



Entidade privada também responde por direitos fundamentais

O direito das associações privadas não é absoluto e comporta restrições, que dão lugar ao prestígio dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. Com esse entendimento, o ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, votou pela não concessão de recurso à União Brasileira de Compositores (UBC), que excluiu um de seus sócios do quadro da entidade sem o amplo direito à defesa.

Em voto anterior, a ministra Ellen Gracie acolheu o recurso, já que, para ela, não houve ofensa ao princípio da ampla defesa. Segundo ela, a exclusão do associado de entidade privada responde às regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Sendo assim, ela afirmou que não cabe no caso a invocação do artigo 5º, LV da CF para “agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC”.

Para Mendes, no entanto, a UBC pode ser considerada como integrante de um “espaço público ainda que não estatal”. Isso porque a entidade integra os quadros do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad), “único meio de subsistência dos associados” que dependem dos direitos autorais de suas composições para sobreviver. “A vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional”.

De acordo com o ministro, as penalidades impostas pela UBC “extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa”. Para Mendes, o caso “transcende a simples liberdade de associar ou de permanecer associado”, já que o sócio expulso arcaria com a consequência de não participar da gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais.

Além disso, segundo ele, o Supremo possui jurisprudência voltada para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. O julgamento foi paralisado pelo pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa.

Leia a íntegra do voto

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 201.819-8

PROCED.: RIO DE JANEIRO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.: UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES – UBC

ADV.: VERA LUCIA RODRIGUES GATTI E OUTROS

RECDO.: ARTHUR RODRIGUES VILLARINHO

ADV.: ROBERTA BAPTISTELLI E OUTRO



VOTO – VISTA

O SENHOR MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES:

A eminente Relatora, a Ministra Ellen Gracie, proferiu voto nos seguintes termos:

“A recorrente, União Brasileira de Compositores – UBC, é sociedade civil sem fins lucrativos, dotada de personalidade jurídica de direito privado.

Por motivos irrelevantes para a solução do presente extraordinário, a recorrente excluiu o recorrido de seu quadro de sócios, em procedimento assim narrado no acórdão da origem:

‘Embora a sociedade tivesse, de fato, por seu órgão deliberativo, designado uma comissão especial para apurar as possíveis infrações estatutárias atribuídas ao autor, tal comissão, por mais ilibada que fosse, deixou de cumprir princípio constitucional, não ensejando ao apelado oportunidade de defender-se das acusações e de realizar possíveis provas em seu favor.

Conforme se vê de fls. 101/102, a comissão simplesmente reuniu-se e, examinando a documentação fornecida pelo secretário da sociedade, concluiu pela punição do autor. Nada além.

Não se pode, na verdade, pretender que uma entidade de compositores, em sua vida associativa, adote regras ou formas processuais rigorosas, mas também não se pode admitir que princípios constitucionais básicos sejam descumpridos flagrantemente.

Caracterizadas as infrações, ao ver da comissão, o autor tinha de ser, expressa e formalmente, cientificado das mesmas e convocado a apresentar, querendo, em prazo razoável, a sua defesa, facultando-lhe a produção das provas que entendesse cabíveis.

Só depois disso é que poderia surgir o parecer da comissão, num ou noutro sentido.

Como foi feito, o direito de defesa do autor foi mesmo violado, sem que se adentre no mérito, na justiça ou injustiça da punição.’ (fls. 265 e 266)

Como se vê, o Tribunal a quo, com fundamento no princípio da ampla defesa, anulou a punição aplicada ao recorrido.

O estatuto da recorrida, em seu art. 16, determina que: “a diretoria nomeará comissão de inquérito composta de três Sócios, a fim de apurar indícios, atos ou fatos que tornem necessária a aplicação de penalidades aos Sócios que contrariem os deveres prescritos no Capítulo IV destes Estatutos.” (fl. 48).

