



Ministério Público Federal
Procuradoria-Geral da República

18624 - OBF - PGR

Recurso Extraordinário 738.462 - SP

Relator: Ministro Celso de Mello

Recorrente: Sociedade Brasileira de Defesa da

Tradição, Família e Propriedade - TFP

Recorrentes: Caio Vidigal da Silveira e outros

Recorridos: Nelson Tadeu Costa e outros

Recursos extraordinários interpostos contra acórdãos do TJSP e do STJ. Decretação de nulidade de cláusulas estatutárias de associação denominada "Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição, Família e Propriedade - TFP". Aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas, mediante interpretação do direito infraconstitucional. Matéria de índole constitucional a ser

decidida pelo STF. Alegada violação do art. 5º, xvii e xviii, da CR.

Configuração de prequestionamento, pela oposição de embargos de declaração no julgado do TJSP: precedentes específicos do STF.

Natureza direta das afrontas constitucionais ligadas à liberdade de associação, em decorrência da imposição judicial de forma de organização da associação, ainda que com base em alegado imperativo da lei civil.

Necessidade de separação de temas impropriamente conglobados na discussão: eventual má aplicação de regras do estatuto da associação não gera a invalidade destas; pode dar margem à anulação de atos concretos, não postulado no caso.

Ilicitude de decisão do caso sem ao menos se considerarem as normas constitucionais nele envolvidas: a igualdade entre os sócios e a liberdade de associação devem ser analisadas, até como decorrência da característica influência bilateral dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A intervenção do Estado nas relações privadas tem como condição necessária, embora nem sempre por si só suficiente, a caracterização de heteronomia, em qualquer das relações de direito fundamental mantida

pelo poder público nesse contexto, isto é, quanto a quem abre sua esfera pessoal à interferência alheia - normalmente, o devedor; no caso o sócio -, quer quanto ao titular do poder de configuração da relação privada - normalmente, o credor; no caso, a associação: a heteronomia caracteriza-se pela imposição da vontade de uma das partes contratuais à da outra.

Necessidade de a verificação da existência de heteronomia na relação privada distinguir as espécies de liberdade contratual em causa: a liberdade negativa do devedor e a liberdade positiva do credor.

O critério de verificação de existência de heteronomia, em relação à pessoa que abre sua esfera protegida por direito fundamental a outrem não tem que ver com a disparidade estrutural das partes na relação privada, mas com a ausência ou déficit de liberdade ao contratar, que se manifesta pela dependência de outrem na aquisição do objeto do contrato ou na falta de compreensão dos riscos do pacto.

O parâmetro de verificação da existência de heteronomia, em relação ao titular do poder de configurar a relação jurídica privada confunde-se com os padrões de proibição de excesso empregados no controle das leis de direito público.

Inexistência, no caso, de heteronomia em detrimento do sócios autores, porque o ingresso e a permanência do interessado na TFP resulta de ato de sua mais livre vontade, porque a vinculação a essa entidade não é juridicamente compulsória para obtenção de nenhuma vantagem, porque não diz respeito à fruição de bem imprescindível ou muito relevante para a vida social, porque não evita discriminações, na hipótese de não adesão e finalmente porque não impede a constituição de pessoa jurídica de doutrina e propósitos similares, segundo os princípios que os recorridos entenderem os mais adequados.

Tampouco se configura heteronomia prejudicial aos sócios, na modalidade de déficit de informação das consequências da adesão à sociedade, porque a desigualdade entre os sócios e o modo de sua exclusão constam de regras claras do estatuto, cuja sentido inequívoco nem foi questionado no processo.

A adesão dos sócios diversos dos fundadores representa o exercício de direitos fundamentais, por meio da disposição de parte de seu objeto, e não a restrição da igualdade, de modo que o âmbito de sua proteção não foi atingido.

Caracterização de heteronomia contra os interesses da associação e dos sócios fundadores, na medida em que restringido seu direito de associação na ausência de prejuízo à coletividade nem ao direito de igualdade dos demais sócios.

Necessidade de interpretação do art. 1.394 do CC de 1916 de modo consentâneo com os direitos fundamentais da Constituição de 1988, por meio de redução teleológica, de modo que não seja entendido como cogente, no caso da associação ora discutida.

Parecer pelo provimento do recurso extraordinário interposto contra o julgado do TJSP e pelo conhecimento parcial e, nessa medida, pelo provimento do recurso extraordinário interposto contra o acórdão do STJ.

1. Introdução

Trata-se de recursos extraordinários interpostos contra acórdãos do TJSP e do STJ, que declararam nulas determinadas cláusulas do estatuto da Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição da Família e da Propriedade - TFP.

2. Do histórico do caso

Em 1997, 78 sócios-efetivos e 169 cooperadores da referida associação civil, constituída em 1960, ajuizaram ação ordinária declaratória de nulidade das seguintes cláusulas de seu estatuto social (f. 80):

Art. 10 - Os sócios são de três categorias; os fundadores, os efetivos e os honorários. [...].

§ 2º - Os sócios-efetivos serão admitidos por deliberação da Assembleia Geral, mediante proposta de um sócio-fundador, e por um prazo que será fixado pela mesma assembleia que os admitir, podendo ser prorrogado por outra, quantas vezes aprouver, e prorrogando-se de pleno direito enquanto o sócio-efetivo estiver exercendo cargo de Diretor (art. 12); findo esse prazo, perderão eles ipso facto a condição e qualidade de sócios. [...].

Art. 14 - [...]

§ 1º - Caberá privativamente aos sócios-fundadores e, quando membros da DAFN, aos sócios-efetivos,

do sócio-efetivo, é nulo, por ser abusivo, configurar um desequilíbrio inaceitável em detrimento da parte mais fraca da relação contratual, contrariando os arts. 115 e 85 do Código Civil; e caso no curso da lide tenham qualquer dos Autores sido excluídos da condição de sócio da TFP com base nesse artigos, sejam reintegrados ao Quadro Social;

c. reconhecer que a categoria dos cooperados tem os mesmos direitos dos sócios-efetivos.

A petição inicial afirma que, a partir da morte do primeiro Presidente da TFP, o exercício do poder pela nova diretoria eleita nos termos da cláusula 10, § 2º, do estatuto social, ter-se-ia degenerado em abuso, com a prática de atos de expulsão sumária de associados, sonegação de informações sobre as decisões da sociedade, cerceamento da liberdade de expressão etc. Tudo como decorrência do monopólio do direito de voto pelos sócios-fundadores e demais membros da diretoria.

A demanda foi julgada improcedente em primeira instância. A sentença negou o pleito dos autores, com base na liberdade de associação e na vedação de interferência estatal no funcionamento dessas entidades, nos termos do art. 5º, xvii e xviii, da CR.

Os autores apelaram e o TJSP proveu-lhes parcialmente o recurso, vencido o relator. O voto condutor do julgado não unânime ponderou (f. 4006):

É certo que a TFP é uma sociedade civil, estando regida, pois, pelos artigos 1.363 e 1.409 do Código Civil.

Também é certo que quando foi criado o estatuto social da apelada, na década de 1960, consignou-se nas disposições transitórias em seu art. 1º, que “por toda vida enquanto durar a Sociedade, o Prof. Plínio Corrêa de Oliveira será o Presidente do Conselho Nacional”.

Hoje o fundador que levou a sociedade civil a organizar-se está morto.

Não é possível manter-se o argumento do ilustre Magistrado "a quo" da imutabilidade das cláusulas do estatuto social, cabendo aos descontentes formarem outra sociedade.

Essa postura é cômoda.

Todavia aqueles que se unem para um fim, trabalhando para a manutenção da Sociedade por grande parte de sua existência, não podem sucumbir ao argumento simplista.

Note-se que a inicial esclarece que são oito sócios fundadores, cento e cinquenta e dois sócios-efetivos e seiscentos e quarenta cooperados.

Há notícia de mais 1.070 sócios correspondentes.

Por fim consigna a apelante que do total geral de sócios 79,35% são favoráveis às mudanças estatutárias.

Cômodo é mandá-los retirar-se da sociedade e outra constituir.

Anote-se que já ocorreram alterações anteriores no Estatuto.

Assim já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Condição potestativa - Não é vedada em lei a condição simplesmente potestativa - Inexiste, pois, proibição a que a eficácia do ato esteja condicionada a acontecimento futuro, cuja realização dependa do devedor ou possa ser por ele obstada. Defesa é a condição meramente potestativa, correspondente à formula *si volam*, que esta retira a seriedade do ato, por inadmissível que alguém queira, simultaneamente, obrigar-se e reservar-se o direito de não se obrigar”.

“Illicitude que, entretanto, se reconhece da cláusula de estatuto de associação civil, a vedar o direito de voto a determinada categoria de associados, condicionando-o a fato que lhes é absolutamente estranho. Infringência do disposto do art. 1.394, primeira parte, do Có-

digo Civil. Decisão, nesse ponto, tomada pelo voto médio" (STJ, R.E. nº 20.982-5, Rel. designado Min. Eduardo Ribeiro [...]).

Entendo, com devida vênia, que a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer no art. 5º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" e que "é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedadas a de caráter paramilitar" (inciso xvii), tem expressa influência sobre a matéria subjudice.

Não há de se pretender a imutabilidade de um estatuto social.

Evidente que deve ele atender à modernidade quando se verifica estar em desconformidade com seu tempo.

A própria inicial consigna situações vexatórias e constrangedoras impostas a sócios da sociedade frente a poder medieval exercido pelo seletos e restrito número de dirigentes.

A "affectio societatis" é que mantém uma sociedade viva, ou seja, o homem que a compõe.

Na aferição dos ideais irmanados de seus componentes é que reside a força da sociedade.

Querer exercer o poder de forma feudal é algo que repele a moralidade média, posto que, mesmo numa sociedade civil, os limites do poder devem estar estreitamente definidos a fim de se evitar excessos ou desmandos.

Como se vê, trata-se de sociedade que mantém grande poder econômico, contando com 72 imóveis, e retribuindo a associados com "bolsas" e alimentação, embora não se tenha esclarecido a origem de tal poderio econômico que, por certo, não se dá com os "êremos itinerantes" percorrendo o país vendendo livretos.

Assim é justo que a administração societária seja feita às claras, e não de forma secreta a atribiliária como ficou descrito na inicial, fruto de uma oligarquia centralizada e poderosa.

Rege-se, pois, a presente sociedade pelas normas dos artigos 1.363 e 1.394 do Código Civil.

Estabelece art. 1.363:

"Não revestindo nenhuma das formas do artigo antecedente, a sociedade reger-se-á pelo que neste capítulo se prescreve".

A chave de abóbada é lançada pelo art. 1.394:

"Todos os sócios tem direito de votar nas assembleias gerais, onde, salvo estipulação em contrário, sempre se deliberará por maioria de votos".

Dessa forma, a despeito de toda a bem lançada argumentação em contrário, entendo que é nulo de pleno direito o parágrafo 1º do artigo 14, que estipula que somente os sócios-fundadores e sócios-efetivos membros da Diretoria Administrativa e Financeira Nacional podem participar e deliberar em Assembleia Geral.

Entendo que tal determinação viola o art. 1.394 do Código Civil, impedindo a convocação de Assembleia Geral.

Fica, pois, cautelarmente estabelecido para as próximas assembleias a serem realizadas após o julgamento, fixado o quorum de 20% dos sócios de todas as categorias como suficiente para pleitear a realização de qualquer Assembleia Geral, até fixação pela própria Assembleia Geral de número de sócios que esta entenda conveniente para tanto, reconhecida a nulidade do art. 20 do Estatuto.

Fica reconhecida a nulidade do art. 10, § 2º, onde se determina que todo sócio-efetivo só pode ser mantido por tempo determinado a critério da Assembleia, que pode prorrogar sua manutenção como sócio por período que entender conveniente.

O critério é aleatório e arbitrário não se coadunando com os princípios do bom direito, posto que, não interessando a permanência de um sócio-efetivo será ele sumariamente descartado pelos sócios-

fundadores, já previstas as efetivas hipóteses de desligamento no art. 12.

Quanto aos cooperadores, que não são sócios nos termos do art. 15º, não se pode elevá-los à categoria de sócios, o que só pode fazer a Assembleia Geral, sob pena de indevida intromissão do Poder Judiciário.

Isto posto, nos termos retro mencionados, dá-se parcial provimento ao apelo, rejeitadas as preliminares. Fica invertida a sucumbência nas mesmas proporções [...].

A associação opôs embargos infringentes, que foram desprovidos também por maioria (f. 4.369)¹.

1 "Embargos infringentes - Sociedade civil - Art. 1.394 do Código Civil - Reconhecimento do direito de todos os sócios poderem votar, cabendo também a eles convocar as assembleias, desde que se tenha número percentualmente especificado no Estatuto Social para esse fim - Embargos rejeitados".

A recorrente opôs embargos declaratórios ao julgado que desproveu os infringentes. Requereu a expressa manifestação do TJSP sobre a incidência do art. 5º, xvii e xviii, da CR, que norteou o voto vencido. Requereu também o pronunciamento sobre o art. 5º, ii, da CR (f. 4.537).

Paralelamente, os sócios fundadores, Caio Vidigal Xavier da Silveira, José Fernando de Camargo, Adolpho Lindenberg e Celso da Costa Carvalho Vidigal, que não integravam a demanda, também opuseram embargos declaratórios. Alegaram a nulidade do acórdão, por dois fundamentos: 1) violação do art. 118, § 1º, iii, da Loman² e b) não citação dos embargantes

2 "Art. 118. Em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos Tribunais Superiores, dos Tribunais Regionais, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, (Vetado) poderão ser convocados Juizes, em Substituição (Vetado) escolhidos (Vetado) por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo, ou, se houver, de seu Órgão Especial: § 1º - A convocação far-se-á mediante sorteio público dentre: III

para integrar a lide, na condição de litisconsortes passivos necessários (f. 4.455).

Ambos os embargos foram rejeitados³.

- Os Juízes da Comarca da Capital para os Tribunais de Justiça dos Estados onde não houver Tribunal de Alçada e, onde houver, dentre os membros deste para os Tribunais de Justiça e dentre os Juízes da Comarca da sede do Tribunal de Alçada para o mesmo.

