

BOY SCOUTS V. DALE E A DISCRIMINAÇÃO REALIZADA POR ASSOCIAÇÕES PRIVADAS.

BOY SCOUTS V. DALE AND DISCRIMINATION CONDUCTED BY PRIVATE ASSOCIATIONS

Beatriz Pereira da Silva¹

RESUMO

A pergunta que se coloca é: uma associação privada pode negar a adesão de um indivíduo por conta *exclusivamente* da cor, da religião ou da orientação sexual? Por meio do estudo do caso Boy Scouts x Dale (2000), buscaremos responder à questão sem a aplicação da tradicional técnica da ponderação desenvolvida por Alexy. A ideia é propor a retomada do princípio da igualdade como protagonista para a solução de conflitos entre direitos fundamentais no caso de adesões às associações privadas, tomando como referencial Celso Antônio Bandeira de Mello.

PALAVRAS-CHAVE: *discriminação – orientação sexual – ponderação - igualdade – direitos fundamentais*

ABSTRACT

The question that arises is: a private association can deny membership to an individual solely because of color, religion or sexual orientation? Through a case study of the Boy Scouts x Dale (2000) , we will seek to answer the question without the application of traditional technique of weighting developed by Alexy. The idea is “to rescue” the principle of equality as a protagonist in order to answer the conflict between fundamental rights in the case of subscriptions to private associations, taking as reference Celso Antonio Bandeira de Mello.

KEYWORDS : Discrimination - sexual orientation - weighting - equality - fundamental rights

¹ Mestranda em Direito Constitucional na PUC/SP. Procuradora da Fazenda Nacional.

1. Introdução - 2. Situando o problema: eficácia horizontal dos direitos fundamentais - 3. A teoria de Robert Alexy, a técnica da ponderação e suas críticas - 4. Estudo da ponderação no caso concreto: Boy Scouts of America *versus* Dale - 5. Sugestão de interpretação: a aplicação exclusiva do princípio da igualdade - 6. Conclusões

1. Introdução

A ideia desse artigo é apresentar uma alternativa ao uso da técnica ponderação em um caso específico: no conflito entre o direito fundamental de livre associação e o direito fundamental à igualdade. A pergunta que se coloca é: uma associação privada pode negar a adesão de um indivíduo por conta *exclusivamente* da cor, da religião ou da orientação sexual?

Diante da crescente influência da doutrina alemã no âmbito do direito constitucional brasileiro, temos verificado que no conflito de direitos fundamentais é quase automático o recurso à regra da proporcionalidade e a consequente utilização da técnica da ponderação, desenvolvida por Robert Alexy².

Entretanto, por meio do estudo do caso Boy Scouts x Dale (2000)³, buscaremos responder a questão posta sem a aplicação da tradicional técnica da ponderação desenvolvida por Alexy. A ideia é apresentar ***mais uma*** forma de interpretação com o emprego ***exclusivo*** do princípio da igualdade. Adiantamos que não há ineditismo no uso desse método, mas sim a intenção de ***retomada do princípio da igualdade como protagonista para a solução de conflitos no caso de adesões às associações privadas.***

² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2a Ed, São Paulo: Malheiros, 2009.

³ Optamos por esse caso referenciado por muitos autores brasileiros que tratam do tema da eficácia horizontal, porque a discussão travada sobre os direitos fundamentais nos parece emblemática. O fato de ter sido julgado nos Estados Unidos não afasta as conclusões aqui tecidas.

Além disso, não existe a pretensão de desconstruir a técnica da ponderação, tampouco substituí-la e que não almejamos apresentar um método isento de subjetividade, porquanto entendemos que essa tarefa não é possível quando se trata de aplicação de princípios, como apontaremos adiante.

Após a localização do tema dentro da teoria dos direitos fundamentais, faremos um breve resumo sobre teoria de Alexy e a técnica da ponderação para, em seguida, elencarmos algumas críticas. Na sequência, verificaremos como se deu sua aplicação no julgado escolhido e retomaremos, então, a ideia de aplicação exclusiva do princípio da igualdade baseada nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, defendendo as razões pelas quais nos parece um método mais adequado.⁵

2. Situando o problema: eficácia horizontal dos direitos fundamentais

O embate entre o direito à livre associação e o direito à igualdade está localizado no tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, vale dizer, no âmbito da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3a ed., 11a triagem, São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

⁵ Destacamos que as noções de *princípios* entre esses autores são muito diferentes, todavia, esse não é um elemento relevante, na medida em que a pretensão, no presente caso, é sugerir a utilização do método de interpretação desenvolvido por Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual difere daquele que vem sendo normalmente utilizado, qual seja, a ponderação, formulado por Robert Alexy.

Nas sociedades contemporâneas verifica-se a multiplicidade de atores e a complexidade das relações, de forma que opressões e abusos contra o indivíduo não proveem apenas do Estado, mas também de grupos econômicos, da sociedade civil, dos meios de comunicação, das redes sociais. Diante desse quadro, a doutrina e a jurisprudência nacionais são uníssonas em reconhecer a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas⁶. Nesta esteira, em que pesem correntes doutrinárias em sentido contrário, podemos concluir que as associações privadas também devem observar os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República.

O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais carrega consigo, todavia, a preocupação dos doutrinadores sobre a questão do respeito aos limites e à proteção da autonomia privada⁷, na medida em que “a hipertrofia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais pode, em nome da utopia da realização destes direitos em todos os espaços sociais, converter-se numa verdadeira distopia, ao restringir em excesso à autonomia privada, ainda que com propósitos ‘politicamente corretos’. Teríamos aqui o paradoxo de um “fundamentalismo de direitos fundamentais”⁸.

Estabelecidas as premissas de que a) as associações privadas devem observar os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República (dentre eles o princípio da igualdade) e b) existe a necessidade de proteger a autonomia privada e da autodeterminação do indivíduo (que pode ser traduzido no direito à livre associação); resta agora verificar *como* conjugar esses direitos no caso ora delimitado.

⁶ Nesse sentido, conferir por todos, SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONELL, Miguel (coord). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 285-323

⁷ Utilizaremos aqui, assim como Daniel Sarmento, a concepção de autonomia privada em sentido amplo, que abarca também a chamada autonomia associativa ou liberdade de associação, que também pode colidir com a aplicação dos direitos fundamentais no campo privado. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2006, p. 260.

⁸ SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONELL, Miguel (coord). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011, p. 286

Iniciaremos com a regra da proporcionalidade e a consequente técnica da ponderação desenvolvidas por Alexy, amplamente utilizada por autores de Direito Constitucional. Adiante, no ponto 5, apresentaremos a técnica da utilização exclusiva do princípio da igualdade.

3. A teoria de Robert Alexy, a técnica da ponderação e suas críticas

3.1. Robert Alexy e a técnica da ponderação: breve análise

Inúmeros autores⁹ apontam, baseados na teoria de Robert Alexy, o uso da ponderação como solução para conflitos entre direitos fundamentais.

Retomaremos as lições de Alexy no ponto que nos interessa.

