

A HORIZONTALIZAÇÃO NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A DEMOCRACIA NOS ÓRGÃOS DECISÓRIOS DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO: O CASO TFP

Ricardo Emilio Zart*

RESUMO

Pretende-se, com o presente artigo, analisar o julgamento do Recurso Especial n. 650.373/SP pelo Superior Tribunal de Justiça referente ao caso TFP (Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição, Família e Propriedade) pela lente da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, e a democracia na decisão dos sócios em associações civis. Para tanto, buscou-se verificar a evolução histórica, desde a dualidade clássica do direito público *versus* direito privado até a constitucionalização do Direito Civil como elemento indicativo da horizontalização da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, com intervenção do Poder Judiciário na autonomia privada da associação, bem como a admissibilidade do princípio democrático nas decisões de tais pessoas jurídicas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Relações privadas. Horizontalização. Constitucionalização do Direito Civil.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional atualmente tem-se mostrado, ao contrário do que é ainda pregado pela dogmática tradicional, como quase sem barreiras ou limitações na sua atuação. As nomenclaturas de Direito Civil Constitucional, Direito Penal Constitucional, Direito Processual Constitucional,

* Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí; Professor adjunto da Universidade do Oeste de Santa Catarina Campus de Videira; ricardo.zart@gmail.com

meramente como exemplos ilustrativos, demonstram a permeabilidade do Direito Constitucional em todo o ordenamento jurídico.

À primeira vista não haveria grande surpresa em tal fato, uma vez que o Direito Constitucional, *a priori*, é aquele que estuda a fundo o fenômeno Constituição e tudo o que o cerca. Entretanto, na realidade, tal situação não é tão singela.

Kelsen (2011), em sua Teoria do Ordenamento Jurídico, determinou que a Constituição é o *topos* do ordenamento jurídico, a sua tão propalada Norma Fundamental (*Grundnorm*). É a famosa pirâmide do ordenamento jurídico em que a Constituição é o vértice superior, e os contratos civis, a sua base, tendo em vista que os contratos, na visão clássica, “fazem lei entre as partes.”

E para se aferir a validade de uma norma inferior à Norma Fundamental só é possível observando os critérios apontados pela própria Norma Fundamental, ou seja, a Constituição é o padrão de constitucionalidade de todas as normas (regras e princípios (ALEXY, 1993)) do ordenamento jurídico.

Entretanto, e certo do mesmo modo, é que o Direito Civil, um direito eminentemente privado em sua origem histórica, muitas vezes deixou de lado a previsão constitucional e instituiu a sua própria visão de validade de normas.¹ Tanto isso é verdade, e tão distante ficava a Constituição do “povo” que lhe dava sustento, que se criou o adjetivo ao Código Civil de “constituição da vida privada”.

Parece que a dicotômica diferenciação entre Direito Público e Direito Privado, mais didática do que semiológica, vem perdendo o seu vigor, principalmente com essa intersecção do Direito Constitucional espreado por todo o ordenamento jurídico.²

¹ No caso brasileiro a definição de validade, vigência e eficácia era buscada na Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 – Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, atualmente denominada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de acordo com a Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2011.

² Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo

Reduzindo-se a distância, anteriormente abissal, entre o Direito Público e o Direito Privado, se tem uma nova visão constitucional, o que, na pretensa pós-modernidade, se convencionou denominar de Neoconstitucionalismo.³ Essa nova visão constitucional passa a determinar que o ordenamento jurídico deva ser interpretado por um prisma constitucional, ou seja, uma nova hermenêutica de natureza constitucional.

Deste modo, não é de se estranhar que a Constituição passe a ser a baliza de interpretação, inclusive para as questões eminentemente privadas. Inclui-se aí a discussão já latente sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que se tem entendido como horizontalização de sua aplicação, em contraponto à chamada verticalização da aplicação dos direitos fundamentais entre o Estado, ente superior a todos (Leviatã) e a sociedade civil (privados).

É com vistas a tal orientação que se observou com interesse a decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito de voto dos sócios da Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição, Família e Propriedade – TFP, no Recurso Especial n. 650.373/SP.