³ "Embargos de declaração interpostos por quem não figurou na demanda principal - Os embargantes, no caso dos autos, não podem ser considerados como terceiros prejudicados, não havendo a necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário, ao contrário do que afirmaram no recurso - Há de se ter em conta que as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros e que existe litisconsórcio, porém, unitário não necessário, podendo figurar nos autos facultativamente, ao lado da pessoa jurídica na qualidade de assistentes litisconsorciais, jamais como litisconsortes necessários, pois não são os titulares diretos e sujeitos principais da relação de direito material litigiosa - outro ponto existe em desfavor dos recorrentes, eis que ficou evidenciado nos autos que os embargantes sempre tiveram conhecimento do processo, uma vez que são diretores da sociedade ré e, se não ingressaram nos autos antes é porque não qui-

A associação opôs novos embargos declaratórios, para que o TJSP se manifestasse sobre a incidência do art. 55 do novo Código Civil⁴, cujo início de vigência se deu após a dedução dos primeiros embargos. O Tribunal de origem não se pronunciou sobre o tema. Daí os terceiros embargos declaratórios, igualmente rejeitados, inclusive com imposição de multa à embargante⁵.

seram fazer isso, tudo demonstrando que concordavam que somente figurasse na ação como parte passiva, a Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição, Família e Propriedade - T.F.P., sendo-lhes defeso, portanto, nesta altura da demanda, a postulação do ingresso nela, como foi feito - Embargos não conhecidos”.

“Embargos de Declaração interpostos pela ré - Ausência de falhas apontadas - Desejo de que se proceda o reexame da matéria, o que é defeso nesta sede recursal - Embargos rejeitados”.

⁴ Art. 55. Os associados devem ter iguais direitos, mas o estatuto poderá instituir categorias com vantagens especiais.

⁵ “Embargos de declaração - Inexistência das omissões e falhas que a embargante aponta em suas razões recursais - Na

Na sequência, a pessoa jurídica privada e os mencionados sócios fundadores interpuseram, conjuntamente, recursos especial e extraordinário.

O recurso extraordinário imputou ao acórdão recorrido negativa de vigência dos artigos 5º, ii, xvii e xviii, da CR (f. 5.173). Sua não admissão na origem resultou na interposição de agravo de instrumento, cujo julgamento se encontra suspenso, segundo informação extraída do banco eletrônico de dados do STF.

O recurso especial alegou nulidade do processo, por ausência de citação dos sócios fundadores como litisconsortes passivos necessários (art. 47 do CPC). Afirmou a perda do objeto da demanda, em virtude de suposta mudança estatutária posterior ao acórdão, com extensão do direito de voto aos sócios efetivos. Susci-

realidade, do decisum ficou bem esclarecido que a matéria novamente suscitada pelos presentes embargos, trata-se de tentativa de se reexaminar questões amplamente debatidas e já decididas, impossível nesta sede recursal.

tou ofensa ao artigos 535, ii, do CPC; 118, § 1º, iii, da Loman; 55 e 2035 do CC atual; 462, 303 e 267 do CPC e 1.394 e 145 do CC de 1916 (f. 5.109). O STJ proveu parcialmente o recurso especial⁶, para exonerar os recorrentes da multa aplicada nos últimos embargos declaratórios. No mais, afastou a alegada incidência do novo Código Civil; negou a existência de litisconsórcio passivo necessário entre a associação e os sócios

⁶ Vencido o Min. Relator, cujo voto conheceu e deu “provimento parcial ao recurso especial para i) acolher a preliminar de violação do art. 47 do CPC, mas deixar de pronunciar a nulidade do processo, nos termos do § 2º, do art. 249 do CPC; no mérito, ii) reconhecer a validade da atribuição do direito de voto exclusivamente aos sócios (associados) fundadores da primeira recorrente e da admissão temporária dos sócios (associados) efetivos; iii) manter o acórdão recorrido na parte que diz respeito à convocação da assembleia geral da primeira recorrente por 1/5 de todos os associados, ante a preclusão operada; iv) restabelecer os ônus sucumbenciais fixados na sentença, uma vez que os réus, ora recorrentes, sucumbiram em parte mínima do pedido” (f. 7.661).

fundadores e manteve a declaração de nulidade dos artigos 10, 2º, e 14, § 1º, do estatuto da TFP.

Por fim, o voto condutor do julgado afirmou que os recorrentes teriam desrespeitado o efeito *ex tunc* do acórdão recorrido, ao promoverem novas assembleias, com base na norma estatutária declarada nula pelo TJSP. Em razão disso, decretou, de ofício, a nulidade de todas as assembleias extraordinárias da TFP, posteriores ao ajuizamento da demanda.

O acórdão do STJ recebeu a seguinte ementa (f. 7.717):

Processo civil e direito civil. Embargos de declaração. Interrupção do prazo recursal. Reconhecimento do pedido. Impossibilidade de análise em sede de recurso especial. Súmulas 5 e 7 do STJ. Declaração de constitucionalidade da LC 646/1990 do Estado de São Paulo pelo STF. Litisconsórcio necessário. Inexistência. Associação sem fins lucrativos. Art. 1.394 do CC de 1916. Violação de norma de ordem pública. Nulidade das cláusulas estatutárias excludentes do direito de voto, bem como as dela decorrentes. Art. 2.035 do CC de 2002. Inaplicabilidade ao caso concreto. Eficácia *ex tunc* da declaração de nulidade. Multa do art. 538, parágrafo único do CPC. Exclusão.

1. Os embargos declaratórios, ainda que não conhecidos, têm efeito interruptivo do prazo dos demais recursos, ressalvadas as hipóteses de intempestividade ou irregularidade formal. Precedentes.
2. O reconhecimento do pedido denota a perda superveniente do interesse recursal da recorrente, sendo certa a possibilidade de seu reconhecimento em sede de recurso especial. Não obstante, no caso sob análise, verifica-se a inexistência de decisão do tribunal a quo confirmando a efetiva ocorrência e o alcance da reforma estatutária em comento, o que tem o condão de impedir a apreciação da questão na estreita via do recurso especial, uma vez que seria necessário o cotejo dos dispositivos do estatuto social antes e após a indigitada alteração, o que é vedado ante o teor das Súmulas 5 e 7 do STJ.
3. O art. 535 do CPC permanece incólume quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre todas as questões postas nos autos, sendo certo que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela

parte, quando os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

4. O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que o sistema de substituição em segunda instância adotado pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo não é ofensivo à Constituição (Lei Complementar Estadual nº 646/90).

5. O litisconsórcio necessário, à exceção das hipóteses de imposição legal, encontra sua razão de ser na natureza da relação jurídica de direito material deduzida em juízo, que implica necessariamente a produção dos efeitos da decisão de mérito de forma direta na esfera jurídica de todos os integrantes dessa relação.

6. O objeto litigioso da ação de nulidade de cláusula estatutária é o poder dos sócios efetivos assumirem o exercício dos direitos associativos dos quais foram alijados por norma inserta no instrumento de constituição da associação, ou seja, o objeto da demanda dos associados sem direito de voto é o

estatuto que pertence à associação, e não a relação existente entre os associados.

7. O provimento jurisdicional que reconheça a nulidade das referidas cláusulas atingirá diretamente a relação entre os sócios autores e a associação demandada e, apenas em segundo plano, fa-lo-á em relação aos sócios fundadores, porquanto permanece incólume o direito destes de votar e de serem votados, assim como o de integrarem os órgãos dirigentes da entidade, sem que haja qualquer limitação jurídica a seu status societário.

8. O artigo 1.394 do CC de 1916 preconiza o direito de voto de todos os sócios sem qualquer restrição ou distinção, ressoando inequívoco o seu caráter mandamental e a sua natureza de norma cogente norteadora dos princípios básicos das sociedades civis, sendo cediço que a expressão "salvo estipulação em contrário" refere-se à segunda parte do dispositivo, ou seja, à deliberação por maioria de votos na assembleia geral.

9. Ademais, o ordenamento jurídico é norteado pela liceidade das condições, sendo vedadas aquelas que contrariem a lei, a moral, a ordem pública e os bons costumes, bem como aquelas que se apresentem puramente potestativas, ou seja, que subordinem o negócio jurídico ao talante exclusivo de uma das partes, tal qual o desequilíbrio contratual imposto pelo estatuto da associação recorrente ao excluir, de forma absoluta, o direito de voto dos sócios efetivos, deixando-os à mercê do poder oligárquico dos sócios fundadores.

10. As normas estatutárias, que decorrem lógica e diretamente da que alija os sócios efetivos do poder de deliberação dos rumos e objetivos da entidade, encontram-se igualmente maculadas, porquanto infringem o princípio do direito de voto de todos os sócios, aos quais assiste a prerrogativa de participar da decisão sobre os objetivos comuns da associação.

11. As cláusulas estatutárias declaradas nulas de pleno direito pelo Tribunal estadual sob a égide do

Código Civil de 1916 não produziram efeitos, porquanto, consoante cediço, a declaração de nulidade tem eficácia ex tunc, retroagindo ao momento da propositura da ação. Inaplicabilidade do art. 2.035 do CC de 2002, cujo pressuposto de incidência é a existência de negócio jurídico plenamente válido, cujos efeitos futuros, se não tiverem previsão no próprio negócio, são regidos pela lei vigente à época de sua execução.

12. Exclusão da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, uma vez que a sucessiva oposição de embargos de declaração revela a divergência doutrinária acerca da questão controvertida e o escopo de prequestionar a matéria para a interposição do recurso especial. Inteligência da Súmula 98 do STJ.

13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, apenas para excluir a multa imposta com base no art. 538, parágrafo único, do CPC.

A recorrente opôs embargos declaratórios ao acórdão do STJ. Alegou ocorrência de reformatio in peius, decorrente da anulação de ofício das assembleias extraordinárias da TFP, realizadas desde dezembro de 1997. Requereu ainda a explicitação dos fundamentos “da decisão que houve por bem julgar inválida a regra relativa à limitação temporal das investiduras de sócios efetivos” (f. 7.724)

Os sócios fundadores, Caio Silveira, Adolph Lindenberg e Celso Vidigal também opuseram embargos declaratórios ao referido julgado, para prequestionar os artigos 1º, iv; 5º, caput, ii, xvii, xviii, xix, xx, xxi e liv, da CR (f. 7.741).

Ambos os embargos foram rejeitados⁷.

⁷ “Processo civil. Embargos de declaração. Omissão e contradição. Inexistência. Efeitos infringentes. Impossibilidade. Juntada das notas taquigráficas e voto vista. Não ocorrência de omissão. Mitigação da norma do art. 103 do RISTJ. Finalidade de prequestionamento de matéria constitucional. Impossibilidade.

1. A ocorrência de um dos vícios previstos no art. 535, do Cód-

go de Processo Civil é requisito de admissibilidade dos embargos de declaração, razão pela qual a pretensão de mero questionamento de dispositivos constitucionais para a viabilização de eventual recurso extraordinário não possibilita a sua oposição.

2. A Corte Especial sedimentou entendimento acerca da possibilidade de mitigação da norma insculpida no art. 113, do RISTJ, no sentido de que a juntada das notas taquigráficas aos autos, de modo a evitar atrasos na publicação dos acórdãos e prestigiando o princípio da celeridade processual, tal providência somente deve ser determinada se indispensável à compreensão do exato sentido e alcance do acórdão, o que não ocorre no caso. Ademais, foram juntados aos autos os votos de todos os Ministros integrantes da Quarta Turma.

2. A pretensão de reformar o julgado não se coaduna com as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material contidas no art. 535, do Código de Processo Civil, razão pela qual inviável o seu exame em sede de embargos de declaração.

3. No caso em tela, os embargantes visam à atribuição de efeito infringente aos embargos e ao reexame de questões suficientemente analisadas no acórdão, em decorrência tão somente da adoção de fundamentos divergentes da sua pretensão.

4. Embargos de declaração da Sociedade rejeitados. Embargos dos sócios fundadores rejeitados".

A associação e os sócios fundadores interpuseram recurso extraordinário contra o acórdão do STJ, com fundamento no art. 102, iii, a, da CR. Os recorrentes imputam ao referido julgado violação dos “artigos 1º, iv; 5º, caput, em especial aos seus incisos ii, xvii, xviii, xx, xxi e liv, da CF” (f. 7.873).

Após manifestação dos recorridos, o STJ admitiu o recurso extraordinário e determinou a remessa dos autos ao STF (f. 7.992).

O histórico do caso demonstrou haver dois recursos extraordinários interpostos contra dois acórdãos: um deles foi proferido pelo TJSP, enquanto que o outro, pelo STJ.

3. Do recurso extraordinário contra o acórdão do TJSP

Parece conveniente apreciar separadamente as questões relativas ao conhecimento das de mérito do recurso aludido.

3.1. Da admissibilidade do recurso extraordinário interposto contra o acórdão do TJSP

O conhecimento do primeiro recurso extraordinário, isto é, do recurso interposto contra o acórdão do TJSP, depende da viabilidade de agravo interposto para fazer com que suba ao STF e que teve sua apreciação suspensa até aqui.

Uma vez de posse da íntegra dos autos principais com vista de ambos os recursos extraordinários, cumpre, de início, examinar a decisão agravada, segundo informações extraídas do banco de dados do STF.

O recurso extraordinário interposto contra o acórdão do TJSP foi barrado na origem, por duas razões autônomas. Afirmou-se, de um lado, a ausência de prequestionamento dos dispositivos da Constituição supostamente violados - art. 5º, ii, xvii e xviii. De outro, entendeu-se que a violação constitucional seria indireta.

Nenhuma das teses aludidas, contudo, parece correta.

3.1.1. Da configuração do prequestionamento

Principie-se pelo requisito do prequestionamento que, ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, parece satisfeito.

O voto vencido, do relator originário do acórdão principal, foi incisivo, ao afirmar a improcedência da demanda, em face dos princípios consagrados no art. 5º, xvii e xviii, da CR. Apenas não indicou numericamente tais dispositivos (f. 4021).

Já o voto condutor do acórdão afirmou expressamente a influência do art. 5º, xvii, da CR no caso concreto (f. 4009):

Entendo, com a devida vênia, que a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer no art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e que “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar” (inciso xvii), tem expressa influência sobre a matéria sub judice.

No julgamento dos embargos infringentes, o voto vencido reafirmou a tese rejeitada pela maioria, de que as cláusulas estatutárias discutidas não poderiam ser declaradas nulas, sob pena de ofensa à plena liberdade de associação (art. 5º, xvii, da CR) e à vedação de interferência estatal no funcionamento dessas entidades (art. 5º, xviii, da CR). Confira-se (f. 4383):

Vale observar que o indigitado dispositivo estatutário e outros pretensamente ilegais constituem assunto da economia interna da sociedade, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, consoante anotado no v. voto vencido na apelação (f. 4021).

Por isso, não deve imiscuir-se o Judiciário na organização interna da entidade-ré, a pretexto de corrigir eventual impropriedade nos textos do seu regulamento. A garantia do livre funcionamento das associações obsta essa intromissão estatal (Constituição Federal, art. 5º, xvii e xviii).

