando a total similitude dos termos em questão.

Em seguida tem-se o Código Civil de 1916 que não deixa de comprovar o quanto aqui apontado. Basta verificar alguns dispositivos do Capítulo XI que dispõe sobre as sociedades:

Art. 1.369. O simples ajuste de sociedade universal, sem outra declaração, entende-se restrito a tudo que de futuro ganhar cada um dos associados.

Art. 1.378. Se a entrada consistir em coisas fungíveis, ficarão, salvo declaração em contrário, pertencendo em comum aos associados.

Art. 1.386. Em falta de estipulações explícitas quanto à gerência social:

I - presume-se que cada sócio tem o direito de administrar, e válido é o que fizer, ainda em relação aos associados que não consentiram,

podendo, porém, qualquer destes opor-se, antes de levado o ato a efeito;

Art. 1.388. Para associar um estranho ao seu quinhão social, não necessita o sócio do concurso dos outros; mas não pode, sem aquiescência deles, associá-lo à sociedade.

Art. 1.396. Se o cabedal social não cobrir as dívidas da sociedade, por elas responderão os associados, na proporção em que houverem de participar nas perdas sociais.

O legislador no Código Civil de 1916 utiliza por diversas vezes os termos sócio e associado como sinônimo assim como utiliza expressamente no artigo 1.388 o termo associar significando o ingresso do indivíduo na sociedade.

Orlando Gomes¹⁷⁰ analisando outros dispositivos do mesmo diploma legal afirma expressamente este fato ao dizer que o legislador ao regular as pessoas jurídicas de direito privado na parte geral do código, nomeadamente no inciso I do artigo 16, denominou-as como sendo sociedades ou associações civis, sem fazer qualquer distinção entre os dois tipos.

Segundo este Autor, mesmo distinguindo as associações de intuitos não econômicos das sociedades de fins econômicos nos artigos 22 e 23, esta distinção seria incidental e não autorizaria inferir que foi eleito pelo legislador este fato como critério para diferenciar estes entes, tendo o mesmo assimilado os dois institutos.

Ante todos esses exemplos legislativos fica claro que o legislador brasileiro, até o advento da lei 10.406/2006 jamais lançou mão de um rigor técnico tal que proporcionasse uma conceituação restrita dos termos associação, associar-se, associado, utilizando-o em grande parte dos textos em que desejava regular a figura das sociedades.

¹⁷⁰ GOMES, Orlando. **Questões de direito civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1976. p.23

5.3 A INTERPRETAÇÃO DO TERMO UTILIZADO PELA CONSTITUIÇÃO

Estabelecido todo este pano de fundo histórico da utilização do termo associação pelo legislador, e utilizando-se dos critérios de interpretação constitucional trazidos no capítulo dois, chegar-se-á à conclusão de que a acepção dada pela Carta Magna é a mais abrangente possível, consagrando um direito geral de associação.

Primeiramente lança-se mão do princípio da coloquialidade dos termos constitucionais, aduzido por Manoel Jorge e Silva Neto, já tratado no segundo capítulo deste trabalho.

Segundo este princípio, em razão do caráter de carta política da Constituição, a mesma utiliza em seu texto expressões de sentido comum, e, sempre que houver dúvidas a respeito do sentido de determinada expressão deve prevalecer aquele que seja mais ordinário.

Isto se coaduna também com a teoria dos interpretes constitucionais trazida por Haberle, já enfrentada, de que os verdadeiros intérpretes são os destinatários da norma, neste caso, os cidadãos, e estes não recepcionam os termos constitucionais em seu caráter técnico.

Frente aos demais princípios se pode dizer ainda que a coloquialidade concretiza também da máxima efetividade na medida em que aproxima a norma de seus destinatários, facilitando sua compreensão, aceitação e cumprimento.

Aplicando estes critérios por sobre a norma atinente à liberdade de associação na forma como vem inscrita no artigo 5º, inciso XVII, não há como concluir que neste ponto a interpretação constitucional deva restringir o âmbito de proteção da norma para o sentido técnico estrito de associação.

A própria experiência legislativa anterior, mostrada no subtópico acima, serve para demonstrar que a dimensão deste direito deve alcançar também a figura das sociedades.

Uma diferenciação técnica estrita somente restou positiva com a edição do Novo Código Civil de 2002, quatorze anos após a promulgação da Constituição Federal, inexistindo fundamento capaz de aplicar este tecnicismo na aplicação da norma em questão.

Aplicando-se também os princípios da Unidade da Constituição e da Interpretação Conforme chega-se à conclusão de que o termo associação é empregado em sentido lato. Isto se deve à compatibilidade deste direito ao fundamento da república inscrito no princípio da livre iniciativa, que demanda a liberdade de associação também incidente por sobre a constituição e dissolução de sociedades empresárias.

Ademais, como já esmiuçado quando do estabelecimento do conteúdo do direito de associação no capítulo correspondente, as únicas limitações possíveis a este direito são aquelas expressamente previstas no texto constitucional, quais sejam, os fins ilícitos e o caráter paramilitar, sendo impossível enquadrar como tal a finalidade lucrativa que caracteriza as sociedades.

Reconhecendo-se assim a acepção do termo associação como sendo um direito geral de associação dentro do qual está inserido o fenômeno associativo destinado à finalidade econômica, as sociedades, é imperioso reconhecer que também a estas se aplica o direito de associação previsto constitucionalmente.

5.4 O RECONHECIMENTO PELA DOCTRINA DA APLICAÇÃO DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO POR SOBRE AS SOCIEDADES

Embora demonstrado no início deste capítulo que a doutrina em sua maioria entende que a norma constitucional ora discutida aplica-se somente as associações que não possuem finalidade lucrativa, é possível encontrar alguns autores que comungam expressamente com a tese aqui defendida e outros donde é possível concluir que possuem este entendimento, porém não se manifestam expressamente neste sentido.

José Afonso da Silva¹⁷¹ enfrenta diretamente a questão apesar de o fazer de forma extremamente sucinta. Afirma o Autor sobre o direito de associação que:

Seus elementos são: a base contratual, permanência (ao contrário de reunião), fim lícito (fim não contrário ao direito). A ausência de fim lucrativo não parece ser elemento da associação, pois parece-nos que o texto abrange também as sociedades lucrativas. Então, a liberdade de associação inclui tanto as associações em sentido estrito (em sentido técnico estrito, associações são coligações de fim não lucrativo) e as sociedades (coligações de fim lucrativo).