A decisão é relevante tendo em vista que estava em jogo a discussão da manutenção da dicção original do estatuto da sociedade, onde apenas os sócios fundadores teriam direito a voto, em contraponto ao interesse dos novos sócios em participar ativamente da vida social, impondo o fim de um suposta "oligarquia", e aplicando-se a democracia e a igualdade entre os

Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social (BOBBIO, 2007, p. 27.).

³ Segundo Miguel Carbonell: "El neconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas «materiales» o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines e objetivos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991." (CARBONELL, 2007, p. 9-10.)

sócios acima da vontade dos fundadores, o que fatalmente se torna uma limitação constitucional da livre iniciativa.

Deste modo, para qualquer estudo que objetive analisar a horizontalização da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, necessário, em primeiro lugar, verificar como se está procedendo a inversão de valores do privado para o constitucional.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL AO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

A primeira questão que dever ser analisada, a fim de que se possa buscar uma evolução história da transição do direito civil para o direito civil constitucional é a verificação do seu conceito.

O Direito Civil, numa visão abrangente do ordenamento jurídico, é pretensamente o ramo do Direito ao qual se incumbe a sistemática e organização das normas que visam reger as relações quotidianas entre as pessoas, tanto naturais, quanto jurídicas, nas suas relações privadas.

De fato, as normas de direito civil buscam cobrir a completude da vida da pessoa, seja física ou jurídica, desde o seu nascimento, passando pelo surgimento da sua personalidade, os atos que podem ser realizados durante a sua vida, até chegar às questões relativas à sua morte e os efeitos de atos *post mortem*. Percebe-se, que em qualquer questão de Direito Civil, mesmo apenas como pano de fundo, se tem o caráter patrimonial como essencial.

Para Francisco Amaral (2003, p. 105) o Direito Civil pode ser conceituado como:

[...] o conjunto de princípios e normas que disciplinam as relações jurídicas comuns de natureza privada. É o direito privado comum, geral ou ordinário. De modo analítico, é o direito que regula a pessoa, na sua existência e atividade, a família e o patrimônio.

Numa visão liberal, advinda do sistema legislativo romano-germânico, ao qual se filia o Brasil, nada mais certo do que a separação entre o Direito Civil, privado por excelência, o qual busca regular as relações sociais que

não envolvam o Estado e, de outro lado, o clássico direito público, que se atine às questões relativas à organização do Estado, tributação e Direito Penal. Deste modo, e com base nesta visão, não haveria um direito mais distante do Direito Constitucional do que o Direito Civil (LÔBO, 1999, p. 99).

Estando clara a divisão doutrinária clássica entre o direito civil e constitucional, como anteriormente referido, como conciliar uma aproximação entre institutos aparentemente tão antagônicos?

Luís Roberto Barroso (2009, p. 366-372), tratando da passagem doutrinária do Direito Civil para o Direito Civil Constitucional, propõe três fases distintas desta evolução: 1ª fase: separação total (mundos apatardados); 2ª fase: publicização do direito privado; e, 3ª fase: constitucionalização do direito civil.

O primeiro momento, chamado de *separação total*, como já visto, diz respeito à divisão clara entre Direito Civil, privado, e o Direito Público. Para Maria Celina Bodin de Moraes (2012), tal separação entre os dois ramos era claríssima:

Neste universo jurídico, as relações do direito público com o direito privado apresentam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos.

Neste momento, a Constituição nada mais era do que uma “carta política”, onde encontravam-se dispostos os rumos ideológicos da nação, sem força normativa própria. Juridicamente, o estatuto atinente a resolver as querelas quotidianas era o Código Civil.

Tal *status* começa a mudar ao longo do século XX, mas de forma mais demarcada, com as Constituições Mexicana, de 1917, e de Weimar, de 1919, que trouxeram inspirações mais sociais e menos liberais. E a partir daí passou-se a analisar a Constituição como documento jurídico e não meramente político.

Konrad Hesse (2009) aponta no sentido de que a Constituição deve sim ser observada enquanto norma jurídica, e deste modo, espriar sua força por todo o ordenamento jurídico, inclusive alcançando a vida privada.

