

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS
VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AO PRINCÍPIO DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL

MARIANNE DA SILVEIRA BONA

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS
VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AO PRINCÍPIO DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL

Teresina - 2014

Copyright© 2014 by Marianne da Silveira Bona

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ

REITOR

Prof. Dr. José Arimatéia Dantas Lopes

VICE-REITORA

Prof.^a Dr.^a Nadir do Nascimento Nogueira

SUPERINTENDENTE DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Prof.^a Dr.^a Jacqueline Lima Dourado

CONSELHO EDITORIAL DA EDUFPI

PRESIDENTE

Prof. Dr. Ricardo Alaggio Ribeiro

CONSELHEIROS

Prof.^a Dr.^a Teresinha de Jesus Mesquita Queiroz

Des. Tomaz Gomes Campelo

Prof. Ms. Antonio Fonseca dos Santos Neto

Prof.^a Francisca Maria Soares Mendes

Prof. Dr. Solimar de Oliveira Lima

Prof. Dr. José Machado Moita Neto

PROJETO GRÁFICO

John Kennedy Costa Pereira

FICHA CATALOGRÁFICA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Universidade Federal do Piauí

B697e Bona, Marianne da Silveira

Eficácia horizontal dos direitos fundamentais: vinculação dos particulares ao princípio do devido processo legal / Marianne da Silveira Bona. – Teresina, PI: UFPI, 2014.

92 p.

ISBN 978-85-7463-746-4

1. Direitos Fundamentais 2. Dignidade da Pessoa Humana. 3. Relações Privadas. 4. Devido Processo Legal. I. Universidade Federal do Piauí. II. Título

CDD 341.27

DEDICATÓRIA

Ao Meu Amado Pai, por ser eternamente verdadeiro, único, fiel. Minha fonte inesgotável de amor, esperança e sabedoria;

Ao Meu Amado Pai, porque aprendi, com seus exemplos, que apenas o saber liberta;

Ao Meu Amado Pai, porque te sinto cada vez mais próximo; abrindo-me portas, sendo um anjo que me acompanha em todos os lugares;

Ao Meu Amado Pai, porque é fruto do amor mais profundo, sublime, verdadeiro, eterno, incondicional, insubstituível que faz parte da minha alma, do meu ser;

Ao Meu Amado Pai, porque contigo aprendi o verdadeiro significado de proteção, cumplicidade e carinho;

Ao Meu Amado Pai, porque me olhando no espelho, vejo-te refletindo em mim, fazendo parte do meu ser;

Ao Meu Amado Pai, porque é herói vivo em minha existência, em minha alma;

Ao Meu Amado Pai, porque se mil vidas Deus me der quero nascer sua filha para compartilhar este amor incomensurável;

Ao Meu Amado Pai, porque, mesmo distante materialmente, me salva de tempestades, sendo o meu guia, a minha força, a minha coragem;

Ao Meu Amado Pai, porque sabe me tirar dos “incêndios” de mentiras, mostrando-me verdades que não consigo enxergar;

Ao Meu Amado Pai, porque és e, sempre será, o Pai que pedi a Deus;

Ao Meu Amado Pai, porque me ensinou que amar é participar ativamente da vida de quem se ama;

Ao Meu Amado Pai, porque é o meu farol, a luz da minha vida e que guia os meus passos;

AO MEU AMADO PAI, TODO O MEU IMENSO, PURO, PROFUNDO E ETERNO AMOR, AMOR QUE MOVE E ENRIQUECE A MINHA ALMA, A MINHA VIDA!

ATÉ SEMPRE!

AGRADECIMENTOS

Aos Meus Mais Profundamente Amados e Idolatrados Filhos, João Pedro e Maria Eduarda, as melhores partes do meu ser e da minha alma, por terem, mais do que todos, entendido os momentos de ausência e angústia, mas por, fundamentalmente, compreenderem que tudo o que faço nessa vida só tem o objetivo de fazê-los as pessoas mais felizes desse mundo, concedendo-lhes o exemplo de que apenas a eterna e inesgotável busca pelo saber os libertará;

Ao Grande e Eterno Amor da Minha Vida, que sou a cada dia que passa testemunha viva de que este sentimento só nos acontece uma única vez, sendo este amor a razão de toda a força e superação que tenho para alcançar o sonho idealizado;

À Minha Eterna e Única Mãe, (que apesar dos altos e baixos, da distância e ausência eventuais, creio) é responsável por mais esta vitória, tendo em vista ter me ensinado que na vida devemos ser movidos pela **SUPERAÇÃO**; pela **paciência**; pela **calma**; e pela **tolerância** para alcançarmos nossos objetivos, sempre acreditando em mim, dando conta da minha garra e perseverança, não esquecendo de cubrir-me com a graça do Senhor. Mais uma vez, ratifico: você é a Minha Razão; e todo o Meu Grande e Eterno Amor Incondicional;

Aos Meus Verdadeiros Amigos, que de alguma forma me ajudaram, seja entendendo a minha ausência, seja concedendo-me força, coragem, esperança, fé e, em especial, mesmo porque foram imprescindíveis nessa conquista, à grande, notável e amada **Virgínia Medeiros**, prima, amiga, irmã e companheira de todas as horas; à angelical e pura **Ana Angélica Couto de Sousa**; à sempre amável **Andréa Freitas Silva**; e ao sagaz e bondoso **Gustavo Torres**, esses quatro últimos, fiéis escudeiros e companheiros da Procuradoria da República no Estado do Piauí;

A toda a minha família por, mais uma vez, entender a minha obstinação no alcance do objetivo traçado e, em consequência, a minha ausência.
Os meus mais sinceros agradecimentos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	15
2.1 Características e Conceito	15
2.2 Evolução Histórica	21
2.3 Eficácia e Aplicabilidade	28
3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	31
3.1 Considerações Preliminares	31
3.2 Autonomia Privada X Dignidade da Pessoa Humana	34
3.3 Teorias Sobre o Grau e Forma de Eficácia / Vinculação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas...	43
4 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	59
4.1 Noções Preliminares	59
4.2 Conteúdo e Abrangência	67
4.3 Forma de Eficácia do Princípio do Devido Processo Legal nas Relações Particulares Segundo a Doutrina e Jurisprudência	70
5 CONCLUSÃO	85
REFERÊNCIAS	89

1

INTRODUÇÃO

A presente monografia insere-se em um dos temas mais instigantes, desafiadores e palpitantes aos que labutam com a pesquisa na área do direito constitucional pós-moderno e suas conseqüências nas demais áreas do direito privado, em especial, com relação à forma de vinculação dos direitos fundamentais, mais especificamente, o princípio do devido processo legal e seus consectários nas relações privadas.

Algo que não pode ser ignorado é que os direitos fundamentais foram pensados e criados, *a priori*, para conter o absolutismo do Poder Estatal, bem como de seus agentes delegados, como forma de fazer valer a primazia de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, ao mesmo passo, não se pode obstar que os direitos fundamentais também vinculam os particulares em suas relações interprivadas, pois só assim, pode-se, verdadeiramente, garantir a todos aquilo que verdadeiramente é seu.

Parafraseando Lacordaire, numa sociedade onde há fortes e fracos é a liberdade que escraviza e apenas o Direito é que liberta. Na nossa sociedade moderna, há cada vez mais relações de poder, não apenas travada entre o Estado e particulares, mas também, entre os próprios particulares, seja social ou econômico. Desconhecer este fato é negar a realidade.

Apesar de a nossa Magna Carta ser silente quanto à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a interpretação sistemática axiológica da Constituição não deixa qualquer dúvida

quanto à mesma. Até as doutrinas, nacional e alienígena, são praticamente uníssonas nesse sentido.

Porém, o cerne do problema é de que forma esta vinculação ou eficácia se dá, ou seja, se direta ou imediata; indireta ou mediata; ou, ainda, utilizando-se de um meio termo, eficácia imediata matizada ou diferenciada (“metódica da diferenciação”), muito embora o §1º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, reze que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.¹

No bojo da pesquisa são abordadas todas as linhas de pensamento, porém o texto tem um caráter eminentemente crítico, sem deixar de buscar um resultado pragmático em suas conclusões, demonstrando, ainda, o posicionamento das pesquisadoras, voltadas especificamente para a forma de aplicação do princípio do devido processo legal nas relações privadas, levando-se em conta a posição de doutrinadores especializados com o tema proposto, além da análise da jurisprudência nacional, em especial do Supremo Tribunal Federal.

A bibliografia foi escolhida com espreque no domínio e especialidade sobre o tema enfrentado, somando-se a isso, a catalogação de Acórdãos de Tribunais e dispositivos constitucionais pertinentes, tendo por finalidade o alcance de uma solução para o problema proposto.

O estudo se caracteriza por uma pesquisa bibliográfica e documental. A investigação inicia-se com a caracterização e conceituação dos direitos fundamentais, passando à sua evolução histórica, daí à sua eficácia e aplicabilidade de forma genérica.