É possível verificar também nos escritos de Pontes de Miranda que não assiste qualquer razão à retirada do ato de constituir sociedade do âmbito de proteção da liberdade de associação. Ao tratar sobre a evolução do contrato de sociedade na Grécia Antiga, este autor afirma que:

A liberdade de associação, de fazer sociedades, chegou a altíssimo grau na Grécia. Guerreiros podiam associar-se. Bem assim, marinheiros. O texto de SÓLON que se conhece por sua inserção no Digesto, devida a Gaio, mostra que havia plena liberdade de associação. Não importava para que fosse: para refeições em comum, ou para lugares de sepultura, ou para atos religiosos, ou para marinheiros.¹⁷²

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 267.

¹⁷² MIRANDA, Pontes de. op. cit. p. 5.

Rachel Sztajn afirma que:

O direito de associação, a liberdade para reunir-se em grupos tem, no Direito brasileiro, suporte na Constituição da República, que relaciona entre os direitos individuais tanto a liberdade de reunião em locais públicos, mediante prévia autorização da autoridade competente (art. 5º, inc. XVI), quanto a liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, inc. XVII), bem assim a criação de associações (art. 5º, inc. XVIII). Nessa disciplina incluem-se tanto as associações quanto as sociedades, aquelas sem finalidade econômica que é típica destas.¹⁷³

Esta mesma Autora segue manifestando-se sobre o tema defendendo que se a lei não distingue, não cabe ao intérprete, utilizando conceitos e doutrina elaborados em outros sistemas, distinguir entre sociedades e associações, concluindo que, no direito brasileiro, sociedades e associações constituem uma e a mesma espécie de contrato e se houver qualquer diferenciação, esta existira em razão das regras de organização estabelecidas pelos contratantes, do fim visado e da função social a que se destina, entretanto ainda pertinentes ao mesmo instituto contratual¹⁷⁴.

Já Alexandre de Moraes¹⁷⁵ ao discorrer sobre as possibilidades de limitação do Estado em relação ao direito de associação afirma que este não poderia limitar sua existência podendo tão somente estabelecer requisitos para classificar estas associações em diversas categorias, “*civis, mercantis – sociedades anônimas, responsabilidade limitada, etc.*”.

Flávia de Campos Pinheiro¹⁷⁶ ao analisar as pessoas jurídicas de direito privado afirma que existem duas espécies dentro desta designação, as fundações e as associações, indicando expressamente que as sociedades encontram-se inseridas na espécie associação.

¹⁷³ SZTAJN, Rachel. op. cit. p. 16.

¹⁷⁴ Ibidem. p. 30-33.

¹⁷⁵ MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.206.

¹⁷⁶ PINHEIRO, Fátia de Campos. op. cit. p. 88-89.

Rodrigo Xavier Leonardo¹⁷⁷ afirma que:

A liberdade de associação, tal como garantida constitucionalmente (CF, art. 5.o, inc. XVII, XVIII, XIX, XX e XI), serve de suporte para toda e qualquer organização de pessoas dotada de razoável estabilidade e destinada ao desenvolvimento de uma atividade comum. Inserida no contexto dum Estado Democrático de Direito (art. 1.o, CF), conforme reflexões desenvolvidas no capítulo precedente, os contornos para o exercício dessa liberdade são inevitavelmente muito amplos.

(...)

Por essa razão é que tanto uma associação de pais e mestres, com uma organização absolutamente precária, quanto uma sociedade anônima, extremamente organizada, podem ser consideradas espécies do gênero associação.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁷⁸ discorrem amplamente sobre o direito de associação sem, porém, expressamente reconhecerem a sua aplicação por sobre o fenômeno das sociedades.

Inferese que os mesmos entendem pela possibilidade desta aplicação, pois, afirmam que as metas dessa associação podem ser econômicas, e ao decompor o direito de associação previsto constitucionalmente enumera a possibilidade de os sócios se auto organizarem e desenvolverem suas atividades associativas.

O ponto em que a afirmação é quase expressa é quando estes afirmam que os fins da associação têm de ser lícitos, podendo ser comerciais ou não, concluindo-se que, para estes autores, então, a sociedade faz parte do gênero geral associação.

Novamente Gilmar Mendes se manifesta no sentido de aplicar por sobre as sociedades os ditames da liberdade de associação. Em artigo publicado na Revista Jurídica Digital da Presidência da República intitulado “Os *Direitos Fundamentais e*

¹⁷⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. op. cit. p. 89 e 96

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. op. cit. p. 401-412

seus múltiplos significados na ordem constitucional”, este autor afirma que “a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica, etc).”¹⁷⁹.

Diante das manifestações doutrinárias elencadas, percebe-se que alguns poucos Autores reconhecem expressamente o quanto defendido nesta dissertação, enquanto que das afirmações de outros é possível inferir sua concordância, sem, contudo, existir um estudo dedicado ao tema.

Folheada a doutrina pátria, faz-se necessário um exame do tema entre os autores estrangeiros.

5.4.1 A Sociedade e o Direito de Associação na Doutrina Alienígena

Demonstrada a existência embrionária do reconhecimento da aplicação do direito à plena liberdade de associação por sobre as sociedades empresárias no direito pátrio, se torna indispensável colacionar a este trabalho a experiência doutrinária alienígena para demonstrar a ocorrência do reconhecimento deste direito também em outros ordenamentos jurídicos.

No âmbito do direito alienígena pode citar Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella¹⁸⁰ que afirmam acerca da liberdade de associação no direito italiano:

Per "associazione" s'intendono quelle formazioni sociali (genericamente riconosciute dall'art. 2 Cost.) che hanno base volontaria (mentre, per esempio, la famiglia o la comunità scolastica

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. v. 2. n. 13. Junho/1999. Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm Acesso em 10 mai. 2011.

¹⁸⁰ BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. **Diritto Costituzionale**. 6 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005. p. 500.

non l'hanno) ed un nucleo, sia pure embrionale, di organizzazione e di tendenziale stabilità (in ciò si distinguono dalla "riunione": ~ § XIII.5.2). La disciplina dell'art. 18 Cost. si rivolge a tutte le forme associative, quale ne sia la specifica qualificazione giuridica (non rilevano perciò, per esempio, le distinzioni civilistiche tra associazione semplice, associazione riconosciuta, fondazione, società, ecc.). Tuttavia la stessa Costituzione detta norme specifiche per alcuni tipi di associazione: le associazioni a carattere religioso (artt. 19 e 20: ~ § XIII.5.4), i sindacati (art. 39: ~ § XIII.7 .2), i partiti politici (art. 49: ~ § 2).

Estes autores ao tratar sobre a disciplina do artigo 18 da Constituição Italiana¹⁸¹ afirmam que o mesmo se refere a todas as formas associativas seja qual for sua qualificação jurídica, sendo, portanto, irrelevante a distinção civilista entre associações simples, reconhecidas, fundações ou sociedade. Apenas o que faz a Carta Magna é trazer regulamentações específicas para determinados tipos de associação como as religiosas, os sindicatos e os partidos políticos.