O segundo momento, dito *publicização do direito privado*, permeado pelo pensamento da força normativa da Constituição e também pelo momento histórico do Estado de Bem Estar Social (*welfare state*) tem-se que o constitucionalismo começa a permear o Direito Privado, que antes era absolutamente fundado na propriedade, e agora passa a ter um prisma mais social, com a inclusão em seus textos de normas de caráter cogente,⁴ isto é, normas privadas, mas com uma grande carga de ordem pública. Estas normas visam a proteção da parte que se encontra no lado mais fraco de uma relação jurídica, o que se convencionou chamar de hipossuficiente. É um dirigismo contratual que se percebe principalmente nas relações de consumo, locação, relações de emprego (BARROSO, 2009, p. 367).

É certo que esta interpenetração do Direito Constitucional no Direito Civil, neste momento de transição, também se deveu à intervenção do Estado no chamado domínio econômico, este que, pela visão liberal clássica, era campo exclusivo da iniciativa privada. Então, surge uma atividade intervencionista e reguladora do Estado, o que por si só trouxe uma limitação de espectro ao amplo sistema do Direito Civil (MORAES, 2012).

Por fim, o terceiro momento, propriamente chamado de *constitucionalização do Direito Civil*, percebe-se a inclusão na pauta das Constituições de matérias consideradas infraconstitucionais, ampliando consideravelmente assim os temas tradicionalmente considerados formadores de uma constituição material, quais sejam: organização do Estado, partição dos poderes e rol de direitos fundamentais.

⁴ Sobre normas cogentes: “[...] sempre existiu dentro do Direito Civil certas regras que, mesmo se destinando a reger relações privadas, não entram na esfera de livre disponibilidade dos sujeitos das relações jurídicas civis. São as normas cogentes, cujo conteúdo é considerado de ordem pública. Com a evolução do moderno Estado Social de Direito nota-se um grande incremento nesse tipo de normas, por meio das quais se realiza a intervenção estatal no domínio econômico, praticando o dirigismo contratual, tal como se dá, por exemplo, com a legislação bancária, com o inquilinato, com o estatuto da terra, com os loteamentos e incorporações etc.” (GOMES, 2000. p. 26).

Segundo Lênio Luiz Streck (2012), na atual quadra da história, está-se vivendo os efeitos de uma Revolução Copernicana no Direito Constitucional, o que ele considera como (neo)constitucionalismo. Um dos fatores primordiais do seu raciocínio é o posicionamento da Constituição no centro do ordenamento jurídico, dela se irradiando princípios a todos os ramos do Direito e a todas as relações sociais.

A Constituição passa a atuar como um “filtro axiológico” perante o qual se prisma e interpreta, hermeneuticamente, o Direito Civil. Neste momento, temáticas eminentemente constitucionais passam a fazer parte dos textos das regras infraconstitucionais, com peso de validade para estas. Tem-se então, para o direito privado, o surgimento da função social como elemento básico, seja da propriedade, seja da elaboração de contratos (BARROSO, 2009, p. 368).

Do mesmo modo, em sede contratual, tem-se a boa-fé objetiva como elemento constitucional regulador da sua validade. Hoje o *pacta sunt servanda*,⁵ ou princípio da força obrigatória foi mitigado, principalmente quando houver prejuízo visível à uma das partes ou a ocorrência de fato futuro ou incerto que venha a modificar a condição contratual inicial das partes envolvidas em um negócio jurídico (*cláusula rebus sic stantibus*).⁶

A grande diferença é que antes imperava a liberdade contratual ampla e irrestrita, salvo os casos de nulidade ou de anulabilidade, bem como as condições formais, previstos na lei. Então, em um contrato formalmente preciso e dentro da legalidade, qualquer assunção emanada da vontade dos contratantes deveria ser observada e cumprida, sob pena de descumprimento contratual. Hoje, ao contrário, a interpretação que se deve dar aos contratos é a atinente à sua função social e à boa-fé objetiva.

Outro aspecto importante do atual momento constitucional é o que traz especificamente para o Direito Civil duas questões eminentemente constitucionais.

⁵ “O acordos assumidos devem ser cumpridos.”

⁶ Trata-se da chamada Teoria da Imprevisão e o brocardo se traduz como “permanecendo as coisas como estavam antes”.

A primeira é a inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana⁷ na nova dogmática jurídica, não como mero *status*, mas sim como elemento jurídico garantidor de direitos e como parâmetro para resolução de conflitos.

A eliminação da dicotomia público-privado, como efeito da constitucionalização do Direito Civil, se deu no ordenamento jurídico brasileiro pela inclusão constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme Maria Celina Bondin de Moraes (2012):

Mais: no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.

