

A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: O Julgamento do “Caso UBC” (RE 201.819/RJ) e a Mudança de Comportamento do Tribunal

Paula Fernanda Alves da Cunha Gorzoni

Resumo

Foi possível observar, por meio do acompanhamento crítico de jurisprudência, que o Supremo Tribunal Federal decidiu conflitos envolvendo direitos fundamentais entre particulares por tempo considerável da seguinte forma: sem maiores cuidados, de forma implícita, com argumentação um tanto superficial. Porém, com a decisão do RE 201.819/RJ, essa tendência pode estar sendo alterada, pois parece ter ocorrido uma mudança da atuação do STF. Tratava-se de recurso de um associado da União Brasileira de Compositores — (UBC), sociedade civil sem fins lucrativos, que foi excluído do quadro desta sociedade sem direito de defesa. Neste caso, admitiu-se expressamente, pela primeira vez na história do tribunal, que se tratava de “caso típico de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas”. Por isso, o que se pretende aqui é avaliar essa mudança de comportamento do tribunal a partir do “Caso UBC”.

Palavras-chave: direitos fundamentais, relações privadas, autonomia privada, Supremo Tribunal Federal.

Breve Explicação do Tema

Os direitos fundamentais foram, primeiramente, concebidos como direitos oponíveis somente ao Estado, com a função de proteger os indivíduos contra abusos estatais. Isso foi pensado no contexto do Estado Liberal devido às preocupações dos cidadãos em limitar ao máximo a intervenção estatal na sociedade civil. Nessa época, o interesse da burguesia era viver da liberdade econômica na crença da “mão invisível” do mercado que conduziria ao melhor dos mundos possíveis. Para isso, era necessário evitar a interferência estatal na esfera privada, na vida econômica e social, e o Estado seria apenas responsável pela segurança pública, garantindo a autonomia dos particulares e respeitando a liberdade e a propriedade dos indivíduos e os seus demais direitos fundamentais¹.

Além disso, essa visão tradicional foi desenvolvida a partir da idéia de que somente o Estado representaria uma real ameaça para a esfera de liberdade dos particulares. Nas relações no âmbito privado, ao contrário, os envolvidos dispunham das mesmas liberdades, em igualdade de condições, não estando nenhum deles investido de posição de supremacia.

Tal conceito, porém, mostrou-se equivocado. As transformações sociais demonstraram que o poder não está concentrado somente no aparato estatal e sim disperso na sociedade, representando, também, os sujeitos privados uma ameaça aos direitos fundamentais de outros particulares. Seria, então, um mito pensar nas relações reguladas pelo direito privado como relações entre iguais resultantes de um acordo de vontade entre pessoas livres, e imaginar que somente nas relações caracterizadas pela intervenção do Estado haveria uma relação de dominação e subordinação².

Nesse sentido, faz-se necessário repensar a doutrina tradicional e adotar uma nova perspectiva que considere que os direitos fundamentais também obrigam sujeitos privados nas relações entre si. Afinal, se estes direitos sofrem restrição por parte de particulares nas relações travadas no mercado de trabalho, na sociedade civil, na família e em tantos outros espaços, é necessário estender a estes domínios o seu raio de incidência. A imagem do homem expressada na Constituição não é só fundamento dos direitos fundamentais nas relações Es-

1 cf. José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 272.

2 cf. Juan Maria Bilbao Ubillos. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 241.

tado-cidadãos, mas também é a base para a construção do direito civil³. Assim, impõe-se ao Estado o dever de garantir a dignidade humana também nas relações jurídicas entre particulares⁴.

Delimitação do Tema

O presente trabalho parte da constatação de que os direitos fundamentais exercem eficácia vinculante não somente nas relações Estado-indivíduos, mas também na esfera jurídico-privada. O principal problema que essa constatação suscita seria definir como ocorre a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Em que medida tais direitos vinculam os sujeitos privados? Qual seria a tese “mais adequada” para solucionar esse problema?

Atualmente, existem diversas teses nas literaturas jurídicas internacional e nacional que tentam propor uma solução adequada para tal problema, defendendo efeitos diretos ou indiretos, por exemplo, dos direitos fundamentais no âmbito privado, além de outras respostas alternativas à questão. Contudo, poucos são os trabalhos que analisam a matéria juntamente com a prática jurisprudencial. Na maioria das vezes, algumas decisões são citadas apenas para exemplificar uma tese doutrinária, não se procedendo a uma pesquisa extensiva de jurisprudência.