Partindo do estudo da norma de direito fundamental realizada por esse autor, que as classifica em “regras” e “princípios”, temos suas clássicas definições:

⁹ Podemos citar Daniel Sarmiento, Wilson Steinmentz, José Carlos Vieira de Andrade e Luiz Guilherme Arcaro Conci, cujas obras foram utilizadas e estão citadas no decorrer deste trabalho.

“princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”¹⁰

A solução entre o aparente conflito de princípios se dá por meio da ponderação, do sopesamento dos princípios em jogo. Um dos princípios terá que ceder, sendo certo que o outro terá precedência sob determinadas condições. “Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “por si só, de prioridade”. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”¹¹

Na regra da proporcionalidade estão contidos três sub-exames, sendo certo que cada um deles precisa ser satisfeito em determinada ordem. São eles: (a) adequação, (b) necessidade¹² e (c) da

¹⁰ ALEXY, Robert. *op cit*, p. 90-91

¹¹ *idem*, p. 95

¹² Não olvidamos que os critérios “adequação” e “necessidade” muitas vezes pressupõem a existência de liame lógico entre a medida tomada e o fim almejado e ainda, entre a medida adotada frente as outras medidas existentes, como ensina Luiz Guilherme Arcaro Conci. Entretanto, a) isso não

proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação. Tomemos as colocações de Luiz Guilherme Arcaro Conci para explicar cada um desses itens:

“O exame da proporcionalidade tem por finalidade analisar a relação meio-fim entre a medida adotada e o fim almejado e exige que se verifique se o meio adotado fomenta o alcance do fim objetivado e que esse fim, por sua parte, é legítimo, o que significa dizer que se deve verificar se não está proibido tanto expressa quanto implicitamente pela Constituição.

(...)

Superado o exame da adequação, passa-se ao da necessidade. O exame da necessidade, fático, cuida de verificar se existe outra medida que fomenta o alcance do fim almejado com tamanha intensidade e que, por outro lado, faça-o sem restringir tão intensamente um dos princípios que se encontra em colisão. Isso quer dizer que, em se tratando de uma colisão entre dois princípios, deve haver, além da medida tomada, outra que, ao dar prioridade a um dos princípios, não limite com tamanha intensidade o princípio preterido.

(...)

O exame da proporcionalidade em sentido estrito depende, como dissemos, do cumprimento e respeito do ato ou medida sob análise aos dois anteriores exames: adequação e necessidade. Ultrapassados aqueles, chega-se ao exame jurídico da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito. Esse exame exige que se verifiquem os custos da restrição de um direito fundamental veiculado a partir de princípio em favor da garantia ou preferência dada a outro princípio com esse em

afasta as críticas à teoria diante da discricionariedade inerente à ponderação e b) não é objetivo desse texto suplantar essa técnica, mas apenas apresentar outra possibilidade, onde o liame lógico tem maior destaque.

colisão.(...) É de se analisar, a partir do direito positivo, se a medida verificada e o fim buscado respeitam o sentido que decorre do sistema jurídico para privilegiar um dos princípios em detrimento de outro no caso concreto.”¹³

Estabelecido um breve resumo da parte que nos interessa da teoria desenvolvida por Alexy, passemos, agora, a algumas críticas formuladas pela doutrina.

3.2. As críticas

3.2.1. Da discricionariedade inerente à regra da proporcionalidade e à ponderação.

No caso em exame, de um lado temos o direito à livre associação (que revela a autonomia privada e a autodeterminação do indivíduo de se associar com quem achar mais conveniente) e de outro o dever de atender aos direitos fundamentais, no caso, em especial, o direito à igualdade (traduzido como a proibição de discriminação).

Aplicando-se as lições de Alexy (necessidade – adequação – proporcionalidade em sentido estrito) podemos chegar a duas conclusões distintas: a prevalência do direito à associação, como forma de consagrar a autonomia privada, ou, a incidência do princípio da igualdade, como forma de proteger a discriminação por conta de raça, sexo, religião, etc. Vejamos.

¹³ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 17, 2008. p. 19. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 18.11.2014.

No julgamento do caso Boy Scouts x Dale, que será detalhado no tópico seguinte, entendemos que a lei do Estado de New Jersey seja **adequada** pois, enquanto instrumento com força obrigatória, fomenta o alcance do fim desejado, qual seja, eliminar a discriminação. É também **necessária**, na medida em que existem outros meios para tentar diminuir a discriminação, mas nenhuma tão rápida e eficiente quanto à lei, cuja previsão de sanção tem poder de contenção sobre a maior parte dos indivíduos. No caso da **proporcionalidade em sentido estrito**, entendemos que, na ponderação com o direito à liberdade de associação, o custo da restrição desse último frente à necessidade de proteção da igualdade em uma sociedade democrática é baixo diante dos efeitos sociais da discriminação: desemprego, transtornos de ordem emocional, violência e assassinatos. Logo, ao nosso ver, a lei em questão não violaria a Primeira Emenda à Constituição Americana (direito de associação). Não obstante, a maioria da Suprema Corte Americana entendeu no sentido contrário, utilizando fundamentos tão relevantes como esses, como se verá.

A interpretação do parágrafo acima e a interpretação da Suprema Corte em sentido diametralmente oposto, teoricamente, são igualmente válidas *nos termos da regra da proporcionalidade e da técnica da ponderação*, conforme formulada por Alexy. A escolha dos princípios em conflito e a aplicação das sub-regras, em especial da “proporcionalidade em sentido estrito”, revelam um alto grau de discricionariedade e, em alguns casos, até mesmo arbitrariedade e não há maneiras de escapar disso.

Luigi Ferrajoli em artigo que apresenta as diferenças mais relevantes entre o chamado neoconstitucionalismo e o constitucionalismo garantista, formula algumas críticas à teoria de Alexy, dentre elas, o poder de opção do intérprete sobre quais princípios aplicar ou não aplicar:

No entanto, há uma diferença que faz da ponderação – concebida, por oposição à subsunção reservada às regras, como um tipo de raciocínio ordinário e generalizado para todos os princípios – uma técnica argumentativa que amplia indevidamente a discricionariedade judicial até anular a sujeição do juiz à lei. A diferença está ligada à metáfora do “peso”, que sugere e encoraja – por outro lado, em singular contraste com a ideia dworkiniana da objetiva existência e ‘uma única solução correta’- **um poder de opção sobre quais princípios aplicar ou não aplicar com base na avaliação – inevitavelmente discricionária – de sua diversa importância.** A ponderação se concebe como uma operação em virtude da qual, como escreve Robert ALEXY, ‘quando dois princípios entram em colisão [...] um deles tem que ceder ante ao outro’, sem que o primeiro seja considerado inválido ou o segundo prevalente em virtude do princípio da especialidade. **Em poucas palavras, é como uma atividade de opção ‘orientada’ por ‘exigências de justiça substancial’, que cria o risco de comprometer não apenas a sujeição do juiz à lei, mas também, como corretamente observado por Riccardo GUASTINI, os valores de certeza e de igualdade frente à lei.**¹⁴ (destacamos)