Posteriormente, expõe-se sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, explicitando a sua definição, partindo-se do pressuposto de que os mesmos vinculam as relações privadas, passando-se, após, a discutir sobre uma relação entre a autonomia privada e a dignidade da pessoa humana como ponto crucial para uma possível solução para a problemática, abordando-se, a partir

¹BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

de então, as teorias defendidas por doutrinadores e juristas quanto à forma em que se dá essa vinculação, tudo de forma inter-relacionada.

Segue-se ao foco da discussão do direito fundamental do devido processo legal, iniciando-se pela análise de sua origem e conceituação. *A priori*, sob uma perspectiva genérica, afunilando, gradativamente, para a temática da pesquisa, passando a abordar, a partir daí, o seu conteúdo e abrangência, sua forma de eficácia vinculativa nas relações travadas entre os particulares, segundo a doutrina e a jurisprudência.

Por fim, o nosso objetivo é o de identificar a solução para o problema proposto, desenvolvendo uma dissertação com supedâneo na análise de material nacional e estrangeiro, compreendendo doutrina, legislação e jurisprudência, esta última apenas nacional, de forma a comparar o estudo com a realidade prática que se apresenta, bem como com os anseios maiores da sociedade.

O método utilizado é o dedutivo, mediante um processo lógico, diante da leitura, fichamento, resumo e comparação de idéias de autores nacionais e estrangeiros, com posterior análise do material coletado, sua interpretação e reflexão sobre o assunto, anotando-se, ao final, possíveis soluções e propostas doutrinárias *de lege ferenda*.

Ressalte-se que não é nossa pretensão esgotar o tema, em face de sua grande vastidão, nem tampouco convencer com nossas idéias. Considerar-nos-emos satisfeitas, contudo, com o fato de que, diante de laboriosa pesquisa, consigamos contribuir para o amadurecimento e esclarecimento da necessidade do debate que o tema requer, bem como para que se busquem, cada vez mais, elementos concretos com o fim de fazermos a ciência jurídica progredir, mas, fundamentalmente, fazer com que a nossa sociedade acredite, cada vez mais, na efetivação dos direitos fundamentais insertos na Magna Carta, e, também, na justiça a ser realizada por nós, operadores do direito e “atores” principais capazes de primar pela concretização da dignidade da pessoa humana em todos os seus aspectos, valor este supremo da verdadeira cidadania.

2

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Características e Conceito

Com a devida venia, para que se possa dar um conceito mais consistente e eficiente a um instituto, faz-se necessário conhecê-lo. Portanto, nada mais consentâneo com esse pensamento do que, antes de definir o que vem a ser os Direitos Fundamentais, é tornar clarividente as suas principais características, evidenciando os seus verdadeiros conteúdos para, ao fim e ao cabo, tentarmos chegar a um conceito ideal realizável otimizado desses direitos.

Inobstante, relevante referenciar Paulo Gustavo Gonet Branco,² onde o mesmo dispõe sobre a dificuldade de se caracterizar os Direitos Fundamentais numa perspectiva global, ou seja, em todos os Estados (*lato sensu*), “em todo o lugar”, fazendo alusão sobre essa possibilidade!? Isso ocorre porque o conteúdo e o significado dos Direitos Fundamentais para cada Estado dependem de vários fatores não uniformes, uma vez que extra jurídicos, como: peculiaridades, cultura e história dos povos. Porém, aduz ser uma das tarefas que dificulta a conceituação do instituto, mas, no nosso sentir, de todo necessária, assim como, nas entrelinhas, retira-se da interpretação do que expôs o autor.

² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Material da 1ª Aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG (s.d), p. 12-13.

Dessa forma, veremos as características encontradas com mais frequência.

- a) **Universais** – esta afirmação deve ser feita com cautela. O mais correto é afirmar que todos possuem a potencialidade de serem titulares de Direitos Fundamentais, tendo em vista que nem todos eles são dirigidos a todas as pessoas indiscriminadamente, ou seja, há Direitos Fundamentais dirigidos a pessoas específicas. Ex.: crianças; idosos; deficientes; trabalhadores.³ Portanto, o princípio da igualdade material está intrinsecamente ligado à idéia de universalidade no que tange aos Direitos Fundamentais. Já Moraes⁴ expõe a característica de uma forma mais ampla, ao afirmar que “engloba todos os indivíduos, independente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica”.
- b) **Absolutos? Relativos?** – a primeira não é mais aceita no Direito Constitucional Moderno, pois os Direitos Fundamentais são, inquestionavelmente, suscetíveis de restrições. A maior prova deste fato é que até mesmo o direito à vida, poderá ser limitado (art. 5º, XLVII, “a”, CF – admissão da pena de morte, em caso de guerra declarada).⁵ Daí exsurge a característica da **relatividade**, informando a fenomenologia da colisão dos Direitos Fundamentais, devendo ser solucionada pela regra da ponderação,⁶ com o fim de obter a harmonização entre princípios que estejam em conflito, diante de um caso

³ Ibidem, p. 13.

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais – Teoria geral – Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002a, p.45.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 230-231.

⁶ MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional – Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 12.

concreto, fazendo uso do princípio da proporcionalidade em suas três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para se chegar à solução ideal.

- c) Historicidade** – o móvel dos Direitos Fundamentais é sempre o de garantir a Dignidade da Pessoa Humana. A própria teoria evolutiva dos direitos, por meio das gerações / dimensões, a ser vista no item a seguir, confirmará essa característica. Assim, como a sociedade é sempre mutante no decorrer do tempo, os Direitos Fundamentais também mudam com a evolução histórica, devendo ser sempre contextualizados, atualizados, pois se alteram ao longo dos anos. Até mesmo sob a ótica do Supremo Tribunal Federal - STF, os julgados, abordando a mesma tese, alteram-se. Um exemplo foi o que ocorreu com a interpretação quanto à vedação em relação às penas de caráter perpétuo. Num primeiro momento, o STF entendia que a vedação só era aplicável na esfera penal (até 1998); após, estenderam o entendimento para as penas administrativas. Em suma, com o passar dos anos, tanto podem surgir novos Direitos Fundamentais, como os que já existem podem ganhar outra roupagem interpretativa, tudo com a finalidade de adequá-los ao seu maior fundamento – a Dignidade da Pessoa Humana. Revela-se, pois, a índole histórico-evolutiva dos Direitos Fundamentais.⁷
- d) Inalienabilidade** – em regra, não se admite a alienação de Direitos Fundamentais, uma vez que os mesmos têm ligação intrínseca com a Dignidade da Pessoa Humana; são intransferíveis e inegociáveis, pois não possuem conteúdo econômico-patrimonial.⁸ Ex.: vida, integridade

⁷ *Ibidem*, p.231-232. Malheiros, 2006, p. 181.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 181.

física, saúde. Qualquer ato / contrato que tivesse por objeto tais direitos, seria nulo por ilicitude do objeto. Entretanto, não se pode negar que há direitos que, por sua natureza, não possuem este liame. Assim, esses direitos são suscetíveis de alienação, porém não de forma absoluta, devendo ser submetida a algumas limitações, quais sejam: manutenção do núcleo essencial do direito inafetado; alienabilidade voluntária e livre diante de um caso concreto e por tempo determinado, ou seja, sempre sob reserva de revogação a todo tempo. ⁹

- e) **Constitucionalização** – advém do fato dos direitos estarem consagrados na Carta Política de um Estado, sendo o traço que difere os Direitos Fundamentais dos Direitos Humanos, uma vez que estes são postulados em bases jusnaturalistas, com vocação universalista, supranacional, mais relacionados aos direitos inseridos em Tratados Internacionais. Já os Direitos Fundamentais vigem em uma determinada ordem jurídica de um Estado, garantidos e limitados no espaço e no tempo. Isso não significa que os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos não possam ser coincidentes, porém não o são obrigatoriamente, seja na forma de proteção ou de efetividade. ¹⁰
- f) **Aplicabilidade Imediata** – a nossa Constituição Federal em seu § 1º, do art. 5º, é expressa no sentido de que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Portanto, tais normas não possuem caráter programático, fundam-se, então, na própria Constituição, prescindindo de qualquer lei para ter aplicabilidade. Entretanto, há direitos que para serem exercidos precisam da atuação do legislador ordinário,

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 459-460.

¹⁰ BRANCO, op.cit., p. 18.

por ser impossível de serem auto-aplicáveis, quais sejam: “direitos fundamentais de índole social, [...], com o direito à educação, como disposto no art. 205 da Lei Maior, ou com o direito ao lazer, de que cuida o art. 6º do Diploma”¹¹. Assim, o melhor entendimento é no sentido de que o §1º, do art. 5º, da CF, deve ser interpretado de acordo com o dispositivo que contém o Direito Fundamental, ou seja, se o mesmo contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem a aplicabilidade imediata, esta deverá dar-se; caso negativo, o disposto no § 1º, deverá ceder à competência reservada ao legislador, ou ainda, quando a própria Constituição remeter a concretização do direito ao legislador.

Conhecidas as principais características, entendemos já ser possível analisarmos os conceitos postos pela doutrina sobre os Direitos Fundamentais e, ao final, firmarmos um conceito, *data maxima venia*, sobre os mesmos.