O certo é que, segundo Luis Roberto Barroso, o Direito Civil atual, principalmente em seu âmago, filtrado pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, sofre uma *despatrimonialização*, isto é, houve uma mudança de foco de relevância, saindo do patrimônio como elemento vital e sagrado do Direito Civil, passando para uma *repersonalização*,⁸ onde a pessoa, sujeito de direito, passa a ser o centro de aplicação da norma, em um verdadeiro antropocentrismo jurídico (BARROSO, 2009, p. 370).

O segundo ponto relevante é a horizontalização na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que será objeto de análise apartada por ser objeto do presente estudo.

⁷ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet: "Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos." (SARLET, 2001, p. 60).

⁸ "A aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da *repersonalização* imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção à dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais." (FACHIN, 2000, p. 243).

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Que os direitos fundamentais, principalmente os atinentes à primeira e segunda dimensões,⁹ são limitações da atuação do poder do Estado em face da sociedade civil isto não gera nenhuma dúvida (BOBBIO, 2004).

Entretanto, a chamada constitucionalização do direito civil é um movimento até certo ponto recente, mas que se mostra absolutamente irresistível. Em que pesem posições mais conservadoras no sentido de manutenção da divisão dicotômica entre o direito público e o privado, não é o que se observa na atualidade. Principalmente quando se fala em interpretação realizada através do prisma constitucional, qual seja, a hermenêutica (neo)constitucional (PIMENTA; BARROS, 2006).

Poucos são os publicistas que ainda restringem a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre os indivíduos e o Estado (relação vertical). A grande maioria deles aceita a existência de uma produção de efeitos desses direitos também nas chamadas relações horizontais, ou seja, naquelas das quais o Estado não participa. O problema central que o tema coloca não é, portanto, o problema do “se” os direitos produzem efeitos nessas relações, mas do “como” esses efeitos são produzidos. (SILVA, 2005, p. 173-180).

A doutrina convencionou chamar de horizontalização a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares (*Drittwirkung*), em contraposição à evidente relação vertical tradicional de sua aplicação, que ocorre nas relações entre o Estado, ente a todos superior, e à sociedade civil e os particulares.

Existem três teorias sobre a possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas (PADILLA, 2009, p. 279-280).

A primeira, chamada de mediação legislativa ou da aplicação mediata, é a que determina que o desenvolvimento dos direitos fundamentais deve partir sempre do Poder Legislativo, quando da

⁹ Adota-se, no presente artigo, a conceitua-se da evolução dos direitos fundamentais em dimensões e não em gerações, adotando para tanto o entendimento de que a expressão “geração” traz consigo a ideia de uma geração sucedendo a outro, enquanto que a expressão “dimensão” apresenta o entendimento de coexistência, e no presente caso, a coexistência entre várias dimensões de direitos fundamentais.

proposição e elaboração legislativa. Aos defensores desta corrente, de fato, não se nega a importância do Poder Judiciário na resolução dos casos relativos aos direitos fundamentais, entretanto, tal importância é secundária, tendo em vista que primariamente tal dever é originário do Poder Legislativo (STEINMETZ, 2004, p. 137).

O Poder Judiciário deve, então, resolver os casos em que a legislação é omissa ou ocorra alguma espécie de antinomia ou de conflito aparente de normas, principalmente utilizando-se do princípio da proporcionalidade, via ponderação, quando se tratar de princípios fundamentais.

A segunda possibilidade, da mediação judicial ou instrumentalidade alemã, baseia-se no artigo 1.3 da Lei Fundamental Bonn,¹⁰ e determina que os órgãos judiciais, que estão diretamente atrelados aos direitos fundamentais, têm um papel de ponte entre a Constituição e a sociedade civil, no momento em que julgam um caso concreto, uma vez que o julgador deverá observar se o direito aplicado ao litígio é compatível com o disposto na Constituição, e, em caso negativo, introduzir o devido conteúdo jusfundamental.

Por último, a terceira corrente, denominada como eficácia imediata ou instrumentalidade espanhola, baseia-se no artigo 9.1 da Constituição Espanhola, de 1978,¹¹ que determina a rejeição ao paradigma constitucional da corte liberal, segundo o qual os direitos fundamentais apenas protegem o indivíduo de atos provenientes do Poder Público. Assim, na Espanha, todos os tribunais são competentes para a interpretação, controle e aplicação das normas constitucionais e, em especial, de direitos fundamentais, em todas as controvérsias que sejam levadas ao seu crivo.