¹⁴ “Sin embargo, hay una diferencia que hace de la ponderación – concebida, por oposición a la subsunción reservada a las reglas, como un tipo de razonamiento ordinario y generalizado para todos los principios – una técnica argumentativa que amplía indebidamente la discrecionalidad judicial hasta anular la sujeción del juez a la ley. La diferencia está ligada a la metáfora del ‘peso’, que sugiere y alienta – por otro lado, en singular contraste con la idea dworkiniana de la objetiva existencia de ‘una única solución correcta’- **un poder de opción acerca de qué principios aplicar y no aplicar a tenor de la valoración – inevitablemente discricional – de su diversa importancia.** La ponderación se concibe como una operación en virtud de la cual, como escribe Robert ALEXY, ‘cuando dos principios entran en colisión [...] uno de ellos tiene que ceder ante el otro’, sin que el primero sea considerado inválido o el segundo prevalente en virtud de principio de especialidad. **En pocas palabras, es como una actividad de opción ‘orientada’ por ‘exigencias de justicia substancial’, que crea el riesgo de comprometer no sólo la sujeción del juez a la ley, sino también, como correctamente ha observado Riccardo GUASTINI, los valores de la certeza y de igualdad frente a ley.**” (destacamos) in FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34, 2011, p. 47 (tradução livre)

Em suma, a subjetividade é inerente a essa técnica, de forma que não há meios para eliminá-la. Os critérios para redução da mesma também são permeados pelo mesmo problema, como se demonstrará.

3.2.2 A abertura semântica da linguagem

A complexidade e a riqueza da linguagem humana, sujeita à cultura e também às ideologias, consiste em grande desafio para as técnicas de interpretação, em especial, na área jurídica.

A segunda crítica diz respeito à abertura semântica da linguagem utilizada no corpo dos princípios. Não se pretende dizer que os princípios são normas com maior abstração que as regras, mesmo porque tal abertura diz respeito à linguagem e, portanto, pode ser verificada em qualquer norma jurídica, seja ela princípio ou regra.

O que se busca é apontar que a categoria denominada “princípio”, com certa frequência, utiliza expressões cuja definição e alcance são muito vagos para qualquer indivíduo. Conceitos como “liberdade”, “igualdade”, “dignidade”, “moralidade” possuem uma gama de interpretações moldáveis de acordo com o intérprete, o momento histórico e o lugar, de forma que a ponderação, nessa situação, se faz muito mais fluída e muito mais sujeita às variáveis de tempo e espaço.

3.2.3. O intérprete

Além da abertura semântica dos termos, existe a questão do intérprete. Dois operadores do Direito podem, por exemplo, utilizar o mesmo autor para conclusões antagônicas ou utilizar dois autores que partem de premissas distintas para chegar a mesma conclusão.

A respeito da figura do intérprete, e considerando os limites desse trabalho, destacamos as lições do Prof. Márcio Pugliesi, para quem a teoria de Alexy não soluciona, dentre outros, os problemas de interpretação, na medida em que se parte de uma ideia de sujeito transcendental, desconsiderando a identidade construída de quem julga ou interpreta.

“Não é preciso prosseguir por muito tempo nessa via para perceber a fragilidade da argumentação de Alexy que visa, na verdade, conduzir à ideia de uma ‘interpretação correta’, o alcance de uma pretensão de correção. **Essa leitura de origem kantiana supõe uma transcendentalização inexistente. O intérprete não é um sujeito transcendental e portanto equivalente a qualquer outro. Trata-se de um leitor entre outros, mas não deixa de transportar sua própria poluição semântica ao texto.** Não há solução correta, mas a solução correta deste determinado e individualizado intérprete que, incluso, poderá não ser compreendido pelo destinatário do texto que produzirá para efeito de apresentar

sua interpretação correta, que de resto, jamais o será, tendo apenas característica de adequada ou conveniente para o caso.”¹⁵ (destacamos)

Sempre haverá interpretação realizada por um indivíduo que não é predominantemente racional. Ao contrário: o julgador é constituído e ao mesmo tempo cercado por vivências, preconceitos, ideologias, posicionamentos, elementos emocionais e sociais, condicionantes históricos e de tempo e espaço que atuam de formas consciente e inconsciente na formulação de sua decisão. Logo, a técnica da ponderação sempre pode conferir uma solução ao caso, mas não necessariamente uma solução racional ou adequada para determinada circunstância.

3.2.4. Da banalização e/ou da aplicação incorreta da ponderação.

A regra da proporcionalidade e técnica da ponderação sejam porque banalizadas, utilizadas indevidamente, ou ainda porque tomadas por grande parte dos operadores de Direito como única solução possível para os conflitos entre direitos fundamentais alcançaram um papel enorme no cenário do direito constitucional brasileiro. Verifica-se o que Luiz Guilherme Arcaro Conci denominou, com muita precisão, de “fetichismo da ponderação”¹⁶.

¹⁵ PUGLIESI, Márcio. Textos e Hermenêutica: problemas de compreensão no âmbito constitucional. Aula Magna do programa de Mestrado em Direito da UNIFIEO, proferida em 18.03.2014 p. 3. In: http://www.unifieo.br/Mestrado+Direito/Textos+e+hermeneutica+_trac+Problemas+de+comprensao+no+ambito+constitucional.html. Acesso em 15.11.2014

¹⁶ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro, op cit., p. 38

Tal uso, longe de consagrar racionalidade, “justiça”, segurança jurídica, acabam por enfraquecer o Poder Legislativo e conferir uma perigosa margem ao Poder Judiciário que, em muitos casos, pelo menos no Brasil, acaba se afastando da legislação produzida pelo Poder competente. Ademais, o uso indiscriminado de tal regra obscurece outras possibilidades de interpretação.

3.3. Dos parâmetros criados pela doutrina para reduzir os problemas apontados

Diante dos problemas apontados no item anterior, alguns constitucionalistas propõem parâmetros mínimos¹⁷ para a ponderação que envolva a autonomia privada, com o intuito de conferir racionalidade às decisões e limitar o arbítrio judicial.

Daniel Sarmento, José Carlos Vieira de Andrade e Wilson Steinmentz ensinam que a solução do conflito de direitos fundamentais se dá com a utilização da regra da ponderação. Sarmento utiliza como critério a desigualdade fática, a natureza da questão examinada (econômica-patrimonial ou manifestação afetiva da personalidade) e ainda, a essencialidade do bem.¹⁸ Vieira de Andrade toma a liberdade como regra das relações entre indivíduos iguais, com alguns limites (a dignidade; situações de injustiça que sejam intoleráveis ao sentimento jurídico geral e ainda, disposição legislativa restritiva da liberdade geral ou negocial ou que proíba especificamente a

¹⁷ Daniel Sarmento entende que “já é chegada a hora de o STF definir parâmetros mínimos para a ponderação que deve ser realizada nos casos concretos entre estes direitos e a autonomia privada, nas suas mais variadas manifestações. A ausência de standards que hoje se observa compromete a segurança jurídica, e pode deixar a solução dos casos muito dependente das concepções e idiosincrasias dos juízes.” *op cit*, p. 323.

¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2006, p. 260-261

discriminação contra certa categoria de pessoas.¹⁹ Por fim, Steinmetz desenvolve critérios a partir da relação de poder no caso concreto e do direito fundamental individual que está em jogo (de cunho pessoal ou de cunho patrimonial). Verifica-se que esse autor confere preferência aos direitos fundamentais em detrimento da autonomia privada.²⁰

Tais parâmetros também não contribuem para a racionalidade da decisão, tampouco para a solução mais adequada, pois, assim como ocorre na técnica da ponderação, sua estruturação parte sempre de um fundamento e este é escolhido, dentro dos limites constitucionais, com discricionariedade.²¹

Como já mencionado, não se pretende afastar a teoria de Alexy e a construção de parâmetros para a solução de conflitos que envolvem direitos fundamentais. Muito pelo contrário. Entendemos que a relevância desses balizamentos formulados por respeitados doutrinadores do Direito nacional reside no fato de que **referidos parâmetros constituem elementos para o fortalecimento do ônus argumentativo**. Contudo, precisamos reconhecer que a ponderação e os *standards* derivados muitas vezes não atingem as finalidades a que se propõem. A partir do reconhecimento dessas críticas, podemos buscar alternativas para lidar com o conflito entre (pelo menos alguns) direitos fundamentais, como pretendemos demonstrar.

¹⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 272-276

²⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 186-229

²¹ Para ilustrar podemos citar que José Carlos Vieira parte da ideia de que a liberdade é a regra das relações entre indivíduos iguais (*op. cit.* p.273) enquanto que Wilson Steinmetz toma como fundamento “a posição preferente dos direitos fundamentais na ordem constitucional” e desenvolve critérios que claramente privilegiam a igualdade em face da autonomia privada (*op. cit.* p.220-221). O parâmetro utilizado por Daniel Sarmento (desigualdade fática) é criticado por Virgílio Afonso da Silva, que entende que a equiparação entre desigualdade fática e desigualdade material não interfere, necessariamente, na autenticidade das vontades e menciona como exemplo os participantes de reality shows, que embora sejam inegavelmente menos poderosos do que uma emissora de televisão, não estão necessariamente desprovidos de autonomia in A constitucionalização do direito. *Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, São Paulo: Malheiros, p. 156-157.

Concluimos que a ponderação contida na regra da proporcionalidade desenvolvida dentro do quadro de “princípios e regras” de Alexy - e os decorrentes *standards* desenvolvidos pela doutrina nacional - podem dar uma resposta ao embate entre direitos fundamentais no caso concreto, mas não possuem o condão de promover a decisão mais adequada e racional, reduzir a discricionariedade e promover segurança jurídica seja porque a) a valoração discricional é intrínseca à regra da proporcionalidade e à ponderação; b) não existe possibilidade de afastar a abertura semântica de termos contidos em muitos princípios, tais como “igualdade”, “liberdade”, “dignidade”; c) não existe um modelo de intérprete neutro e ideal; e d) o mau uso e a banalização dessa técnica podem gerar arbitrariedades pelo Poder Judiciário, na medida em que ocorre um afastamento da legislação produzida pelo Poder competente.

Demonstraremos a ocorrência dessas “falhas” da regra da proporcionalidade e da técnica da ponderação no caso selecionado, destacando que, na hipótese, a *utilização* da ponderação gerou uma “falha” ainda maior: serviu para negar direitos e reforçar o preconceito contra pessoas homossexuais.

4. Estudo da ponderação no caso concreto: Boy Scouts of America versus Dale (530 US 2000)²²

James Dale era integrante da Boy Scouts of America (BSA), associação privada de escoteiros desde 1978, quando contava com 8 anos de idade. Considerado membro exemplar, ganhou 25 distintivos de mérito, ingressou em uma ordem exclusiva dentro da entidade, foi premiado no

²² O estudo se limita aos dois principais votos desse julgamento: o condutor (proferido pelo Chief Justice Rehnquist) e o dissidente (proferido pelo Justice Stevens) porquanto contêm os principais argumentos. Decisão *Boy Scouts of America v Dale* (99-699) 530 U.S. 640 (2000). Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-699.ZS.html>. Acesso em 10.10.2014. Original em inglês, tradução livre.

ranking da Eagle Scout (uma honraria concedida a apenas três por cento dos **milhões** de escoteiros que integram a BSA) e foi aprovado como assistente de chefe da tropa.

Aos 20 anos de idade, após conceder entrevista a um jornal de sua Universidade, declarando-se homossexual, recebeu uma carta de expulsão da BSA, fundamentada na proibição de associação de pessoas com essa orientação sexual.

Dale recorreu ao Tribunal do Estado de New Jersey alegando ofensa à lei estadual que proíbe discriminação com base em orientação sexual e a Corte Estadual reconheceu que houve violação à referida lei e que a reinclusão de Dale não violaria o direito de associação consagrado na Primeira Emenda da Constituição Americana²³. Diante do resultado, a BSA recorreu à Suprema Corte Americana sustentando que a lei estadual antidiscriminação violaria seu direito de livre associação, na medida em que não poderia ser obrigada a aceitar um membro cuja conduta é considerada incompatível com os valores da entidade. Por cinco votos a quatro, a Suprema Corte Americana julgou procedente o pedido da associação, mantendo a expulsão de Dale, declarando que a Lei de New Jersey fere o direito de associação dos Boy Scouts.

Consideramos o caso emblemático na área de Direitos Fundamentais, na medida em que reflete a discussão sobre a liberdade de orientação sexual que cada vez mais integra a agenda de direitos humanos no mundo ocidental. Todavia, tendo em mente o objetivo do presente trabalho, recortaremos da decisão apenas os argumentos relativos ao conflito entre direitos fundamentais. O intenso debate entre o voto condutor e o voto dissidente diz respeito, ao que interessa nessa altura do artigo, ao aparente conflito entre o direito à livre associação e o direito à igualdade.

²³ “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.”

Discutiu-se, então, a constitucionalidade da lei de New Jersey perante a Primeira Emenda à Constituição Americana, que consagra o direito à livre associação.