A leitura do acórdão da apelação revela que a regra acima transcrita foi integralmente obedecida, porém ela foi afastada em homenagem ao princípio da ampla defesa.

Entendo que as associações privadas têm liberdade para se organizar e estabelecer normas de funcionamento e de relacionamento entre os sócios, desde que respeitem a legislação em vigor. Cada



indivíduo, ao ingressar numa sociedade, conhece suas regras e seus objetivos, aderindo a eles.

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.

Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada, o que justifica o provimento do recurso.

Diante do exposto, conheço do recurso, e lhe dou provimento. Condeno o recorrido ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atribuído à causa devidamente atualizada.”

Após o voto da eminente Relatora pedi vista dos autos por se tratar de um caso típico de aplicação de direitos fundamentais às relações privadas – um assunto que, necessariamente, deve ser apreciado sob a perspectiva de uma jurisdição de perfil constitucional.

O tema versado nos presentes autos tem dado ensejo a uma relevante discussão doutrinária e jurisprudencial na Europa e nos Estados Unidos. Valho-me aqui de estudo por mim realizado constante da obra “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional”, sob o título “Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”, desenvolvido com base em conferências proferidas no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, em 20/10/1994, e no 5º Encontro Nacional de Direito Constitucional (Instituto Pimenta Bueno) – Tema: “Direitos Humanos Fundamentais”, em 20/09/1996, USP/SP.

No aludido ensaio, teço as seguintes considerações sobre o tema:

“A questão relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares marcou o debate doutrinário dos anos 50 e do início dos anos 60 na Alemanha. Também nos Estados Unidos, sob o rótulo da ‘state action’, tem-se discutido intensamente a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

É fácil ver que a doutrina tradicional dominante do Século XIX e mesmo ao tempo da República de Weimar sustenta orientação segundo a qual os direitos fundamentais destinam-se a proteger o indivíduo contra eventuais ações do Estado, não assumindo maior relevância para as relações de caráter privado. Dos dois direitos fundamentais com notória eficácia para os entes privados (art. 118, 1, 1. período – liberdade de opinião; art. 159, 2. período – liberdade de coalizão) extraiu-se um argumentum e contrario.

Um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre o cidadão e o Estado acaba por legitimar a idéia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal. A adoção dessa orientação suscitaria problemas de difícil solução tanto no plano teórico, como no plano prático. O próprio campo do Direito Civil está prenhe de conflitos de



interesses com repercussão no âmbito dos direitos fundamentais. O benefício concedido a um cidadão configura, não raras vezes, a imposição de restrição a outrem.

Por essa razão, destaca Rüdner que quase todos os direitos privados são referenciáveis a um direito fundamental:

‘Os contratos dos cidadãos e sua interpretação, abstraída a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho, não despertavam grande interesse. O problema da colisão de direitos fundamentais coloca-se também aqui de forma freqüente: a liberdade de contratar integra os direitos fundamentais de desenvolvimento da personalidade (freie Entfaltung der Persönlichkeit) e de propriedade. Por isso, ela deve ser contemplada como elemento constitucional na avaliação jurídica dos contratos. O estabelecimento de vínculos contratuais com base na autonomia privada relaciona-se, pois, com o exercício de direitos fundamentais. Exatamente na assunção de obrigações contratuais reside uma forma de exercício de direitos fundamentais que limita a liberdade para o futuro. A livre escolha de profissão e o seu livre exercício são concretizados dessa forma. O livre exercício do direito de propriedade consiste também em empregar a propriedade para fins livremente escolhidos. A livre manifestação de opinião e a liberdade de imprensa, a liberdade religião e a liberdade artística não são realizáveis sem a possibilidade de livre assunção de obrigações por parte dos cidadãos. Até mesmo a liberdade de consciência não está isenta de vinculações contratuais.’

Também o postulado de igualdade provoca problemas na esfera negocial.