¹⁰ "Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário." (*Lei Fundamental da República Federal Alemã*). Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PD_F.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2012.

¹¹ "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico." (*Constituição Espanhola, de 1978*). Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229>. Acesso em: 3 fev. 2012.

Portanto, no ordenamento jurídico espanhol, os direitos fundamentais são acionáveis em qualquer tipo de relação jurídica. A proteção destes direitos em face de violações provenientes de relações privadas se constitui como uma exigência do sistema e, finalmente, a dupla qualidade dos direitos se mantém plena em todos os níveis do ordenamento jurídico.

Em contrapartida, a posição contrária mais ferrenha é apresentada pelo sistema norte americano, tipificado pela teoria denominada *state action*. Para os defensores desta corrente, lastreada na concepção do Estado Liberal Clássico, os direitos fundamentais limitam a atuação do Estado, não sendo capazes de regular as relações privadas, sendo que tais condutas encontram-se fora da esfera de garantia daqueles. Assim, no direito americano a teoria da *state action* estabelece uma não-vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais (QUEIRÓZ, 2012).

Entretanto, atualmente, parece que tal pensamento se encontra superado, pois não são raras as situações apresentadas pela atualidade jurídica em que se observa a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais nas relações eminentemente privadas, ou seja, quando o Estado não faz parte da relação, atuando apenas enquanto árbitro da querela privada.

Wilson Steinmetz (2004, p. 96) sintetiza tal entendimento:

Por fim, enfatize-se que a medida da eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares deve ser regulada e mensurada segundo parâmetros e exigências da Constituição e não segundo níveis de tolerância ou conveniência do direito privado. Dizendo de outro modo, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais deve ser pautada pela Constituição. Essa conclusão deflui do princípio da supremacia da Constituição e da posição preferencial dos direitos fundamentais no sistema constitucional.

Neste sentido, podem-se apontar como casos de incidência de direitos fundamentais nas relações privadas os casos das ações afirmativas atinentes ao combate ao racismo, principalmente as questões relativas às

quotas raciais universitárias.¹² Outro exemplo, as questões atinentes às relações homoafetivas e seus direitos nas várias esferas do ordenamento jurídico.¹³ Outros ainda poderiam ser os exemplos.

Mas para o presente estudo, tem-se a questão relativa à (in)gerência do Poder Judiciário na autonomia privada societária, motivada pela decisão do Superior Tribunal de Justiça no caso atinente ao direito de voto dos sócios não fundadores da TFP, questão que se passa analisar com mais rigor.

4 O CASO TFP: EXEMPLO DE HORIZONTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

A Sociedade Brasileira de Defesa da Tradição, Família e Propriedade – TFP é uma associação civil, criada nos anos 1960, por Plínio Côrrea de Oliveira, que apresenta um cunho católico conservador, tendo sido famosa, nas décadas de 60 e 70 do Século XX, na disseminação da propaganda contrária ao comunismo no Brasil.

Com a morte de seu fundador, em 1995, iniciaram-se as discussões à respeito do direito de voto dos sócios não fundadores, vez que por previsão expressa de cláusula originária no estatuto da sociedade, só teriam direito de voto os denominados sócios fundadores.

Em 1997, um grupo de sócios dissidentes, autodenominado de “Arautos do Evangelho”, apresentou ação judicial pleiteando a nulidade do estatuto da TFP, considerando que o direito de voto e de ampla participação na vida social da sociedade deveria ser estendido a todos os sócios, e não ficar restrito a apenas uma pequena parcela de sócios, autointitulados de fundadores.

Tal pedido foi julgado improcedente em primeiro grau, tendo sido reformada tal decisão pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2001.

Em 2003, em execução provisória de sentença, os sócios não fundadores conseguiram apoio dos sócios mais jovens e implementaram

¹² Martins (1996, p. 202-208).

¹³ Barroso (2010).

alterações estatutárias a abrir oportunidade a todos os sócios de participarem das votações da sociedade.