“Os direitos fundamentais são conceituados como **direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade**”.¹² (grifo do autor).

A crítica que se faz a esse conceito é, além da grande abstratividade do mesmo, a ausência de técnica em sua elaboração, tendo em vista a não diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Já Sarlet,¹³ aderindo à ideologia de Pérez Luño, faz uma análise mais minudente, fazendo a devida distinção citada no parágrafo anterior:

¹¹ Ibidem, p. 25.

¹² MORAES, G. P., op. cit, p. 01.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37-38.

[...] o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Alexandre de Moraes¹⁴ prefere denominar *direitos humanos fundamentais*, e assim o conceitua:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Pérez Luño¹⁵, por sua vez, define *direitos fundamentais do homem* como:

Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

José Afonso da Silva¹⁶ traz um conceito digno de ser colacionado, *ipsis literis*:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-

¹⁴ MORAES, A., 2002a, p. 39.

¹⁵ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez apud MORAES, A., 2002a, p. 40.

¹⁶ SILVA, J. A., op.cit., p. 178-179.

se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. (grifo do autor)

Depois de analisar todas as características, bem os conceitos colacionados, ousamos em elaborar um conceito de Direitos Fundamentais, sem obstar, logicamente, a grande valia dos já apresentados, mas, imbuídas, tão somente, no intuito de contribuir com a construção, *data venia*, do conhecimento, entendemos os *Direitos Fundamentais como um conjunto de direitos e garantias jurídicas vigentes em um determinado espaço e momento histórico de um Estado, devidamente positivados em sua Carta Magna, com efetiva capacidade de serem titularizados por todas as pessoas que se adequem ao direito ou garantia fundamental, mas que, diante de um caso concreto, poderão ser relativizados em seu exercício, quando em conflito com outro, tendo, ainda, como regra, as características da inalienabilidade e da aplicabilidade imediata, a depender do conteúdo do dispositivo constitucional, sendo que sua finalidade é a concretização dos princípios da igualdade, da liberdade e, fundamentalmente, da dignidade da pessoa humana.*

2.2 Evolução Histórica

Para atingirmos a concepção moderna sobre os Direitos Fundamentais foi necessário passar por uma revolucionária evolução

histórica das raízes do conceito primitivo dos Direitos Humanos, perambulando pelos dogmas do Direito Natural e da Doutrina Cristã, esta sob o acolhimento da idéia de uma dignidade única do homem, criado à imagem e semelhança de Deus, conseqüentemente com elevado valor intrínseco, individualista.

Posteriormente, nos séculos XVII e XVIII, entraram em cena a influência das Teorias Contratualistas, enfatizando a submissão da autoridade política à primazia do indivíduo sobre o Estado – este devendo servir aos cidadãos, garantindo-lhes os direitos básicos.¹⁷

Sob uma outra ótica histórica, situa-se a evolução dos Direitos Fundamentais em três, ou até quatro gerações.

Os Direitos de 1ª Geração (Estado Negativo) possuem a característica da abstenção do Estado, impondo-se ao mesmo o dever de não interferência – **primazia aos direitos de liberdade e propriedade.**

Essa idéia inicial decorreu da necessidade de limitação e controle dos abusos de poder praticados pelo próprio Estado, por meio de suas autoridades constituídas, bem como pela consagração do princípio básico da liberdade, como resistência ao arbítrio dos governantes.

Afere-se um cunho eminentemente individualista, postulando uma abstenção dos governantes (Estado Liberal), fundados em obrigações de não-fazer e de não intervir, sendo os primeiros direitos a serem positivados pela Constituição Brasileira, com nítida pretensão universalista.¹⁸

Há um consenso no que tange ao conteúdo dos direitos de primeira geração, sendo eles correspondentes aos direitos civis e políticos – direitos e garantias individuais e políticos clássicos.

Diante da evolução da sociedade e, mais ainda, das sucessivas crises sociais entre aqueles que detinham o poder econômico e os que

¹⁷ MENDES; COELHO; BRANCO, op.cit., p. 222.

¹⁸ BRANCO, op. cit., p. 04.

lhes eram submissos, especialmente em razão da industrialização em massa, houve a exacerbação do fosso existente entre as classes sociais, provocando uma exploração desmedida dos fortes (mais abastados) sobre os mais fracos economicamente, ficando patente que a decantada liberdade só era alcançada por aqueles que possuíam bens.

Assim, o Estado percebeu que para manter a paz social, seria necessário introduzir uma postura mais ativa, com a finalidade de reduzir as desigualdades, uma vez que, parafraseando Lacordaire, onde há fortes e fracos, a liberdade escraviza e apenas o direito liberta.

Surgem os Direitos de 2ª Geração (Estado Positivo) possuindo a característica da atuação do Estado (Estado Social / Estado do Bem-Estar Social), impondo-se ao mesmo o dever de interferência, dever de prestar, com a finalidade de que todos possam realmente gozar dos direitos de 1ª Geração, liberdade real e igual para todos, por meio da intervenção do Estado – **primazia ao direito de igualdade material ou de fato e não, meramente, formal.**

Vejamos as palavras de Perez Luño,¹⁹ que traduz, com seu poder de síntese, o móvel da 2ª Geração, *verbis*:

A liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas a uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e à não-liberdade de muitos. [...] a igualdade sem liberdade não conduz à democracia, mas ao despotismo, ou seja, à igual submissão da maioria à opressão de quem detém o poder (situação que evoca a divisa do igualitarismo cínico do *Animal Farm* de George Orwell, a teor do qual, ‘todos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais que outros’).

Afirma-se que os direitos de primeira geração dominaram o século XIX, já os de segunda geração, o século XX. Estes,

¹⁹ LUÑO, Antônio Enrique Perez apud BRANCO, op. cit., p. 07.

introduzindo, no constitucionalismo dos diversos tipos de Estados, direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, por uma ideologia anti-liberalista, entretanto imbricada ao princípio da igualdade, do qual não se pode separar, pois equivaleria a desmembrá-los de sua razão de ser.²⁰

Relevante destacar as ponderações de Ingo Sarlet²¹ com relação ao conteúdo do termo “direitos / liberdades sociais” (direito de greve, liberdade de sindicalização, repouso semanal remunerado, garantia ao salário mínimo, limitação à jornada de trabalho, dentre outros), afirmando o seu cunho meramente individual, para que não possa ser confundido com os direitos de terceira geração/dimensão, *verbis*:

A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referidos) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. A utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma,

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 564.

²¹ SARLET, 2007, p. 55-56.

ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

Os Direitos de 3ª Geração são marcados por uma preservação dos seres humanos sob uma perspectiva de grupo, de coletividade. Portanto, dirigem-se à proteção de direitos de titularidade difusa ou coletiva.

Um novo sentimento de justiça social humanitária exsurge na terceira geração dos direitos, ao final do séc. XX, crescendo-se, historicamente, aos sentimentos e desejos de liberdade e igualdade: **a fraternidade ou solidariedade entre os povos.**

Bonavides,²² retrata esse momento histórico, sendo relevante a descrição *ad litteram*:

[...] direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, no momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. [...]

Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Sarlet²³ faz uma reflexão que merece destaque, *data venia*, pela relevância e pertinência. Afirma o autor que a essência desses direitos de terceira geração não deixa de ser de cunho excludente e negativo, muito embora, em uma esfera comunitária, atuando, pois, com caráter preponderantemente defensivo, podendo ser enquadrado na categoria de direitos de primeira dimensão, evidenciando a permanente atualidade e a sempre nova roupagem dos direitos de liberdade, que devem ser constantemente adaptados às exigências do homem contemporâneo.

²² BONAVIDES, op.cit., p. 569.

²³ SARLET, 2007, p. 58.

A grande maioria dos doutrinadores esgota o tema em três gerações de direitos. O próprio Supremo Tribunal Federal, diante de voto destacado por Alexandre de Moraes,²⁴ da lavra do Ministro Celso de Mello, reconheceu, expressamente, a classificação em três gerações de direitos, nos seguintes termos:

[...] enquanto os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF – Pleno – MS nº. 22164/SP – Rel. Min. Celso de Mello) (grifos do autor)

Entretanto, Paulo Bonavides,²⁵ que já vem sendo seguido por outros doutrinadores, faz referência a uma quarta geração. Cita como **Direitos de 4ª Geração** os direitos à democracia, informação e ao pluralismo, como forma a universalização dos direitos fundamentais no campo institucional. Afirma o autor que daqueles direitos “depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão máxima de universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.

A Ministra Eliana Calmon²⁶ defende que a quarta geração de direitos fundamentais refere-se às regras de manipulação de

²⁴ MORAES, A., 2002a, p.45.

²⁵ BONAVIDES. op. cit., 571.

²⁶ CALMON, Eliana apud MORAES, G. P., op. cit., p. 11.

patrimônio genético, abrangendo a inseminação artificial, fecundação artificial e intervenção cirúrgica modificativa de sexo, ou seja, normas relativas à biodiversidade, onde a engenharia genética já é uma realidade.