Tendo observado esse descompasso da doutrina em relação ao que vem sendo decidido especialmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), procedeu-se à análise do tratamento que a questão da vinculação dos direitos fundamentais entre particulares recebe neste tribunal, não apenas utilizando a jurisprudência como uma exemplificação de idéias ou como um argumento de autoridade, mas de forma sistemática a fim de se traçar a orientação do STF em relação ao tema⁵.

Esse acompanhamento da jurisprudência fez-se extremamente necessário no contexto atual caracterizado por uma discussão com enfoque essencialmente dogmático analítico por parte da doutrina nacional⁶. A criação de modelos que

3 Isso porque não é possível conceber o direito privado à margem do direito constitucional: ambos aparecem como partes necessárias de um ordenamento jurídico unitário que reciprocamente se completam, se apóiam e se condicionam. cf. Honrad Hesse. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 81.

4 cf. Christian Starck. “Derechos fundamentales y derecho privado”. In: *Revista Española de Derecho Constitucional* 66, 2002, p.74.

5 Tal análise resultou em relatório de iniciação científica feita com auxílio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Este artigo trata dos resultados obtidos na pesquisa em questão.

justifiquem a vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é importante, porém, tal discussão somente ganhará corpo com a prática jurisprudencial⁷. Além disso, esse acompanhamento torna-se ainda mais relevante a partir do momento no qual se considera a presente análise da atuação do STF como forma de controle social de um dos poderes da República⁸.

Foi possível observar, por meio desse acompanhamento crítico de jurisprudência, que o STF, durante muito tempo, decidiu conflitos envolvendo direitos fundamentais entre particulares sem maiores cuidados, de forma implícita, com argumentação muitas vezes superficial partindo do pressuposto de que esses casos são resolvidos segundo a dicotomia “aplica-se preceito constitucional” ou “não se aplica”, ignorando a possibilidade de já existir mediação legislativa para a resolução do problema posto⁹. Porém, com a decisão do RE 201.819/RJ, no caso da UBC julgado em 11 de outubro de 2005, parece ter ocorrido uma mudança da atuação do STF. Tratava-se de recurso de um associado da União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil sem fins lucrativos, que fora excluído do quadro desta sociedade sem direito de defesa, em virtude de não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição. Neste caso, o Ministro Gilmar Mendes admitiu expressamente em seu voto, pela primeira vez na história do tribunal, que se tratava de “caso típico de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas”.

O que se pretende aqui é avaliar essa mudança de comportamento do tribunal a partir da decisão do RE 201.819/RJ. Apesar da idéia de que os direitos fundamentais exercem efeitos vinculantes nas relações entre particulares ter somente adquirido relevância maior na jurisprudência brasileira

6 A dimensão analítica da dogmática que aqui se faz referência é baseada na divisão proposta por Robert Alexy. O autor afirma que, dentro de um enfoque de caráter dogmático, existem três dimensões possíveis de serem seguidas: analítica, empírica e normativa, podendo-se também trabalhar com as três ao mesmo tempo. A crítica que é feita à doutrina nacional refere-se à falta de pesquisas com enfoque dogmático empírico, sendo este o principal enfoque deste trabalho. cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 29-34.

7 cf. observa Virgílio Afonso da Silva, todo modelo teórico em si é vazio, apenas uma forma; é uma ferramenta de trabalho que ganha corpo com a prática doutrinária e, especialmente, jurisprudencial. *A constitucionalização do direito*, p. 176.

8 Esse é um dos objetivos das pesquisas desenvolvidas na *Sociedade Brasileira de Direito Público* (SBDP). No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva utiliza-se da pesquisa de jurisprudência em sua tese de titularidade, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, São Paulo, 2005.

a partir desse recurso, a corte já vinha decidindo casos como esse, porém, de forma implícita¹⁰.

Antes de analisar substancialmente a questão, faz-se necessário traçar algumas considerações teóricas a respeito do tema, como forma de auxílio na análise de jurisprudência. Isso porque o tema da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é amplo e envolve um variado número de situações com diversos direitos em jogo. Para saber, então, como devem os direitos fundamentais produzir efeitos nos conflitos entre sujeitos privados, é necessário considerar a multifuncionalidade ou pluralidade de funções desses direitos para possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante com o direito que estiver em causa no caso concreto, não sendo possível adotar uma única solução abstrata para todos os conflitos de direitos. Neste sentido, torna-se ainda mais relevante observar a mudança da atuação do STF a partir da decisão do RE 201.819/RJ, pois somente aqui se começou a observar tais questões.