Irresignados os antigos dirigentes da TFP interpuseram o Recurso Especial nº 650.373/SP, pugnando a cassação do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinando-se o retorno ao *status quo ante*, tendo em vista que o estatuto já existia e os novos sócios tinham conhecimento da cláusula atacada. Do mesmo modo, não caberia ao Poder Judiciário se imiscuir em questões de cunho eminentemente privados, que devem ser decididas no âmbito interno da sociedade (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

O Relator, Ministro João Otávio Noronha apresentou voto no sentido de ser conhecido e provido o recurso, considerando que

A interferência dos poderes públicos na economia interna das associações de fins ideológicos deve ser o mais restrita possível. Não vejo razão jurídica para negar-lhes a liberdade de estipular os direitos e deveres de associados na forma que melhor atenda aos fins ideológicos que perseguem, facultando ao estatuto estabelecer vantagens especiais para alguns dos seus membros e mesmo classe ou classes de associados sem direito a voto. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

Após pedido de vista, o Ministro Luis Felipe Salomão apresentou voto de divergência, concluindo pelo conhecimento parcial do recurso, e seu não provimento, entendendo pela manutenção da nulidade da cláusula que determinava a exclusividade do direito de voto aos sócios fundadores, considerando:

Verifica-se no estatuto a existência de um feixe de normas tendentes ao mesmo fim, qual seja, a manutenção oligárquica do poder de comando da sociedade nas mãos dos sócios fundadores. As regras estatutárias não convivem bem com os tempos modernos. Com efeito, todas as cláusulas estatutárias objeto da demanda mostraram-se nulas de pleno direito, uma vez que violam frontalmente o artigo 1.394 do Código Civil.

Este entendimento foi seguido pelo Ministro Raul Araújo, tendo a Ministra Maria Isabel Galotti acompanhado em parte o relator, decidindo pelo provimento integral do recurso.

A decisão, tão marcante, foi tomada no dia 27 de março de 2012, pela Quarta Turma, do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, tendo prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, conhecendo parcialmente do recurso especial e, nesta parte, negando-lhe provimento, divergindo do relator, Ministro João Otávio Noronha, e o voto do Ministro Raul Araújo, acompanhando a divergência, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, acompanhando em parte o relator, dando provimento integral ao recurso. Diante de empate nas questões fundamentais, o Ministro Antonio Carlos Ferreira votou desempatando, pelo conhecimento do recurso especial, e dando parcial provimento, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Luis Felipe Salomão (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

O Ministro Antonio Carlos Ferreira, no voto desempate assim se manifestou:

A Constituição da República assegura em favor das instituições de direito privado, como a TFP, a prerrogativa de autonomia quanto à sua organização e funcionamento.

Nada obstante, esse poder de auto-organização não é absoluto e está condicionado a limites traçados pelo Estado por meio de normas de direito civil, nas quais se inclui a norma do art. 1.394 do CC/1916, que, a meu ver, disciplinou, de forma cogente, um dos requisitos básicos para a constituição de associações sem fins econômicos, com o objetivo de viabilizar o respeito à vontade majoritária dos associados.

[...]

Chego, então, ao ponto que, no meu entender, é o principal para o deslinde da controvérsia: a possibilidade de intervenção jurisdicional visando à declaração de nulidade de cláusula estatutária de associação privada sem fins econômicos.

O eminente Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA manifestou, em seu voto, sua convicção quanto à impossibilidade de o Judiciário intervir na sociedade. E também fundamenta suas conclusões em voto do eminente MINISTRO MARCO AURÉLIO, no julgamento, pelo egrégio STF, do MS n. 21.636, no qual se debatia o afastamento, pelo poder público, de dirigente da Cruz Vermelha.

Parece-me, porém, que a situação dos autos - considerando as especificidades da relação entre a TFP e seus associados - guarda alguma similitude, ainda que parcial, com os fundamentos do voto do eminente Ministro GILMAR MENDES, por ocasião do julgamento, também pelo egrégio STF, do RE n. 201.819, a respeito da exclusão de associado da UBC (União Brasileira de Compositores), entidade que repassa os direitos autorais recolhidos via ECAD.

Cabe destacar que não estamos diante de uma simples associação recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou ideológica. Ao discorrer

acerca do tema, o Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO chamou a atenção para a circunstância de que depende deste julgamento a sorte de centenas de associados da TFP e que, "para além da questão meramente ideológica, há vidas humanas em jogo e expressivo patrimônio em disputa". Há notícia, no processo, segundo a qual muitos desses associados abdicaram de suas famílias e de outras atividades para viver em "ermitude", em prol da TFP.