O Estado, que, com os direitos fundamentais, assegura a liberdade do cidadão, não pode retirar essa liberdade com a simples aplicação do princípio da igualdade. O engajamento político e religioso integra o livre exercício do direito de propriedade e o livre exercício do direito de desenvolvimento da personalidade. A liberdade de testar é integrada pela liberdade de diferenciar por motivos políticos ou religiosos.

Assim, em face dos negócios jurídicos coloca-se a indagação sobre a sua própria validade como resultado de eventual afronta ou contrariedade aos direitos fundamentais.

É certo, por outro lado, que na relação entre cidadãos não se pode tentar resolver o conflito com a afirmação – duvidosa já na relação com o Poder Público – de que ‘in dubio pro libertate’, porque não se cuida do estabelecimento de uma restrição ou limitação em sentido estrito.

Canaris observa que o reconhecimento de que os direitos fundamentais cumprem uma tarefa importante na ordem jurídica não apenas como proibição de intervenção (direito de defesa), mas também como postulados de proteção, contribui para explicitar a influência desses postulados no âmbito do direito privado.

Sob o império da Lei Fundamental de Bonn engajou-se Hans Carl Nipperdey em favor da aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, o que acabou por provocar um claro posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho em favor dessa orientação (unmittelbare



Drittwirkung).

O Tribunal do Trabalho assim justificou o seu entendimento:

‘Em verdade, nem todos, mas uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade em face do Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social. Isso significa que disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos. Assim, os acordos de direito privado, os negócios e atos jurídicos não podem contrariar aquilo que se convencionou chamar ordem básica ou ordem pública’.

Esse entendimento foi criticado sobretudo pela sua deficiente justificação em face do disposto no art. 1, III, da Lei Fundamental, que previa apenas a expressa vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais.

Afirmou-se ainda que a eficácia imediata dos direitos fundamentais sobre as relações privadas acabaria por suprimir o princípio da autonomia privada, alterando profundamente o próprio significado do Direito Privado como um todo. Ademais, a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas encontraria óbice insuperável no fato de que, ao contrário da relação Estado-cidadão, os sujeitos dessas relações merecem e reclamam, em princípio, a mesma proteção.

É claro que o tema prepara algumas dificuldades.

Poder-se-ia argumentar com a disposição constante do art. 1, da Lei Fundamental, segundo a qual ‘os direitos humanos configuram o fundamento de toda a sociedade’ (Grundlage jeder Gemeinschaft). Poder-se-ia aduzir, ainda, que a existência de forças sociais específicas, como os conglomerados econômicos, sindicatos e associações patronais, enfraquece sobremaneira o argumento da igualdade entre os entes privados, exigindo que se reconheça, em determinada medida, a aplicação dos direitos fundamentais também às relações privadas.

Esses dois argumentos carecem, todavia, de força normativa, uma vez que tanto o texto da Lei Fundamental, quanto a própria história do desenvolvimento desses direitos não autorizam a conclusão em favor de uma aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

Em verdade, até mesmo disposições expressas, como aquela constante do art. 18, n. 1, da Constituição de Portugal, que determina sejam os direitos fundamentais aplicados às entidades privadas, ou do Projeto da Comissão Especial para revisão total da Constituição suíça (art. 25) – Legislação e Jurisdição devem zelar pela aplicação do direitos individuais às relações privadas – Gesetzgebung und Rechtsprechung sorgen dafür, dass die Grundrechte sinngemäss auch unter Privaten wirksam werden [atualmente já incorporado à Constituição suíça, desde 2000, no art. 35 (3), com a seguinte redação: ‘Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.’], não parecem aptas para resolução do problema.

A propósito da fórmula consagrada na Constituição portuguesa, acentua Vieira de Andrade que ‘se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz em que termos se processa essa vinculação e, designadamente, não se estabelece que a vinculação



seja idêntica àquela que obriga os poderes públicos’.

Em verdade, ensina Dürig que uma aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas poderia suprimir ou restringir em demasia o princípio da autonomia privada. Portanto, é o próprio sistema de direitos fundamentais, ensina o notável constitucionalista tedesco, que autoriza e legitima que os indivíduos confirmem aos negócios de direito privado conformação não coincidente com tais direitos.