Considerações Teóricas a Respeito do Tema: Liberdades Existenciais e Econômicas

As liberdades constitucionalmente protegidas podem ser divididas e classificadas de duas maneiras: aquelas relacionadas às opções humanas existenciais e aquelas relacionadas ao campo econômico-negocial, dimensão concernente à celebração de contratos e outros negócios jurídicos de caráter patrimonial. Os particulares possuem alguma dessas modalidades de liberdades nas relações

9 Isso foi observado em dez dos 18 acórdãos analisados na pesquisa feita, sendo todos anteriores ao julgamento do Caso UBC: RE 160.222/RJ, Agr AI 220.459-2/RJ, HC 83.996/RJ, HC 82.424/RS, Pet 2.702-7/RJ, RE 158.215-4/RS, Agr AI 346.501-4/SP, RE 352.940/HC, RE 449.657/HC, RE 161.243-6/DF.

10 Isso pode ser observado por meio de uma rápida busca de acórdãos sobre o tema no site do STF (www.stf.gov.br). Em pesquisa realizada em setembro de 2006, pode-se observar que é praticamente impossível encontrar casos com as seguintes expressões: "relações entre particulares", "horizontalização", "relações privadas" ou mesmo "direitos fundamentais entre particulares". A ocorrência de tal fato demonstra duas suposições que influem reciprocamente no resultado das pesquisas: (1) O STF não decide de forma expressa o conflito de direitos fundamentais entre particulares; (2) o acesso à informação é complexo e, na maioria das vezes, restrito às informações constantes das ementas dos acórdãos ou a algumas palavras-chave. Deste modo, o mecanismo de busca do site do STF acaba por acusar resultados que não se ajustam à expressão pesquisada.

que travam entre si, já que um dos componentes primordiais da liberdade é representado pela autonomia privada, princípio presente nas relações entre sujeitos privados.

Essa autonomia privada significa, em sentido amplo, o poder do sujeito de “autogoverno de sua esfera jurídica”, tendo como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com suas escolhas nas relações entre outros sujeitos privados desde que não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade¹¹.

O problema que essa definição suscita é que nem sempre o particular possui autonomia totalmente livre para decidir o que é bom ou ruim para si. A sua vontade pode estar submetida ao poder de outro particular, como há possibilidade de ocorrer, por exemplo, nas situações envolvendo contratos e questões econômicas, caracterizadas geralmente pela assimetria das partes envolvidas na relação. Exemplo claro dessa desigualdade fática está presente nas relações de trabalho. Ressalta-se, porém, que essa idéia deve ser adaptada a cada caso concreto, mas, *a priori*, é preciso garantir uma proteção maior ao direito fundamental da parte mais fraca nessas situações.

Assim, as liberdades dos particulares não se revestem de valor absoluto. É possível que a proteção de uma delas, no caso concreto, importe em lesão a outro direito fundamental igualmente relevante, fazendo necessário restringir a liberdade em questão, de forma proporcional, visando à otimização dos bens jurídicos em confronto, mediante uma ponderação de princípios. É isso que ocorre quando da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, tornando necessário ponderar a autonomia com o direito que seria violado pela conduta do particular¹².

Nessa ponderação de direitos, que envolvem valores e interesses, nem todas as manifestações da autonomia privada são valoradas da mesma forma. Aqui se encontra a importância de se fazer distinção entre as liberdades: a tutela de proteção da autonomia privada não é uniforme, sendo mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo de sua vida patrimonial e econômica.

Existe uma proteção reforçada em relação às liberdades existenciais, como as de expressão e comunicação, de religião, de associação e de profissão, en-

¹¹ cf. Daniel Sarmiento. “Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada”. In: *Boletim Científico* 14 (2005), p. 182.

¹² *idem. ib.* p. 184.

tre tantas outras, porque, “sob o prisma da Constituição, esses direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade”¹³. Já em relação às liberdades econômicas, que pressupõem “a capacidade dos agentes de celebrar contratos e outros negócios jurídicos, de utilizar seus bens e propriedades na consecução dos seus objetivos e de fazer circular a riqueza”, é preciso avaliar o quadro de desigualdade fática presente no caso concreto¹⁴. Se esta desigualdade inviabilizar o pleno exercício da autonomia privada, torna-se imperativo proteger a parte mais fraca da relação negocial.