Ou seja, estamos diante de uma associação anômala, em que os associados contribuem com sua força de trabalho e dedicação, muitas vezes de forma exclusiva e com dependência econômica. Como destacado nos autos, muitos associados residem em casas mantidas pela associação e recebem o pagamento de bolsas, plano de saúde e alimentação em contrapartida ao trabalho que dedicam aos objetivos institucionais da associação.

[...]

Nessa perspectiva, na linha de precedentes do STF mencionados no próprio voto do eminente relator tenho como possível a intervenção jurisdicional visando a alterar regras contidas nos estatutos da TFP. Não se trata de uma mera associação ideológica ou religiosa, mas de uma associação onde existe grande dedicação por parte de seus associados, que deságua em sensível dependência econômica - o que permite, se o caso, a modificação das regras estatutárias pelo Judiciário.

Por tudo isso, tenho, para mim, que a decisão recorrida, ao concluir, com fundamento em vasta prova documental produzida, que o Estatuto da TFP não poderia dispor de maneira diversa do contido no art. 1.394 do CC/1916, não configurou indevida interferência na esfera de autonomia da associação ora recorrente e tampouco na liberdade de pessoas, físicas ou jurídicas, em se organizarem para a prática de atividades sem fins econômicos (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012).

A questão posta, então, é a que diz respeito à (in)gerência do Poder Judiciário sobre as deliberações de associações privadas, a fim de determinar a aplicação de normas tidas como cogentes (artigo 1.394 do Código Civil de 1916), limitando assim, em tese, a autonomia privada.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça abre precedente no sentido de que o Poder Judiciário pode ser convocado a resolver questões *interna corporis* que tragam desequilíbrio entre os sócios ou associados de uma determinada associação.

Como assentado pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira a Constituição da República garanta às associações o direito de autonomia quanto à sua organização e seu funcionamento.

Entretanto, a mesma Constituição, determina a igualdade entre os brasileiros, estampada pelo princípio da isonomia. No caso concreto, não há

fundamento para apenas os sócios fundadores deterem o direito de voto, o que como bem salientado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, perpetuaria uma forma oligárquica de comando da associação, oposto aos seus objetivos.

A democracia, considerada como governo do povo (*demos* = povo; *cracia* = governo) tem sua origem história em Atenas. Entretanto, modernamente, o conceito de democracia sofre algumas limitações, tendo em vista que não são todas as pessoas do povo que poderão participar das decisões democráticas governamentais, surgindo assim a chamada democracia representativa (DALLARI, 1998).

Como já definiu Kelsen (2003, p. 406):

[...] politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa. Um indivíduo é livre se o que ele deve fazer segundo a ordem social coincide com o que ele quer fazer. Democracia significa que a vontade representada na ordem jurídica do Estado é idêntica à vontade dos sujeitos.

Deste modo, se pode entender a democracia como o regime político que assegura a participação do povo nas funções executiva e legislativa mediante um método específico de criação da ordem jurídica, onde haja uma identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo (LISBOA, 2012).

Mutatis mutandis, este mesmo entendimento sobre a democracia pode ser aplicado no microcosmo das associações, onde cada sócio exerce o poder, equivalente ao povo, devendo haver necessária identidade entre administradores e seus representados, quando se trata de decidir os rumos da associação, bem como nas decisões deliberativas.

O inusitado apresenta-se no caso das associações, tendo em vista que os sócios, em menor número do que na sociedade civil, podem sim estampar um exemplo de democracia direta, onde o direito de voto baseado na regra do *one man, one vote*, gerará uma decisão legitimamente democrática.

Por isso, entende-se viável, inclusive louvável, a decisão ora discutida, tendo em vista que a função do Poder Judiciário é regular a convivência pacífica em sociedade, mesmo que tal sociedade seja uma associação privada.

5 CONCLUSÃO

A decisão do Caso TFP, pelo Superior Tribunal de Justiça, abre, sem dúvida, um precedente para a análise de tomadas de decisões democráticas ou oligárquicas no âmbito de sociedades ou associações civis.