Idêntica orientação é adotada por Konrad Hesse, que destaca serem as relações entre pessoas privadas marcadas, fundamentalmente, pela idéia de igualdade. A vinculação direta dos entes privados aos direitos fundamentais não poderia jamais ser tão profunda, pois, ao contrário da relação Estado-cidadão, os direitos fundamentais operariam a favor e contra os dois partícipes da relação de Direito Privado.

Não se pode olvidar, por outro lado, que as controvérsias entre particulares com base no direito privado hão de ser decididas pelo Judiciário.

Estando a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais, parece inevitável que o tema constitucional assumira relevo tanto na decisão dos tribunais ordinários, como no caso de eventual pronunciamento da Corte Constitucional.

Embora tenha rejeitado expressamente a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas (unmittelbare Drittwirkung), entendeu o Bundesverfassungsgericht que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do Direito Privado.

Os direitos fundamentais não se destinam a solver diretamente conflitos de direito privado, devendo a sua aplicação realizar-se mediante os meios colocados à disposição pelo próprio sistema jurídico.

Segundo esse entendimento, compete, em primeira linha, ao legislador a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Cabe a este garantir as diversas posições fundamentais relevantes mediante fixação de limitações diversas.

Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (Generalklausel) que serviriam de ‘porta de entrada’ (Einbruchstelle) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado.

A referência a algumas decisões do Bundesverfassungsgericht pode contribuir para esclarecer adequadamente a orientação perfilhada pela Corte Constitucional alemã:

(1) Em 1950, o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, defendeu um boicote contra o filme ‘Unsterbliche Geliebte’, de Veit Harlan, diretor do filme ‘Jud Süs’, produzido durante o 3. Reich. Harlan logrou decisão do Tribunal estadual de Hamburgo no sentido de determinar que Lüth se abstinhasse de conchamar o boicote contra o referido filme com base no § 826 do Código Civil (BGB). Contra essa decisão foi interposto recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde) perante o Bundesverfassungsgericht. A Corte Constitucional deu pela procedência do recurso, enfatizando que decisões de



tribunais civis, com base em leis gerais de natureza privada, podem lesar o direito de livre manifestação de opinião consagrado no art. 5, 1, da Lei Fundamental. Os tribunais ordinários estariam obrigados a levar em consideração o significado dos direitos fundamentais em face dos bens juridicamente tutelados pelas leis gerais (juízo de ponderação). Na espécie, entendeu a Corte que, ao apreciar a conduta do recorrente, o Tribunal estadual teria desconsiderado (verkannt) o especial significado que se atribui ao direito de livre manifestação de opinião também nos casos em que ele se confronta com interesses privados;

(2) O pequeno jornal 'Blinkfuer' continuou a publicar a programação das rádios da República Democrática Alemã mesmo após a construção do muro de Berlim (13.08.1961). A grande editora Springer dirigiu, por isso, uma circular a todas as bancas e negócios de vendas de jornais, ameaçando-os com a suspensão de fornecimento de jornais e revistas caso continuassem a vender o jornal 'Blinkfuer'. Foram significativos os prejuízos sofridos pela publicação. A pretensão de caráter indenizatório formulada pelo jornal foi rejeitada pelo Bundesgerichtshof – BGH (Supremo Tribunal de Justiça). Apreciando o recurso constitucional interposto pelo pequeno jornal, entendeu o Bundesverfassungsgericht que a editora Springer não poderia valer-se de sua superioridade econômica para fazer prevalecer a sua opinião. As opiniões contrapostas deveriam concorrer em pé de igualdade, com recursos de caráter exclusivamente intelectual (geistige Waffen);

(3) No chamado 'caso Wallraff', um repórter, adotando uma identidade falsa, obteve um emprego como jornalista na redação do jornal sensacionalista 'Bild-Zeitung'. Essa experiência forneceu-lhe material para um livro. A ação movida pela empresa jornalística contra o repórter e seu editor foi rejeitada pelo Superior Tribunal de Justiça (Bundesgerichtshof). A Corte Constitucional acolheu, todavia, o recurso constitucional interposto contra a decisão, entendendo que 'entre as condições da função de uma imprensa livre pertence a relação de confiança do trabalho de redação', sendo lícita, fundamentalmente, a pretensão manifestada no sentido de impedir a publicação de informações obtidas mediante utilização de artifícios dolosos.