Pedro Lenza ²⁷ também faz referência à quarta geração de direitos, fazendo alusão à orientação de Norberto Bobbio, que segue, guardadas as devidas proporções, a mesma linha de pensamento da Ministra Eliana Calmon, *ad litteram*:

Direitos Humanos de quarta geração – segundo orientação de Norberto Bobbio, referida geração de direitos decorreria dos avanços no campo da **engenharia genética**, ao colocarem em risco a própria existência humana, através da manipulação do patrimônio genético. Segundo o mestre italiano: “... já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de **quarta geração**, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. (grifos do autor)

Concluindo, devem-se fazer algumas considerações quanto ao termo “gerações”. Jamais se poderá incorrer no equívoco de imaginar que uma geração anula ou suplanta direitos conquistados na anterior, uma vez que os mesmos permanecem válidos acoplando-se aos da nova geração. No máximo, o que poderá ocorrer é uma mudança na forma de interpretá-los, adaptando-os aos novos anseios da sociedade, às novas constituições.

Enfim, “a visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo” ²⁸.

²⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquema tizado**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007, p. 695.

²⁸ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 224.

Nesse sentido é que Sarlet ²⁹ prefere denominar o fenômeno não como “gerações de direitos”, mas sim como **“dimensões de direitos”**, uma vez que entende com o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, de fortalecimento, jamais de alternância ou substituição entre os direitos conquistados ao longo do tempo por outros da geração seguinte. Arremata sua teoria dimensional dos direitos, não apenas com fundamento no caráter cumulativo e complementar já enfatizado, mas, especialmente, pela sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno, dando ênfase, ainda, ao moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos, citando Cançado Trindade.

2.3 Eficácia e Aplicabilidade

Como já afirmado na conceituação que expusemos, em regra a eficácia e aplicabilidade das normas de direitos fundamentais são imediatas, ou seja, independem de norma infraconstitucional para que as pessoas exerçam os direitos e / ou garantias dispostos na Constituição Federal do Brasil ou que os magistrado as apliquem. Tudo em consonância com o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal (*“as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*).

Entretanto, tudo dependerá do que vier disposto no enunciado da norma, tendo em vista que se trata de assunto posto em função do direito positivo, no caso a Constituição Federal. ³⁰

Cabe destacar que mesmo diante de normas que possuam eficácia limitada, ou seja, precisem de lei infraconstitucional, seja ela ordinária ou complementar, para ter aplicabilidade, todas, especialmente as que contêm, no seu bojo, conteúdo de direito fundamental, são dotadas de uma eficácia mínima ou paralisante,

²⁹ SARLET, 2007, p. 52/53.

³⁰ SILVA, J. A., op.cit., p. 180.

dita negativa, no sentido de que é vedado ao legislador editar normas que contrariem o que estabelecerem.

Vejamos as palavras esclarecedoras de Maria Helena Diniz³¹ sobre o tema:

Há preceitos constitucionais que têm aplicação mediata, por dependerem de norma posterior, ou seja, de lei complementar ou ordinária, que lhes devolva a eficácia, permitindo o exercício do direito ou do benefício consagrado. Sua possibilidade de produzir efeitos é mediata, pois, enquanto não for promulgada aquela lei complementar ou ordinária, não produzirão efeitos positivos, **mas terão eficácia paralisante de efeitos de normas precedentes incompatíveis e impeditiva de qualquer conduta contrária ao que estabelecerem.** (grifo nosso)

Quando em tese normas de direito fundamental, a eficácia mínima é ainda mais reforçada, vejamos as lições de Sarlet: ³²

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.

³¹ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 117.

³² SARLET, 2007, p. 289.

Conclui-se que não há, sob o ângulo pragmático, norma constitucional sem qualquer eficácia, ainda mais quando se tratar de direito fundamental, mesmo quando se tratar de dispositivo classificado como de eficácia limitada, é imprescindível, nesses casos, que os órgãos públicos usem sua liberdade dentro limites negativos fixados constitucionalmente, posto que se trata de uma autolimitação jurídica, inspirada em juízos de valor, alçados a categoria fundante.

3

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Considerações Preliminares

Ao tratarmos de Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais estamos conduzindo a discussão sob o enfoque da vinculação / da titularidade dos mesmos com relação aos sujeitos a eles relacionados.

É cediço que os direitos fundamentais surgiram precipuamente diante da necessidade de conter os abusos de poder praticados pelo próprio Estado, por suas autoridades constituídas, tendo como móvel a consagração e efetivação plena dos princípios básicos da igualdade, legalidade e, principalmente, da dignidade da pessoa humana, regedores de um verdadeiro e legítimo Estado Democrático de Direito moderno e contemporâneo, uma vez que o próprio Estado, em suas ações, também estaria vinculado aos ditames da lei, respeitando preceitos oriundos da soberana vontade popular.

Não se pode negar que há direitos fundamentais que são eminentemente vinculantes apenas nas relações travadas entre o Estado e os indivíduos. Contudo, na atual sociedade de massa em que convivemos, determinados grupos dispõem de importantes parcelas de poder social e econômico. Poder este capaz de atingir um grande número de pessoas, sendo inegável que a Constituição garante alguns direitos fundamentais contra a interferência indevida ou mesmo contra o abuso tanto do poder público como dos particulares, como é o caso da garantia da dignidade da pessoa

humana, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da liberdade de expressão, da proibição de discriminação, dentre outros. Negar este fato é ignorar a realidade.

Assim, vem ganhando cada vez mais força a tese de que os direitos fundamentais vinculam diretamente as relações particulares. Cabe destacar as palavras dos constitucionalistas Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco: ³³

Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si. [...] O discurso majoritário adere, então, ao postulado de que “as normas sobre direitos fundamentais apresentam, ínsitas a elas mesmas, um comando de proteção, que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas”. [...]

O debate passa a se desenrolar, então, em torno do cotejo dos reclamos dos diferentes direitos fundamentais com as exigências do princípio da autonomia privada. A tanto, em última análise, centra-se o problema em resolver quando e como os direitos fundamentais obrigam os particulares nas suas relações mútuas.

Dessa forma, a história aponta como sujeito passivo, “por excelência”, vinculado aos direitos fundamentais, o Poder Público, tendo-se por móvel a limitação de sua ação contra abusos praticados em desfavor dos particulares, estabelecendo um espaço de imunidade dos indivíduos em face dos poderes estatais. ³⁴ Trata-se da Eficácia Vertical dos direitos fundamentais.

Entretanto, há alguns direitos fundamentais que também incidem nas relações entre particulares, diante de sua própria natureza

³³ MENDES; COELHO; BRANCO, op.cit., p. 265 e 267.

³⁴ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 265.

e de outras insofismáveis forças sociais existentes em uma sociedade, como a de fortes grupos econômicos ou políticos.³⁵

Eis a Eficácia Horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, os indivíduos podem e devem exigir o respeito desses direitos em suas relações interpessoais, albergados na Eficácia Objetiva dos mesmos, sendo esta baseada no fato de que os direitos fundamentais conferem e representam um conjunto de valores objetivos que ultrapassam / transcendem as preferências meramente individuais, independentemente, pois, dos titulares dos direitos, uma vez que possuem uma dimensão comunitária / irradiante, tendo o Estado o dever não apenas de respeitá-los, mas também de fazê-los ser respeitados pelos indivíduos nas suas relações individuais.³⁶

Por sua vez, existem direitos que só têm como vincular o próprio Estado (Ex.: art. 5º, XXIV e XXXIII, da CF).

Nesta mesma senda, há ainda alguns direitos onde pairam dúvidas quanto à vinculação ou não dos particulares, como é o caso, por exemplo, dos direitos fundamentais de igualdade e devido processo legal (ampla defesa e contraditório).

Vejamos as seguintes lições esclarecedoras:³⁷

A discussão sobe de ponto quando consideramos que o princípio da autonomia da vontade, mesmo que não conste literalmente na Constituição, acha no Texto Magno proteção para os seus aspectos essenciais. A Carta de 1988 assegura uma liberdade geral no *caput* do seu art. 5º e reconhece o valor da dignidade humana como fundamento do Estado brasileiro (art. 1º, III, da CF) – dignidade que não se concebe sem referência ao poder de autodeterminação. Tudo isso confirma o *status* constitucional do princípio da autonomia do indivíduo.

[...]

³⁵ Ibidem, p. 265.

³⁶ Ibidem, p. 265.

³⁷ Ibidem, p. 267-268.

Para atingir uma tal concordância, não se pode desprezar o fato de que a liberdade também corresponde à possibilidade de se vincular, o que importa aceitar limitação do âmbito protetor dos direitos fundamentais. Por outro lado, a possibilidade dessa limitação pressupõe efetiva liberdade contratual. Na medida em que as partes se revelem desiguais de fato, o exame da legitimidade da restrição consensual dos direitos fundamentais haverá de ser objeto de análise mais rigorosa.