“O direito de associação é daqueles que podem ser tidos nitidamente como de natureza negativa, é di-

zer: o Estado o satisfaz, não interferindo na formação das organizações, quer para proibi-las, quer para dificultar o seu funcionamento, quer ainda para determinar a sua dissolução" (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol, pág. 96)".

Parece incidir aqui o clássico precedente da lavra do em. Min. Sepúlveda Pertence, no qual se reconheceu a eficácia do voto vencido no prequestionamento:

É de receber-se com cautela a assertiva de que a fundamentação do voto vencido é irrelevante para a satisfação do requisito do prequestionamento: quando é patente a identidade das questões constitucionais resolvidas, de modo diametralmente oposto, pelo acórdão recorrido, de um lado, e pelo voto vencido, de outro, a invocação expressa pelo voto dissidente dos dispositivos constitucionais pertinentes às indagações que também o acórdão enfrentou e resolveu é a melhor prova de que a maioria do Tribunal não fez abstração de ditas normas, mas, sim, que lhes deu inteligência diversa.

Ainda que assim não fosse, a parte interessada opôs embargos de declaração para que os temas fossem apreciados pelo acórdão recorrido. Como a referência numérica ao art. 5º, xvii e xviii, da CR ocorreu apenas no voto vencido, a associação opôs embargos declaratórios ao acórdão que lhe desproveu os embargos infringentes, com o intuito de obter o expreso pronunciamento do TJSP sobre a incidência dos mencionados dispositivos constitucionais na causa.

Com esses embargos de declaração, os recorrentes desincumbiram-se do ônus processual relativo ao prequestionamento. Não incidem, portanto, as Súmulas 282 e 356 do STF.

Rememorem-se apenas alguns precedentes assim orientados:

I. RE: prequestionamento: Súmula 356.

O que, a teor da Súmula 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos

de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela⁸.

I. Recurso extraordinário: prequestionamento mediante embargos de declaração. A rejeição dos embargos não impede que, no julgamento do recurso extraordinário, se considere prequestionada a matéria neles veiculada, como resulta, a contrario sensu, da Súmula 356, desde que sobre essa matéria tivesse de pronunciar-se o órgão julgador. A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual "não foram opostos embargos declaratórios". Mas, se opostos, o Tribunal a quo se recusa

⁸ RE 210.638, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte⁹.

3.1.2. Da natureza direta da ofensa constitucional

O recurso extraordinário pretende demonstrar que as normas estatutárias da TFP extraem sua validade diretamente do art. 5º, xvii e xviii, da CR, que trata, respectivamente, da liberdade de associação e do poder de autorregulação, sem interferência do Estado em sua organização, incluídos os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Os recorrentes defendem a tese de que os mencionados dispositivos da Constituição afastariam qualquer possibilidade de se atribuir natureza cogente a normas do direito infraconstitucional, de modo a restringir o poder de autorregulação das associações, como o direito de voto, em assembleias gerais. Sob tal aspecto, a discussão travada no recurso extraordinário interposto

⁹ RE 214.724, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

contra o acórdão do TJSP tem evidente índole constitucional.

3.2. Do mérito do recurso extraordinário contra o acórdão do TJSP

A ação declaratória de nulidade parcial do estatuto da TFP voltou-se principalmente contra a cláusula que concentra o poder decisório da associação nas mãos dos sócios fundadores e dos integrantes da diretoria financeira. Eis aí o cerne de toda a discussão, considerando que eventual declaração de nulidade da cláusula restritiva do direito de voto abriria caminho para a reforma de todas as demais regras estatutárias contrárias ao interesse da maioria, formada justamente pelos sócios efetivos desprovidos da prerrogativa de decidir os temas associativos.

Os autores procuram justificar a nulidade das cláusulas questionadas com o argumento de que a diretoria eleita segundo as normas restritivas passou, após o falecimento do sócio fundador, a praticar atos atentatórios aos direitos fundamentais dos sócios efetivos sem

direito de voto, inclusive com abuso na aplicação da norma estatutária que entrega a permanência dos sócios efetivos ao arbítrio dos fundadores da entidade.

O TJSP resolveu o problema com a declaração da nulidade das cláusulas, das quais emanariam as alegadas ofensas a direitos fundamentais dos sócios efetivos. Entendeu que as regras impugnadas atentariam contra normas de direito civil aplicáveis às sociedades em geral. O acórdão recorrido entendeu que a restrição estatutária ao direito de voto afrontaria a igualdade estabelecida no art. 1.394 do CC de 1916, cuja natureza cogente determinaria sua prevalência sobre a norma estatutária em sentido contrário.

Já a norma que entregava a prorrogação do prazo de permanência dos sócios efetivos ao arbítrio dos sócios fundadores seria condição puramente potestativa e, portanto, nula, porque vedada nos contratos em geral.

Em ambos os aspectos do caso, o acórdão recorrido extraiu, do direito infraconstitucional, a base jurídica

para fazer cessar as supostas agressões a direitos fundamentais dos associados, advindas da letra expressa do estatuto.

3.2.1. De providência preliminar: a necessária separação de dois temas incorretamente tratados de modo conglobado no acórdão do TJSP

Refletindo linha argumentativa da petição inicial, o acórdão do TJSP trata englobadamente dois aspectos jurídicos da causa, que merecem abordagem separada.

Ambas as manifestações insistem em que a atual direção da pessoa jurídica cometeria abusos na aplicação do estatuto social, motivo por que suas cláusulas impugnadas deveriam ser reputadas inválidas perante a lei civil.

A impropriedade do tratamento conjunto de ambas as coisas parece evidente. A validade de atos normativos nada tem que ver com a dos atos concretos de sua aplicação. Assim, para a verificação da licitude das regras estatutárias, é irrelevante saber se atos nelas

baseados foram praticados com abuso de poder ou até com preterição delas mesmas. É de inteira pertinência aqui a observação de Merkl e Kelsen, no sentido de que a licitude de regra inferior não se mede por fatos, mas por sua conformidade com normas superiores.

Portanto, a invocação de atos concretos nesse contexto é duplamente irrelevante. De um lado, atos concretos eventualmente discrepantes da lei e mesmo dos estatutos, não são normas pelas quais se mede a validade deles; são atos de aplicação daquelas regras. De outro, os atos concretos são inferiores aos estatutos e, portanto, deve-lhes obediência, ao invés de servirem de parâmetros para verificação da validade das normas regentes da associação.

Aliás, o problema narrado na inicial parece residir no tratamento desumano conferido aos sócios efetivos que discordam da diretoria da TFP, comandada por sócios fundadores. Daí que a alegada violação a direitos fundamentais desses associados não decorre pro-

priamente do estatuto da sociedade, que não autoriza tais abusos, mas do desvio de conduta dos detentores do poder. Assim, a intervenção do Estado na hipótese só seria válida para fazer cessar esses abusos praticados contra os sócios efetivos, mediante aplicação dos direitos fundamentais supostamente violados. Isso, porém, não parece interessar aos autores da demanda, que revelam, na verdade, a pretensão de passar ao controle da TFP. Daí sua irresignação justamente contra a cláusula que lhes nega o direito de votar em assembleias gerais.

Logo, o exame do caso há de se centrar apenas no exame da correção, perante a Constituição, da tese de que os estatutos se devem curvar a certos artigos do Código Civil de 1916, ao invés de recaírem no âmbito do direito fundamental de associação. Noutras palavras, trata-se de verificar a compatibilidade material entre a afirmação do TJSP de que as normas do Código Civil seriam cogentes, também, para a espécie de associação em causa e a liberdade de associação.

A essa tarefa se dedicam os tópicos seguintes.

3.2.2. Da necessidade de consideração de norma constitucional não levada na devida conta pelo acórdão recorrido

Logo de saída, o acórdão recorrido merece a correção de haver apreendido apenas parte do conjunto de normas constitucionais *prima facie* incidentes no caso. O aresto contrapõe à igualdade entre os sócios apenas o direito fundamental do art. 5º, xvii, da CR, que já daria o que pensar a respeito, na medida em que ali se assegura que “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. A ênfase desse dispositivo recai na existência de liberdade individual para que pessoas congreguem esforços na busca de finalidade não vedada pela Constituição, nem por outros atos legislativos válidos.

A corrente majoritária no Tribunal recorrido haveria de ter considerado também o inciso seguinte da Constituição, até por dizer respeito à liberdade de pessoas se associarem, de modo geral, que aqui não está pro-

priamente em causa, o inc. xviii dirige-se ao aspecto associativo aqui posto sob a análise do STF: a dinâmica da associação, uma vez já constituída para fim lícito, pois nele se garante que “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”. A Constituição criou, em suma, um clássico direito de defesa em prol das pessoas interessadas na criação ou no funcionamento das associações: o Estado nessas não pode intervir, quer condicionando sua existência a seu beneplácito, quer se imiscuindo nos atos de sua gestão. Evidentemente, Legislativo e Judiciário incluem-se na organização estatal, para o fim de aferição da interferência na órbita das associações.

Portanto, a questão jurídica suscitada neste processo relaciona-se muito mais com o conflito aparente entre a igualdade entre os associados e o dever estatal de abster-se, o poder público, de intervir em associações, até porque nunca se questionaram a fundação

da entidade em causa ou a continuidade de sua existência.

3.2.3. Da ablação ilícita dos aspectos constitucionais do caso pela decisão recorrida, que os reconhece presentes

A decisão recorrida também se sujeita à crítica da unilateralidade do modo como solucionou a causa, apesar de reconhecer que o caso envolveria, ao menos à primeira vista, não apenas um, mas dois direitos fundamentais, apontando para sentidos inversos.

Não deixa de intrigar, assim, que o voto condutor do aresto tenha invocado tanto a igualdade do caput do art. 5º da CR, à qual contrapôs o inciso xvii, para logo depois, sem mais, ter partido para a mera aplicação de dispositivos do Código Civil que, a seu ver, seriam as normas decisivas na causa. Ou as normas constitucionais eram expletivas no caso e, portanto, não mereciam nem registro, ou alguma função deveriam ter no desfecho do problema, de modo que a guinada rumo

ao emprego exclusivo do Código Civil não esclarece a obliteração do aspecto constitucional do problema.

De modo breve, houve um curto-circuito, na passagem direta do reconhecimento da aparente interferência de dois preceitos constitucionais no caso, para sua solução apenas por meio da lei ordinária. Esta deveria ter sido, ao menos, reconhecida como o ponto de equilíbrio entre ambos os direitos fundamentais em tensão.

Partindo do pressuposto da colisão entre ambos os direitos fundamentais, o acórdão proclamou, sem mais, a preponderância da igualdade. Tudo - menos isso - parece uma trivialidade.

3.2.4. Da necessidade da consideração dos aspectos constitucionais do caso como decorrência da característica influência bilateral dos direitos fundamentais nas relações privadas

A inter-relação de dois direitos fundamentais no contexto privado da causa lança-a ao centro de uma das polêmicas mais complexas do direito público da

atualidade: a influência dos direitos fundamentais nas relações do direito civil.

Embora pacificado na doutrina¹⁰ e na jurisprudência¹¹ que os direitos fundamentais exercem influência nas relações privadas, ainda se registra controvérsia a respeito do modelo que melhor explique o fenômeno, isto é, se o da eficácia imediata, o da mediata, o da imputação, ao Estado, dos atos privados contrários aos direitos fundamentais ou, por fim, se o da combinação dessas teorias¹².

Independentemente das divergências acerca dos modelos referidos, há consenso sobre a diferença estrutural entre, de um lado, a invocação dos direitos fundamentais em relações de direito público e, de ou-

¹⁰ Cf., por todos, Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994, p. 480.

¹¹ Cf. as notas 43 e 53.

¹² Novamente, cf., por todos, Alexy, *Theorie cit.* na nota 10, p. 481 e segs.

tro, de seu emprego na relações de direito privado. E isso tem relevância na solução deste caso.

Quando apenas o direito público está em causa, a estrutura básica do problema compõe-se de uma só relação jurídica, na qual o particular figura como titular de direito fundamental e o Estado aparece como sujeito obrigado a abstenções ou a ações. Na configuração normal desses casos, portanto, está-se na presença de relação bipolar.

Tudo se altera já na estrutura básica da discussão da influência dos direitos fundamentais nas relações privadas. O problema compõe-se de três relações jurídicas: cada particular é titular de direito fundamental em relação jurídica pública que mantém com o Estado¹³, além de estarem ambos os particulares ligados

¹³ Cf., por exemplo, Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 15. Aufl., Heidelberg: C F Müller, 1985, p. 141, nº 353; Canaris, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 33, e Pieroth, Bodo;

entre si por outra relação de direito privado. Logo, a configuração é triangular¹⁴, na qual o Estado ocupa o vértice superior, de onde arbitra a relação jurídica entre dois particulares que, situados nos demais ângulos, são titulares de direitos fundamentais igualmente oponíveis ao Estado, de sorte que a proteção de um deles, não raro, é realizada mediante a restrição do outro¹⁵.

Schlink, Bernhard. *Grundrechte Staatsrecht II*. 26. ed., Heidelberg: Müller, 2010, p. 48, nº 191.

¹⁴ Isensee, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983, p. 34 e segs., e Jarass, Hans. D. *Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen*. In: Badura, Peter; Dreier, Horst [Hrsg.]. *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: Mohr, 2001, p. 40, entre tantos outros.

¹⁵ Daí a crítica de que muitas das teorias da eficácia contra terceiro consideram apenas circunstancialmente o fato de que também as pessoas contra as quais se exerce uma pretensão com lastro em direitos fundamentais são, igualmente, titulares de semelhantes direitos, de sorte que os problemas postos por similares situações não se resolvem apenas por meio da substituição do "poder público por potência privada", no esquema da tradicional relação de direito fundamental, como nota corretamente

Dessa peculiar configuração triangular do problema decorre a necessidade de análise detida dos direitos fundamentais de ambos os particulares, ainda que para

Bethge, Herbert. Grund-rechtekollisionen. In: Merten, Detlef; Papier, Hans-Jürgen. Handbuch der Grundrechte. Heidelberg: CF Müller, 2009, Bd. 3, 2009, § 72, p. 667-716 (673, nº 9). Mesmo a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais não defende a simples substituição do Estado pelo particular, na relação de direito material, pois seu representante máximo, Nipperdey, critica a denominação "efeitos perante terceiros" dos direitos fundamentais" como algo "inexato, porque os direitos fundamentais no sentido clássico, estrito como direitos públicos subjetivos, dirigem-se somente contra o estado. Mais correto deveria ser falar do efeito absoluto de certos direitos fundamentais. Trata-se do efeito normativo imediato de determinações de direitos fundamentais particulares em sua qualidade de direito constitucional objetivo, vinculativo que anulou, modificou, complementou ou criou de novo determinações do direito privado" (Nipperdey, Hans Carl, In: Dürig, Günter; Nipperdey, Hans Carl; Schwabe, Jürgen. Direitos fundamentais e direito privado 1. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 51-90 (59). Também acerca da impossibilidade de apenas se substituir o Estado pela pessoa jurídica privada detentora de poder social nesse contexto, Alexy, Theorie cit. na nota 10, p. 484, e Jarass, Grundrechte cit. na nota 14, p. 41, 42.

fazer com que um deles prevaleça à custa do outro, quer porque um deles, só aparentemente, incide no caso, quer porque haverá de preponderar sobre o de importância menor, nas circunstâncias.