A normatização do direito de associação na Constituição Italiana se assemelha deverasmente àquela perpetrada no âmbito da Constituição Federal de 1988, e, da mesma forma deve ser interpretada, abrangendo todo e qualquer tipo de forma associativa, não havendo fundamento jurídico em afastar do seu âmbito de proteção as sociedades, como afirmam os autores italianos supracitados.

É possível citar também Gregorio Badeni¹⁸² que em seu Tratado de Direito Constitucional afirma sobre a liberdade de associação que:

A igual que la libertad de reunión, la asociación es una consecuencia inevitable de la condición social del hombre. Así cómo tiene derecho a desarrollar libremente su actividad individual para alcanzar las metas que se ha propuesto, también tiene derecho a unirse con otros individuos para satisfacer los intereses comunes políticos, económicos, religiosos, culturales, gremiales, deportivos y de toda otra índole lícita que determinan sus conductas.

¹⁸¹ "Art. 18 I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale. Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare."

¹⁸²BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**. T. I. 2 ed. atual. e ampl. Buenos Aires: La Ley, 2006. p. 551-553.

A Constituição Argentina prevê rapidamente a liberdade de associação em seu artigo 14¹⁸³, porém, conforme afirmado por Badeni, esta confere ao homem o direito de unir-se com outros indivíduos para satisfazer um diversa gama de interesses comuns, dentre os quais inclui interesses econômicos o que legitima a sua aplicação por sobre as sociedades empresárias.

Rafael Raveau¹⁸⁴ traz em seu estudo uma análise do artigo 10, nº 5 da Constituição Chilena¹⁸⁵, afirmando a origem natural do direito de associação, sendo este uma faculdade que todo homem possui de combinar forças com seus semelhantes de forma habitual para obtenção de um fim comum, lícito e honesto.

A priori a exposição deste Autor não contribui para a defesa da ideia central deste estudo, entretanto, após discorrer sobre a natureza e os limites deste direito, Rafael Raveau passa a falar disciplina jurídica do mesmo no ordenamento chileno. Neste ponto o Autor afirma expressamente existirem dois subtipos de associações: as que perseguem um fim ideal e as que perseguem um fim lucrativo, que seriam as sociedades civis ou comerciais.

Na linha do que defende este estudo, afirma o Autor serem as sociedades empresárias uma espécie do gênero associação, devendo conseqüentemente ser objeto de proteção da norma de direito fundamental que protege os direitos associativos.

¹⁸³ “Art. 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.”

¹⁸⁴ RAVEAU, Rafael. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado**. 2 ed. rev. Santiago: Editorial Nascimento, 1939. p. 467-472.

¹⁸⁵ “*El derecho de asociarse sin permiso previo 'Y en conformidad a la ley'*”. Ressalte-se que este Autor trabalha sobre a Constituição Chilena após a reforma ocorrida em 1925. Atualmente o direito à liberdade de associação está previsto no art. 19, 15º com redação similar.

Não se justifica qualquer restrição realizada a este âmbito de proteção ante o fundamento de naturalidade deste direito trazido pelo Autor¹⁸⁶:

Desde el momento en que el derecho de asociación emana de la ley natural, claro es que no puede proceder de mera concesión de la ley civil, puesto que la ley natural es anterior a la ley civil.

Se decorrente da lei natura não poderá a lei civil trata-lo como uma concessão sua e limitá-lo a seu arbítrio. Para além das limitações ínsitas à norma constitucional, que no caso do Chile são os objetos contrários à ordem social, os bons costumes, as pessoas e a propriedade, não poderá a norma civilista estabelecer outras restrições como a perpetrada pelo artigo 977 do Código Civil Brasileiro, mais a frente tratada neste trabalho.

Este mesmo Autor enriquece a discussão sobre o tema ao trazer manifestações da liberdade de associação no Direito Comparado, nomeadamente nas Constituições da Áustria, Brasil, Portugal, Uruguai, Peru, Equador, Espanha, Alemanha, Grécia, Tchecoslováquia, Polónia e Iugoslávia, sendo transcritas abaixo aquelas mais relevantes para o tema ora defendido.

PERU.-"El Estado reconoce la libertad de asociarse y la de contratar. Las condiciones de su ejercicio están regidas por la ley". (Art. 28.)

(...)

ALEMANIA¹⁸⁷.-"Todos los alemanes tienen derecho a formar sociedades o asociaciones cuyos fines no sean contrarios a las leyes

¹⁸⁶ Ibidem. p. 468.

¹⁸⁷ Atualmente art. 9: Artikel 9 [Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit]

(1) Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden.

(2) Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten.

(3) Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig. Maßnahmen nach den Artikeln 12a, 35 Abs. 2 und 3, Artikel 87a Abs. 4 und Artikel 91 dürfen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten, die zur Wahrung I. Die Grundrechte 16 und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden.

Tradução da Embaixada da Alemanha no Brasil: Artigo 9 [Liberdade de associação e coalizão]

(1) Todos os alemães têm o direito de constituir associações e sociedades.

penales. Este derecho no puede ser limitado con medidas preventivas". (Art. 124).

(...)

POLONIA.-"Los ciudadanos tienen derecho a agruparse libremente, a reunirse y a constituir sociedades o asociaciones. El ejercicio de estos derechos será regulado por las leyes". (Art. 108).

A disposição constitucional peruana coloca a liberdade de associação junto à liberdade de contratação o que, lançando mão das diferenças entres as formas associativas existentes tratadas no capítulo terceiro deste trabalho, demonstra indiscutivelmente a pertinência destas normas para as sociedades.

Das conjugações subjetivas de esforços apresentadas apenas a sociedade tem natureza contratual, de assunção de obrigações recíprocas entre os integrantes, possuindo as associações em sentido estrito, os sindicatos e as cooperativas vínculos de natureza institucional.

Nestes termos, também na legislação peruana então resta protegido o direito de livre constituição e dissolução de sociedades empresárias como decorrência da aplicação da liberdade de associação sobre esta espécie associativa.

Já as previsões constitucionais indicadas pelo Autor nas Constituições alemã e polonesa preveem expressamente o direito à liberdade de constituir associações e sociedades, já antecipando aos problemas relativos à aplicabilidade ou não deste direito por sobre as sociedades.

(2) São proibidas todas as associações cujas finalidades ou cuja atividade sejam contrárias às leis penais ou estejam orientadas contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos.