O voto condutor - e vencedor - destacou que a liberdade de associação é crucial para prevenir que a maioria imponha sua visão a grupos que preferem expressar outras ideias, talvez impopulares. Eis o resumo: a Corte Constitucional entendeu, por maioria, que não poderia interferir na associação de cidadãos ainda que suas visões e expressões fossem irracionais ou insensatas, vale dizer, o Estado não pode reprimir ideias, ainda que as considere insensatas, anacrônicas, irracionais. O relator entendeu que a Corte não poderia ser guiada por sua visão acerca dos ensinamentos da associação sobre homossexualidade, devendo respeitar as ideias dos grupos que se formam na sociedade. Afirmou, ainda, que os interesses do Estado em reprimir a discriminação não justificam a severa intrusão no direito de liberdade de expressão da associação. O fato de uma ideia ser abraçada e advogada por um número crescente de pessoas constituiria mais uma razão para proteger a liberdade de associação daqueles que desejam dar voz a uma visão diferente. Concluiu que a desaprovação pública ou social da expressão da associação não pode justificar a atuação estatal em compelir tal associação a aceitar membros que podem derrogar sua mensagem.²⁴

O voto dissidente defendeu que o direito de associação não é absoluto, devendo ser verificado no caso concreto. Apontou que não há posicionamento exposto sobre homossexualidade no estatuto, o que impediria a invocação do direito de livre associação. Afirmou que o direito de se associar não significa que em cada cenário que os indivíduos exercitam alguma discriminação em escolher associados, o processo de inclusão/exclusão é protegido pela Constituição. Houve

²⁴ Voto condutor, p. 1-21. Decisão *Boy Scouts of America v Dale* (99-699) 530 U.S. 640 (2000). Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-699.ZS.html>. Acesso em 10.10.2014.

referência também ao fato de que em julgados anteriores o direito de associação não prevaleceu sobre a lei antidiscriminação do Estado. Apontou que o propósito do Estado de coibir a discriminação não está relacionado com a supressão de ideias e que não há provas de que a admissão de pessoas cuja orientação seja homossexual irá impedir capacidade dos Boy Scouts em disseminar suas mensagens. Argumentou no sentido de que uma organização pode adotar uma mensagem de sua escolha e a Corte não é o lugar para concordar ou não com a tal mensagem. Todavia, a Corte deve inquirir se um grupo está, de fato, expressando essa mensagem e se ela é significativamente afetada por uma lei estadual antidiscriminação. A liberdade de associação não significa a liberdade de discriminar à vontade. Concluiu que os preconceitos são prevalentes e causam danos a uma série de pessoas e que esses danos apenas podem ser agravados pela criação de um escudo constitucional para uma política que é, ela mesma, um produto do habitual pensamento sobre aquele que nos é “estranho”.²⁵

Uma vez detalhado o julgamento, localizemos as críticas desenvolvidas no item anterior.

A discricionariedade inerente à regra da proporcionalidade e à ponderação (item 3.1) restou evidenciada logo no início do julgamento.

Embora não haja menção expressa à teoria de Alexy, à regra da proporcionalidade ou à utilização do modelo “adequação-necessidade-proporcionalidade em sentido estrito” podemos vislumbrar que os direitos em conflito foram ponderados tanto pelo voto condutor como pelo voto dissidente, todavia, com soluções diametralmente opostas. Com efeito, partindo da premissa de que não existem direitos absolutos, ambos os votos são construídos pela tensão existente entre a

²⁵ Voto dissidente, p. 1-40. Decisão *Boy Scouts of America v Dale* (99-699) 530 U.S. 640 (2000). Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-699.ZS.html>. Acesso em 10.10.2014.

liberdade de associação consagrada pela Primeira Emenda e o direito à igualdade previsto na 14ª Emenda, regulamentado, nesse caso, pela proibição de discriminação por orientação sexual prevista na Lei do Estado de New Jersey. Os votos partem da análise dos mesmos princípios, mas chegam a conclusões diametralmente distintas, na medida em que conferem, *subjetivamente*, pesos diferentes aos direitos envolvidos. O voto vencedor considerou mais relevante, no caso, o direito à livre associação e o voto vencido consagrou o direito à igualdade. Não olvidamos que o julgamento foi 5x4 e que Dale poderia ter saído vitorioso, mas entendemos que esse fato apenas reforça a existência de larga margem de discricionariedade na decisão.

A abertura semântica dos termos (item 3.2) gerou intenso debate. Com efeito, muitas cláusulas do estatuto da associação foram interpretadas; os limites e os significados dos princípios em jogo também foram amplamente debatidos. Destacamos como exemplo a interpretação das expressões “moralmente reto” e “limpo” contidas no estatuto da associação. Para o voto condutor essas expressões são amplas e caberia à BSA dar sentido a elas. O voto dissidente, todavia, enfrentou o significado desses termos, concluindo que não possuem relação com a sexualidade dos associados, independentemente do que diga a associação de escoteiros.

A identidade construída dos intérpretes (item 3.3) também restou impressa com absoluta clareza nos votos proferidos. Com efeito, o Justice Rehnquist, que elaborou o voto vencedor que concluiu pela exclusão de Dale, era reconhecido como representante da força conservadora da Suprema Corte Americana por um período de três décadas²⁶, até sua morte, em 2005. Indicado por Nixon, votou contra o direito ao aborto em 1973 e contra a criação de uma política racial de ingresso em universidades estatais em 2003. Ainda, defendia a tese de que a cláusula de igualdade

²⁶ “Morre presidente da Suprema Corte”, Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0509200508.htm>. Acesso em 07.12.2014

contida na 14^a Emenda apenas se aplicava aos casos de discriminação racial e que seus colegas da Corte a interpretavam de maneira muito ampla²⁷. Podemos dizer que seu voto no caso Dale foi coerente com sua posição conservadora. Por sua vez, o voto proferido pelo Justice Stevens reflete seus posicionamentos na Corte. Ao longo dos anos, defendeu os direitos individuais, o direito ao aborto e foi um forte oponente da pena de morte, que entendia ser inconstitucional²⁸. De igual forma, podemos verificar coerência entre suas orientações ideológicas e seu voto.

No tocante ao último item (3.4.) não temos elementos para dizer que houve uma banalização da regra da proporcionalidade ou, ainda, mau uso dela. Verificamos que os argumentos tecidos nos dois votos são igualmente convincentes, bem estruturados e desenvolvidos com lógica e coerência, mas devemos ressaltar que não houve análise da “adequação – necessidade – proporcionalidade em sentido estrito”, de acordo com as lições de Alexy. Essas questões foram de alguma forma abordadas, mas não nos termos prescritos por esse autor.

Estamos, portanto, diante de um típico *hard case* e é possível perceber com certa facilidade que a ponderação (e tampouco as técnicas balizadoras desenvolvidas pelos autores de Direito Constitucional) puderam alcançar o intento de conferir o mínimo de racionalidade no tocante ao tema da orientação sexual e reduzir a discricionariedade dos juízes. Se utilizarmos o sopesamento dos princípios envolvidos e/ou os parâmetros desenvolvidos pelos mencionados autores poderemos chegar tanto à conclusão da apertada maioria de Ministros da Suprema Corte Americana quanto à conclusão oposta, na medida em que a escolha da premissa para iniciar o desenvolvimento do raciocínio jurídico é sempre arbitrária (ou pelo menos condicionada), ainda que esteja dentro dos limites da Constituição.