Parece certo que o presente caso em estudo se revestiu realmente de uma aplicação horizontal dos princípios fundamentais nas relações privadas, tendo em vista que a discussão girou em torno da posição de sócios fundadores *versus* sócios sem esta qualificação e a possibilidade de participação destes últimos na tomada de decisão com relação aos rumos futuros da associação.

E a propalada autonomia privada da associação, fruto ainda do Estado liberal, deve ceder espaço para as decisões democráticas no âmbito da gestão da pessoa jurídica, garantindo a ampla participação dos sócios nas deliberações e, como conseqüentemente, com o direito de voto a todos assegurado.

Não se prega o fim da autonomia privada, com total ingerência do Estado sob a administração da coisa privada, o que seria anticonstitucional,¹⁴ ao contrário disso.

Entretanto, defende-se a flexibilização desta autonomia, a fim de respeitar os direitos fundamentais dos sócios, nos fóruns deliberativos da pessoa jurídica, assegurando assim uma igualdade diante de todos os componentes do quadro societário, sem distinções de origens, e as decisões relevantes ao desenvolvimento social.

¹⁴ Utiliza-se como conceito de anticonstitucional aquilo que se coloca contra a Constituição, não sendo sinônimo de inconstitucional.

O direito fundamental ora estampado é o princípio da igualdade ou da isonomia, que diretamente funda a democracia. Não existe democracia sem igualdade entre os atores da cena democrática.

Deste modo, a intervenção do Poder Judiciário na esfera de decisão privada de uma associação a fim de restabelecer os direitos dos sócios não fundadores, a fim de assegurar a democracia nas decisões, não se mostra como excessiva, nem ilegítima, mas ao contrário, demonstra ser salutar o controle e a fiscalização do Poder Judiciário na aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

THE FLATTENING IN THE APPLICATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE RELATIONS AND DEMOCRACY IN DECISION MAKING BODIES OF LEGAL ENTITIES OF LAW: THE CASE TFP

ABSTRACT

The aim with this paper to analyze the judgment of the Special Appeal No. 650.373/SP by the Superior Court of Justice on the case TFP (Brazilian Society for the Defense of Tradition, Family and Property) through the lens of the applicability of fundamental rights in private relations and democracy the decision of the partners in civil associations. Therefore, we sought to examine the historical evolution from the classical duality of public x private to the constitutionalization of civil law as an indication of the flattening of the applicability of fundamental rights in legal relationships between individuals, with intervention in the autonomy of the Judiciary private pool as well as the admissibility of the democratic principle in decisions of such entities.

Keywords: Fundamental rights. Private relationships. Flattening. The constitutionalisation of civil law.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal Alemã**. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2012.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmasiguais_171109.pdf>. Acesso em: 2 maio 2010.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade - Para uma Teoria Geral da Política**. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- _____. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Grupo de fundadores perde a batalha pelo comando da TFP**. Disponível em: <www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.text=105206>. Acesso em: 19 abr. 2012.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 650.373/SP**. 4ª Turma. Decisão por maioria. Relator Ministro João Otávio Noronha. Relator para o Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 29 mar. 2012. Acesso em: 27 abr. 2012.
- CARBONELL, Miguel. **Teoria del neoconstitucionalismo – ensayos esogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ESPAÑA. **Constituição Espanhola, de 1978**. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=iberlex&id=1978/31229>. Acesso em: 3 fev. 2012.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 4, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LISBOA, Marcelo Moreno Gomes. **O conceito de democracia em Hans Kelsen**. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LisboaMM_1.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999.

MARTINS, Sérgio. Ações afirmativas e desigualdade racial no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, Ano 1996, n. 1, 1996.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2012.

PADILLA, Luis Fernando Zúñaga. La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares en la jurisprudencia mexicana. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**, México, n. 28, jul. 2009.

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais Nas relações privadas e a ponderação de interesses. **Anais do CONPEDI** – Manaus, 2006.

QUEIRÒZ, André Luiz Tomasi de. **Teorias da horizontalização dos direitos fundamentais**. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/artigosc/horizontal_and.doc>. Acesso em: 3 fev. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares. **Revista Direito GV**, Fundação Getúlio Vargas: São Paulo, v. 1, Ano 1, 2005.

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

STRECK, Lênio Luiz. **A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica**. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2012.