(3) É garantido a todas as pessoas e profissões o direito de constituir associações destinadas a defender e melhorar as condições econômicas e de trabalho. Consideram-se nulos os ajustes tendentes a restringir ou a impedir esse direito, bem como ilegais as medidas com esse fim. Medidas segundo os artigos 12a, 35 §2, 35 §3, 87a §4 e artigo 91 não podem ser orientadas contra conflitos de trabalho, levados a cabo por associações no sentido da primeira frase, para a defesa e melhoria das condições econômicas e de trabalho.

Este autor também trás a disposição acerca do tema constante da Constituição Espanhola, porém neste país a abrangência da liberdade de associação já foi consolidada quando do julgamento pelo Tribunal Constitucional do processo 67/1985, tratado em seguida quando da análise do posicionamento jurisprudencial sobre o tema em questão.

Compulsadas as normas constitucionais dos principais países da América Latina e da Europa Continental, não citadas por Raveau¹⁸⁸, verificou-se que as disposições sobre a liberdade de associação não trazem qualquer especificidade que contribua para a elucidação do presente tema, pelo que, deixa-se de transcrevê-las.

No que tange à legislação francesa, utilizada por Flávia de Campos Pinheiro para justificar a limitação do conteúdo constitucional da liberdade de associação, já restou demonstrado que o dispositivo utilizado pela Autora refere-se a uma lei ordinária que trata das associações em sentido estrito, em nada prejudicando o reconhecimento buscado nesta dissertação.

Do exposto, percebe-se que a doutrina, tanto nacional como alienígena, ainda que timidamente, já se manifesta no sentido de aplicar a liberdade de associação ao fenômeno das sociedades, porém sem aprofundar-se nos fundamentos desta aplicação ou mesmo em suas consequências.

5.5 INDÍCIOS DE RECONHECIMENTO DA APLICAÇÃO DO DIREITO DE ASSOCIAÇÃO ÀS SOCIEDADES NA JURISPRUDÊNCIA

Mesmo não existindo expressamente um julgamento em que se discutisse a aplicação do direito à liberdade de associação por sobre as sociedades é possível extrair de trechos de votos proferidos em outros julgamentos que este entendimento existe dentre os Ministros dos Tribunais Superiores pátrios.

¹⁸⁸ Paraguai Venezuela, Uruguai, México, França, Holanda, Bélgica, Dinamarca e Suécia.

Citando Pontes de Miranda e José Afonso da Silva, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence em seu voto vista no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.054-4 Distrito Federal, comungou do entendimento de que a liberdade de associação prevista constitucionalmente abrangeria também as sociedades:

É expressivo o exemplo de Pontes de Miranda: admitir, sem temperamentos, em favor da pessoa jurídica, a irrestrita liberdade de associação, positiva e negativa, **que indubitavelmente abrange a formação de sociedades de finalidade empresarial** (José Afonso, pág. 266, José Celso Melo Filho, Constituição Anotada, pág. 476), é de fato inviabilizar, contra o mandamento constitucional – hoje no art. 173 §4º - que a lei possa prevenir a formação de grupos econômicos tendentes à dominação de mercados, quando não, ao monopólio.

Neste mesmo julgamento o ministro Gilmar Mendes aparenta possuir o mesmo entendimento ao afirmar que:

A liberdade de associação depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade: constituição, organização da pessoa jurídica, tudo isso que conta com a sua institucionalização

Em julgamento diverso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.045-1 Distrito Federal extrai-se o seguinte trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

Como se sabe, Senhora Presidente, o direito de associação constitui uma liberdade de ação coletiva. Embora atribuído a cada pessoa, que é o seu titular, só pode ser exercido em conjunto com outras pessoas. É pelo exercício concreto dessa liberdade pública que se instituem as associações, gênero a que pertencem as sociedades (que podem ser simples ou empresárias), de um lado, e as associações em sentido estrito de outro.

O direito de associação, bem por isso, se erige em um instrumento de ação multiforme, podendo revestir-se de caráter empresarial, cultural, filantrópico, sindical ou político.

Cabe enfatizar, neste ponto, que as normas inscritas no art. 5º, incisos XVII a XXI da atual Constituição Federal protegem as associações, inclusive as sociedades, da atuação eventualmente arbitrária do legislador e do administrador, eis que somente o Poder

Judiciário, por meio de processo regular, poderá decretar a suspensão ou dissolução compulsória das associações.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça pode-se citar o trecho do voto vista da Ministra Nancy Andrighi no bojo do Recurso Especial n. 507.490 RJ, que discutiu a possibilidade de resolução parcial de sociedade anônima:

Por todos estes argumentos, na hipótese em julgamento, a dissolução parcial da sociedade é a melhor solução sob todos os prismas, jurídico, social e econômico, porquanto possibilita equacionar os princípios constitucionais da liberdade de associação (art. 5º, XX) e o da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, e art. 170, III), com o princípio da preservação da empresa.

Ressalte que o voto da Ministra transcrito acima faz referência ao direito de associação na sua vertente negativa, reconhecendo expressamente a abrangência do termo associar-se ou permanecer associado para a hipótese de uma sociedade anônima.

Verificando os acórdãos dos Tribunais Superiores é possível verificar que a apreciação da liberdade de associação se dá principalmente na sua vertente acerca da liberdade sindical e das associações em sentido estrito¹⁸⁹.

Os votos transcritos acima referentes a julgamentos do Supremo Tribunal Federal foram retirados de ações diretas de inconstitucionalidade que discutiram a situação jurídica do ECAD e da Rede Brasileira de Entidades Assistenciais Filantrópicas, sem qualquer relação com as sociedades empresárias.

Apenas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é possível verificar uma referência a aplicação da liberdade de associação por sobre as sociedades empresárias, porém sempre relacionado à dissolução total ou parcial destas pessoas jurídicas sob

¹⁸⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 mai 2011.

o prisma da liberdade de associação positiva, mas possuindo como principal argumento a quebra da *affectio societatis* já demonstrado neste trabalho como elemento essencial ao contrato de sociedade.

No âmbito internacional é exemplar a interpretação realizada pela Corte Espanhola. O Tribunal Constitucional Espanhol também se manifestou a respeito da abrangência da proteção à liberdade de associações por sobre as sociedades empresárias na sentença 67/1985¹⁹⁰, cujo trecho se transcreve abaixo:

C) El art. 22 de la Constitución contiene una garantía que podríamos denominar común; es decir, el derecho de asociación que regula el artículo mencionado se refiere a un género -la asociación- dentro del que caben modalidades específicas. Así en la propia Constitución (arts. 6 y 7), se contienen normas especiales respecto de asociaciones de relevancia constitucional como los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales.