²⁷ Disponível em: <http://www.u-s-history.com/pages/h2026.html>. Acesso em 07.12.2014

²⁸ Disponível em: <http://www.biography.com/people/john-paul-stevens-9494379#synopsis>. Acesso em 07.12.2014

Além das críticas apontadas - *e aqui reside o ponto mais relevante desse trabalho* -, verificamos que o uso da técnica da ponderação, neste caso, serviu de escudo para legitimar o preconceito e a exclusão de um indivíduo por conta, exclusivamente, de sua orientação sexual, o que afronta sobremaneira a 14^a Emenda Constitucional e a própria ideia de Estado Democrático. **Com efeito, como demonstraremos no próximo tópico, o uso do sopesamento entre a igualdade e a liberdade de associação serviu como justificativa para excluir, sem nenhum motivo minimamente racional neste momento histórico e em uma sociedade democrática, indivíduo que tinha conduta exemplar dentro da associação.**

Diante desse quadro, o que se pretende no presente trabalho é simplesmente *retomar mais uma possível interpretação* para a solução do caso fora dos limites da ponderação de direitos e que, ao nosso sentir, alcançaria uma solução mais condizente e coerente com os ditames de uma sociedade democrática. A ideia é apresentar mais um elemento interpretativo a fim servir como ônus argumentativo, sem a pretensão de estabelecer critérios para diminuir a subjetividade do julgador, na medida em que algumas críticas levantadas à teoria de Alexy também se aplicam à interpretação pautada exclusivamente no princípio da igualdade²⁹. Aliás, a própria escolha para a retomada do princípio da igualdade como vetor de interpretação para escrever esse texto, como não poderia deixar de ser, também é condicionada.

Em que pese o cabimento das críticas à interpretação baseada no princípio da igualdade, nossa preferência pelo uso exclusivo da igualdade no conflito em tela reside no fato de que tal técnica exige um ônus argumentativo muito mais intenso, na medida em que se restringe à

²⁹ Com efeito, a utilização do princípio da igualdade como método de interpretação também está sujeito às questões da abertura semântica, da subjetividade do intérprete, e ao recorte tempo-espaço para definir o que é uma discriminação lógica.

verificação do *discrímén lógico*, de maneira a conferir maior racionalidade a uma decisão que envolva os direitos ora debatidos. Ademais, outra vantagem que se verifica é que, utilizando apenas o princípio da igualdade, é possível afastar o direito de associação como *justificativa* para discriminar, sem que ocorra o enfraquecimento desse último direito, como demonstraremos.

5. Sugestão de interpretação: a aplicação exclusiva do princípio da igualdade.

Para alcançar esse intento nos valem da clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello contida na obra “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”³⁰. Não desconhecemos outras obras relevantíssimas sobre o tema³¹, mas optamos por utilizar as lições desse livro, não apenas pela acuidade, densidade e rigor acadêmico, mas por conta da objetividade na apresentação dos critérios.

A ideia é **avaliar os estatutos das associações** sob os critérios elencados por esse autor para definir quando o princípio da igualdade é violado³². Entendemos que análise exclusiva do princípio da igualdade é suficiente para encontrar soluções adequadas ao caso concreto, sem necessidade de se recorrer à ponderação entre “direito à igualdade *versus* direito à livre associação” e, ainda, sem violar a autonomia privada que integra esse último.

³⁰ 3a ed. 11ª triagem, São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

³¹ Citamos como exemplo, José Carlos Vieira de Andrade que leciona que o “princípio da igualdade já terá que ser aplicado, mesmo entre iguais, enquanto proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente a dignidade humana dos discriminados.” op cit. p. 278

³² Justice Stevens, que elaborou o voto dissidente, fez uma análise exaustiva de todos os estatutos da BSA.

Em o “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” o autor parte da indagação de quais discriminações são juridicamente intoleráveis e a partir de então passa a analisar quais os limites da discriminação prevista em lei. Não obstante o emérito Professor ter como objeto a lei, entendemos que é possível aplicar os mesmos elementos lá debatidos *para a análise dos estatutos das associações*, respeitando, evidentemente, as especificidades que só poderiam dizer respeito à lei (critério da generalidade, por exemplo).

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello sobre os critérios para identificação do desrespeito à isonomia:

“Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizado.”³³

O autor ensina que deve haver um fundamento lógico, uma justificativa racional para a utilização de determinado critério como discriminador. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita e fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit, p. 21

diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo.³⁴ Deve-se analisar, ainda, se a correlação é, em concreto, afinada com os ditames constitucionais.

Aplicamos esses critérios no caso *Boy Scouts versus Dale*: a) o elemento tomado como fator de discriminação é a orientação sexual; b) não há correlação lógica entre a orientação sexual e os objetivos e atividades da associação privada; c) ainda que tivesse correlação essa não se atina aos interesses constitucionais, em especial o direito à igualdade previsto na 14^a Emenda à Constituição Norte Americana.

Quanto ao primeiro item, entendemos que o fator “orientação sexual” pode, em princípio e no caso de algumas associações privadas, ser elemento de discriminação. Pensemos em uma entidade privada que desenvolve serviços de construção de casas em regiões pobres de alguns países africanos e envia trabalhadores para esses locais. É notório que em alguns desses lugares a intolerância de ordem sexual é institucionalizada pelo próprio Estado, inclusive com previsão de pena de morte. Nesse caso, e até mesmo para proteger o indivíduo, a associação pode tomar a “orientação sexual” como fator de discriminação para impedir a adesão ao grupo.

No tocante ao segundo item, constatamos claramente que não há correlação lógica entre o fator de discriminação e os objetivos da associação.

A BSA afirma que ensina aos escoteiros que homossexualidade é “imoral” e, conseqüentemente, obrigar a filiação de Dale violaria seu direito de associação, já que não seria

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op cit, p. 39

compatível com seus valores e objetivos. Todavia, a leitura dos estatutos, cartas, cartilhas e guia de orientações desse grupo demonstra exatamente o contrário.

Destacamos, preliminarmente, a inexistência de regra expressa que proíba o ingresso de homossexuais na associação, situação que levou a Suprema Corte Americana a uma intensa discussão para interpretar o estatuto social da BSA. O voto dissidente destacou inúmeras regras e orientações contidas nos estatutos sociais, tais como: “É missão da BSA servir os outros, ajudando a inculcar valores em jovens e, de outras maneiras, prepará-los para fazer escolhas éticas durante a vida para conquistar seu potencial.” Ainda: ensinar patriotismo, coragem, auto confiança, e valores de parentesco.³⁵ Seus valores são, dentre outros, ajudar as pessoas, manter-se fisicamente forte, mentalmente consciente, moralmente reto.

Um dos escopos da BSA é que o conjunto de associados reflita, proporcionalmente, as características da população masculina na sua área de serviço. Dessa forma, nenhuma lei da associação pode permitir a exclusão de qualquer indivíduo: seja negro/branco, pobre/rico, ateu/religioso *etc.*

Não há referência sobre orientação sexual no estatuto. Aliás, de acordo com a cartilha distribuída aos líderes dos grupos, os mesmos são instruídos a encaminharem os associados que possuem questionamentos/dúvidas no campo da sexualidade para a família, líderes religiosos ou para profissionais da área de saúde.