A orientação esposada pela Corte em todos esses precedentes parece sinalizar que, embora o Bundesverfassungsgericht extraia a eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas do significado objetivo destes para a ordem jurídica total, acaba ele por reconhecer efeito jurídico-subjetivo a essas normas.

Tal como enfatizado no 'caso Blinkfuer', se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar.

Assim, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada seja no plano da legislação, seja no plano da interpretação.

É preciso acentuar que, diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na



qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais refere-se primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem.

Em outros termos, a eficácia mediata dos direitos está freqüentemente relacionada com um caso de colisão de direitos. A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros.

Como enunciado, a teoria da 'eficácia mediata' (mittelbare Drittwirkung) revela também a preocupação do Bundesverfassungsgericht com a aplicação/concretização dos direitos fundamentais pelos Tribunais ordinários. A discussão sobre a eficácia indireta ganha relevo na medida em que as valorações estabelecidas pela Constituição não coincidem com a valoração do direito privado.

Tal como sintetizado por Hesse, a orientação da Corte Constitucional revela que a função dos direitos fundamentais enquanto elementos de uma ordem objetiva impõe tão-somente a preservação de um standard mínimo de liberdade individual. Não se impõe, porém, uma redução generalizada da liberdade individual a esse padrão mínimo. 'Se o Direito Privado deixa maior liberdade do que os direitos fundamentais, não deve a liberdade ser restringida mediante uma vinculação a esses direitos'.

Hesse sustenta que os Direitos Fundamentais não obstam a que os titulares assumam obrigações em face de outros entes privados, uma vez que também a possibilidade de se vincular mediante atos livremente celebrados integra a liberdade individual. Assim, seriam válidos, em princípio, contratos celebrados entre pessoas privadas que limitassem a liberdade opinião e legítimas as decisões de um empregador que selecionasse seus empregados com utilização de referenciais relacionados com a confissão religiosa ou a convicção política.

Não se pode perder de vista, porém, – adverte Hesse – que a liberdade individual pode restar ameaçada pela utilização de mecanismos de poder econômico ou social, o que acabaria por permitir a supressão daquele standard mínimo de liberdade pelo uso (abusivo) de posições dominantes no plano econômico-social.

Assim, entende Hesse que cabe ao legislador e, se este se revelar omissivo ou indiferente, ao próprio juiz, interpretar o direito privado à luz dos direitos fundamentais (im Licht der Grundrechte), exercendo o dever de proteção (Schutzpflicht) que se impõe ao Estado.

A crítica ao entendimento da Corte Constitucional alemã sobre a eficácia mediata dos direitos fundamentais assenta-se tanto na sua débil fundamentação dogmática, quanto na sua eventual desnecessidade.

Quanto à fundamentação dogmática, afirma-se que a doutrina da eficácia mediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas padece dos mesmos problemas da jurisprudência sobre Constituição enquanto ordem valorativa (Wertordnungsrecht). A ausência de uma ordem objetiva de valores dificulta senão impossibilita uma decisão clara sobre os valores que não de prevalecer em uma dada situação de conflito. A incerteza quanto aos critérios de ponderação e a existência de múltiplos critérios quase permitiriam afirmar que uma orientação pelos valores básicos



poderia fundamentar qualquer decisão.