O que não se pode perder de vista é que a autonomia privada e, em especial, a liberdade contratual, na lição de Hesse, “encontram o seu fundamento e os seus limites na idéia da configuração responsável da própria vida e da própria personalidade”. A autonomia privada, com os seus aspectos de autodeterminação e de responsabilidade individual, “compreende também a possibilidade de contrair, por livre deliberação, obrigações que os poderes públicos não poderiam impor ao cidadão”.

Extrai-se do que foi colacionado que a solução poderá ter por base a análise e ponderação de alguns princípios que regem o nosso ordenamento jurídico, dentre eles: autonomia privada que, em regra, é regedora das relações entre os particulares; e da dignidade da pessoa humana, sob o enfoque dos efeitos que pode trazer com relação à limitação dessa autonomia privada, cotejando-o aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Porém, a confirmação e utilização dessa solução pelos juristas, doutrinadores e jurisprudências brasileiros, poderão ou não ser confirmadas, ao final. O que se buscará é demonstrar todas as possíveis soluções para a problemática.

3.2 Autonomia Privada X Dignidade da Pessoa Humana

A autonomia privada, preponderante nas relações particulares, adveio da concepção de conceber total e plena primazia

à vontade das partes dentro da seara do direito obrigacional, vindo dos conceitos traçados pelos Códigos Francês e Alemão.³⁸

Ora, pensar numa relação paritária, mesmo que utopicamente, só tem razão de ser se a mesma se tratar de relação afeta entre particulares, uma vez que os mesmos podem, em tese, discutir, “em pé de igualdade”, todas as condições da avença. Daí sim, poder-se falar em autonomia da vontade onde o que se decidir faz lei entre as partes.³⁹

Inobstante, não se pode perder de vista que o consensualismo pressupõe a igualdade entre as partes, contudo não uma igualdade meramente formal, mas, sobretudo, uma igualdade material, e, esse ideal, na realidade, jamais foi atingido em nossa sociedade.

Evidentemente que a relação essencialmente privada e paritária, portanto, materialmente consensual, ocupa pequena parcela na sociedade moderna. Mas, nesses casos, a autonomia privada, defendem alguns doutrinadores, deverá prevalecer, posto não haver nenhum vício no consentimento ou ataque a qualquer norma de ordem pública ou que atinja direitos fundamentais dos cidadãos. Ademais, a autonomia privada também é um direito fundamental que deve ser preservado pela sistemática jurídica.

A autonomia privada atualmente deve ser entendida como liberdade de atuação nas relações privadas, porém essa liberdade não é ilimitada ou absoluta, ao contrário, está limitada pela supremacia da ordem pública, pelos bons costumes, pelo interesse coletivo e pelos fins sociais, tendo por escopo acautelar as desigualdades substanciais existentes nas relações entre particulares.

Destacam-se as lições de Maria Helena Diniz:⁴⁰

[...] o princípio da autonomia da vontade é o poder conferido aos contratantes de estabelecer

³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 366.

³⁹ *Ibidem*, p. 375.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 34 e 36.

vínculo obrigacional, desde que se submetam às normas jurídicas e seus fins não contrariem o interesse geral, de tal sorte que a ordem pública e os bons costumes constituem limites à liberdade contratual.

[...]

O princípio da autonomia da vontade está atrelado ao da socialidade [...].

Não se pode negar que a autonomia privada é um princípio constitucional que também deve ser realizado, na maior medida do possível, dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Pelo seu próprio conceito, tal concepção é inquestionável. Paulo Mota Pinto conceitua autonomia privada nos seguintes termos, *verbis*:⁴¹

Por autonomia privada pode entenderse – sem excessivas preocupações de afinamento conceitual – a possibilidade de os sujeitos jurídicoprivados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições activas reconhecidas pela ordem jurídica – correspondendo este conceito, *grosso modo*, também ao sentido etimológico a expressão (resultante de *auto+nomos*).

Ainda sob a forma mais abstrata, Wilson Steinmetz ⁴², conceitua a autonomia privada da seguinte forma:

[...] define-se autonomia privada como o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, auto-regulamentem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões).

⁴¹ PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e dir eito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 361-404, p. 378.

⁴² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 190-191.

A autonomia privada manifesta-se como um poder de autodeterminação e de autovinculação dos particulares. No exercício da autonomia privada, os particulares tornam-se legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos, seja para criar deveres.

Outrossim, cabe destacar a posição de Virgílio Afonso da Silva ⁴³ de que a defesa de um sopesamento de princípios pode ameaçar a autonomia privada, sendo, pois, na sua concepção, inadequado tal método. Para o autor o ponto central do problema é decidir o que deve prevalecer em cada caso concreto: se a autonomia privada ou a proteção do direito fundamental eventualmente restringido, solução a ser expressada pelas regras de sopesamento, não podem ser aplicáveis às relações privadas. Destacamos suas ponderações:

Os critérios para um sopesamento no âmbito das relações entre particulares sob a égide da autonomia privada não relacionam o grau de restrição ao direito fundamental atingido com a importância da realização da autonomia privada. O que se faz, ao que parece sem exceções, é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá mais facilmente mitigado. Esse raciocínio – que é, de fato, correto – *não é, contudo, um sopesamento.* (grifo do autor)

[...]

Não quero com isso dizer que a fixação de critérios para se valorar a importância da autonomia privada no caso concreto e, por consequência, a necessidade de se respeitá-la não é relevante. Pelo contrário, tais critérios são fundamentais. Mas, e isso é o que importa neste passo, esses critérios não pretendem guiar um sopesamento, porque esse sopesamento não

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153 - 156.

se realiza; eles são critérios para se definir o peso da autonomia privada em cada uma das relações envolvendo restrições a direitos fundamentais.

Com a devida venia ao posicionamento do autor acima, a resolução dependerá da análise do caso concreto que enfrentará um conflito entre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (que embasa a eficácia horizontal ou externa dos mesmos nas relações entre particulares) e o princípio da autonomia privada, que, em regra, rege essas mesmas relações.

Entretanto, a nossa Carta Magna trouxe, em seu art. 1º, III, como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, móvel, pois, de todo o ordenamento jurídico pátrio, tendo por conseqüência insofismável o respeito à autodeterminação do indivíduo, porém e, tão somente, se responsável.

Oportuno colacionar as lições de Vieira de Andrade,⁴⁴ *verbis*:

os direitos fundamentais são também *normas de valor* que devem valer para *toda* a ordem jurídica, isto é, também para o direito privado. A dignidade humana continua a ser o ponto de partida, mas não como liberdade do indivíduo isolado e, sim, como livre desenvolvimento da personalidade de homens solidários integrados numa sociedade e responsáveis perante ela.

Por Dignidade da Pessoa Humana não se poderia deixar de citar o clássico estudo realizado por Fernando Ferreira dos Santos,⁴⁵ numa tentativa de sintetizar, *com a devida venia*, o vasto conteúdo

⁴⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org) **Constituição, direitos fundamentais e dir eito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.273-299, p. 279.

⁴⁵ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 79 e 113.

desse princípio, que, por si só, já seria passível de um grande e instigante estudo, colacionamos:

Daí que a dignidade da pessoa humana não é uma criação do legislador constituinte, que apenas reconhece a sua existência e sua eminência, pois ela, como a própria pessoa humana, é um conceito *a priori*. Porém, ao colocá-la como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, transformou-a “num valor supremo da ordem jurídica”, ou seja, “não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural”, “que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”.

[...]

Instituir a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito importa, ainda, em consequência, não apenas o reconhecimento formal da liberdade, mas a garantia de condições mínimas de existência, em que uma existência digna se imponha como fim da ordem econômica, não se tolerando, pois, profundas desigualdades entre os membros de uma sociedade.

[...]

Com efeito, em virtude da primazia da dignidade da pessoa humana, esta há de permanecer inalterável qualquer que seja a situação em que a pessoa se encontre, constituindo, em consequência, um *minimun* invulnerável que todo o ordenamento jurídico deve assegurar, e que nem nenhum outro princípio, valor, ser pode sacrificar, ferir o valor da pessoa.

Daniel Sarmento ⁴⁶ defende que o princípio da dignidade da pessoa humana costura e unifica todo o ordenamento pátrio de direitos fundamentais, representando o epicentro axiológico de toda

⁴⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p.85-87.

a ordem constitucional, balizando não apenas os atos estatais, mas todas as relações privadas. Aduz ser o princípio mais relevante da ordem jurídica, conferindo-lhe ordem e valor, devendo condicionar e inspirar todo o direito vigente, público ou privado. Para ele a pessoa humana vem a ser “valor-fonte fundamental do Direito”, alicerçado por bases éticas, merecedor do título de “Direito Justo”. “A pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais”.

Fazendo uso ainda das lições de Sarmento,⁴⁷ cabe colacionar trecho em que faz alusão à autonomia privada:

Entretanto, essa autonomia privada não é absoluta, pois tem de ser conciliada, em primeiro lugar, com o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade, e, além disso, com outros valores igualmente caros ao Estado Democrático de Direito, como a autonomia pública (democracia), a igualdade, a solidariedade e a segurança. [E ousou acrescentar, fundamentalmente, deve abrir espaço ao respeito pleno e total da dignidade da pessoa humana].