Parece que esta diferenciação foi considerada durante a decisão do RE 201.819/RJ, diferentemente do que acontecia nos casos anteriores julgados pelo STF, conforme se mostrará no presente trabalho.

Teses a Respeito do Tema: a Aplicação Direta dos Direitos Fundamentais pelo STF

Nesse tópico, pretende-se fazer uma breve explicação teórica da forma a qual o STF geralmente vincula esses direitos nas relações entre particulares: de forma imediata, justificando a produção de efeitos diretamente dos preceitos constitucionais¹⁵. Tal comportamento é caracterizado pela teoria da aplicabilidade direta ou eficácia imediata dos direitos fundamentais. Como se mostrará a seguir, aplicar esses direitos de forma direta entre sujeitos privados exige maior argumentação nas decisões a fim de não violar os princípios democráticos e da separação de poderes, pois esta forma de aplicação pode conceder poderes excessivos ao juiz em detrimento do legislador.

Nesse sentido, faz-se importante observar a mudança de comportamento do STF por meio do RE 201.819/RJ, pois foi a primeira vez em que se tratou desta questão de forma explícita, o que pode ser o primeiro passo para o desenvolvimento de argumentação satisfatória e adequada, estabelecendo, assim, critérios razoáveis para determinar a vinculação dos direitos fundamentais.

13 Daniel Sarmiento. “Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada”. In: *Boletim Científico* 14 (2005), p. 207.

14 *idem. ib.* p. 209.

15 Isso foi observado em 15 das 18 decisões pesquisadas no trabalho anteriormente citado: HC 82.424/RS, Pet 2.702-7/RJ, RE 158.215-4/RS, AgR ai 346.501-4/SP, RE 201.819/RJ, RE 352.940/SP, RE 449.657/SP, RE 407.688/SP, Em. Decl. No RE 450.471-5/SP, AgR RE 465.422-9/MG, AgR RE 439.362/SP, AgR RE 415626/SP, AgR RE 477478/SP, AgR AI 585772/RJ, RE 161.243-6/DF.

Eficácia imediata

A tese da aplicabilidade direta ou imediata defende efeitos absolutos dos direitos fundamentais entre particulares¹⁶. Essa corrente encontra seu fundamento na idéia de que, em virtude de os direitos fundamentais constituírem normas de valor válidas para todo o ordenamento jurídico, não é possível aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional¹⁷. Por isso, não é necessário existir uma mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos entre particulares: eles exercem influência de forma direta, irradiando efeitos diretamente da Constituição e não por meio de normas infraconstitucionais especialmente de direito privado (efeitos estes que podem, inclusive, modificar as normas infraconstitucionais).

Isso significa que os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si, independentemente do material normativo infraconstitucional já existente. Visualizar o conflito desta maneira acarreta dois maiores problemas: (1) a aplicação direta dos direitos fundamentais entre particulares pode potencializar o papel do juiz à custa do legislador democrático; (2) corre-se o risco de transformar o tribunal constitucional em um “supremo tribunal de conflitos jurídicos-civis” e de assumir, deste modo, um papel que a lei fundamental não conferiu a este tribunal¹⁸. Tal risco se torna mais preocupante no contexto do STF, que julga aproximadamente 100 mil processos por ano¹⁹.

Assim, nos ordenamentos em que os juízes podem aplicar diretamente as normas constitucionais, a via expansiva dos direitos fundamentais se torna incontrolável

16 Segundo Hans Carl Nipperdey, o primeiro autor que defendeu a tese da aplicabilidade direta, os direitos fundamentais teriam efeitos absolutos e, nesse sentido, não careceriam de mediação legislativa para serem aplicados no âmbito entre particulares. Deste modo, quando se faz referência a “efeitos absolutos”, não se pretende atribuir aos direitos fundamentais um conteúdo invariável ao tempo ou impossibilitar a existência de limitações a estes direitos. Não há conotação jusnaturalista no conceito de Nipperdey, apenas se quer dizer que há irradiação de efeitos diretamente da Constituição. *cf.* Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito*, pp. 87-89.

17 *cf.* Ingo Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 357.

18 *cf.* Konrad Hesse. *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 60.