Este acórdão tornou-se paradigma para diversos outros na jurisprudência espanhola e estabeleceu de forma definitiva a amplitude da liberdade de associação prevista.

Mesmo diante desta ausência de posicionamento jurisprudencial expresso sobre o tema no âmbito nacional, é possível inferir das aplicações dadas pela jurisprudência à liberdade de associação não comporta a exclusão das sociedades empresárias no seu âmbito de proteção, coadunando-se com o objeto deste trabalho, seguindo a linha adotada no direito espanhol.

¹⁹⁰ http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0067

5.6 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RECONHECIMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE CONSTITUIÇÃO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS.

Defendida a necessidade de reconhecimento da aplicação do direito à plena liberdade de associação por sobre o fenômeno associativo das sociedades, reconhecendo o direito fundamental à livre constituição e dissolução destes entes, passa-se a uma análise, ainda que superficial, das possíveis consequências jurídicas que adviriam de tal reconhecimento.

Ressalte-se que não se busca aqui analisar todas as implicações jurídicas que a proteção a este direito resultaria, posto que este estudo além de demonstrar-se demasiadamente extenso somente seria viável após um efetivo reconhecimento do direito.

Neste diapasão ilustrar-se-á este trabalho com a análise da aplicação do quanto aqui defendido por sobre os processos de dissolução societária baseados na quebra da *affectio societatis* e também realizar uma releitura da denominada sociedade marital levando em conta a proteção aqui esposada.

5.6.1 O Reconhecimento de um Fundamento Jurídico-Positivo para a Dissolução Societária Fundada na Quebra da *Affectio Societatis*.

O procedimento de dissolução societária está regulado ainda pelo Código de Processo Civil de 1939, em seus artigos 655 e seguintes, porém os fundamentos que podem ensejar esta dissolução encontram-se inscritos nos artigos 1.033¹⁹¹ e 1.034¹⁹² do Código Civil.

¹⁹¹ Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;

II - o consenso unânime dos sócios;

III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;

Como já demonstrado no capítulo onde se tratou especificamente da constituição das sociedades empresárias, esta, além dos requisitos pertinentes aos contratos em geral, possui outros que decorrem de suas características singulares, de suas especificidades.

Dentre estes elementos indicou-se a *affectio societatis* que restou definida como o desejo dos sócios de contribuir para a formação e manutenção da sociedade realizando todos os atos necessários à realização do objeto social.

A quebra deste elemento enseja, portanto, a falta de um dos requisitos da sociedade empresária, que não deve ser aferido somente quando de sua constituição, porém, também durante toda a duração do vínculo societário em razão dos efeitos permanentes do contrato de sociedade.

Ausente este requisito, e entendendo também que o mesmo deve se verificar durante toda a sociedade, a sua falta, sem sombra de dúvidas, ensejaria a dissolução da sociedade empresária seja judicial ou extrajudicialmente.

Entretanto, ao analisar as disposições dos artigos 1.033 e 1.034 do Código Civil que enumera as causas de dissolução não se encontra uma que trate especificamente da quebra da *affectio societatis* como fundamento para dissolução.

A solução encontrada pela jurisprudência foi utilizar o inciso II do artigo 1.034, na vertente da inexecutabilidade do fim social.

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira no Registro Público de Empresas Mercantis a transformação do registro da sociedade para empresário individual, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.

¹⁹² Art. 1.034. A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando:

I - anulada a sua constituição;

II - exaurido o fim social, ou verificada a sua inexecutabilidade.

Segundo esta linha de argumentação, a falta do interesse dos sócios na manutenção da sociedade, denotada pela quebra da *affectio societatis*, inviabilizaria a consecução do objeto social da empresa, justificando a dissolução.

Efetivamente que a ausência deste requisito por demais dificulta a realização do fim objetivado pela sociedade, entretanto, a fragilidade deste argumento encontra-se na autonomia que a pessoa jurídica goza em relação aos seus componentes, motivo pelo qual, é plenamente possível realizar o objeto social mesmo que entre os sócios não mais exista aquele interesse de colaboração denominado *affectio*.

Este quadro somente restaria agravado a ponto de prejudicar consideravelmente o andamento da empresa na hipótese de o contrato social prever a administração conjunta e a necessidades de ambos os sócios assinarem os documentos da sociedade em conjunto. Não se verificando esta situação, a continuação da sociedade é plenamente possível e viável.

Isto já pode ser verificado no âmbito das decisões judiciais. Os magistrados estão exigindo que se faça prova incontroversa da inexecutabilidade do objeto para deferir a dissolução, não bastando apenas a pura alegação da quebra da *affectio societatis*, visto está não estar listada como causa capaz de ensejar a dissolução.

Nestes termos o trecho do voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi no REsp 11292 – PR, julgado em 28/06/2011:

Em suma, várias são hipóteses que autorizam a dissolução parcial de uma sociedade, por meio da exclusão de um ou mais sócios. Elas podem ser legais, contratuais ou decorrentes de inadimplemento do dever de colaboração social (*affectio societatis*), sendo imprescindível, nesse último caso, que haja a comprovação desse inadimplemento, com a especificação dos atos que foram praticados pelo sócio que se pretende excluir, os quais estariam a prejudicar a consecução do fim social da empresa. Em outras palavras, que fique caracterizada a justa causa para a exclusão.

Não se deseja aqui impedir a dissolução societária pela quebra da *affectio*, muito pelo contrário, o que se pretende é fornecer um fundamento jurídico positivo para este procedimento à partir da dimensão aqui defendida para a liberdade constitucional de associação.

A proteção desejada para o direito de associação abarcaria tranquilamente a dissolução de sociedade pela perda da *affectio societatis* a partir de uma análise deste direito em sua vertente negativa, donde decorre ninguém poderá ser obrigado a manter-se associado a outrem contra sua vontade.

A quebra da *affectio societatis* representa exatamente a ausência da vontade de se manter associado com determinada pessoa, em razão do que, em respeito à plena liberdade de associação em sua face negativa, não poderá o poder judiciário eximir-se de operar a resolução da sociedade sob o fundamento de que o objeto social da mesma ainda é exequível mesmo estando ausente o requisito da *affectio*.

Neste sentido, não seria mais necessário recorrer à inexecutabilidade deste objeto, tendo a resolução como fundamento jurídico a proteção a um direito fundamental constitucionalmente protegido como pleno, ampliando, inclusive as possibilidades recursais por se tratar de ofensa direta à constituição.

5.6.2 Releitura da Restrição Imposta à Constituição da Sociedade Marital

O exemplo trazido acima de consequência jurídica da aplicação do direito de associação por sobre as sociedades explorou a vertente negativa deste direito. Neste ponto abordar-se-á uma possível consequência da aplicação positiva da liberdade de associação a partir de uma releitura da restrição existente à formação de sociedades entre cônjuges.