Vieira de Andrade⁴⁸ posiciona-se no sentido de que deverá haver uma ponderação, ou seja, não aceitando, salvo melhor juízo, uma solução genérica *a priori*, senão vejamos:

Porém, todos acabam por concordar em certos pontos essenciais: que os sujeitos privados poderosos não podem ser tratados como quaisquer outros indivíduos e que devem ser consideradas ilícitas nas relações privadas as diferenças de tratamento ou as restrições que atinjam a dignidade das pessoas, por um lado; mas, que não pode destruir-se a autonomia pessoal e que a liberdade negocial e geral não pode ser negada, por outro lado. Daqui resulta a nossa convicção de

⁴⁷ SARMENTO, op. cit., p. 155.

⁴⁸ ANDRADE, 2006, p. 285.

que, seja qual for a teoria adaptada, os seus quadros são capazes de suportar soluções concretas equilibradas e justas.

Diante do que já foi exposto sobre os princípios conflitantes, extrai-se que o espaço de liberdade assegurado pela autonomia privada tem, porém, os seus limites na exigência do respeito pela dignidade da pessoa humana.

É bem verdade que os exatos termos em que o Estado está impedido de cobrir com o “manto” da força pública o conteúdo das convenções particulares, sob o prisma de que violem o valor da dignidade da pessoa humana, impõe um poder-dever de análise dos anseios sociais, face às convicções e formas de vida existentes na sociedade cada vez mais diversas, mas isso não é motivo para uma conduta omissiva, ao contrário, deve ser encarado como um desafio a ser superado com legitimidade.

Dentro deste contexto, oportuno colacionar as palavras de Paulo Pinto, ⁴⁹ *ipsis literis*:

Será, assim, ilícito o conteúdo de um negócio ou uma recusa de contratar, se envolver infracção ao princípio da negação de discriminações, [...]. Não pode, com efeito, pretender-se que o Estado – a lei e os tribunais – reconheçam e dêem eficácia a actos dos particulares dirigidos a estas formas de discriminação. Mas a ilicitude só terá lugar se a discriminação é feita em termos atentatórios da dignidade da pessoa humana [...]. É que o princípio constitucional da igualdade tem de conciliar-se, no domínio do direito privado, com a liberdade contratual reconhecida aos particulares, e tem sobretudo em vista criar o dever do Estado de tratar igualmente os cidadãos, mas não impor-lhes qualquer neutralidade em face das suas convicções ou mundividências.

⁴⁹ PINTO, 2006, p. 385.

Nesse mesmo quadrante é o pensamento de Vieira de Andrade,⁵⁰ *verbis*:

De facto, está fora de dúvida que, sendo os direitos fundamentais também *princípios de valor* objectivos, têm de valer nas relações privadas, tanto mais intensamente quanto mais íntima for a sua ligação ao valor-mãe da dignidade da pessoa humana. A autonomia do direito privado não significa independência em relação à Constituição que tem hoje como tarefa fundamental a garantia da unidade do ordenamento jurídico. Assim, os preceitos relativos aos direitos fundamentais determinam a invalidade, por inconstitucionalidade, das normas legais de direito privado que os infringem ou contrariem. Além disso, fornecem argumentos que influenciam, por vezes decisivamente, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas ordinárias que regulam as relações de direito privado.

[...]

Por isso, propomos que a nossa Constituição seja interpretada no sentido de consagrar o princípio da *liberdade* como *regra* das relações entre indivíduos *iguais*.

[...]

Esta regra tem, contudo, os seus limites. Não pode admitir-se que na vida social privada as pessoas, mesmo em situação de igualdade, possam ser tratadas ou admitirem ser tratadas como se não fossem seres humanos. Tal seria a negação do axioma antropológico que dá fundamento à própria idéia de direitos fundamentais. Por isso, a dignidade humana, enquanto *conteúdo essencial absoluto* do direito, nunca pode ser afectada – esta é a *garantia mínima* que se pode retirar da Constituição. (grifos do autor)

⁵⁰ ANDRADE, 2006, p. 291 e 294-295.

Dessa forma, vê-se que a tendência pós-moderna, com todo o respeito aos adeptos de outras concepções, vem sendo a de dar cada vez mais, uma maior centralidade ao pleno respeito à dignidade da pessoa humana, que operou uma “repersonalização” e uma “despatrimonialização” do Direito Civil (que rege as relações entre os particulares), por sua ênfase em valores existenciais e de espírito, mantendo-se as condições mínimas de existência digna do indivíduo, mesmo diante de relações intrinsecamente privadas, tendo, por via de consequência, a aplicação dos direitos fundamentais às mesmas, uma vez que o móvel desses direitos é a efetivação máxima daquele princípio.

O grande impasse, não resolvido expressamente pela nossa Constituição Federal, é como esses direitos fundamentais vinculam as relações particulares, motivo pelo qual se desenvolveram teorias, as quais passarão a ser analisadas a seguir.

3.3 Teorias Sobre o Grau e Forma de Eficácia / Vinculação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas

Diante de uma análise sistemática e axiológica de nossa Carta Magna chegamos à conclusão de que os direitos fundamentais, dentro das suas especificidades, vinculam as relações particulares, uma vez que a Constituição Federal quedou-se inerte em afirmar expressamente este fato. Daí a partir-se desse “eloqüente silêncio constitucional” para afirmar e defender uma não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, além de negar a própria essência do nosso Estado Democrático de Direito, é assumir, *data maxima venia*, uma postura simplista e carente de sustentação hermeneuta.

Oportuno colacionar os argumentos de Wilson Steinmetz⁵¹:

Do ponto de vista de uma teoria constitucionalmente adequada, a CF não é uma Constituição somente do Estado, isto é, não se apresenta apenas como uma

⁵¹ STEINMETZ, op. cit., p. 99-100.

ordem jurídica fundamental do Estado. [...] Em enunciação concisa, a CF pode ser definida como a estrutura normativa básica ou fundamental do Estado e da sociedade brasileiros.

De um ponto de vista político-ideológico, é certo que a CF representa um projeto liberal de sociedade. Contudo, trata-se de um liberalismo humanizado, democrático e socialmente orientado; de um liberalismo matizado (“temperado”) pela dignidade humana, pelos direitos e garantias fundamentais, pela democracia e pelas aspirações de igualdade, de bem-estar e de justiça sociais. Ao lado do princípio da livre iniciativa, assegurador da economia de mercado (CF, arts. 1º, IV, e 170, *caput*), e do princípio geral de liberdade (CF, art. 5º, *caput*), estão o princípio da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III), os direitos e as garantias fundamentais (CF, Título II), o princípio democrático (CF, art. 1º, parágrafo único), o princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*, e art. 3º, III e IV) e o princípio-objetivo de construção de uma sociedade justa e solidária (CF, art. 3º, I).

[...]

Eventuais posições contrárias à vinculação dos particulares a direitos fundamentais, bem como posições favoráveis a uma vinculação exclusivamente mediata ou com abertura mínima para uma vinculação imediata são mais consistentes e conseqüentes com o paradigma do constitucionalismo liberal do que com o do constitucionalismo social e democrático da contemporaneidade, paradigma do qual a CF é um caso – exemplo.

Ao contrário do que ocorreu no Brasil, as Constituições: da Federação Russa de 1993 (art. 17.3); da Suíça de 1998 (art. 35); e Portuguesa (art. 18.1) dispuseram, expressamente, sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Vejamos as palavras de J. J. Gomes Canotilho:⁵²

⁵² CANOTILHO, op. cit., p. 446.

A Constituição de 1976 (CRP, artigo 18.º/1) consagra a eficácia das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias e de direitos análogos na ordem jurídica privada. A doutrina alude aqui a **eficácia horizontal** das normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias (a jurisprudência alemã utiliza o termo *Drittwirkung*). (grifo do autor)

Entretanto, a nossa Constituição, muito embora não tenha disposto de forma expressa sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em seu art. 5º, §1º, reza que as normas que tratam sobre tais direitos têm aplicação imediata.

Ocorre que não se discute essa vinculação e aplicação imediata com relação aos poderes públicos, uma vez que tiveram por móvel a limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas com relação aos indivíduos.

O mesmo não ocorre com relação a como e de que forma se concebe a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, até mesmo nos países onde a Constituição é expressa em dispor a vinculação, foi silente quanto a esses aspectos, daí é que surgiram duas teorias clássicas para conduzir os doutrinadores, juristas e estudiosos do tema sobre a melhor resposta a dar sobre a angústia que os aflige, são elas: **Teoria da Eficácia Direta ou Imediata; e Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata.**

J. J. Canotilho⁵³ sintetiza as teorias nos seguintes termos:

De acordo com a primeira teoria, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou colectivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos,

⁵³ CANOTILHO, op. cit., p. 446.

fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias. Para a teoria referida em segundo lugar – a *teoria da eficácia indirecta* – os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indirecta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direitos, liberdades e garantias.