19 Segundo dados do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ), a movimentação total de ações (julgamento de mérito e homologação) do STF foi de 104.057 processos em 2005 e de 106.228 em 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/MovProcessos.asp>. Acesso: 24/10/2006.

devido ao voluntarismo do poder judiciário²⁰. Há o risco dos juízes dilatarem o valor dos preceitos constitucionais até fazer de todo o direito uma mera concretização sua, abrindo, portanto, a possibilidade de substituir o direito em sua complexidade por uma simples proteção construtiva dos direitos fundamentais²¹. É necessário que os tribunais respeitem as decisões e ponderações feitas pelo legislador, observando isso ao aplicar os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Se há desenvolvimento legislativo de direitos fundamentais e se este desenvolvimento é compatível com a Constituição, então o juiz não poderá se sobrepor a ele sob pena de violar os princípios democráticos e da separação de poderes²².

RE 201.819/RJ: “O Caso UBC”

Trata-se do principal objeto deste trabalho, já que foi por meio desta decisão que a discussão sobre o tema da vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares adquiriu relevância maior no cenário nacional. Isso porque foi a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal admitiu e fez a distinção expressa de que se tratava de caso envolvendo conflito de direitos entre particulares. Está na ementa: “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”.

É curioso observar que se trata do primeiro caso em que se fala expressamente do tema, sendo que a preocupação com a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada transformou-se em tema-paradigma do Direito Constitucional nas décadas de 1950 e 1960, principalmente, por influência da doutrina alemã²³. Contudo, tal discussão é recente no Brasil — e esse foi um dos

20 cf. Juan Maria Bilbao Ubillos. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, p. 262.

21 cf. Konrad Hesse. *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 15.

22 cf. Wilson Steinmetz. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 175.

23 A primeira decisão que se tem notícia sobre o tema é de 15 de janeiro de 1958, conhecida como “o caso *Lüth*”. Foi a primeira vez que o Tribunal Constitucional Alemão julgou um conflito entre particulares identificando expressamente tal fato. A maioria dos trabalhos doutrinários sobre o assunto cita esse caso, inclusive o de Gilmar Mendes, tanto no seu artigo sobre o tema — “Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas — Análise da jurisprudência da corte constitucional alemã”. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999: 211-229 — quanto no voto do RE 201.819/RJ.

únicos motivos encontrados para justificar o porquê dos ministros nunca terem abordado expressamente o tema em decisões anteriores a esta²⁴.

Um breve relato do caso demonstra que a situação é bastante semelhante a outros casos anteriormente analisados no STF, como o RE 158.215-4/RS e AgR AI 346.501-4/SP: sócio da União Brasileira de Compositores (UBC) foi excluído sem ter a oportunidade de se defender e realizar possíveis provas em seu favor. Tendo em vista esse fato, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) decidiu pela anulação da punição e reintegração do associado, acolhendo o argumento de violação do direito à ampla defesa.

Em reação à decisão do TJ-RJ, a UBC impetrou recurso extraordinário alegando que é inaplicável ao caso o princípio da ampla defesa, pois não se trata de órgão da administração pública, mas de entidade de direito privado — sociedade civil — dotada de estatutos e atos regimentais próprios que disciplinam seu relacionamento com o sócio.

A diferença entre o Caso UBC e os outros julgados pelos STF é que, nestes, a aplicação dos direitos fundamentais é direta, porém, feita de modo implícito, sem desenvolvimento de argumentação razoável nas decisões. Conforme já foi comentado no presente trabalho, o comportamento inicial do tribunal em relação ao tema foi este até o julgamento do RE 201.819/RJ, sinalizando uma tendência de mudança a partir daqui.

Argumentação dos ministros no “Caso UBC”

Os ministros dividiram-se entre duas principais correntes argumentativas. A primeira, representada pelo voto da Ministra Relatora Ellen Gracie e seguida pelo Ministro Carlos Velloso, acredita não se tratar de questão constitucional, devendo o conflito ser resolvido com base apenas no estatuto social da UBC e da legislação civil em vigor. Para esta corrente, não há espaço para se invocar o direito à ampla defesa no caso presente. Já a segunda argumentação desenvolvida no acórdão, representada pelos Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Celso de Mello, identifica o caso

24 Conforme ressalta Virgílio Afonso da Silva: “No Brasil, contudo, com exceção de alguns artigos esparsos, o tema não havia ainda sido objeto de monografias mais extensas até a publicação, em 2004, das obras de Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, e Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*”. *cf.* “Direitos fundamentais e relações entre particulares”. In: *Revista Direito GV I* (2005), p. 174. No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso cita em artigo os trabalhos nacionais sobre o tema, sendo todos publicados a partir de 2003. *cf.* “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito”. In: *RDA 240* (2005), p. 27.

como uma “situação típica da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas”.