Portanto, a solução do caso - ao contrário do que pareceu ao julgado recorrido - deve principiar pelos aspectos constitucionais postos por aquilo que aparentemente surge como conflito entre direitos fundamentais. Solução que considerasse o duplo aspecto constitucional do problema era tanto mais de se esperar, porque o próprio acórdão recorrido considerou a incidência de ambos os direitos fundamentais no caso.

3.2.5. De aspectos doutrinários consensuais no âmbito da polêmica sobre os direitos fundamentais e o direito privado: suas repercussões no caso

As dificuldades postas pelas várias teorias sobre o intrincado problema da incidência dos direitos fundamentais no direito privado são mitigadas por observação muito apaziguadora, para os atores da cena judiciária: especialista do tomo de Alexy nota que a dispari-

dade das teorias não compromete o resultado com elas obtido, porque esses vários caminhos levam às mesmas soluções¹⁶. Logo, não é preciso optar por um dos modelos de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, nem decidir se ela é parcial ou totalmente idêntica aos deveres de proteção emanados dessa espécie de direitos subjetivos¹⁷.

¹⁶ Alexy, *Theorie cit.* na nota 10, p. 481.

¹⁷ A tendência atual parece superar a antes predominante teoria da "eficácia contra terceiros", em prol dos deveres de proteção, como se pode ver sobretudo no pormenorizado panorama de Szczekalla, Peter. *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, p. 248-257; Schuppert, Gunnar Folke; Bumke, Christian. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*. 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2000, p. 20, notam que, retroativamente, os deveres de proteção substituem a "eficácia contra terceiros", que representou "desvio parcial", pelo qual se tentou, no início dos anos de 1950, implementar os direitos fundamentais na ordem jurídica privada, quando ainda inseguro o modo pelo qual se procederia com os direitos de defesa, e a função de defesa dos direitos fundamentais ainda era desconhecida; e Papier, Hans-Jürgen. *Drittwirkung der*

Outro dado tranquilizador do caso parece estar na identidade das soluções práticas aqui alcançáveis, qualquer que seja o critério empregado para a solução da colisão de direitos fundamentais. Uma das posições extremas no ponto é defendida pelos adeptos da aplicação da regra da especialidade, no contexto do exame meticoloso da estrutura do domínio normativo a que se refere a norma constitucional a ser aplicada, porque os elementos da realidade que o compõem co-

Grundrechte. In: Merten, Detlef; Papier, Hans-Jürgen. Handbuch der Grundrechte. Heidelberg: CF Müller, 2006, Band 2, § 55, 1331-1361 (1335). Já pela completa dissociação entre ambas as coisas, cf., por todos, Isensee, Josef. Grundrecht auf Sicherheit. Berlin: de Gruyter, 1983, p. 36; para a coincidência parcial, cf., por exemplo, Hochhuth, Martin. Grundrechte und Grundrechtsfreiheiten als Schutz-pflichten? In: Anderheiden, Michael; Bürkli, Peter; Heinig, Hans Michael; Kirste, Stephan; Seelmann, Kurt. Paternalismus im Recht. Tübingen: Mohr, 2006, p. 207-223 (210), especialmente para o intercâmbio dos conceitos, conforme atendidos, ou não, os deveres de proteção.

determinam o sentido da própria norma¹⁸. No ponto diametralmente oposto estão os adeptos da proporcionalidade¹⁹. Entre ambos os polos, situam-se aqueles que sublinham a necessidade de se considerar com atenção o alcance do âmbito de proteção de cada direito fundamental em aparente conflito, até por não existir o problema de conflito de direitos fundamentais, mas apenas os diversos problemas e as diversas soluções

¹⁸ Cf., por todos, Müller, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 208, 325 e 390, e *Juristische Methodik*, 7. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 117, nº 141, se bem que ultimamente com a aceitação de que o exame estrutural do programa e do domínio normativos racionaliza a ponderação e a reserva a poucos casos.

¹⁹ Em defesa desse ponto de vista, cf., por todos, Hanau, Hans. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht*. Tübingen: Mohr, 2004. Rejeitando tal intento, contudo, cf., por todos, No panorama comparado, cf., por exemplo, Lerche, Peter, Peter. *Übermaß und Verfassungsrecht*. 2. Aufl., Goldbach: Keip Verlag, 1999, p. xxi, Bethge, *Grundrechtskollisionen* cit. na nota 15, p. 707, nº 84,

dos vários direitos contrapostos²⁰. Também se inclui no campo intermédio dessa gama de estudos quem recusa a ideia de proporcionalidade, no particular, porque defende a impossibilidade de ponderações aqui entre a autonomia privada e outro direito fundamental, porque ela seria regra formal, que não se deixa sopesar com outra de índole material²¹. Felizmente, de novo, a resposta a ser dada independe do ponto de vista teórico

²⁰ Pieroth e Schlink, *Grundrechte* cit. nota 13, p. 78, nº 343.

²¹ Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. 1. ed., 3. tir., São Paulo: RT, 2011, p. 155; em apoio à impossibilidade de sopeso de princípios formais com materiais, Alexy, *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*. In: Ipsen, Jörn [Red.]. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer - Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. Bis 6. Oktober 2001*, Berlin: De Gruyter, 2002, v. 61, p. 7-33 (16-17), e Klatt, Matthias; Schmidt, Johannes. *Spielräume im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr, 2010, p. 64; já em sentido contrário, pela viabilidade disso, Borowski, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 128, refutando o argumento da "incomensurabilidade".

adotado na discussão aludida, porque todos critérios desabonam a preponderância automática de um dos direitos fundamentais.

Como os afazeres forenses se caracterizam pelo sentido prático da jurisdição²², parece suficiente apontar a convergência dos melhores autores para a solução do caso, deixando à academia a tarefa progressivamente complexa de sistematizar o resultado, no conjun-

²² HC 82.490, rel. Min. Sepúlveda Pertence: "Jurisprudência e coerência: legitimidade da observância da jurisprudência sedimentada, não obstante a convicção pessoal em contrário do juiz. A crítica ao relator que aplica a jurisprudência do Tribunal, com ressalva de sua firme convicção pessoal em contrário, trai a confusão recorrente entre os tribunais e as academias: é próprio das últimas a eternização das controvérsias; a Justiça, contudo, é um serviço público, em favor de cuja eficiência - sobretudo em tempos de congestionamento, como os que vivemos -, a convicção vencida tem muitas vezes de ceder a vez ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões ainda à espera de solução".

to do direito positivo ou de lhe tecer a crítica pertinente²³.

3.2.6. A solução segundo o critério da especialidade

Especialmente em Constituição na qual a igualdade é imposta em caput de artigo concebido como norma geral das liberdades, da qual os incisos podem ser pensados como seus desdobramentos e pormenorizações, a inclinação pela solução da especialidade conta, quando nada, com a técnica da redação constitucional.

O estabelecimento de regras mais particulares do que as constantes no caput do art. 5º da CR seria indicativo de que, em seus âmbitos particulares, os direitos fundamentais listados nos incisos preferem os mais ge-

²³ Schlink, Bernhard, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. In: Der Staat, vol. 28 (1989), p. 161-172 (p. 170), e, mais recentemente, também em Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel. In: Juristenzeitung, 4/2007, p. 157 e segs.

rais - igualdade, vida, liberdade, segurança e propriedade. Consequentemente, a igualdade seria atenuada ou postergada, no âmbito das associações, em virtude dos três incisos que proclamam, com ênfase, a autonomia dos particulares em sua constituição e condução, como se lê nos incisos xvii, xviii e xix.

Esse modo de ver as coisas recebe o reforço adicional do argumento literal, pois a Constituição determina que os direitos de âmbito mais geral, como a igualdade, são garantidos, "nos termos seguintes", ou seja, segundo os limites fixados nas regras subsequentes ao caput, entre as quais se contam as reguladoras da ampla liberdade de associações.

A observação do funcionamento de inúmeras associações no sentido constitucional lato, e não apenas da lei civil, parece confirmar o critério da especialidade. No campo das organizações religiosas, por exemplo, com as quais a recorrente guarda similitudes, a hierarquia eclesiástica parece confirmar a ideia de que a

igualdade é suspensão entre as pessoas que aceitaram congregar-se em pessoa jurídica coletiva. É fato notório que o papa, dotado de amplíssimos poderes discricionários, para dizer o mínimo, não é escolhido por todos os integrantes do catolicismo; nem ao menos, de todo o corpo eclesiástico, mas pela pequena fração que se alçou, por escolha igualmente individual, ao cardinalato. E não se tem notícia de nenhuma demanda judicial, por cujo meio padres seculares ou irmãs carmelitas descalças se irroguem igual prerrogativa eleitoral. Semelhantes estruturas parecem repetir-se na igreja ortodoxa, em algumas das protestantes, para não dizer nas demais fés de expressão mundial. No concerto das sociedades anônimas, os titulares de ações preferenciais podem ter vedado ou mitigado o direito a voto, por força do art. 15, § 2º, da Lei 6.404/1976, na redação da Lei 10.303/2001. Nas demais sociedades dedicadas a fins lucrativos, nunca se cogitou de que os votos se computem segundo o critério per capita dos associados, mas segundo sua participação no capital da empresa.

Já no prosaico exemplo dos clubes de recreação, também se registram disparidades entre seus membros, de modo que sócios de categorias mais simples, como os apenas atletas e os dependentes, não têm direito a voto.

Os exemplos hauridos de estatutos de associações, de sociedades ou da lei poderiam ser multiplicados à vontade, em demonstração de que ao menos o cotidiano da vida social parece confirmar a ideia de que, nas associações, a vontade de seus participantes domina amplamente o cenário, em detrimento da igualdade, que se impõe no direito público.

Claro que com isso não se defende a interpretação da Constituição conforme a lei ou os usos nacionais e internacionais. Mas se há de conceder, em contrapartida, que a razão jurídica expressa na persistência desses dados da realidade jurídica pode ser pista do correto entendimento da Constituição.

A solução do impasse por intermédio do critério da especialidade no nível meramente normativo redundaria em descrédito da conclusão do julgado recorrido. Mas parece ainda insuficiente, por seu caráter acentuadamente formal.

Esse resultado demanda ainda que se deixe o terreno das relações entre normas instituidoras de direitos fundamentais e se passe a considerar a resposta ao litígio a partir da situação concreta, na qual contrapostos o alegado direito fundamental à igualdade irrestrita dos sócios da entidade específica e a particular configuração de seu estatuto, de sua estrutura e do propósito para o qual criada²⁴.

²⁴ Na estrita medida pragmática deste escrito, parece indiferente saber se a consideração específica da situação regulada pelos direitos fundamentais terminará como produto da consideração milimetricamente precisa do domínio concreto, ao qual as normas constitucionais se referem ou se, ao contrário, resultará da ponderação entre elas, na particular configuração do caso. Embora teoricamente distintos, os procedimentos terminam no mesmo lu-

3.2.7. A vedação constitucional de heteronomia

Ao menos no aspecto ora discutido, o direito fundamental à liberdade de associação tem natureza bastante similar - se não idêntica - ao direito de celebrar contratos, a expressão mais evidente da autonomia privada.

Então parece o caso de se recapitularem os pressupostos mais amplos do problema da inter-relação dos direitos fundamentais com a autonomia privada. A doutrina costuma realçar, com razão, que a intensão completa dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado teria como efeito transformar aquelas salvaguardas da liberdade do particular em imperativos constitucionais que a suprimiriam ou restringiriam em

gar. Não se precisa determinar aqui se a especialidade do domínio normativo, como quer Müller, é o resultado do exame de todo acurado da situação regulada que determina o conteúdo da norma constitucional ou se, ao reverso, já é o resultado da ponderação de normas, no caso concreto.

demasia. Porém os “direitos individuais e coletivos” do art. 5º da Constituição de 1988, à semelhança de seus homólogos da Lei Fundamental da Alemanha, da qual herdamos o tema central em debate, definitivamente não se prestam a interpretação que lhes inverta o sentido teleológico, de sorte que deixem de ser lidos como base para o estabelecimento de espaços de liberdade do cidadão, para adquirir o sentido de normas predominantemente impositivas de deveres infintos aos particulares perante aqueles com os quais se relacionam no âmbito privado. Conquanto uma “sociedade justa e solidária”, tal como prescrito no art. 3º, i, da CR demande contenção na autonomia da vontade em certas hipóteses, de que os direitos sociais do art. 7º da CR são os melhores exemplos, divisar no art. 5º da CR primordialmente deveres dos particulares tornaria impossível alcançar a “sociedade livre”, igualmente imposta no art. 3º, i, da CR. Ao contrário de outras normas constitucionais, apenas os direitos individuais e coletivos, em especial porque protegidos com a máxima in-

tensidade pela ordem jurídica (art. 60, § 4º, iv, da CR), estão em condições de servir como as condições de possibilidade de existência livre no Estado, como o anteparo do particular contra qualquer interferência em sua esfera de liberdade.

Paralelamente a esse traço nuclear dos direitos fundamentais, a jurisprudência e a doutrina têm notado que os direitos fundamentais cumprem função adicional e importante, que, contudo, não vai ao ponto de perverter a precedente. Nas palavras de Hanau, "a proteção dos direitos fundamentais corporifica o mínimo jurídico indispensável de proteção contra as restrições heterônomas da liberdade estatalmente sancionadas"²⁵. No âmbito das relações bipolares do direito público, pode-se até dizer que a proteção dos referidos direitos vai

²⁵ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 5: "Der Grundrechtsschutz verkörpert das unerlässliche rechtliche Minimum an Schutz gegenüber staatlich sanktionierten heteronomen Freiheitsbeeinträchtigungen".

além do mínimo, para salvaguardar a medida adequada, necessária e proporcional da restrição requerida por interesse público, de que são exemplos as leis restritivas de direitos dessa espécie. Já na configuração triangular, característica dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações do direito civil, o problema tem que ver sobretudo com o exercício da real autonomia da vontade. Em rigor, a discussão de tais efeitos é a elaboração dogmática apurada de situação verificada já pelos autores socialistas do século xix e resumida por Radbruch, em escrito técnico de 1930: "a liberdade contratual torna-se, na realidade social, a ditadura da liberdade do socialmente poderoso, a submissão ditatorial do socialmente impotente"²⁶.