A sociedade marital, inicialmente proibida em razão de se considerar que a esposa não possuía direitos sobre o seu patrimônio e a admissão deste tipo de sociedade seria incompatível com os direitos que o marido possuía em relação à esposa na qualidade de chefe do casal¹⁹³.

Este panorama sofreu modificação com a edição da Lei 4.121 de 1962 que reconheceu em seu artigo 3º a existência de patrimônio separado da esposa e do marido mesmo quando casados no regime da comunhão universal de bens, deixando de existir óbice à constituição de tais sociedades.

Este entendimento foi consolidado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Ordinário nº 108.728-5/SP, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, em 03 de fevereiro de 1989, onde se afirmou que “*reputa-se lícita a sociedade entre cônjuges, máxime após o Estatuto da Mulher Casa*”.

No Recurso Extraordinário nº 104.597/PR a Corte Suprema consagrou o mesmo entendimento:

Sociedade por quotas. Marido e mulher. Sócios exclusivos. Legitimidade. Sem dispositivo legal que a proíba, expressa ou implicitamente, é validada a sociedade comercial entre cônjuges, mesmo comunheiros...

Entretanto, o legislador ordinário, através do Código Civil de 2002, em seu artigo 977¹⁹⁴, decidiu por proibir a constituição de sociedades entre os cônjuges casados nos regimes da separação obrigatória, ou da comunhão universal de bens.

¹⁹³ MENDONÇA, J. X. Carvalho *apud* BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades Comerciais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 140.

¹⁹⁴ Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória.

A partir do reconhecimento da aplicação do direito a plena liberdade de associação por sobre o fenômeno das sociedades é necessário, então, fazer uma releitura do instituto da sociedade marital como tratado na codificação civilista.

No capítulo referente à liberdade de associação chegou-se à conclusão de que este direito teria dimensão plena e somente poderia ser limitado pelas razões inseridas no próprio texto constitucional, quais sejam, os fins ilícitos e o caráter paramilitar.

Em abstrato, como demanda a análise da proibição inserida na norma, não há como se considerar que uma sociedade seja considerada de caráter paramilitar apenas porque dentre os seus componentes encontram-se cônjuges casados sob os regimes designados no artigo em comento.

Afastada a possibilidade de atribuir o caráter paramilitar a estas sociedades, resta analisar a ilicitude dos fins desta espécie de associação para verificar a compatibilidade da norma com o reconhecimento do direito defendido neste trabalho.

Segundo o próprio relator¹⁹⁵ do projeto do Código Civil estas restrições se justificariam no regime da comunhão universal por ser em verdade uma ficção em razão da união de patrimônio já realizada pela escolha do regime, e, com relação à separação obrigatória o que se buscava era proteger a incolumidade do regime de bens determinado por lei.

Não é possível, em um juízo a priori, tachar de ilícita quaisquer das situações previstas acima como justificativas para a limitação. O advento da lei 4.121 já anteriormente citada pacificou a autonomia patrimonial dos cônjuges casados mesmo no regime da comunhão universal, não fazendo sentido o argumento de que se trataria de um patrimônio único e que então não haveria de fato uma sociedade.

¹⁹⁵ FIÚZA, César. **Curso Completo de Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 899.

Quanto ao regime da separação obrigatória de bens a situação é um pouco mais delicada. Para justificar a restrição imposta é preciso presumir, *ab initio*, que todos os cônjuges submetidos ao regime da separação obrigatória, ao constituírem entre si uma sociedade, desejam fraudar o regime especial de bens que lhes foi legalmente imposto.

O cerne do problema é que não se pode considerar que todas as sociedades constituídas por estes nubentes destinam-se a burlar a separação patrimonial. Fraude não se presume, ela precisa ser devidamente comprovada, é preciso demonstrar sem sombra de dúvidas a existência do *consilium fraudis* para então considerar-se fraudulenta a conduta praticada.

O legislador ao estabelecer a proibição do artigo 977 o fez em abstrato, a toda e qualquer sociedade desta forma constituída, presumindo a existência de fraude ao regime de bens na constituição de todas elas, quando não poderia fazê-lo.

É plenamente possível manter a proteção buscada por esta norma sem ferir o direito de associação na forma em que, analisando-se em concreto as sociedades após constituídas e verificado a existência de burla ao regime de bens do casamento, estará esta hipótese incluída na limitação a este direito visto que a finalidade real da sociedade é contrária ao Direito, autorizando-se a sua extinção.

Afastada, por não ser possível, a presunção de fraude realizada pelo legislador, não há como compatibilizar o direito à livre associação com a vedação imposta à sociedade marital, sendo o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma inscrita no artigo 977 do Código Civil uma das possíveis consequências jurídicas da aplicação da plena liberdade de associação por sobre as sociedades empresárias.

É certo que diversas outras consequências jurídicas podem advir da amplitude que se busca dar ao direito de associação neste trabalho, porém como já afirmado, este não é o objeto do presente estudo, objetivando-se primeiro o reconhecimento do quanto aqui defendido para, após, analisar-lhe as consequências jurídicas.

6 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais possuem como origem o princípio da dignidade da pessoa humana e podem ser definidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, devendo, estas, encontrarem-se positivadas pelos ordenamentos jurídicos.

Pode-se falar em três gerações de direitos fundamentais, os direitos e garantias individuais, os direitos sociais e os direitos coletivos e difusos, ressaltando o caráter não estanque destas gerações que em verdade se complementam.

As normas de direitos fundamentais previstas na Constituição veiculam regras na medida em que orientam e emanam definições precisas e definitivas, porém atrás e ao lado destas regras existem princípios que lhe justificam e são positivados junto com as mesmas, gerando, a partir de um mesmo texto normativo, tanto uma regra como um princípio, em um tipo normativo misto.

A hermenêutica constitucional será específica ante ao caráter de carta política que possui este diploma, podendo-se enquadrar a hermenêutica dos direitos fundamentais como uma subespécie da constitucional.

A interpretação constitucional deverá ser orientada pelos princípios da Unidade da Constituição, da Eficácia Integradora, da Máxima Efetividade, da Conformidade Funcional, da Concordância Prática e da Interpretação Conforme à Constituição.

Deve ser alçado ao grau de princípio a Coloquialidade dos Termos Constitucionais que demanda a interpretação atécnica dos conceitos utilizados pela Carta Magna em suas normas.

A interpretação constitucional não pode ser considerada apenas como um evento exclusivamente estatal na medida em que todas as forças da comunidade política tem acesso e influenciam o procedimento, tanto teórico como na práxis, não existindo intérprete melhor para a norma de direito fundamental do que o seu destinatário, aquele que vivencia a norma no dia a dia, que a consolida a cada momento e neste consolidar ao mesmo tempo a interpreta continuamente.