³⁵ Voto dissidente, p. 4. Decisão *Boy Scouts of America v Dale* (99-699) 530 U.S. 640 (2000) .Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-699.ZS.html>. Acesso em 10.10.2014.

Expressões como “moralmente reto” (morally straight) ou “limpo” (clean) evidentemente são muito vagas³⁶, mas a própria associação prevê alguns parâmetros para esses termos: “moralmente reto” significa ser uma pessoa de forte caráter, que guia a vida com honestidade, pureza e justiça. (...) No conceito de moralmente reto, a palavra chave é coragem.³⁷ Sobre o termo “limpo”, este se refere à limpeza corporal, de linguagem (piadas inadequadas, brincadeiras com grupos étnicos ou com pessoas com limitações físicas ou mentais).³⁸

Não precisamos de grandes digressões para afirmar categoricamente que nenhum desses princípios revela sequer a menor relação com a orientação sexual dos membros, sejam heterossexuais, bissexuais ou homossexuais. Caráter, coragem, altruísmo, escolhas éticas, conduta reta, limpeza, enfim, nenhum desses conceitos podem ser correlacionados com a orientação sexual. A tomada de uma única característica de um indivíduo, desconsiderando a personalidade e o histórico, é muito reducionista e não tem a mínima racionalidade. Aliás, no caso de James Dale, a própria BSA reconheceu seu comportamento exemplar e sua afinidade com os valores da associação, conferindo-lhe inúmeras condecorações e uma honraria destinada **a apenas 3% dos milhões** de escoteiros que integram o quadro nos Estados Unidos. A pergunta que fica é: a revelação de sua homossexualidade apaga esse histórico? Evidentemente que não. Apenas o preconceito confere amparo à exclusão no caso estudado.

E no tocante ao terceiro item, temos que essa discriminação não se coaduna com os interesses constitucionais norte-americanos, em especial, o direito à igualdade previsto na 14ª Emenda.

³⁶ Termos como estes já foram utilizados anteriormente como parte do discurso contra determinados grupos: a eugenia nazista contra judeus na Segunda Guerra talvez seja o exemplo mais conhecido.

³⁷ Voto dissidente, p. 5. Decisão *Boy Scouts of America v Dale* (99-699) 530 U.S. 640 (2000). Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-699.ZS.html>. Acesso em 10.10.2014.

³⁸ Voto dissidente, p. 6. Decisão *Boy Scouts of America v Dale* (99-699) 530 U.S. 640 (2000). Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-699.ZS.html>. Acesso em 10.10.2014.

Corroborando esse entendimento, a intensa produção legislativa dos Estados americanos sobre leis antidiscriminação.

Desta forma, Dale não poderia ter sido excluído dos quadros da Boy Scouts of América.

Verifica-se que a utilização do princípio da igualdade tal como descrito por Celso Antônio Bandeira de Mello alcançou solução absolutamente diversa (e, em nosso entendimento, mais adequada) do que aquela proferida pela Suprema Corte, com o uso da ponderação. É verdade que a mais alta Corte Americana poderia ter concluído pela manutenção de Dale, mas, ao que parece, o preconceito contra a homossexualidade prevaleceu disfarçado de “liberdade de associação”.

Não obstante a inexistência de correlação lógica entre a orientação sexual e os objetivos da associação, verificamos que a prevalência do argumento do direito à associação serviu como fundamento a uma decisão que entendemos antijurídica, na medida em que reforçou preconceito. O estigma, a segregação e a violência contra homossexuais em determinadas culturas é milenar, mas em um Estado que se pretende democrático as medidas judiciais não podem ignorar essa situação, sob pena de indiretamente contribuir para a manutenção da violência contra esse grupo³⁹ e contra outras tantas minorias historicamente segregadas.

³⁹ De acordo com o relatório da Human Rights Campaign Foundation, apenas em 2007, 1265 crimes de ódio contra a população LGB foram reportados ao FBI, o que significa um aumento de 6% em relação ao ano anterior p. 2. (original em inglês, tradução livre). Disponível em: [http://hrc-assets.s3-website-us-east-1.amazonaws.com/files/assets/resources/Hatecrimesandviolenceagainstlgbtpeople_2009.pdf#_utma=149406063.439738176.1416259850.1416259850.1416259850.1&_utmb=149406063.3.10.1416259850&_utmc=149406063&_utmx=-&_utmz=149406063.1416259850.1.1.utmcsr=google|utmccn=\(organic\)|utmcmd=organic|utmctr=\(not%20provided\)&_utmv=-&_utmk=201095854](http://hrc-assets.s3-website-us-east-1.amazonaws.com/files/assets/resources/Hatecrimesandviolenceagainstlgbtpeople_2009.pdf#_utma=149406063.439738176.1416259850.1416259850.1416259850.1&_utmb=149406063.3.10.1416259850&_utmc=149406063&_utmx=-&_utmz=149406063.1416259850.1.1.utmcsr=google|utmccn=(organic)|utmcmd=organic|utmctr=(not%20provided)&_utmv=-&_utmk=201095854). Acesso em 16.11.2014.

Entendemos, portanto, que a utilização exclusiva do princípio da igualdade, com a comprovação do liame lógico para discriminar, nos parece um critério mais adequado para o caso em questão, pois exige um ônus argumentativo muito mais consistente para justificar a exclusão (na medida em que reduz, em um primeiro momento, o âmbito de interpretação e direciona o intérprete para a questão da lógica da discriminação)⁴⁰ e tende a evitar o uso de outros princípios como “escudos” para reforçar o preconceito.

Aqui cabem duas observações importantes.

A primeira: não basta a especificação e delimitação do objeto no estatuto social da associação privada. É preciso, como insistentemente descrito, que a existência de correlação lógica entre o fator de discriminação e objetivos da entidade e que tais objetivos não afrontem as disposições constitucionais. Assim, apenas para exemplificar, não seria possível no sistema jurídico brasileiro a associação de indivíduos de determinada etnia cujo intento seja pregar a inferioridade de outras etnias, na medida em que afronta diversos artigos da Constituição Federal, dentre eles o art. 3º, I, III e IV e art. 5º, caput.

⁴⁰ Vejamos a utilização dos mesmos critérios em outras situações. Suponhamos a existência de associação de mulheres negras que são modelos fotográficos. O intuito da associação é permitir a troca de experiências vividas exclusivamente por conta da cor da pele, a valorização da beleza africana e a inserção desse grupo em um mercado de trabalho restrito e notoriamente composto por mulheres brancas. Ainda que o preconceito seja tema que diga respeito a todos, entendemos que a associação não é obrigada a aceitar uma mulher branca em seus quadros, porque a discriminação nesse caso não é fortuita, vale dizer, existe um *discrimen* lógico: a inserção de um grupo historicamente desfavorecido no mercado de trabalho. De igual forma, uma associação de evangélicos não é obrigada a aceitar em seus quadros uma pessoa que professe outra fé, na medida em que afrontaria a própria razão de existir da entidade.