A argumentação da ministra relatora consiste basicamente em afirmar que as regras estabelecidas no estatuto da associação foram integralmente obedecidas no processo de exclusão do sócio. Além disso, por se tratar de controvérsia envolvendo a exclusão de sócio de entidade privada, deve ser resolvida a partir dessas regras e da legislação civil em vigor, não devendo ser essas normas afastadas pelo princípio da ampla defesa como fez o TJ-RJ. Deste modo, conhece o recurso e lhe dá provimento.

O voto do Ministro Gilmar Mendes representa o início da contra-argumentação do caso, que, no final, foi vencedora. Começa pedindo vista dos autos, pois “é realmente um caso raro”, “é situação típica da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas”. Aqui é possível apontar certa contradição no desenvolvimento do voto: há citações de precedentes do tribunal e fala-se em um “histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas”. Como foi possível observar, Gilmar Mendes conhecia o tema anteriormente, pois já havia escrito artigo sobre o assunto em 1999 e feito conferências, citadas no próprio voto, em 1994 e 1996. Por que somente agora se resolveu tratar da questão expressamente? Parece que as afirmações citadas são um tanto retóricas e possuem o claro intuito de tornar o conflito entre UBC e sócio um caso paradigmático da jurisprudência do tribunal.

Tal suspeita é de certa forma confirmada no decorrer do voto. A primeira e longa parte de sua argumentação consiste em considerações teóricas a respeito do tema, o que poderá servir claramente como precedente em futuras decisões nas quais se pretenda alegar eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Gilmar Mendes volta às origens da questão para explicar a vinculação desses direitos, relatando o surgimento da discussão nas décadas de 1950 e 1960 na Alemanha e citando os principais doutrinadores que cuidam do tema, como Hans Carl Nipperdey, Günter Dürig, Konrad Hesse, Jürgen Schwabe, entre outros. Além disso, cita diversos casos do Tribunal Constitucional Alemão, os quais não possuem direta relação com o caso concreto.

Após todas as explicações doutrinárias, Gilmar Mendes cita os precedentes do tribunal em relação à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares²⁵. Embora não exista uma análise mais detalhada dos precedentes (há, principalmente, transcrições de ementas), conclui que a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente esses direitos na resolução de litígios privados. Termina essa longa primeira parte do voto da seguinte maneira: “Não

25 Acórdãos citados pelo ministro: RE 160.222/RJ, RE 158.215/RS e RE 161.243/DF.

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*, e passa a analisar as peculiaridades do caso concreto.

Interessante observar a quebra na argumentação do ministro, o que ressalta o caráter de “paradigma” que quis passar ao caso. Até aquele momento, apenas explicações doutrinárias tinham sido feitas. Após discutir as diversas posições sobre o tema, Gilmar Mendes termina desvalorizando toda a discussão desenvolvida anteriormente, pois alega que não está preocupado em traçar a forma geral da aplicabilidade desses direitos que é adotada pelo STF, sendo que parecia justamente o contrário.

Em relação ao caso concreto, há alguns comentários relevantes: a UBC é repassadora do numerário arrecadado pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), que representa relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, segundo a ADI 2.054/DF²⁶. A associação que se recusa a filiar-se ao ECAD arca com a consequência grave de não participar da gestão coletiva de arrecadação e distribuição de direitos autorais. Deste modo, a exclusão do sócio da UBC onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras.

No mesmo sentido, afirma-se:

ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a UBC assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado”. “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.

E conclui-se:

Logo, as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é

26 O ministro também destaca, segundo a ADI 2.054/DF, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, “que exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um *serviço público por delegação legislativa*” (grifos no original).

imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Observa-se, nestas passagens do voto, que o ministro atentou-se a dois fatores importantes salientados ao logo do trabalho: o aspecto econômico presente na relação entre particulares e a desigualdade fática do caso concreto, que limita as liberdades dos sujeitos privados — aqui, é apontada a própria liberdade de exercício profissional.

Além disso, cita um precedente da Suprema Corte americana que tem grande pertinência com o caso concreto: nessa decisão, é feita distinção entre “as sociedades voltadas para *expressar* um ponto de vista — religioso ou ideológico — e outras, de cunho comercial, *nonexpressive*. Naquelas, a interferência de outros interesses sobre a sua estrutura e gestão teria admissibilidade consideravelmente mais restrita”. Tal entendimento parece ser semelhante à divisão descrita neste trabalho entre liberdades existenciais e econômicas.