²⁶ Radbruch, Gustav. Vom individualistischen zum sozialem Recht. In: _____. Der Mensch im Recht. 2. Aufl., Göttingen: Vandenhoeck & Rupprecht, 1961, p. 35-49 (38): "Die rechtliche Vertragsfreiheit wird in der sozialen Wirklichkeit zur Diktaturfreiheit des sozial Mächtigen, zur Diktaturhörigkeit des sozial Ohnmächtigen".

Somente se pode falar de autonomia privada quando o exercício de um direito sancionado pela ordem jurídica representar um ato de autolegislação também para a pessoa atingida, de modo que se não o intencionou, ao menos, legitimou-o²⁷. Somente a participação da pessoa pode fazer com que a norma concreta emanada do ato privado seja o exercício da autonomia, e não a imposição heterônoma que desconsidera a personalidade da parte privada e redundante, no limite, em lhe negar a dignidade humana, por transformá-la em mero objeto de atos alheios. Portanto, além de ser sancionado pela ordem jurídica, e esse aspecto será relevante no caso mais adiante, o assentimento da parte atingida pelo ato é o pressuposto da autonomia privada.

À solução do caso interessa ver um pouco mais de perto as relações contratuais não sob os aspectos intuitivos das práticas quotidianas e mesmo de sua com-

²⁷ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. ii.

plexa regulação pelo direito civil, mas pela ótica dos direitos fundamentais. Assentado que apenas o consenso nesse domínio pode legitimar as obrigações, tem-se que o ato de vontade do devedor abre sua esfera individual ao credor, que, por força da norma particular entre ambos pactuada, passa a ter o poder de lhe exigir determinada conduta²⁸. O contrato torna-se o fundamento para o ulterior exercício de direito de configuração ou potestativo em prol do credor, consistente na modificação ou extinção da relação constituída por prévio direito de configuração de nova relação jurídica²⁹. Segue-se daí importante conclusão para este caso: para os demais casos de índole contratual: o exercício do direito potestativo pelo credor da relação contratual não representa nenhuma restrição heterogênea do direito fundamental do devedor, sempre que este

²⁸ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 15-16.

²⁹ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 19.

tiver emprestado seu livre consentimento ao poder do credor³⁰.

A dupla estrutura de exercício de direitos fundamentais por ambas as partes do negócio jurídico demonstra que a denominação do problema da liberdade dos particulares como autonomia da vontade, inclusive neste texto, atende muito mais à necessidade de identificá-lo por meio de termo corrente do que da precisão terminológica assim alcançada, pois ele só espelha uma faceta da temática. Ao invés de se falar em “proteção da autonomia privada”, deve-se discutir a “proteção contra a heteronomia privada”³¹, sem prejuízo naturalmente da proteção contra os excessos da pública. A mudança de denominação corresponde à alteração de concepção do problema, por decorrer do reconhecimento de que, no debate da proteção constitucional da autonomia privada, são englobados dois elementos da liberdade que

³⁰ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 19.

³¹ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 21.

hãõ de ser estritamente diferenciados, que em razão da distinção da derivação e extensão de sua proteção constitucional³².

A celebração de contratos, tal como o da constituição ou de adesão a uma associação, põe em marcha não apenas uma espécie de liberdade, genericamente designada por autonomia da vontade, mas duas delas. Do ponto de vista do titular do poder de configuração da relação, o credor nas relações obrigacionais básicas, o ajuste de pactos privados traduz o exercício da liberdade contratual positiva, consistente em colocar outrem a serviço de fins próprios, claro que mediante consenso da pessoa cuja liberdade é afetada. Já quem sofre a interferência de outrem em sua esfera pessoal, ao obrigar-se à prestação de algo, o devedor, exerce sua liberdade negativa, ao abrir mão do objeto de sua liberdade negativa e ao restringi-lo, em prol do cre-

³² Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 21.

dor³³. Somente quando o devedor se vale de sua liberdade negativa, para abrir sua esfera ao credor, pode este fazer uso de sua liberdade positiva³⁴.

³³ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 22 e 44, que também desfaz o equívoco corrente na discussão do tema: "não se dispõe, na celebração do contrato, do direito fundamental em si, mas apenas da liberdade protegida por direito fundamental. Essas categorias devem ser cuidadosamente separadas; direito fundamental e bem jurídico protegido por direito fundamental devem ser estritamente distinguidos um do outro" ("Disponiert wird nämlich beim Vertragbeschuß nicht über das Grundrecht selbst, sondern allein über die grund-rechtlich geschützte Freiheit. Diese Kategorien müssen sorgfältig auseinandergehalten werden, Grundrecht und grund-rechtlich geschützte Rechtsgüter sind strikt voneinander zu unterscheiden"). Muito antes, Hesse, *Grundzüge* cit. na nota 13, p. 142, nº 356, havia notado que os direitos fundamentais não se contrapõem aos deveres para cuja constituição os particulares tenham concorrido por livre decisão, porque a possibilidade de alguém se vincular com base na própria deliberação integra a liberdade pessoal. De fato, apenas a titularidade do direito fundamental permite que se abra mão do objeto por ele protegido, sem se declinar do próprio direito fundamental. Entendimento contrário, que confunde o direito com seu objeto, teria

É evidente, contudo, que a liberdade positiva do titular do direito de configuração está em tensão com a liberdade negativa de quem tem sua esfera de ação diminuída pelo contrato. Ocorre aí o fenômeno descon siderado pelo acórdão recorrido, mas captado na imagem precisa de Hanau: "a ordem jurídica contratual privada encontra-se em constante espargata entre, de um lado, a proteção da liberdade negativa e, de outro, da liberdade positiva e, por isso, necessita de orientação e exame em face dos princípios que lhe subjazem. Exa-

como consequência, por exemplo, a inalienabilidade de todo o patrimônio privado, com o que ele de nada serviria. Adquirido determinado bem, inclusive aquele fungível por excelência - o dinheiro -, seria impossível a seu titular dele se desfazer. Prova-o, ademais, o preciso argumento de Hanau, p. 65, de que ninguém desfruta a liberdade contratual sozinho; ao contrário, cuida-se ideia que envolve estruturalmente a participação, a relação com outrem. Logo, para compartilhar algo e, portanto, a liberdade de um contratante não comprime a do outro, mas convivem simbioticamente (p. 66).

³⁴ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 27.

tamente nisso repousa a tarefa dos direitos fundamentais³⁵.

À diferença das espécies de liberdade em causa correspondem, naturalmente, critérios diversos de sua proteção, ainda que ambos se reconduzam, ao final, à impossibilidade de heteronomia contratual desprovida de fundamento racional. Enquanto o direito privado torna a liberdade operativa, na medida em que a transpõe em categorias jurídicas, a proteção deferida pelos direitos fundamentais acentua, em contrapartida, que a configuração do contrato não pode terminar em hetero-

³⁵ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 59: "Die Privatvertragsrechtsordnung befindet sich im ständigen Spagat zwischen Schutz der negativen Freiheit auf der einen Seite und Ausgestaltung der positiven Freiheit auf der anderen Seite und bedarf deshalb immer wieder der Ausrichtung und Überprüfung an den ihr zugrundeliegenden Prinzipien. Genau darin liegt die Aufgabe der Grundrechte".

nomia³⁶. A proscrição da arbitrariedade nesse domínio vale para as duas partes.

Os direitos fundamentais protegem quem tem sua liberdade negativa afetada pelo contrato na forma de direito de defesa. Eles entram em causa somente quando o poder de configuração transferido pelo devedor ao credor não se legitimar pela sua autovinculação integral ou suficiente³⁷, ou seja, quando não for antecedida da autorização do devedor ou a extrapolar. Nessas hipóteses, a vinculação do devedor sai do âmbito de sua autorização e degenera em heteronomia entre pessoas iguais, efeito repellido pela norma constitucional. Enquanto se mantiver no âmbito da delegação do devedor ao credor, consiste no exercício de sua liberdade contratual, com disponibilidade do objeto dela, que a torna útil na prática. Na síntese de Hesse, "o sentido da exoneração [dos particulares] dos vínculos

³⁶ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 44.

³⁷ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 45.

aos direitos fundamentais não é sancionar constitucionalmente o exercício de poder econômico ou social destrutivo da liberdade"³⁸.

Já a proteção dos direitos fundamentais à parte que exerce sua liberdade positiva é mais simples, pois a situação jurídica de que investida por meio do contrato já, em si, a expressão materializada da referida liberdade e, portanto, não lhe pode ser subtraída sem fundamento jurídico³⁹. É que então se teria nova modalidade de heteronomia, ainda que partida do legislador.

O critério da vedação à heteronomia foi determinante na chamada decisão sobre fianças do Tribunal Constitucional Federal alemão, que repercutiu vigorosamente no direito comparado, em continuação da ju-

³⁸ Hesse, *Grundzüge* cit. na nota 13, p. 142-143, n.º 357: "Es ist nicht der Sinn der Freiheit von den Bindungen der Grundrechte, freiheitsvernichtende Ausübung wirtschaftlicher oder sozialer Macht zu sanktionieren".

³⁹ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 45.

risprudência iniciada com a decisão Lüth, na qual afirmada a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas⁴⁰. Os direitos fundamentais são o mecanismo mais eficaz para minorar os efeitos do “fracasso da ordem jurídica privada” como efeito da evidência de que o “princípio da autonomia, informador do direito privado, não tem condições de garantir nenhuma solução adequada de conflitos, em casos de disparidades estruturais”⁴¹. Após ter notado que a liberdade contra-

⁴⁰ Apesar da fama, o caso não traduziria o conflito entre direitos fundamentais, na medida em que seu protagonista, Erich Lüth, era dirigente da assessoria de imprensa da cidade de Hamburg e, portanto, ocupante de função pública, quando incitou o boicote de filme, a ponto de Bethge, Grundrecht kollisionen cit. na nota 15, p. 691, nº 39 e segs., com apoio em Dürig, dizer que, em retrospecto científico, é “ironia da cultura de direitos fundamentais alemã” que esse caso tenha alterado o curso da discussão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

⁴¹ Schuppert e Bumke, Konstitutionalisierung cit. na nota 17, p. 21: “... ein Versagen der Privatrechtsordnung vorliegt, weil das die Privatrechtsordnung bestimmende Prinzip der Privatautonomie in Fällen von strukturellen Paritätsstörungen keine angemessene

tual só opera como meio de obtenção de adequada composição de interesses, em equilibradas relações de forças, e que uma das tarefas principais do direito civil é a compensação da disparidade contratual⁴², o referido Tribunal notou:

No direito contratual, a equiparação objetivamente justa dos interesses resulta da consenso entre as partes. Se uma das partes possui preponderância forte ao ponto de poder, de fato, determinar unilateralmente o conteúdo do contrato, este opera para a contraparte como uma determinação heterônoma [...]. Todavia a ordem jurídica não pode tomar pre-

Lösung von Konflikten sicherzustellen vermag".

⁴² BVerfGE 89, 214 (233): "Heute besteht weitgehende Einigkeit darüber, daß die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und daß der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts gehört".

cauções para todas as situações nas quais o equilíbrio de negociação é mais ou menos comprometido. Já por motivos de segurança jurídica um contrato não pode ser questionado ou corrigido a cada distúrbio na paridade do poder de negociação. Se se trata, contudo, de casos, nos quais se reconheça típica subordinação estrutural de uma das partes contratuais e cujas consequências contratuais sejam incommumente prejudiciais para a parte subordinada, a ordem civil deve reagir a tanto e permitir correções. Isso decorre da garantia da autonomia privada [...] e do princípio do Estado social⁴³.

⁴³ BVerfGE 89, 214 (233): "Im Vertragsrecht ergibt sich der sachgerechte Interessenausgleich aus dem übereinstimmenden Willen der Vertragspartner. Beide binden sich und nehmen damit zugleich ihre individuelle Handlungsfreiheit wahr. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung (vgl. BVerfGE 81, 242 [255]). Allerdings kann die Rechtsordnung nicht für alle Situationen Vorsorge treffen, in denen das Verhandlungsgleichgewicht mehr oder weniger beeinträchtigt ist. Schon aus Gründen der

A doutrina parece ter sido majoritariamente favorável à solução encontrada pelo Tribunal alemão, ainda que lhe tenha criticado o critério pelo qual se afere a validade do recurso aos direitos fundamentais, na revisão do conteúdo dos pactos privados. A doutrina defende, com acerto, a substituição da disparidade estrutural entre as partes do contrato pela pesquisa da existência de real autonomia da vontade, na celebração do contrato, ainda que entre partes de grande disparidade de poder negocial⁴⁴.

Rechtssicherheit darf ein Vertrag nicht bei jeder Störung des Verhandlungsgleichgewichts nachträglich in Frage gestellt oder korrigiert werden. Handelt es sich jedoch um eine typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen läßt, und sind die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend, so muß die Zivilrechtsordnung darauf reagieren und Korrekturen ermöglichen. Das folgt aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG). [...]”.

⁴⁴ Assim, por exemplo, Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19,

O motivo é resumido por Canaris: “a disparidade de poder social não leva, por si só, a uma perturbação da liberdade fática de negociação dos contratos”⁴⁵. Os pequenos consumidores e autores confrontados, respectivamente, com os grandes comerciantes e editores, não têm sua liberdade contratual restringida, quando em curso situação normal de concorrência entre agentes econômicos⁴⁶. Em muitos casos, sobretudo naqueles

p. 76 e segs.; Pieroth e Schlink, *Grundrechte* cit. na nota 13, p. 50, n.º 198, com diversas indicações; Suchomel, Jan-Ulf. *Partielle Disponibilität der Würde des Menschen*. 1. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 210; e Störring, Lars Peter. *Das Untermaßverbot in der Diskussion.*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008, p. 116.

⁴⁵ Canaris, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. In: *Archiv für die civilistische Praxis*. 1984, v. 184, p. 201-246 (207): “Denn das Machtgefälle allein führt noch nicht zu einer Störung der faktischen Freiheit des Aushandelns von Verträgen”; no mesmo sentido, Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 76-77; entre nós, Silva, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. 1. ed., 3. tiragem, São Paulo: RT, 2011, p. 157.