Como último exemplo, imaginemos um clube privado que tenha por objetivo a recreação, o convívio de seus sócios e a prática de esportes. Nesse caso não poderia haver discriminação por conta de sexo, raça ou orientação sexual na medida em que as atividades podem ser realizadas por todos e os objetivos podem ser compartilhados independentemente de sexo, raça, credo, orientação sexual, origem.⁴⁰ Logo, qualquer cláusula no estatuto social que vedasse implícita ou explicitamente a associação por conta dessas características não poderia subsistir diante da natureza do seu objetivo. Além da falta de *discrimen* lógico, verificamos nesse caso que há ofensa a inúmeros dispositivos constitucionais.

Insta notar que esses exemplos revelam uma forte característica humana: a autonomia da vontade, que nesse caso diz respeito ao desejo de se reunir com quem quiser, com aqueles que partilham as mesmas opiniões, objetivos e projetos. O ser humano tem suas predileções, seus caprichos, suas afinidades e não há meios de o sistema jurídico ignorar esse fato. “O homem não é apenas um ser racional, nem é perfeito e a ética jurídica não pode pretender que ele o seja. A liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio, é também uma liberdade emocional.” (Vieira de Andrade, op cit, p. 277). Logo, nos parece razoável entender que não é possível a associação de todos os indivíduos em todos os grupos.

A segunda: a opção por essa técnica de interpretação não significa que haja hierarquia entre os princípios em jogo. Com efeito, apenas optamos por uma técnica que tem a *igualdade* como protagonista, sendo certo que o direito de associação - e a autonomia privada que o integra - não são esvaziados. Ocorre a análise dos princípios sob outro prisma: ao invés de tentarmos estabelecer, ao mesmo tempo, os limites de cada princípio dentro da ponderação, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello permitem que, no caso, o direito de associação seja respeitado por consequência, na medida em que este está *também* diretamente relacionado com a comprovação do *discrímen* lógico apto a impedir a adesão de determinado indivíduo ou grupo. Vale dizer: existindo liame lógico é possível excluir indivíduos e, por consequência, respeitar o princípio da liberdade de associação.

6. Conclusões

Respondendo à questão proposta, temos que pode ser negado o direito de associação por conta exclusivamente da cor, da religião ou da orientação sexual desde que reste devidamente justificado e provado o *discrímen* lógico que ampare a negativa e que esse fator de diferenciação não seja contrário aos ditames constitucionais.

Nas sociedades contemporâneas, caracterizadas pela multiplicidade de autores e complexidade das relações, as associações privadas devem observar os direitos fundamentais consagrados na Constituição da República (dentre eles o princípio da igualdade) ao mesmo tempo em que existe a necessidade de proteger a autonomia privada e da autodeterminação do indivíduo (que pode ser traduzido no direito à livre associação).

O confronto entre esses dois princípios normalmente é resolvido pela regra da proporcionalidade e pela técnica da ponderação desenvolvidas por Alexy. Todavia, a discricionariedade intrínseca, a abertura semântica de termos, a inexistência de modelo de intérprete neutro e ideal e a banalização dessa técnica não garantem segurança jurídica e racionalidade das decisões. Podem, ainda, gerar arbitrariedades pelo Poder Judiciário e servir de “escudo” para negar direitos, como se verificou no caso Dale. Ao relacionarmos direito de associação *x* direito a igualdade, corremos o risco de consagrar uma decisão inadequada para uma sociedade democrática, pois sob o argumento de *direito a associação* é possível legitimar a desigualdade e o preconceito, como ocorreu no julgamento estudado.

Por isso entendemos que, apesar de se sujeitar a boa parte das críticas formuladas à ponderação, a utilização do *discrímen lógico*, dentro exclusivamente do princípio da igualdade, tem como vantagem a possibilidade de afastar a utilização indevida da técnica da ponderação e de “argumentos constitucionais que servem de escudos” contra determinados grupos e tem o potencial de levar à solução mais adequada para auxiliar a promover a inclusão de grupos minoritários em uma sociedade democrática de direito que privilegia o respeito aos direitos humanos. Ainda, exige maior rigor no ônus argumentativo, consagrando a racionalidade.

Como advertimos na introdução, não há ineditismo nesse artigo. Apenas buscamos retomar e destacar uma técnica de interpretação já conhecida para solucionar o embate “igualdade *x* liberdade de associação” que é normalmente decidido pela ponderação. Partindo da análise do estatuto da associação, o uso dos critérios desenvolvidos por Celso Antônio Bandeira de Mello é mais *adequado* (o que não significa dizer *exclusivo e infalível*, por óbvio) para solucionar essa questão,

pois consegue apresentar uma resposta coerente e consagrar de maneira mais eficiente o princípio da igualdade e **por consequência**, o direito de associação e a autonomia privada. Em outras palavras: existindo liame lógico é possível excluir indivíduos e, conseqüentemente, o princípio da liberdade de associação estará respeitado. Tais critérios não eliminam o direito de associação; apenas exigem *previamente* a comprovação da correlação lógica e da observância dos ditames constitucionais para discriminar, de forma que evita o eventual uso do “direito de associação” como escusa para manter o preconceito contra populações histórica e sistematicamente excluídas da sociedade.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2a Ed, São Paulo:Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3a ed. ,11a triagem,São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº. 17, 2008. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista, *DOXA*, Cuadernos de Filosofia del Derecho, 34, 2011.

PUGLIESI, Márcio. Textos e Hermenêutica: problemas de compreensão no âmbito constitucional. Aula Magna do programa de Mestrado em Direito da UNIFIEO, proferida em 18.03.2014 In: <http://www.unifieo.br/Mestrado+Direito/Textos+e+hermeneutica+trac+Problemas+de+compreensao+no+ambito+constitucional.html>.

SARMENTO, Daniel. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF”. In LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang e CARBONELL, Miguel (coord). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Jus Podium, 2011.

————— *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Ed Lumen Juris, 2006.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Sites:

Decisão Boy Scouts of America v Dale (99-699) 530 U.S. 640 (2000) .Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supct/html/99-699.ZS.html>. Acesso em 10.10.2014.

“Morre presidente da Suprema Corte”, Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0509200508.htm>. Acesso em 07.12.2014

<http://www.u-s-history.com/pages/h2026.html>. Acesso em 07.12.2014

<http://www.biography.com/people/john-paul-stevens-9494379#synopsis>. Acesso em 07.12.2014

http://hrc-assets.s3-website

useast1.amazonaws.com//files/assets/resources/Hatecrimesandviolenceagainstlgbtpeople_2009.pdf#
__utma=149406063.439738176.1416259850.1416259850.1416259850.1&__utmb=149406063.3.1
0.1416259850&__utmc=149406063&__utmz=149406063.1416259850.1.1.utmcsr=google|utmccn=(organic)|utmcmd=organic|utmctr=(
&__utmz=149406063.1416259850.1.1.utmcsr=google|utmccn=(organic)|utmcmd=organic|utmctr=(
not%20provided)&__utmv=-&__utmj=201095854. Acesso em 16.11.2014.