Interpretar as normas de direitos fundamentais significa concretizá-los, fazer com que sua aplicação ao caso concreto seja feita de maneira a efetivar àquilo que está posto, desprezando os métodos clássicos em razão de que aqueles foram criados para a interpretação das normas privadas e não servem para as normas de direitos fundamentais ante o seu caráter complexo e o seu alcance normativo pluridimensional.

Para uma interpretação ainda mais efetiva, ou seja, concretizadora. Deve-se trazer para este método hermenêutico as ideias de Peter Häberle acerca da sociedade aberta dos intérpretes constitucionais, buscando a participação dos destinatários das normas de direitos fundamentais na concretização do conteúdo dos dispositivos normativos correspondentes.

A bandeira de liberdade levantada pela revolução francesa não abarca a liberdade de associação, não admitida entre os direitos humanos fundamentais sob o fundamento de que a atuação coletiva poderia suprimir as liberdades individuais.

O fenômeno associativo não deixou de prosperar mesmo enfrentando um esforço legislativo que buscava exterminar suas manifestações, muito devido ao instinto gregário atribuído ao ser humano que gera traço de essencialidade a este direito, promovendo esta sobrevivência do fenômeno associativo mesmo à margem do ordenamento.

Diante deste quadro de manutenção e mesmo proliferação das associações ainda que com um ordenamento jurídico expressamente contrário, os ordenamentos passaram a possibilitar a sua existência e até capacidade jurídica, porém sempre vinculada à autorização por parte do Estado.

O legislador constitucional ao positivizar o direito fundamental à liberdade de associação o fez qualificando-a como plena e estabelecendo apenas duas possibilidades de limitação ao seu exercício, quais sejam, a imperiosidade de um fim lícito e a vedação do caráter paramilitar.

Ilícito é tudo aquilo quanto não for permitido pelo ordenamento, independentemente do ramo do direito que foi utilizado para a proteção de determinado bem jurídico, ou da intensidade de determinada proteção, e paramilitar a entidade que dedicar suas atividades ao treinamento de seus associados ou de outros no manejo e manipulação de materiais bélicos ou adotam em sua estrutura organizacional uma hierarquia rígida e a utilização de sinais ou símbolos exteriores que apresentem feição militar, como uniformes.

O direito de associação possui múltiplas dimensões, sendo ao mesmo tempo um direito individual e institucional, positivo e negativo, interno e externo.

As normas referentes à liberdade de associação previstas na Constituição Federal são usualmente aplicadas por sobre as associações em sentido estrito, as cooperativas e os sindicatos profissionais.

A percepção do ser humano de que a atuação coletiva sobrepõe-se em qualidade e em quantidade à individual remonta aos primórdios da humanidade, existindo, desde a Antiguidade, manifestações de comunhão de pessoas para o atingimento de determinado objetivo, esta atuação conjunta foi denominada de Conjugação Subjetiva de Esforços.

Este fenômeno jurídico é regulado pelo ordenamento sob a égide das Pessoas Jurídicas de Direito Privado reconhecendo-se as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos.

O vínculo existente entre o associado e a associação se baseia na existência de um elemento corporativo, não existindo qualquer vínculo de hierarquia entre os associados ou responsabilidades para com a associação, já na relação societária o sócio possui como direito essencial a participação nos resultados econômicos da empresa, além de possuir o dever de atuar sempre no interesse de realizar o objeto social.

O legislador não trouxe para o sistema o conceito determinado daquilo que seja uma sociedade empresária, vinculando esta à ideia de empresário trazida pelo artigo 966.

No Brasil considerava-se comercial uma sociedade que exercia profissionalmente o comércio e civil aquela que não se dedicasse a atividade de tal natureza, a exceção para esta regra era a Sociedade Anônima, que, independentemente do ramo de atividade que exercesse, seria considerada comercial.

Com o advento do Código Civil de 2002 estabeleceu um fim na dicotomia entre sociedades civis e comerciais, a classificação passa a ser feita de acordo com a empresarialidade ou não do modo como a pessoa, física ou jurídica, exerce a atividade econômica, sem levar em conta qual tipo de atividade ela desenvolve.

Separam-se agora as sociedades em sociedades simples e sociedades empresárias, possuindo como elemento o modo como estas sociedades irão desenvolver suas atividades, configurando-se o caráter empresarial àquelas que explorassem atividade econômica organizada, de forma profissional, objetivando a produção ou circulação de bens ou serviços.

Por se tratar de um contrato *sui generis*, o contrato de sociedade possui requisitos específicos de validade: contrato plurilateral, constituição de capital social e *affectio societatis*.

No contrato de sociedade, além do objetivo comum as partes também possuem interesses comuns, visto que, a prestação de cada um dos contratantes é dirigida à consecução de um fim idêntico: a realização do objeto social com a distribuição dos resultados para os sócios. A plurilateralidade não diz respeito ao número de contratantes mas sim à sua indeterminação.

O capital social é uma realidade una, admite-se, porém, que esta possui um caráter complexo e por isto não poderia ser reduzido a uma única definição, desdobrando-se em capital social nominal e capital social real, realidades diversas porém indissociáveis.

A *affectio societatis* é definida como o desejo dos sócios de contribuir para a formação e manutenção da sociedade conjugada com a obrigação de realizar todos os atos necessários à concretização do objeto social.

A doutrina tem por usual analisar apenas o conteúdo das restrições inscritas no artigo 5º, XVII, sem manifestar-se acerca da abrangência desta norma por sobre os variados tipos de associação.

Em momento algum da Constituição é possível inferir que a liberdade de associação não pode ser utilizada para conformar um ente coletivo que busque benefícios econômicos para seus integrantes.

A doutrina não tem por costume incluir no âmbito de proteção do direito de associação a figura jurídica das sociedades, sem contanto, justificar a *ratio* de tal

limitação, e mesmo quando apresenta os fundamentos para tanto estes não possuem qualquer condições de resistir a uma análise pormenorizada.

Existe um gênero denominado associação do qual fazem parte diversas formas de aglomeração subjetiva, dentre elas as sociedades.

O legislador brasileiro, até o advento da lei 10.406/2006 jamais lançou mão de um rigor técnico tal que proporcionasse uma conceituação restrita dos termos associação, associar-se, associado, utilizando-o em grande parte dos textos em que desejava regular a figura das sociedades.

Aplicando os princípios da interpretação constitucional por sobre o vocábulo associação na forma como veiculada no artigo 5º, inciso XVII, não há como concluir que se deva restringir o âmbito de proteção da norma para o sentido técnico estrito de associação.