⁴⁶ Exemplos de Canaris, *AcP 184* cit. nota 45, p. 207, segunda-

em que a prestação de bens e serviços demandem imensas quantidades de capital, a disparidade estrutural entre as partes contratantes é constitutiva do surgimento do contrato, por faltar ao devedor exatamente o que o titular do poder de configuração tem em excesso⁴⁷.

Só se pode falar em poder do mais forte sobre o mais fraco, quando este for dependente daquele na aquisição do objeto do contrato⁴⁸ ou quando faltar a este a necessária compreensão dos riscos do contrato, pois, mais uma vez, Hanau vai ao ponto exato do problema: "em todos esses casos, não é a desigualdade ou o desequilíbrio da pessoa atingida, mas a falta de liberdade ou a deficitária liberdade de querer ou de escolher que o faz ingressar no contrato prejudicial.

do por Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 77.

⁴⁷ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 76, que, contudo, não limita sua indagação aos contratos especificados no texto, mas formula a questão de modo amplo.

⁴⁸ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 77.

Disparidade é, afinal, apenas um termo geral para diversos e totalmente amorfos déficits de liberdade⁴⁹.

Por isso se defende a dualidade de meios para o enfrentamento de problemas distintos: os distúrbios estruturais das relações contratuais são tema para o direito econômico da concorrência, por exemplo, ao passo que as disparidades de poder de negociação podem, em certas circunstâncias, sofrer as correções dos direitos fundamentais, na esfera de um contrato específico⁵⁰.

O controle pelos critérios dos direitos fundamentais deve proteger o indivíduo a ponto de impedir que a

⁴⁹ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 77: "In allen diesen Fällen ist es aber nicht die Ungleichheit oder Ungleichgewichtigkeit des Betroffenen, sondern seine Unfreiheit, seine fehlende Willens- und Entscheidungsfreiheit, die ihn den nachteiligen Vertrag eingehen läßt. Imparität ist somit letztlich nur ein Sammelbegriff für verschiedene, durchaus amorphe Freiheitsdefizite".

⁵⁰ Canaris, *AcP* 184 cit. nota 45, p. 207, e Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 77, por exemplo.

ordem jurídica dote particulares com o poder de configurar relações jurídicas, cuja eficácia não seja legitimada pela livre vontade da parte atingida de renunciar a parcela de sua liberdade⁵¹. Na medida da existência dessa autovinculação, tem-se o próprio exercício de liberdade e, portanto, não tem sentido invocar a proteção dos direitos fundamentais⁵².

Tal diretiva no controle dos pactos privados pelos direitos fundamentais parece ter prevalecido no precedente básico do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Ao decidir o paradigmático caso da União Brasileira de Compositores, cujo estatuto permitia a exclusão de sócio com dispensa das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o Supremo Tribunal Federal proclamou a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, em oposição à velha noção dos direitos fundamentais oponíveis exclusivamente ao

⁵¹ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 69.

⁵² Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 69.

Estado, segundo o critério da aferição do grau de autonomia da parte no contrato. Confira-se a ementa do acórdão:

Sociedade civil sem fins lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido.

i. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

ii. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm

por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

iii. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Ativi-

dade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade

e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

iv. Recurso extraordinário desprovido⁵³.

⁵³ RE 201.819, rel. p. acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006, p. 64. A particular configuração daquele caso dispensa saber se sua solução envolveria primordialmente a impropriamente chamada eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, na medida em que o próprio voto condutor do precedente ressaltou que o STF, na ADI 2.054, teria entendido que o Ecad, ao qual se vincula a associação lá em causa, "presta serviço público por delegação legislativa", hipótese na qual a doutrina não tem dúvida acerca do incidência direta dos direitos fundamentais, dada a parcela de poder estatal assim exercida (Pieroth e Schlink, *Grundrechte* cit. nota 13, p. 47, nº 189), com o que se repetiria, no precedente brasileiro mais importante sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o fenômeno irônico da matriz alemã (cf. a nota 40), ao contrário de seus antecedentes (os RE 160.222, 158.215 e 161.243, embora o primeiro deles tenha referido, mas não apreciado, o tema em

Já a ementa do julgado sublinha que a aplicação das garantias da ampla defesa e do contraditório, em detrimento da cláusula estatutária fundada na autonomia privada, não decorreu do sopeso entre princípios, normalmente utilizado na solução de conflitos nas relações entre o cidadão e o Estado. O critério adotado foi o da aferição do grau de autonomia da vontade de uma das partes daquela relação jurídica discutida⁵⁴.

O voto condutor do julgado explica como se chegou à prevalência do direito fundamental invocado sobre autonomia privada naquele caso:

O caso em exame apresenta singularidades.

debate).

⁵⁴ Também o voto vencido apoia-se no critério da autonomia da vontade do associado, ao se ligar e ao se manter na pessoa jurídica. A Min. Ellen Gracie sublinhou, em seu voto, que persistia na divergência da maioria, porque, "no caso, o membro excluído não sofre qualquer consequência econômica por não participar da entidade. [...]. Ele pode receber seus direitos autorais diretamente do Ecad.

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

Destarte, a exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras.

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

Nesse particular, lembro que, no julgamento de tema relativo à constitucionalidade do perfil institucional do ECAD (ADI nº2.054-DF [...]), o voto condutor do Ministro Sepúlveda Pertence abriu a divergência

no sentido de que a entidade representa relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, podendo atuar até mesmo como "prestador de serviço público por delegação legislativa". É tal como anotara Pertence naquela oportunidade, a associação que se recusasse a se filiar ao ECAD arcaria com a consequência grave de não participar da gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e, por conseguinte, não poder fazê-los isoladamente.

[...]

Destarte, considerando que a União Brasileira de compositores (UBC) integra a estrutura do ECAD, é incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, ela assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado.

Em outras palavras, trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como espaço público ainda que não-estatal.

Essa realidade deve ser enfatizada principalmente porque, para os casos em que o único meio de subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivem de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhe restringir a própria liberdade de exercício profissional. Logo, as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, I e IV, da CF).

Tem-se, pois, caso singular, que transcende a simples liberdade de associar ou de permanecer associado. Em certa medida, a integração a essas entidades configura, para um número elevado de pes-

soas, quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional.

[...]

[...] afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º liv e IV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.

Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público - ainda que não estatal - desempenhado pe-

la entidade, peço vênia para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela eminente Relatora.

A posse das premissas teóricas mencionadas já permite a solução do caso, que se ensaia a seguir.

3.2.8. Do quadro geral de solução do caso: a vedação de heteronomia, em relação ao particular que tem sua esfera atingida e ao titular do poder de conformação das relações jurídicas

Em coerência com as premissas acima indicadas, a solução do caso há de ser desdobrada em duas vertentes da vedação de heteronomia, a saber, em relação em relação ao particular que tem sua esfera atingida e ao titular do poder de conformação das relações jurídicas.

Vertida para o caso, a cifra de solução do problema diz respeito à proibição de heteronomia em prol dos integrantes não efetivos da associação, que invocam em seu benefício o direito à igualdade, e também em favor dos sócios fundadores da entidade, que se

afirmam protegidos pelos direitos fundamentais ligados à liberdade de se associarem.

3.2.9. Da vedação de heteronomia, em relação aos sócios não fundadores

Os dois aspectos assinalados acima entram em linha de cogitação para a aferição da existência de heteronomia, quanto aos sócios não efetivos, ou seja, quanto às pessoas que abriram sua esfera particular à interferência dos sócios fundadores e agora impugnam sua própria decisão, consistente em ingressar na pessoa jurídica.

Estão em causa aqui os aspectos da real liberdade de aderir à associação e o da informação adequada a respeito das regras do contrato a que emprestaram seu assentimento⁵⁵.

⁵⁵ Cf. as notas 48 e 49.

3.2.9.1. Do grau de liberdade dos interessados no ingresso da associação

O dado mais importante a ser considerado é, sem dúvida, a existência e o grau de liberdade dos integrantes do quadro de associados, em relação aos sócios fundadores, na aquisição do objeto do contrato.

Tal análise deve principiar pela determinação do bem a ser adquirido pelos sócios não fundadores, por meio do ingresso na associação em causa. Isso se faz com a simples leitura da norma capital do estatuto da "Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição, Família e Propriedade" - a TFP -, que lhe define o caráter e os objetivos⁵⁶. O art. 1º do estatuto estabelece que a TFP

⁵⁶ Lê-se na f. 80: "Art. 1º. A Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição, Família e Propriedade, que poderá designar-se também pela sigla SBTFP ou TFP, é uma associação civil de caráter cultural, cívico, filantrópico e beneficente, sem fins lucrativos e extrapartidária, nos termos destes estatutos.

§ 1º - A Sociedade visa defender e estimular, da forma mais ampla, a Tradição, a Família e a Propriedade Privada, pilares da

civilização cristã no País, bem como, de modo geral, promover e animar a ordem temporal segundo os princípios do Evangelho, interpretados de acordo com o Magistério tradicional da Igreja.

§ 2º - Para alcançar estes objetivos, a Sociedade empreenderá uma ou várias das atividades abaixo especificadas, consoante as concepções histórico-doutrinárias e diretrizes de ação delineadas na obra "Revolução e Contra-Revolução", do Prof. Plínio Corrêa de Oliveira [...], sempre visando à promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação proibidas por lei:

- a) Esclarecer a opinião nacional e os poderes constituídos sobre a influência deletéria exercida, na vida cultural e na vida pública do Brasil, pelos princípios anticristãos e revolucionários do socialismo, do comunismo, do nazismo e do racismo, bem como pelas correntes ideológicas afins com esses princípios ou neles inspiradas.
- b) Atuar contra fatores que ameacem a integridade do Território Nacional, e o patrimônio cultural e econômico do País.
- c) atuar contra fatores de desagregação religiosa, intelectual, psicológica, moral e material da sociedade, tais como: programas televisionados, espetáculos teatrais, filmes e publicações imorais, drogas, banditismo, aborto e contracepção em todas as suas formas antinaturais;
- d) Preservar e promover a cultura nos diversos campos do saber humano;

e) Promover obras ou atividades de formação e aprimoramento religioso, moral, intelectual, artístico e esportivo de crianças, jovens e adultos.

f) Realizar ou financiar pesquisas e estudos que, direta ou indiretamente, contribuam para alcançar os fins da Sociedade.

g) Promover obras ou atividades de natureza beneficente ou social que, direta ou indiretamente, concorram para atenuar ou eliminar crises, resolvendo os problemas de pessoas em categorias socialmente desajustadas.

h) Proporcionar, em caráter subsidiários, a menores - com especial atenção aos carentes em geral - ajuda material, formação profissional e orientação moral e religiosa que os encaminhem par sua integração na sociedade.

i) Conceder bolsas para gastos pessoais, bolsas de estudos, atendimentos médicos e dentários assistenciais, auxílios para tratamento médico, hospitalar e dentário, bem como outras ajudas análogas, a pessoas de poucos recursos que se dediquem aos objetivos da Sociedade (alvo o disposto no art. 4º).

j) Promover outras obras e desenvolver outras atividades, em direito permitidas, que não estejam em contradição com os presentes estatutos e sejam compatíveis com os objetivos globais da Sociedade.

k) Propor as ações judiciais convenientes à consecução dos objetivos da Sociedade".

é "associação civil de caráter cultural, cívico, filantrópico e beneficente, sem fins lucrativos e extrapartidária", que "visa defender e estimular, da forma mais ampla, a Tradição, a Família e a Propriedade Privada, pilares da civilização cristã no País, bem como, de modo geral, promover e animar a ordem temporal segundo os princípios do Evangelho, interpretados de acordo com o Magistério tradicional da Igreja", ao mesmo tempo em que se propõe a "esclarecer a opinião nacional e os poderes constituídos a influência deletéria exercida, na vida cultural e na vida pública do Brasil, pelos princípios anticristãos e revolucionários do socialismo, do comunismo, do nazismo e do racismo, bem como pelas correntes ideológicas afins com esses princípios". De modo breve, a TFP é associação nascida do hibridismo da defesa de ideais políticos de direita e da doutrina tradicional da igreja católica.

Assentado o referido propósito, parece correto concluir pela absoluta liberdade de qualquer pessoa em se associar à TFP, pela evidente razão de que nenhum

aspecto da existência humana depende da adesão à sociedade aludida. Participar dela é anódino. Sobre tudo no Estado de direito democrático do art. 1º da CR, ninguém está compelido a compartilhar dos ideais político-religiosos da associação, como condição para nada. Por oposição aos regimes feudais, aos absolutistas do século xix e aos totalitários do século xx, o ingresso em determinado estamento social, sociedade secreta ou partido político não é pressuposto da fruição das prerrogativas da personalidade jurídica e da cidadania⁵⁷, nem para a obtenção de vantagem social que também não decorra de similares entidades gregárias. Basta pensar no contraste entre a situação do Brasil posterior a 1988, em oposição à Alemanha dos anos 1933-1945, quando o ingresso no partido confundido com o Estado era condição para participação na vida nacional ou, ao

⁵⁷ A exceção aqui fica por conta do art. 14, § 3º, v, da CR, que condiciona as candidaturas políticas à filiação partidária.

menos, para não ser discriminado no normal desenvolvimento da existência pessoal.

Além de a associação à entidade aludida não se impor a ninguém como condição de fato para o exercício de direitos ou para evitar alijamento de setores importantes da vida social brasileira contemporânea, o cultivo dos ideais políticos conservadores aliados à doutrina católica de igual cariz pode ser perseguido por meio da fundação de outra sociedade de perfil similar ou de todo ajustado ao anseio dos recorridos. Diferentemente de outros regimes, nos quais não apenas a obtenção de determinada vantagem social se preordenava ao ingresso em certas agremiações ou estamentos, mas também só estas poderiam lícitamente perseguir certas finalidades, o regime constitucional vigente no Brasil não estabeleceu nenhum monopólio ideológico. Qualquer pessoa pode, nos termos do art. 5º, xvii, da CR, fundar pessoas jurídicas, aí incluídos os partidos políticos indispensáveis às candidaturas, para a defesa de ideais políticos lícitos, de modo que o pensa-

mento de direita, de centro ou de esquerda não é prerrogativa de ninguém em particular. O livre mercado de ideias admite a participação de todos com as associações que de modo igualmente libertário desejarem fundar. Ademais, a qualquer pessoa é lícito, nos termos do art. 5º, vi, da CR, fundar instituições religiosas, nas quais professe seu credo, como o movimento pentecostal brasileiro exemplifica com vigor, na multiplicação de denominações religiosas, inclusive de existência exclusivamente nacional. Por idênticos motivos, nada impede que nova associação se forme, a partir até da mesma conjugação dos ideais políticos e religiosos que informam a TFP, adotando os princípios governativos almejados pelos recorridos. Nesse sentido, a sentença, ao contrário do acórdão recorrido, observa com o inteira razão que os sócios insatisfeitos podem fundar nova associação com o conteúdo que preferirem outorgar-lhe, como o sufrágio universal nas questões de gestão ideológica e patrimonial da entidade. São tão livres pa-

ra deixar a TFP e constituir nova, quanto o foram ao nela ingressar.