O argumento relativo à desnecessidade da jurisprudência sobre a eficácia mediata enfatiza que o recurso a essa teoria seria dispensável em caso de adequada aplicação do direito ordinário. A teoria da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas decorreria, assim, de necessidade de correção de julgados dos Tribunais ordinários. A discussão que se trava aqui refere-se exatamente à possibilidade de que o ganho obtido com a realização de justiça no caso concreto acabe por comprometer a clareza dogmática nos planos constitucional e legal.

Jürgen Schwabe rejeita tanto a doutrina da aplicação imediata, quanto a aplicação mediata dos direitos fundamentais, entendendo que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do próprio caráter estatal do direito privado. No âmbito do direito privado, as pretensões não representariam mais do que o poder estatal sob a forma de proibição ou de prescrição.

Essa orientação, que muito se assemelha à doutrina americana da ‘state action’, tem algo em comum com a doutrina da aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas: ambas admitem uma aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. A diferença básica entre elas reside no fato de que para Schwabe não há que se cogitar de uma eficácia horizontal (Drittwirkung), porquanto os direitos fundamentais devem ser aplicados até mesmo contra uma decisão estatal (decisão legislativa; decisão judicial; execução judicial).

Qualquer que seja a orientação adotada, importa acentuar que a discussão sobre aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas está muito longe de assumir contornos dogmáticos claros .

É certo, por outro lado, que, a despeito do esforço desenvolvido pela doutrina, não se logra divisar, com clareza, uma distinção precisa entre a questão material da Drittwirkung (eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas) e a questão processual, que alça a Corte Constitucional a um papel de um Supertribunal de Revisão.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 2ª Ed. rev. e ampliada. Celso Bastos Ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999., pp. 218-229).

A propósito da state action, o tema tem sido objeto de instigantes estudos e julgamentos nos Estados Unidos, os quais tem reconhecido a aplicação de direitos fundamentais para os casos em que estão envolvidos direitos civis (The Civil Right Cases), acordos privados (Private Agreements), ou ainda sob a alegação de que a questão decidida demanda um conceito de função pública (The Public Function Concept) (NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. Constitutional Law. 5th Ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1995).

No Brasil, a doutrina recente tem se dedicado com afinco ao desenvolvimento do tema. Mencionam-se a propósito os estudos de Daniel Sarmento, Ingo Sarlet, Paulo Gustavo Gonet Branco, Rodrigo de Oliveira Kaufmann, André Rufino Valle, e Thiago Sombra, os quais também enfatizam o amadurecimento dessa questão no Tribunal.



Com base nas raras ocasiões em que a Corte se debruçou sobre o tema, é possível delinear os contornos que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre privadas pode assumir. (cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004; SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Sérgio Antônio Fabris Ed. Porto Alegre: 2004; VALLE, André Rufino. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Sérgio Antônio Fabris Ed. Porto Alegre: 2004; KAUFMANN, Rodrigo. *Dimensões e Perspectivas da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Possibilidades e limites de aplicação no Direito Constitucional Brasileiro*. Tese para a obtenção do título de Mestre em Direito apresentada em 2004 e orientada pelo Professor José Carlos Moreira Alves; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais, Direito Público v. 1, nº 2 (out. /dez. 2003)* Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, pp. 170-174; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998).

Muitos desses estudos desenvolveram-se também a partir dos positivos impulsos decorrentes das decisões proferidas por esta Corte.

No RE nº 160.222-RJ (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995), discutiu-se se cometeria o crime de constrangimento ilegal, o gerente que exige das empregadas de certa indústria de lingerie o cumprimento de cláusula constante nos contratos individuais de trabalho, segundo a qual, elas deveriam se submeter a revistas íntimas, sob ameaça de dispensa. Elucidou a ementa:

“E M E N T A – I. Recurso extraordinário: legitimação da ofendida – ainda que equivocadamente arrolada como testemunha -, não habilitada anteriormente, o que, porém, não a inibe de interpor o recurso, nos quinze dias seguintes ao término do prazo do Ministério Público, (STF, Sums. 210 e 448). II. Constrangimento ilegal: submissão das operárias de indústria de vestuário a revista íntima, sob ameaça de dispensa; sentença condenatória de primeiro grau fundada na garantia constitucional da intimidade e acórdão absolutório do Tribunal de Justiça, porque o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então.” (RE nº 160.222-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/09/1995)

Em outro caso, o RE nº 158.215-RS (Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996), esta Segunda Turma preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares. Tratava-se da hipótese de um membro expulso de cooperativa sem o atendimento da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmbito do devido processo legal. A ementa explicita tal raciocínio nos seguintes termos:

“DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada,



com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.” (RE nº 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996)

Paulo Gustavo Gonet Branco analisa as tendências jurisprudenciais do Tribunal a partir desse julgamento:

“A segunda turma do Supremo Tribunal enxergou controvérsia constitucional apta a ensejar o conhecimento e provimento de recurso extraordinário em causa em que se discutia a legitimidade formal da expulsão de sócios de uma cooperativa, sem a observância dos preceitos estatutários relativos à defesa dos excluídos. O relator, Ministro Marco Aurélio, dirigiu toda a apreciação do caso para o ângulo da garantia constitucional da ampla defesa. Argumentou que ‘a exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude da defesa nos processos em geral. (...) Incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados(...), sem a abertura de prazo para produção de defesa e feitura de prova’.

O acórdão não se deteve em considerações acadêmicas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que o torna ainda mais sugestivo. A decisão tomou como indiscutível que há normas de direitos fundamentais que incidem diretamente sobre relações entre pessoas privadas. Deixou para os comentadores os adornos doutrinários.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais, Direito Público v. 1, nº 2 (out. /dez. 2003). Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, pp. 170-174).

Por fim, no RE nº 161.243-DF (Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997), o Tribunal não admitiu que a invocação do princípio da autonomia fosse argumento legítimo para discriminar, nacionais de estrangeiros, no que concerne à percepção de benefícios constantes no estatuto pessoal de determinada empresa. Consignou-se na ementa:

“CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do



STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. – Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. – R.E. conhecido e provido.” (RE nº 161.243-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19/12/1997)

Daniel Sarmento, após analisar detalhadamente a jurisprudência do STF e dos demais tribunais pátrios sobre o assunto, observa:

“... é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados.” (SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p.297).

Não estou preocupado em discutir no atual momento qual a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais que a jurisprudência desta Corte professa para regular as relações entre particulares.

Tenho a preocupação de, tão-somente, ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.

O caso em exame apresenta singularidades.

Conforme elucida o parecer da Procuradoria-Geral da República, a Recorrente é “repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD)” (fls. 307).

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 (fls. 48).

Nesse particular, lembro que no julgamento de tema relativo à constitucionalidade do perfil institucional do ECAD (ADI nº 2.054-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 17.10.2003), 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”. E tal como anotara Pertence naquela oportunidade, a associação que se recusa a filiar-se ao ECAD arcaria com a conseqüência grave de não participar da gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais e, por conseguinte, não poder fazê-los isoladamente.

Na oportunidade do julgamento da referida ADIn, acompanhei a tese vencedora, nos seguintes termos:

“... não é necessário entrar na discussão sobre a contrariedade ao direito de associação também, como já demonstrou o Ministro Sepúlveda Pertence, o fato de a Constituição de 88 explicitar essa liberdade



negativa de associação não significa que ela não fosse existente entre nós nas versões anteriores. Na espécie, disse que está em jogo não apenas a aplicação da liberdade de associação, mas também a própria proteção do direito autoral. Por isso afigura-se-me legítima a decisão legislativa que, ao fixar as normas de organização e procedimento, viabiliza a cobrança de direitos autorais por uma entidade central. É evidente que o legislador considerou que esse seria o modelo mais adequado para proteger um valor constitucional que estava previsto.”