Pedro Lenza,⁵⁴ por sua vez, aduz algumas dimensões em sua síntese, especialmente no que tange à teoria da eficácia mediata ou indirecta, *verbis*:

- **eficácia indirecta ou mediata** – os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, seja dentro de uma dimensão **proibitiva** e voltada para o legislador que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais, ou, ainda, **positiva**, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam se aplicar às relações privadas.
- **eficácia directa ou imediata** – alguns direitos fundamentais podem ser aplicados às relações privadas sem que haja necessidade de “intermediação legislativa” para a sua concretização. (grifos do autor)

A Teoria da Eficácia Indirecta ou Mediata dos Direitos Fundamentais na Esfera Privada foi desenvolvida originariamente por Günter Dürig, em 1956, tornando-se dominante no direito germânico, por juristas e pelo Tribunal Constitucional. Retrata uma concepção intermediária de não negação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, porém impõe-se a necessidade da intermediação do legislador que terá a função de interpretar as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados a serem

⁵⁴ LENZA, op. cit., p. 699.

aplicados na esfera do Direito Privado, para que não exterminem a autonomia da vontade, desfigurando-o e, conseqüentemente, convertendo-o num mero concretizador do Direito Constitucional.⁵⁵

Todos os doutrinadores ao se referirem a essa teoria sempre citam como caso enigmático, o famoso “*leading case Lüth*”, ocorrido ainda no início da profícua e influente judicatura do Tribunal Federal Alemão, em 1950, em que Lüth era diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo e sustentou um boicote público ao filme “*Unsterbliche Gelibte*” (Armada Imortal) de cunho anti-semita, durante a ditadura nazista, dirigido pelo cineasta Veit Harlan. Este conseguiu decisão do Tribunal de Justiça de Hamburgo no sentido de que Lüth se abstivesse de boicotar o seu filme, com base no art. 826, do Código Civil (BCG). Da decisão, Lüth ingressou com reclamação constitucional, argumentando violação a sua liberdade de expressão. O Tribunal Constitucional, por sua vez, acolheu o recurso, sob o argumento de que os tribunais civis podem lesar direito fundamental, aplicando regras de direito de direito privado, especialmente quando se trata de relações privadas, quando em questão contraposta a interesses de outros particulares.⁵⁶

Vieira de Andrade⁵⁷ bem sintetiza a teoria:

Os direitos fundamentais serão, primariamente, os direitos de defesa da liberdade contra o poder do Estado e não se justifica que eles vinculem também os particulares. Submeter a actividade dos sujeitos privados aos mesmos vínculos que limitam a acção do Estado significaria transformar os direitos em deveres, invertendo o sentido. É certo que o Estado, precisamente enquanto sujeito passivo dos direitos

⁵⁵ SARMENTO, op.cit., p. 198

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada**: construindo pontes entre o direito público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-163, p. 124.

⁵⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 276.

fundamentais, tem também o dever de proteger esses direitos contra ataques que lhe sejam movidos (mesmo) por entidades privadas. Só que essa proteção deveria fazer-se através do direito privado.

Marília Sampaio ⁵⁸ aduz que os defensores dessa teoria entendem que os direitos fundamentais, a despeito de constituírem-se como uma ordem de valores objetivos que irradiam efeitos por todo o ordenamento jurídico, jamais governam as relações privadas, tão somente as influenciam.

Para os defensores dessa teoria os juízes assumiriam o papel de integradores e interpretadores das normas lacunosas ou inculcadas de preceitos indeterminados, balizando o conteúdo preciso das cláusulas gerais e dos conceitos fluidos do Direito, tendo por baliza maior um sistema de valores e a plena concepção de fazer valer em sua inteireza a axiologia da dignidade da pessoa humana, sendo este sempre o seu paradigma.

Oportuno colacionar a posição de Daniel Sarmento, ⁵⁹ no que tange ao papel desenvolvido pelos legisladores e juízes diante dessa teoria:

Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes.

Ao judiciário sobraria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos – tarefa confiada com exclusividade às Cortes Constitucionais nos países como Alemanha,

⁵⁸ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particular e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 126.

⁵⁹ SARMENTO, op. cit., p. 200-201.

Espanha e Itália, onde o controle de constitucionalidade é concentrado. Apenas em casos excepcionais, de lacuna do ordenamento privado, e de inexistência de cláusula geral ou de conceito indeterminado que possa ser preenchido em harmonia com os valores constitucionais, é que se permitiria ao juiz a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, independentemente da mediação do legislador.

Konrad Hesse foi um dos grandes defensores dessa teoria, considerando-a correta diante das seguintes premissas: a) preserva a autonomia privada, móvel do direito privado e princípio defluidor do direito de liberdade; b) assegura a identidade, autonomia e função do direito privado como um todo; c) garante a certeza jurídica; d) evita a “panconstitucionalização” do ordenamento jurídico, fenômeno ruim tanto para o direito privado como para o constitucional, porque tornaria a Constituição e os direitos fundamentais triviais, converteria todos os casos em jurídico-constitucionais e, por conseqüência, sobrecarregaria a jurisdição constitucional.⁶⁰

Vê-se que a grande preocupação dos defensores dessa teoria é o fato de que a adoção de uma aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas acabaria por gerar uma estatização do Direito Privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada, além de conceder ao Estado, cada vez mais, um crescente espaço na ingerência da vida privada do indivíduo, a pretexto de fiscalizar o cumprimento dos deveres resultantes da incidência dos direitos fundamentais sobre tais relações.

Algumas críticas são feitas à teoria, tais como: a) a lei não teria o poder de conhecer todas as possibilidades de afronta aos direitos fundamentais, mesmo porque a atuação do legislador tem caráter meramente declaratório e não constitutivo;⁶¹ b) perigo do

⁶⁰ STEINMETZ, op.cit., p. 139-140.

⁶¹ SAMPAIO, op. cit., p. 128.

legislador modificar, derrogar ou até criar uma regra, contrária ao móvel do que reza o direito fundamental; ⁶² c) a impregnação das normas de Direito Privado pelos valores constitucionais pode causar a erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis e comerciais; ⁶³ d) não há como proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos incertos humores do legislador ordinário; ⁶⁴ e) caráter supérfluo da construção, pois acabaria se reduzindo à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição; ⁶⁵ f) Dürig propõe uma concepção dualista dos direitos fundamentais – direitos subjetivos contra o Estado e liberdade contratual / autonomia do direito privado. Porém, a liberdade dos indivíduos e a autonomia do direito privado não são absolutas, sob pena de separação total no cotejo com os direitos fundamentais e, por conseguinte, diante de não-efeito dos primeiros no âmbito do direito privado. ⁶⁶

Vieira de Andrade ⁶⁷ pondera que, atualmente, a tendência doutrinal é de superação dessa teoria:

Actualmente, embora se verifique a prevalência das idéias de aplicabilidade mediata, nota-se uma tendência doutrinal [ousa acrescentar, ao menos, no Brasil, também jurisprudencial] para a superação desse modo de apresentar o problema, em favor da construção já referida de um *dever de protecção estadual* dos direitos fundamentais, que não valeria apenas aos poderes públicos (incluindo outros Estados), mas também perante os privados. (grifos do autor)

Não se pode negar também que são respeitáveis as preocupações dos defensores dessa teoria, porém, *data maxima venia*,

⁶² Ibidem, p. 129.

⁶³ SARMENTO, op.cit., p. 204.

⁶⁴ Ibidem, p. 204.

⁶⁵ Ibidem, p. 204.

⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso, op.cit., p. 76.

⁶⁷ ANDRADE, 2006, p. 281.

cabe destacar um contraponto. Ora, não é plausível que se imagine que a Constituição terá o condão de substituir, materialmente, o direito privado. Ao contrário, salvo melhor juízo, o que se pretende é que se faça prevalecer os valores postos na Carta Magna como fundantes de todo o ordenamento jurídico, onde o hermeneuta interprete as normas, seja de direito público ou privado, diante da prevalência axiológica concretizadora da plenitude da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, jamais a relação entre o direito privado e a Constituição será de exclusão, mas sim de complementação.

Já a **Teoria da Eficácia Direta ou Imediata dos Direitos Fundamentais na Esfera Privada** foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, no início da década de 50. Mesmo antevendo que alguns direitos fundamentais, por sua própria natureza, só tinham como vincular o próprio Estado, outros, não só poderiam como deveriam vincular os particulares diretamente em suas relações privadas, independentemente de qualquer intermediação por parte do legislador ordinário. Fundou-se no fato de que as conseqüências advindas da força do poder não advêm apenas da relação Estado X Indivíduo, mas também, dos poderes sociais. Aderiram ao seu pensamento Walter Leisner e Reinhold Zippelius.⁶⁸

Na mesma senda, Ingo Sarlet⁶⁹ demonstra não obstante os direitos fundamentais, *a priori*, tenham surgido com o móvel da proteção dos indivíduos contra o poder arbitrário dos agentes do Estado, não se pode deixar de levar em conta a sua vinculação aos particulares, fundamentando nesses termos:

Acabou prevalecendo o entendimento de que corresponderia à vontade da lei Fundamental propiciar uma proteção ampla da liberdade, já que, a despeito de os direitos fundamentais terem surgido,

⁶⁸ SARMENTO, op. cit., p. 204-205.