Em síntese, o ingresso e a permanência do interessado na TFP resulta de ato de sua mais livre vontade, porque a vinculação a essa entidade não é juridicamente compulsória para obtenção de nenhuma vantagem, porque não diz respeito à fruição de bem imprescindível ou muito relevante para a vida social, porque não evita discriminações, na hipótese de não adesão e finalmente porque não impede a constituição de pessoa jurídica de doutrina e propósitos similares, segundo os princípios que os recorridos entenderem os mais adequados ao desenvolvimento de seus ideais político-religiosos.

Portanto, as regras do estatuto da associação aludida não podem ser consideradas como restrições do direito à igualdade dos recorridos. A adesão dos sócios a tais regras substantiva, antes, o próprio exercício da liberdade, de sorte que se lhe opor direitos fundamen-

tais representaria a perversão do conjunto de tais franquias constitucionais, que deixariam de ser a salvaguarda de espaços de ação incondicionada, para se tornar o fundamento de restrições do âmbito pessoal pelo Estado, encarnado em qualquer de suas manifestações - Legislativo, Executivo, Ministério Público ou Judiciário.

3.2.9.2. Do grau de liberdade dos associados em relação aos resíduos de heteronomia

O segundo aspecto da liberdade ligada à proteção do devedor, pelos direitos fundamentais, diz respeito àquilo que se poderia denominar de resíduo de heteronomia, em regras gerais de contratos⁵⁸.

Embora nenhum pacto tenha a capacidade de esgotar a multiplicidade da vida em suas regras, há contratos dotados de regras gerais vagas, sobretudo os de longa duração, como o contrato de sociedade dotado

⁵⁸ Hanau, *Verhältnismäßigkeit* cit. na nota 19, p. 78.

de personalidade jurídica de duração não limitada no tempo. A indeterminação relativa de certas cláusulas é causa mais comum da origem dos resíduos de heteronomia, no momento de sua concretização, na medida em que se terão de aplicar, na realidade, regras pactuadas de forma pouco densa. Também podem decorrer da falta de previsão do poder de configuração deferido pelo contrato. Há quem designe o problema de forma mais prática, esclarecendo que "a pessoa atingida deve ter a possibilidade de formar uma imagem correta das consequências de sua decisão", de modo que sua "concordância é irrelevante, quando a pessoa atingida a forma com base no dolo [alheio]"⁵⁹.

⁵⁹ Suchomel, Würde cit. na nota 44, p. 145: "Vor der Entscheidung des Zulassens eines würdekritischen Handels durch einen anderen an der eingenen Person muss der Betroffene die Möglichkeit haben sich, sich ein zutreffendes Bild seiner Entscheidungsfolgen zu machen. Daher ist seine Einwilligung unbeachtlich, wenn der Betroffene diese aufgrund einer Täuschung bildet".

Tampouco esse aspecto do caso parece comprometer a validade do modo questionado de funcionamento da associação, pois a regra que limita o voto a certas categorias de sócios não resulta de subterfúgio do contrato social, mas se encontra no art. 14, § 1, do estatuto, com todas as letras. Assim, não parece correto falar no caso de resíduo de heteronomia não coberta pelo contrato, insuficientemente indicada no estatuto, nem resultante de prática escamoteada pela direção da entidade.

Idênticos motivos parecem afastar, no caso, a objeção à ampla defesa, na medida em que, diferentemente do caso da UBC, não há patrimônio dos interessados em jogo na exclusão da entidade e, sobretudo, porque o acórdão recorrido não foi capaz de declinar fundamento normativo similar ao do alegado direito de voto na sociedade.

3.2.10. Da vedação de heteronomia, em relação aos sócios fundadores e a regra do CC

A higidez e a completude da manifestação de vontade dos sócios não fundadores em aderir ao estatuto da associação possui importantes consequências para o caso.

Uma delas é verificação de que o âmbito de proteção do direito à igualdade não foi atingido pela adesão dos recorridos ao estatuto da associação. Ao contrário, eles lançaram mão justamente dessa liberdade para dispor de seu objeto de forma isenta de pressões pessoais e impessoais. Em decorrência disso, não parece procedente a invocação do referido direito fundamental, em favor de seu pedido.

Na configuração triangular da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas⁶⁰, as consequências não costumam limitar-se a uma das relações entre o particular e o Estado, pois o “proveito de

⁶⁰ Cf. a nota 14.

um é o dano do outro”, para usar as palavras de Montaigne⁶¹. Ao reconhecimento de determinado direito fundamental a uma das partes do contrato contrapõe-se, em regra, a restrição de direito da mesma espécie da outra. A demonstração de que o acórdão recorrido, por equívoco, admitiu que a igualdade protegeria a situação jurídica dos recorridos reforça a suspeita de que, na verdade, os recorrentes tiveram seu direito fundamental de associação ilicitamente afetado pelo aresto aludido. Cumpre, portanto, ver se isso ocorreu no caso.

É certo que o TJSP aduz como fundamento de validade de sua interferência na órbita dos sócios mencionados o art. 1.394 do CC de 1916, regente da espécie: “todos os sócios têm direito de votar nas assembleias gerais, onde, salvo estipulação em contrário, sempre se deliberará por maioria de votos”.

⁶¹ Œuvres complètes, Essais, Livro I, Capítulo xxii: “le profit de l’un est le dommage de l’autre”.

A existência desse dispositivo de lei não parece oferecer dificuldade de molde a alterar o curso da solução da causa em sentido contrário aos recorrentes, pois o controle de validade das leis privadas e dos atos judiciais que as aplicam aos casos parece obviedade de nosso sistema jurídico. O legislador privado também é legislador e, como tal, vincula-se aos direitos fundamentais, nota Canaris⁶². Ademais, conflitos entre

⁶² Canaris, Claus-Wilhelm. AcP 184, cit. na nota 45, p. 212; e Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2003, p. 24-25. No mesmo sentido, por exemplo, Bethge, Grundrecht kollisionen cit. na nota 15, p. 677-678, com mais indicações, e Jestaedt, Matthias, Grundrechtsentfaltung im Grundgesetz. Tübingen: Mohr, 1999, p. 22 e segs., com acento na necessidade de se distinguirem a superioridade normativa da Constituição da superioridade histórica do direito civil, com ênfase nos pressupostos culturais da discussão. Embora a Alemanha conte com norma expressa da vinculação dos três poderes aos direitos fundamentais, isso não parece fazer diferença, em relação ao Brasil, porque sua oponibilidade aos poderes do Estado parece ser uma das características dessa espécie de direito, ao lado da preservação de espaço de

particulares não devem necessariamente ser solvidos pelo direito privado, mas podem ser dirimidos pelo direito penal, das edificações etc., de modo que a colisão entre direitos fundamentais não é dado específico das normas de direito privado e, portanto, não garante nenhuma posição especial a esse ramo do direito, no

liberdade do cidadão. Ademais, em prol da óbvia eficácia dos direitos fundamentais contra o Estado, incluído o legislador, estão os arts. 3º, I, 97 e 102 da CR. Ao menos no quadro do direito continental, não há garantia de liberdade sobretudo contra o legislador, sem direitos fundamentais. Logo, também aqui, a eficácia dos direitos fundamentais contra o Estado parece evidência do sistema. Questão diversa da licitude do controle de constitucionalidade de leis privadas é a da vinculação de particulares, pelos direitos fundamentais, pois aqui tem razão Lerche, *Übermaß* cit. na nota 19, p. xxi, ao notar que a vinculação do legislador a tais direitos não implica a das pessoas privadas entre si, em mesmas bases. Similarmente, Hesse, ob. cit. na nota 13, p. 141, nº 353, sublinha que a vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais não implica, por si só, a das partes no processo; o critério decisivo é o direito material discutido.

confronto com o direito constitucional⁶³. Exatamente porque os efeitos da legislação privada se assemelham, em muitos casos, aos das demais especialidades jurídicas, é indiferente ao cidadão se as restrições a seus direitos fundamentais proveem de leis sobre o direito privado ou sobre o público⁶⁴.

Portanto, é preciso ver se o legislador do Código Civil de 1916 restringiu validamente o direito fundamental de associação, isto é, de celebrar contratos constitutivos de associação, por meio da imposição de cláusula cogente. Apenas o fato de se tratar de lei civil não priva o legislador da qualidade estatal e, portanto, não o libera de sua vinculação direta aos direitos fundamentais de ambas as partes. Daí a plena incidência no caso da observação de Canaris: "as leis de direito privado têm também, em numerosos casos, uma clara natureza ofensiva - e isto, nalgumas circunstâncias, de

⁶³ Canaris, AcP 184 cit. na nota 62, p. 212.

⁶⁴ Canaris, Direitos fundamentais cit. na nota 62, p. 24.

forma massiva. Então, constitui um imperativo de coerência controlá-las, nessa medida, em princípio, também à luz da proibição de excesso"⁶⁵⁶⁶. Canaris nota que os modelos de eficácia imediata e mediata dos direitos fundamentais convergem na fixação do critério pelo qual se afere a validade dos atos estatais de interferência nos contratos: a intervenção estatal só se legitima quando servir à proteção do direito de uma das partes e não restringir demasiadamente a liberdade das pessoas atingidas pela medida, sublinhando que o parâmetro deve ser mais estrito em relação aos direitos pessoais, como as liberdades de ir e vir e a de profissão, e menos acentuado quanto aos demais ligados à liberdade econômica e da propriedade, sob pena de se "solapar a autonomia privada"⁶⁷. Em paralelo aos interesses das partes no contrato, merecem considera-

⁶⁵ Canaris, *Direitos fundamentais* cit. na nota 41, p. 33.

⁶⁶

⁶⁷ Canaris, *AcP* 184 cit. na nota 62, p. 241-242.

ção ainda os de ordem geral, relacionados à coletividade⁶⁸.

Uma vez que parece completamente anódino ao interesse da coletividade brasileira determinar como se distribui o mando no interior de associações político-religiosas da espécie discutida, segue-se que a restrição ao direito de associação dos recorridos não se pode legitimar por essa rubrica de ordem geral. Não se atina em que espécie de risco comum a participação desses ou daqueles sócios na direção da entidade poderia gerar para interesses como a saúde, a segu-

⁶⁸ Uma vez que a medida não atende a direito fundamental nem a coletivo, não é preciso tomar partido sobre a configuração da dualidade ou se todos os interesses coletivos se resolvem, afinal de contas, em direitos individuais, uma discussão que se vê, por exemplo, em Murswiek, Dietrich. *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989, p. 110, e Mayer, Matthias. *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie*. 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos, p. 81, nota 269; contra a distinção, Szczekalla, *Schutz-pflichten* cit. na nota 17, p. 330.

rança ou a ordem públicas ou mesmo a incolumidade do patrimônio da coletividade. O assunto circunscreve-se apenas aos interesses dos integrantes da agremiação.

Consequentemente, a interferência na órbita dos particulares só se legitimaria, do ponto de vista constitucional, com apelo à proteção do direito de igualdade dos demais associados, na medida em que assim demarcado o âmbito da discussão por meio do fundamento do julgado recorrido. As passagens antecedentes deste texto, contudo, parecem ter demonstrado de modo suficiente que isso não se deu, ou seja, que o âmbito de proteção do referido direito não foi afetado, por traduzir, antes, o exercício de liberdade contratual.

Assim, não chega a impressionar o fato de que o provimento do recurso seria aparentemente obstado pelo art. 1.394 do CC. Em primeiro lugar, pois Alexy lembra que, “segundo a teoria da eficácia mediata [dos direitos fundamentais], a ponderação deve ocorrer no

âmbito da aplicação em cada caso do direito civil vigente, no pressuposto de um conceito de aplicação que também permita, em casos especiais, decisões contra o teor literal (p. ex., redução teleológica)⁶⁹. É o que parece ocorrer no caso, pois o velho CC de 1916 parece conter lacuna encoberta, ou seja, está-se diante de situação em que a regra legal - contrariamente a sua literalidade, mas conforme à teleologia imanente do legislador - necessita de limitação ausente de seu texto, por ir além do que lhe seria dado, em face das considerações aqui desenvolvidas⁷⁰. "O preenchimento

⁶⁹ Alexy, *Theorie cit.* na nota 10, p. 484: "Nach der Theorie der mittelbaren Drittwirkung hat die Abwägung zwar im Rahmen der Anwendung des jeweils geltenden Zivilrechts zu erfolgen, unter Voraussetzung eines Begriffs der Rechtsanwendung, der in besonderen Fällen auch Entscheidungen gegen den Wortlaut (z. B. teleologische Reduktion) zulässt".

⁷⁰ Larenz, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5. Aufl, Berlin: Springer Verlag, 1983, p. 375: "...eine gesetzliche Regel entgegen ihrem Wortsinn, aber gemäß der immanenten Teleologie des Gesetzgebers einer Einschränkung bedarf, die im Gesetzestext

de semelhante lacuna, esclarece Larenz, "ocorre por meio do acréscimo da restrição exigida pelo sentido"⁷¹. A redução teleológica serve para adequar uma regra legal redigida de modo excessivamente amplo à teleologia de regulação da disciplina⁷²: a regra demasiadamente ampla do CC deve amoldar-se ao âmbito de liberdade deferido aos particulares nas normas superiores do direito constitucional. A regra aludida pode ser entendida como direito privado dispositivo, mas não cogente, motivo pelo qual a previsão contratual expressa o afasta. Ainda que assim não fosse, a interpretação da regra da lei civil como cogente esbarraria na posterior Constituição de 1988, com o que haveria de ter seu sentido alterado ou, quando nada, teria perdido vigência como norma cogente. Isso não importa maio-

nicht vorhanden ist. Die Ausfüllung einer solchen Lücke geschieht durch die Hinzufügung der sinngemäß geforderten Einschränkung".

⁷¹ Idem.

⁷² Ibidem.

res problemas no caso, em decorrência do art. 97 e da SV 10 do STF, porque a norma legal é anterior.

Logo, o direito de associação dos sócios fundadores foi restringido sem fundamento constitucional, motivo pelo qual seu recurso extraordinário merece provimento.