A razão de decidir do voto encontra-se justamente nesta distinção, como é possível visualizar por meio desse trecho: “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*”. Ao contrário das entidades que promovem fins ideológicos, pois estas “*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*”²⁷. Conclui-se, assim, pela aplicabilidade dos direitos fundamentais — o direito de defesa — devido às peculiaridades do caso concreto, divergindo da ministra relatora.

O voto seguinte é o de Joaquim Barbosa, que concorda com a argumentação desenvolvida por Gilmar Mendes. Da mesma maneira, acredita que os direitos fundamentais têm aplicabilidade entre particulares e faz uma importante observação: “No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais *há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo*”²⁸. Conforme foi salientado anteriormente neste trabalho, faz-se necessário observar

27 Sem grifos no original.

28 Sem grifos no original.

as peculiaridades de cada caso para decidir de forma adequada conflitos entre particulares, já que essas situações envolvem diversos direitos, cada um com características próprias.

Após algumas explicações gerais sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais e citações de doutrina, Joaquim Barbosa traça argumento no sentido de uma eficácia direta: “Em algumas áreas, a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorre de imposição explícita da própria Constituição federal.” E conclui, com fundamento nos princípios aplicáveis a este caso concreto: “Assim, na linha do que foi sustentado no voto divergente, e em virtude da natureza peculiar da associação em causa (que tem natureza ‘quase pública’), peço vênia à ministra Ellen Gracie para dela divergir, concordando com o entendimento de que os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal no caso têm plena aplicabilidade para fins de exclusão do sócio da sociedade”.

O voto posterior é o do Ministro Carlos Velloso, que apresenta uma peculiaridade: trata-se provavelmente de voto oral, proferido no momento do julgamento no plenário, já que constitui apenas um debate entre os ministros. O seu principal argumento foi o de que o devido processo legal deve ser exercido em conformidade com a lei ou, como neste caso, em conformidade com o Estatuto da associação a que o sócio aderiu. Por isso, tratar-se-ia de questão infraconstitucional, de mera ilegalidade.

Nesse sentido, diz Velloso:

Está-se aplicando o devido processo legal e *nós sempre afastamos essa alegação* ao argumento de que o devido processo legal se exerce em conformidade com a lei. Quer dizer, a ofensa direta, se ocorrente, seria à lei. No caso, *a ofensa direta seria ao Estatuto*, o que não deixaria de ensejar a ação própria, mas *sob o ponto de vista da legalidade*.²⁹

Interessante observar que o ministro defende uma suposta posição do tribunal referente ao devido processo legal como sendo exercido, necessariamente, em conformidade com a lei. Porém, não há especificação quanto a isso, quais foram as decisões nas quais foi fixada essa posição, ou alguma súmula, por exemplo.

O último e decisivo voto — já que a questão encontrava-se até aqui empatada — é o do Ministro Celso de Mello. Da mesma forma que Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, identifica o caso como questão envolvendo a eficácia

29 Sem grifos no original.

horizontal dos direitos fundamentais. Assim, concorda com o entendimento do TJ-RJ pela aplicação desses direitos na relação privada. Segundo a sentença proferida anteriormente: “ninguém pode ser punido, mesmo em associação de caráter privado, sem que tenha tido a oportunidade de exercer o direito de defesa” e “a punição em tela foi nula de pleno direito por afrontar a Constituição Federal”. Argumentos que refletem posição a favor de uma eficácia imediata dos direitos fundamentais.

Além disso, retoma os precedentes do STF na seguinte passagem:

Impende destacar, ainda, considerados os fundamentos ora expostos, que essa visão da controvérsia pertinente à questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem se refletido na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, como resultado claro de decisões que esta Suprema Corte proferiu a propósito da incidência da garantia do devido processo legal nas hipóteses de exclusão de integrantes de associações e cooperativas, ou, ainda, em casos nos quais empresas estrangeiras, com sede domiciliar no Brasil, incidiram em práticas discriminatórias contra trabalhadores brasileiros, em frontal oposição ao postulado da igualdade.