A doutrina e a jurisprudência nacional e alienígena, ainda que timidamente, reconhecem a possibilidade de aplicação da liberdade de associação na conformação das sociedades empresárias.

Reconhecer a aplicação do direito à liberdade de associação por sobre as sociedades empresarias, culminando no direito à livre constituição e dissolução destes entes, implicará numa proteção à *affectio societatis* como causa de dissolução, obrigando também a uma releitura do artigo 977 do Código Civil que trata da sociedade marital, concluindo-se pela inconstitucionalidade da vedação ali insculpida.

Resta claro a pertinência e necessidade de reconhecimento do direito fundamental à livre constituição e dissolução de sociedades empresárias a partir do

reconhecimento que a norma do constitucional sobre associação incide também sobre estas sociedades.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert; SILVA, Virgílio Afonso da (trad.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das Sociedades Comerciais**. 15 ed. rev.atual. e ampliada, 2005.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ANDRADE, Manoela. **Direitos Fundamentais**: Conceito e Evolução. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/12/29/1229/>>. Acesso: 25 jun. 2009.
- ASQUINI, Alberto. COMPARATO, Fábio Konder (trad.). Perfis da Empresa. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**. ano XXXV. n. 104.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**. T. I. 2 ed. atual. e ampl. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. **Diritto Costituzionale**. 6 ed. Torino: G. Giappchelli Editore, 2005.
- BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 6 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócios e direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização

Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 mai 2011.

BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades Comerciais**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAMPINHO, Sérgio. **O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 6.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. vol. 2. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. **Do Capital Social: noção, princípios e funções**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DWORKING, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FARIA, Ministro Bento de. **Direito Comercial II – das sociedades comerciais, parte primeira**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Fº, 1948.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Caracterização do empresário individual diante do Código Civil vigente. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 746, 20 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7026>>. Acesso em: 12 out. 2008.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 1 São Paulo: Saraiva 1989.

FERREIRA, Waldemar. **Tratado de Sociedades Mercantis**, v. 1, 4 ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

FIÙZA, C  zar. **Curso Completo de Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GALLARDO, Helio. Derechos Discriminados y Olvidados. In: **Direitos Humanos e Globaliza  o**: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica. David Sanchez Rubio, Joaquin Herrera Flores, Salo de Carvalho (org.) 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GOMES, Orlando. **Questões de direito civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. Hermen  tica dos Direitos Fundamentais. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VI, n. 7, dez. 2005.

H  BERLE, Peter; MENDES, Gilmar Ferreira (trad.). **Hermen  tica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constitui  o. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HOUAISS, A. **Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2009.

LEITE JUNIOR, Carlos Antônio Goulart. **Affectio Societatis**: na sociedade civil e na sociedade simples. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemmatizado**. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associa  es em sentido estrito no direito privado**, Tese de Doutorado. USP, Faculdade de Direito, 2006.

LOBO, Antonio de Sousa Silva Costa. **Disserta  o Inaugural**: para o Acto de Conclusões Magnas. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1864.

LOPES, Edgard de Oliveira. Os direitos fundamentais sob   tica das influências   tico-filosóficas, consoante o magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2872>>. Acesso em: 26 jun. 2009.

LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada**. 3 ed. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara Machado. **Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2005.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias**, v. 2. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**. v. 2. n. 13. Junho/1999. Brasília. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm Acesso em 10 mai. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. IV, 3 ed. Revista e actualizada, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, t. XLIX. Contrato de Sociedade. Sociedade de pessoas. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTHÉ, Cláudia Brum. **Algumas Considerações sobre Direitos os Fundamentais Sociais**. Disponível em

<http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=16532>. Acesso em: 26 jun. 2009

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

OLIVA, Claudio Cesar Grizi. **Pluralidade como corolário da liberdade sindical**. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, Faculdade de Direito, 2009.

OLIVEIRA, J. Lamartine Correia de. **A dupla crise da personalidade jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos Fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 3 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Método, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado Derecho y Constitucion**. 9 ed. Madrid: Tecnos, 2008.

PIMENTEL, Carlos Barbosa. **Direito Comercial: Teoria e Questões Comentadas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PINHEIRO, Flávia de Campos. **O Conteúdo Constitucional da Liberdade de Associação**. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, Faculdade de Direito, 2008.

PUPO CORREIA, Miguel J. A. **Direito Comercial – Direito da Empresa**. 10 ed. Lisboa: Ediforum, 2007.

RAVEAU, Rafael. **Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado**. 2 ed. rev. Santiago: Editorial Nascimento, 1939.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. Vol. 1. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROCCO, Alfredo. **Princípios de Direito Comercial**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **“Societas” com relevancia jurídica externa e personalidade jurídica**. Revista de Direito Mercantil, n. 81, ano XXX.

SANTOS JUSTO, A. **Direito Privado Romano – II** (Direito das Obrigações). Boletim da Faculdade de Direito Studia Iuridica 76, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARMENTO, George. **Direitos Humanos**: liberdades públicas, ações constitucionais, recepção dos tratados internacionais. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA FILHO, José Carlos Bastos. **Cooperativas**: a liberdade de associação e o registro obrigatório na OCB. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1568, 17 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10495>>. Acesso em: 1 abr. 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Eduardo Faria. **A Organização das Cooperativas Brasileiras e a Negação do Direito Fundamental à Livre Associação**. Dissertação de Mestrado. UFPR. Faculdade de Direito, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Inglez de. **Direito Comercial**. 2 ed, Lisboa: A Editora, 1910.

SZTAJN, Rachel. Associações e Sociedade. **Revista de Direito Mercantil**, n. 128, ano XLI

TAIAR, Rogerio. **Direito Internacional dos Direitos Humanos** – uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Tese de Doutorado. USP. Faculdade de Direito, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Trad. Neil Ribeiro da Silva. 4.ed. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998.

TOSI, Giuseppe. História Conceitual dos Direitos Humanos. In: **Direitos humanos: história, teoria e prática**. Giuseppe Tosi (org.) João Pessoa: Editora Universitária - UFPB, 2005.

TRINDADE, Edson Silva. Liberdade de Associação Sindical no Direito Brasileiro. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, São Paulo, n. 17, 2001.

TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações Sobre a História Social dos Direitos Humanos in **Direitos Humanos. Construção da Liberdade e da Igualdade**, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo 1998.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. Novos Pressupostos para Temática dos Direitos Humanos. In: **Direitos Humanos e Globalização**: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica. David Sanchez Rubio, Joaquin Herrera Flores, Salo de Carvalho (org.) 2 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.