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 lhes 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, LIV e LV, 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 pessoas, quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional.

Cabe assinalar, ainda, as considerações de Paulo Branco relativamente ao caso específico de aplicação do direito de ampla defesa nas hipóteses de exclusão de sócio ou de membro de associação particular:

“É interessante notar, que também na esfera do direito internacional, vem-se firmando o princípio de que os direitos humanos não somente vinculam os Estados negativamente, impedindo-os de afetar os bens protegidos, como, por igual, criam para eles obrigações de agir, em defesa desses bens. Serve de exemplo o caso X e Y v. Holanda, de 1985, em que a Corte Européia de Direitos Humanos não hesitou em proclamar que os Estados convenientes estavam obrigados à ‘adoção de medidas destinadas a assegurar o respeito à vida privada, mesmo na esfera das relações dos indivíduos entre si’”.

Um dos direitos fundamentais que se apontam como de incidência no âmbito dos relacionamentos privados é o direito de ampla defesa. Esse direito é tido como de observância obrigatória, em se tratando de exclusão de sócio ou de membro de associação particular.



É certo que a associação tem autonomia para gerir a sua vida e a sua organização. É certo, ainda, que, no direito de se associar, está incluída a faculdade de escolher com quem se associar, o que implica poder de exclusão.

O direito de associação, entretanto, não é absoluto e comporta restrições, orientadas para o prestígio de outros direitos também fundamentais. A legitimidade dessas interferências dependerá da ponderação a ser estabelecida entre os interesses constitucionais confrontantes. A apreciação do fundamento dessas interferências, ainda, não pode prescindir de variantes diversas, como o propósito que anima a existência da sociedade. Na jurisprudência da Suprema Corte americana, há precedente distinguindo as sociedades voltadas para expressar um ponto de vista ³/₄ religioso ou ideológico ³/₄ e outras, de cunho comercial, nonexpressive. Naquelas, a interferência de outros interesses sobre a sua estrutura e gestão teria admissibilidade consideravelmente mais restrita.

Não somente nos Estados Unidos, mas também em outras latitudes é conferida importância ao tipo de sociedade, com vistas a aferir o grau de controle do Estado sobre as decisões da entidade, como a de expulsão de membro. Ferrer i Riba e Salvador Coderch, com suporte na jurisprudência espanhola e na doutrina, produzem uma taxonomia de associações, conforme o grau de controle possível das causas e procedimentos de exclusão de sócios. Assim, as associações que detêm posição dominante na vida social ou econômica ou que exercem funções de representação de interesses gozam de uma liberdade mais restrita na fixação das causas de sanção e na imposição das mesmas. 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 uma ou outra concepção do mundo não estão, no fundamental, sujeitas a controle judicial'. Nas entidades de fins associativos predominantemente econômicos, a expulsão seria revisável em consideração ao dano patrimonial que pode causar ao excluído.

É importante notar ³/₄ assim o advertem a doutrina e a jurisprudência espanholas ³/₄ que nem toda pretensão decorrente de relação estatutária, surgida no interior de uma entidade privada, pode ser alçada à hierarquia de questão constitucional. Nem toda disputa em torno do estatuto associativo pode ser vista, primariamente, como controvérsia própria do direito fundamental de associação, o que produz óbvia repercussão sobre a competência da justiça constitucional. Casos, no entanto, de desprezo à garantia de defesa do expulso ³/₄ defesa que há de abranger a notificação das imputações feitas e o direito a ser ouvido ³/₄ tendem a ser inseridos na lista dos temas de índole constitucional, em que se admite, ademais, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das associações particulares.

O direito de defesa ampla assoma-se como meio indispensável para se prevenir situações de arbítrio, que subverteriam a própria liberdade de se associar." (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais, Direito Público v. 1, nº 2 (out. /dez. 2003) Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003, pp. 172-173)

Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados.

Todavia, 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 n° 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 LV, 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 pela entidade, peço vênias para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela Eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Date Created

11/01/2005