4. Do recurso extraordinário contra o acórdão do STJ

O exame do segundo recurso extraordinário é bastante simplificado pela apreciação do antecedente.

Também aqui convém distinguir as questões processuais das de mérito.

4.1. Do cabimento

De acordo com a jurisprudência do STF, "o recurso extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido em recurso especial só é cabível quando a questão constitucional objeto da controvérsia for diversa da decidida pela instância ordinária. Nesses casos, só é admissível o apelo extremo se a suposta

violação constitucional tiver sido, originariamente, apreciada pela Corte Especial⁷³.

A discussão principal do recurso extraordinário oriundo do julgado do STJ aprimora o recurso extraordinário interposto contra o acórdão do TJSP. Apesar disso, seu cabimento se justifica, pela seguinte razão: o acórdão que julgou o recurso especial não se limitou a confirmar o aresto do TJSP, quanto à declaração de nulidade das normas estatutárias discutidas na ação. Foi além, para declarar a nulidade de todas as assembleias gerais da TFP, posteriores ao julgamento do TJSP.

Nesse ponto, a discussão constitucional travada no segundo recurso extraordinário se originou do julgamento do recurso especial. Daí sua justificada interposição, como único meio de obter a reforma dessa parte

⁷³ ARE 740.554 AgR, rel. Min. Luiz Fux, DJe 25.2.2014.

do acórdão do STJ, que ampliou os limites do pedido e da condenação originária.

4.1.1. Dos pressupostos de admissibilidade do segundo recurso extraordinário.

Há vários capítulos do recurso extraordinário de conhecimento defeso, em razão de obstáculos de ordem processual.

4.1.1.1. Da incidência da Súmula 284 do STF, quanto ao art. 5º, liv, da CR

Descarte-se, de início, a possibilidade de se conhecer da suposta ofensa ao art. 5º, liv, CR, tendo em vista a ausência de fundamentação, tendente a demonstrar eventual violação da referida norma, indicada, sem mais, no início e ao cabo das razões recursais. Incide, no ponto, a Súmula 284 do STF.

4.1.1.2. Da natureza reflexa da alegada ofensa
ao art. 5º, ii, da CR: Súmula 636 do STF

O recurso extraordinário tampouco merece conhecimento, no que diz respeito à suposta violação do art. 5º, ii, da CR, alegada em dois momentos distintos.

A primeira parte do recurso extraordinário dedica-se a demonstrar que o acórdão do STJ teria violado o princípio da legalidade, ao decidir determinado tema do recurso especial, com base em norma complementar estadual, incompatível com o art. 118 da LC 35/79. Confira-se a argumentação declinada:

Com efeito, do julgamento do recurso de Apelação e dos Embargos Infringentes, participou o juiz de primeiro grau convocado, Dr. Octávio Helene, que em ambos os recursos, proferiu voto decisivo.

Conforme preceitua o dispositivo legal em comento:

“Art. 118. Em caso de vaga ou afastamento, por prazo superior a 30 (trinta) dias, de membro dos Tribunais Superiores, dos Tribunais

Regionais, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Alçada, (Vetado) poderão ser convocados Juizes, em Substituição (Vetado) escolhidos (Vetado) por decisão da maioria absoluta do Tribunal respectivo, ou, se houver, de seu Órgão Especial:

§ 1º - A convocação far-se-á mediante sorteio público dentre:

III - Os Juizes da Comarca da Capital para os Tribunais de Justiça dos Estados onde não houver Tribunal de Alçada e, onde houver, dentre os membros deste para os Tribunais de Justiça e dentre os Juizes da Comarca da sede do Tribunal de Alçada para o mesmo”.

É notório e sabido, que no Estado de São Paulo há Tribunais de Alçada Cível e Criminal, portanto, no caso em tela, a convocação de juiz de 1º grau para substituir Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo mostrou-se flagrantemente ilegal, à luz do dispositivo transcrito.

Em que pese a existência de Lei Estadual em sentido contrário, esta deve ceder aplicação à Lei Complementar nº 35/79 que, por ser Lei Federal, possui âmbito de aplicação nacional, conforme precedente do Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo resta evidenciada a afronta ao Princípio da Legalidade, pois o v. acórdão recorrido afastou a Lei Complementar Federal nº 35/79, em detrimento [sic] da Lei Complementar Estadual nº 646/1990, sem considerar que aquela possui hierarquia superior à esta.

Na segunda parte, os recorrentes tornam a alegar violação do art. 5º, ii, da CR; desta vez, com o objetivo de invalidar parte do acórdão do STJ, que confirmou a nulidade da norma estatutária sobre a interinidade dos sócios efetivos da TFP (f. 7.872). Afirmam o seguinte, em defesa da tese:

[...] não há lei que obste a admissão temporária dos membros, como uma forma de "estágio probatório", previamente ao ingresso efetivo dos mesmos. Ainda

assim, cláusula que limitava a admissão temporária foi tida como nula, em uma flagrante violação ao princípio da legalidade (art. 5º, ii, da Constituição Federal).

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República.

Tanto a tese da incompatibilidade entre as leis complementares federal e estadual relativas à substituição de juízes no TJSP, quanto a alegada ausência de lei, em sentido estrito, a obstar “a admissão temporária de membros”, são temas cuja solução depende do re-exame da legislação infraconstitucional. Daí porque, apenas indiretamente, repercutirão no art. 5º, ii, da CR.

No ponto, o recurso parece se resolver, mediante aplicação da Súmula 636 do STF: "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressupõe rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".

4.1.1.3. Da impossibilidade de conhecimento do
recurso extraordinário quanto novas ofensas à
CR

Passa-se, assim, ao demais dispositivos da Constituição supostamente violados pelo STJ: artigos 1º, iv, e 5º, caput, xvii, xviii, xix, xx, xxi.

Confirmam-se os argumentos declinados pelos recorrentes acerca dos dispositivos constitucionais remanescentes (f. 7.863):

Por mais que a ação movida contra a TFP, por Nelson Tadeu Costa e outros, aparente ser questão relativa aos supostos direitos iguais de sócios em uma associação, o que se discute são as violações

aos incisos xvii, xviii, xix e xx do art. 5º da CF, mais especificamente o amplo contexto da liberdade de associação - garantia constitucional que foi frontalmente violada.

Neste Ponto, destaca-se do voto-vencido da Eminente Ministra Isabel Gallotti, proferido no Recurso Especial, a essência do litígio:

[...]

"Ninguém foi obrigado a associar-se nos termos e prazos estipulados (sem voto e sem caráter temporário) e nem é obrigado a manter-se associado" "sócios efetivos" nunca foram sócios e não atribuir-lhes, por decisão judicial, direitos que já sabiam não possuir quando voluntariamente se associaram".

A ingerência judicial nesse aspecto, além de ofender, data venia, o direito de associação violará o núcleo essencial de autonomia privada coletiva".

[...]

Assim, o v. aresto recorrido ampliou a fundamentação do C. Tribunal de Justiça de São Paulo, violando a liberdade associativa, ao limitá-la em sua plenitude, criando intervenções outras além das estipuladas nos incisos xvii e xviii, do art. 5º, da Carta Constitucional. Do mesmo modo, interferiu diretamente no seu direito de auto-organização e na sua relação com os seus associados e membros.

[...]

O Eg. Supremo Tribunal Federal já analisou matéria análoga a este recurso, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 74.820/SP [...] no qual restou consignado que as associações possuem liberdade para disporem livremente sobre os seus objetivos e funcionamento, desde que sejam respeitados os limites legais.

Destaca-se do v. acórdão, in verbis:

“O segundo tema versado pelos recorrentes é o que respeita ao art. 1.394 do C. Civ., assim redigido: 'Todos têm o direito de votar nas as-

sembleias gerais, onde, salvo estipulação em contrário, sempre se deliberará por maioria de votos'. Entendem os vencidos que o julgado paulistano, interpretando regras do estatuto pelo qual se regula o Mackenzie, negou vigência à transcrita regra.

Esqueceram-se, todavia, que o artigo 1.394 do C. Civ., contém a cláusula 'salvo estipulação em contrário', que serve de base legal aos estatutos do Mackenzie e afasta qualquer incompatibilidade que se vislumbre entre o acórdão recorrido e o restante desse preceito.

Tudo quanto nos estatutos do Mackenzie restringir direitos de associados, ou constituir especiais poderes da Igreja Presbiteriana do Brasil, tem o apoio da sobredita cláusula.

[...]

Para meu convencimento, basta-me esta lição do louvado mestre Pontes de Miranda [...]: 'Tratando-se de direitos específicos preferentes (ou excepcionais), que correspondem, pelo ato

constitutivo, ou por deliberação permitida pelo ato constitutivo, a um membro ou a alguns membros, somente se podem alterar, para menos, ou excluir, se: a) o ato constitutivo o previu, ou o previu a própria deliberação permitida pelo ato constitutivo, ou b) o titular assentiu, eg. o direito de voto preferencial, direito a posto na direção, ou na gerência, ou em carteiras, ou agências, direito a percentagem maior nos dividendos, ou ao que se liquidar na extinção da pessoa jurídica, ou à aquisição de quotas de associados ou sócios que se retiram".

No mesmo sentido é o julgado prolatado MS 21.636, de relatoria do Min. Marco Aurélio, tendo consignado o Eminentíssimo Ministro relator em seu voto:

"Compreendo a delicadeza da missão confiada pela Carta ao Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Congresso nacional no exercício do controle externo do emprego de recursos públicos, e a natural da sociedade quanto a respectiva atuação moralizadora, não

veja como deixar de concluir que o fastamento liminar da Presidente da Cruz Vermelha Brasileira resultou na transgressão a garantias constitucionais atinentes ao auto governo da associações, dentre as quais exsurgem, como valia incontestável, a vedadora da interferência estatal no funcionamento dessas entidades - parte final do inciso xvii [sic] - e a que lhe é corolário e que também está implícita no inciso xix - de somente ter as atividades regulares de seus órgãos interrompidas por deliberação própria ou por decisão judicial".

Ainda, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, o Ministro Gilmar Mendes, citando o Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco, assim se manifestou:

"Na jurisprudência da Suprema Corte americana, há precedente distinguindo as sociedades voltadas para expressar um ponto de vista - religioso ou ideológico - e outra, de cunho comercial, 'non expressive'. Naquelas, a interferência de outros interesses sobre a estrutura e

gestão teria admissibilidade consideravelmente mais restrita.

Para os autores, as entidades 'que promovem fins ideológicos integram o núcleo essencial da autonomia privada coletiva; as resoluções das associações religiosas ou de pessoas que compartilham um certo ideário ou um outra concepção de mundo não estão no fundamental, sujeitas a controle judicial'.

Portanto, tem-se que, a liberdade de associação impõe a plena possibilidade de organização interna da entidade, a qual admite a diferenciação das categorias de seus associados e embora, de acordo com a sua finalidade e seu regramento interno, sendo vedada a intervenção estatual em sua estrutura, mesmo que pelo Poder Judiciário - mormente se trate de Associação ideológica.

[...]

Importante notar que se trata de uma Associação privada, com fins políticos-ideológicos e sem fins lu-

crativos, e não de instituição pública, Estado ou Ente Federativo de uma democracia. Isso quer dizer que deve predominar a liberdade de estipulação de suas regras internas as quais possuem como única restrição não ser constituída para fins ilícitos nem ter caráter paramilitar. Não há interesse público na gestão interna desse tipo de associação. Cumpridos os requisitos legais, a Associação é livre para se autogerir.

[...]

Além disso, a liberdade de associação pressupõe não só a liberdade de um indivíduo integrar um a Entidade, mas a possibilidade daquela Pessoa Jurídica escolher quais indivíduos deseja ter em sua estrutura.

[...]

Conceder o direito de voto para pessoas que antes não o tinham, de forma definitiva, é obrigar a TFP a vincular-se, permanentemente, com pessoas a quem antes estava ligada apenas de forma temporária eis

que os Autores da ação eram apenas colaboradores da Sociedade e não associados definitivos.

De acordo com a jurisprudência pacífica do STF, não basta ao conhecimento do recurso extraordinário a mera indicação dos dispositivos da Constituição supostamente violados. É necessário que o recorrente particularize de que forma o acórdão recorrido teria violado essas normas. Confirmam-se o seguinte julgado:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Transporte público coletivo urbano. Gratuidade a idosos. Recurso extraordinário interposto com base nas alíneas a, c e d do inciso iii do art. 102 da Constituição. Deficiência na fundamentação do apelo extremo. Súmula 284 do STF. Inocorrência de conflito de competência legislativa. Agravo a que se nega provimento.

i - É deficiente a fundamentação do recurso que não particulariza de que forma ocorreu a alegada ofensa à Constituição. Incidência da Súmula 284 do STF.

[...]

iii - Agravo regimental a que se nega provimento⁷⁴.

⁷⁴ AI 833.240, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 26.2.2014.

Os recorrentes imputam ao acórdão violação do art. 1º, iv e 5º, xix e xxi, sem particularizar de que modo o acórdão recorrido teria violado essas normas especificamente. Daí incidir o óbice da Súmula 284, a vedar o conhecimento do segundo recurso extraordinário, quanto aos mencionados dispositivos.

De qualquer modo, os incisos mencionados tratam de temas alheios à discussão dos autos⁷⁵.

⁷⁵ "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 5º [...]

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

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, tem legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente".

4.1.2. Dos fundamentos do recurso extraordinário suscetíveis de apreciação pelo STF

O recurso extraordinário interposto contra o acórdão do STJ merece ser conhecido, apenas quanto à alegada ofensa ao art. 5º, xvii e xviii e xx, devidamente prequestionados, mediante oposição de embargos declaratórios.

Os recorrentes parecem ter razão nesse capítulo do recurso extraordinário, exatamente pelas mesmas razões antes declinadas para se reformar o acórdão do TJSP, motivo pelo qual se pede vênia para indicar as razões relativas ao acórdão paulista para a reforma do julgado do STJ.

Assim, a cassação do julgado do STJ deverá restringir-se à declaração de nulidade das assembleias gerais da TFP, posteriores ao ajuizamento da demanda, aliás, uma *reformatio in peius* do STJ, pois os demais tópicos da discussão já estarão cassados, em decorrência da reforma do aresto do TJSP.

5. Conclusão

O Ministério Público Federal opina:

a - pelo provimento do recurso extraordinário interposto contra o acórdão do TJSP;

b - pelo conhecimento parcial e, nessa medida, pelo provimento do recurso extraordinário interposto contra o acórdão do STJ e, portanto,

c - pela improcedência dos pedidos da ação.

Brasília, 22 de julho de 2015.

Odim Brandão Ferreira
Subprocurador-Geral da República