Aqui é possível fazer as mesmas críticas referentes à citação de precedentes feita no voto do Ministro Gilmar Mendes: como afirmar que a questão tem se refletido na jurisprudência do tribunal, “como resultado claro de decisões”³⁰, se o STF sempre decidiu tais conflitos de forma implícita? Há necessidade de analisar precedentes de forma mais consistente, não apenas citando ementas, como no caso.

Conclui, assim, que assiste no caso “a prerrogativa indisponível de ver respeitada a garantia do contraditório e da ampla defesa, (...) não obstante se trate de ato praticado na esfera e sob a égide de uma típica relação de ordem jurídico-privada”, negando, por fim, provimento ao recurso extraordinário.

A decisão final do tribunal foi no sentido de uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, apesar de a votação ter sido bem dividida: 3 votos (Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Celso de Mello) a favor da vinculação do direito de defesa e 2 (Ellen Gracie e Carlos Velloso) contra. Parece-me que, devido à divisão da argumentação dos ministros, não é possível encontrar uma posição consolidada do tribunal a respeito do tema por meio desse acórdão. Porém, pode ser observada a tendência de mudança da atuação do tribunal em relação à vinculação dos direitos fundamentais a partir desse julgamento, pois se decidiu,

³⁰ Casos citados por Celso de Mello: RE 158.215-4/RS, Agr AI 346.501-4/SP e RE 161.243/DF.

pela primeira vez, de forma expressa o conflito em questão. Esse caso provavelmente exercerá forte influência para os futuros, já que a maioria dos ministros concedeu certo caráter de “o paradigma do STF” ao conflito entre UBC e sócio excluído.

Conclusões

O presente trabalho partiu da constatação, feita em pesquisa anterior, de que o STF já vinha aplicando os direitos fundamentais às relações entre particulares, de forma direta, porém implicitamente, com argumentação superficial. Contudo, tal posição pode estar se alterando, como sinaliza a decisão do RE 201.819/RJ, o Caso UBC. Isso porque, além de ter se identificado o conflito expressamente como um caso de aplicação de direitos fundamentais, foi desenvolvida argumentação mais atenta às peculiaridades do caso concreto. Um exemplo disso foi a classificação feita para as associações, próxima à diferenciação proposta no início do trabalho: conforme o seu fim, seja econômico ou ideológico. Tal fato se revela extremamente importante visto que não decidir a vinculação dos direitos fundamentais entre particulares de forma diferenciada é algo problemático, pois essa questão envolve um significável número de situações, cada uma com um direito específico em jogo. Conforme salienta Bilbao Ubillos, “esta é uma questão muito complexa, com implicações teóricas e práticas, que não se presta a soluções unívocas”³¹.

Por fim, faz-se necessário salientar que não se pretende aqui exigir que o tribunal desenvolva uma tese ou modelo específico a respeito do tema. Apenas exige-se maior argumentação por parte dos ministros, que justifique de forma razoável a aplicação ou não dos direitos fundamentais no âmbito privado, apresentando uma posição clara em relação ao tema desde que observadas as peculiaridades de cada caso concreto.

Nesse sentido, afirma Christian Starck:

a questão da eficácia dos direitos fundamentais não pode ser respondida com o caráter geral nem em um sentido nem em outro em relação a todos os direitos fundamentais reconhecidos na Lei Fundamental a partir de uma determinada interpretação históri-

31 cf. Bilbao Ubillos, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. p. 273.

ca; antes, bem *deve se partir do conteúdo específico, da essência e da função do direito fundamental concreto*, mais exatamente das proposições jurídicas particulares derivadas do direito fundamental em nossa comunidade atual. Esta visão do problema possibilita, mesmo com toda a sua insegurança dogmática, *alcançar uma solução razoável em cada caso concreto*³².

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito", In: *RDA* 240, 2005, pp. 1-42.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. "Direitos fundamentais: Eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – Análise da jurisprudência da corte constitucional alemã". In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999: 211-229.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. "Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada". In: *Boletim Científico* 14 (2005): 167-217.

32 Christian Starck. "Derechos fundamentales y derecho privado", p.68. Sem grifos no original.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. São Paulo, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Direitos fundamentais e relações entre particulares". In: *Revista Direito GV 1* (2005): 173-180.

STARCK, Christian. "Derechos fundamentales y derecho privado", *Revista Española de Derecho Constitucional 66* (2002): 65-89.

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



PAULA Fernanda Alves da Cunha Gorzoni é graduanda em direito pela USP e bolsista pela FAPESP.
E-mail: paulaferg@gmail.com.