⁶⁹ SARLET, 2000, p. 122-123.

historicamente, como direitos de defesa, oponíveis ao Estado, verificou-se uma transformação no âmbito do significado e das funções dos direitos fundamentais, especialmente em virtude das ameaças oriundas dos poderes sociais, além de se estar levando a sério o princípio da máxima efetividade das normas de direitos fundamentais. m de se estar levando a saís, alpecialmente em virtude das ameaçasicamente, como direitos de defesa, opon Como conseqüência desta concepção, os direitos fundamentais não carecem de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, assumindo diretamente o significado de vedações de ingerências no tráfico jurídico-privado e a função de direitos de defesa oponíveis a outros particulares, acarretando uma proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente avençada, ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares.

Entretanto, oportuno colacionar, que segundo Daniel Sarmiento,⁷⁰ os defensores da teoria da eficácia direta não são tão radicais quanto os defensores da teoria anteriormente expendida, são suas as seguintes palavras:

Cumprе destacar, no entanto, que os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado.

⁷⁰ SARMENTO, op. cit.,p. 205.

Virgílio Afonso da Silva,⁷¹ parafraseando Nipperdey e outros defensores dessa teoria, expõe que a grande diferença entre as teorias é não só a desnecessidade da intermediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações particulares, mas também a desnecessidade de artimanhas interpretativas para que esses direitos produzam total efeito:

Isso significa que, para Nipperdey e para outros defensores do modelo da aplicabilidade direta, as normas constitucionais não são aplicáveis meramente por meio da interpretação das chamadas cláusulas gerais, ao contrário do que sustentavam Dürig e seus seguidores, segundo os quais essas seriam o *ponto de infiltração* dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para Nipperdey, as normas de direitos fundamentais *não necessitam de pontos de infiltração*. Elas são aplicáveis diretamente a todas as relações entre os particulares, o que significa, em termos concretos, que os indivíduos podem recorrer aos direitos fundamentais para fazê-los valer contra atos de outros indivíduos ou pessoas jurídicas. Schwabe resume bem essa diferença entre os dois modelos, salientando que uma possível nulidade de um contrato entre particulares que viole alguma disposição de direito fundamental somente seria possível, na visão de Dürig e do modelo de efeitos indiretos, em decorrência do disposto, dentre outros no § 138 do Código Civil alemão – “um negócio jurídico que seja contrário aos bons costumes é nulo” -, pois essa seria uma das “portas de entrada” dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Para o modelo da aplicabilidade direta, defendido por Nipperdey, tal nulidade seria direta, no sentido do § 134 do Código Civil, que prevê que “um negócio jurídico que contrarie uma proibição legal é nulo [...]”. A disposição legal, nesse caso, *seria a própria disposição de direito fundamental*, já que, como visto

⁷¹ SILVA, V. A., op. cit., p. 90-91.

acima, não há necessidade de mediação legislativa para que eles incidam diretamente nas relações entre particulares. (grifos do autor)

Apesar de ter tido o seu nascedouro na Alemanha, lá não se firmou uma vez que possui minoritários adeptos. Entretanto, em outros países como: Itália, Portugal, e, principalmente, Espanha, a teoria da eficácia direta tem recebido novos desenvolvimentos e sua influência e cada vez mais crescente.⁷²

Segundo Steinmetz⁷³, essa teoria possui, em síntese as seguintes premissas básicas:

(i) As normas de direitos fundamentais conferem ao particular (indivíduo, cidadão) uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares. Trata-se do *status socialis* de que falava Nipperdey, uma posição jurídica que autoriza o particular a elevar uma pretensão de respeito contra todos. (ii) Os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais independentes de serem públicos ou privados. (iii) Como direitos subjetivos constitucionais, a não ser que o Poder Constituinte tenha disposto o contrário, operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado.

Acrescenta o mesmo autor que a teoria passou a ter algumas ponderações, havendo defensores de três versões: uma mais “forte” (eficácia plena, geral, indiferenciada e absoluta – consonância com a defesa de Nipperdey, um tanto quanto radical, tendo em vista não levar em conta fatores relevantes diante da análise de casos concretos, de difícil sustentação, posto não se poder negligenciar a axiologia do princípio da autonomia privada); outra “fraca”

⁷² STEINMETZ, op. cit., p. 164.

⁷³ Ibidem, p. 168-169.

(eficácia direta quando aferida a desigualdade fática entre particulares, seja social ou econômica); e, por fim, uma “intermediária” (eficácia imediata, porém não ilimitada, incondicionada e indiferenciada, tendo em vista que em se tratando de colisão de direitos fundamentais, a solução deve se dá diante da aplicação do princípio da proporcionalidade – técnica da ponderação de Robert Alexy).⁷⁴

Dando indícios de que se filiam a teoria dita “intermediária” *SUSO* citada, oportuno colacionar as palavras dos constitucionalistas: Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco:⁷⁵

A teoria da eficácia imediata não é alheia às dificuldades oferecidas pelo princípio da igualdade no âmbito das relações privadas. O princípio da igualdade traduz-se, em boa medida, como um comando proibitivo de decisões arbitrárias, um imperativo de racionalidade de conduta. Exigir que, na vida das relações, o indivíduo aja sempre em função de critérios racionais é desconhecer a natureza humana. O homem também age movido por emoção e sentimentos, que conduzem a ações não necessariamente pautadas por instâncias racionais. A teoria sustenta, então, que o princípio da autonomia haveria de predominar em se tratando de atos que expressam liberalidades puras. Assim, não haveria, em princípio, impedimento a que o pai deixasse em herança os bens da quota disponível apenas para um de seus filhos. De toda forma, onde o direito fundamental tivesse maior peso, haveria de ter pronta incidência independentemente de ter sido *mediado* por normas e conceitos de direito privado.

Arrematam os autores, ao compararem as duas teorias que, a da eficácia indireta ou mediata, com o cuidado de conceder grande desvelo pela autonomia individual e segurança jurídica e a da eficácia

⁷⁴ *Ibidem*, p. 169-170.

⁷⁵ MENDES; COELHO; BRANCO, *op. cit.*, p. 270.

direta ou imediata com a máxima efetividade dos direitos fundamentais, ambas não deixam de basear-se em valores firmados pela ordem constitucional, apenas fulcrados em pontos de vista diversos, com a finalidade de alcançar resultados cada vez mais justos diante de casos concretos, Aduzem, pois, parafraseando Jorge Reis Novaes, que quem tende mais para os direitos fundamentais, favorece a tese da aplicabilidade direta; já os mais apegados à autonomia privada, sustentarão outras tese.⁷⁶

Não se poderia deixar de destacar a posição de Gomes Canotilho, constitucionalista português, que vem ganhando cada vez mais adeptos em todos os países no sentido de abandonar essa dicotomia entre as duas teorias aqui apresentadas (eficácia mediata ou indireta e eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações particulares), em favor de “soluções diferenciadas”.

Em apertada síntese, significaria a adoção de uma eficácia maximizante, ante a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, como forma de adoção da solução mais adequada diante do direito fundamental que estiver em questão no caso concreto, sob a técnica da ponderação axiológica, “mas, de modo algum, podem servir para dar cobertura a uma «dupla ética no seio da sociedade»”.⁷⁷ Explica Canotilho,⁷⁸ o que significa essa dupla ética que deve ser rechaçada, *verbis*:

Essa «dupla ética» existe quando, por exemplo, se considera como violação da integridade física e moral a exigência de «testes de gravidez» às mulheres que procuram emprego na função pública, e, ao mesmo tempo, se toleram e aceitam esses mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas, em nome da «produtividade das empresas» e da «autonomia contratual e empresarial».

⁷⁶ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 270-271.

⁷⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 1276.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 1276.

Canotilho denominou sua tese como “Metódica da Diferenciação”, como forma de reforço ao controle do princípio da igualdade sob sua forma material, resolvendo o caso concreto fazendo uso do princípio da proporcionalidade em sentido amplo, tendo por móvel a proibição do excesso em sede de restrição de direitos, sendo imprescindível a passagem positiva por três testes de forma cumulativa: a) legitimidade do fim do tratamento desigualitário; b) adequação e necessidade do tratamento para o alcance da finalidade; c) proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos.⁷⁹

Vê-se, pois, que Canotilho defende a tese de que a solução para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser resolvida mediante a análise minuciosa do caso concreto, para que o juiz atue de forma a preservar a ordem jurídica justa, podendo, até mesmo, “criar” um direito, mediante uma sentença sistemática e fundamentada como expressão máxima do dever de proteção que incumbe ao Estado no que tange à efetivação dos direitos, liberdades e garantias.

Pedro Lenza,⁸⁰ numa tentativa de sintetizar uma solução para a questão, traz a lume exatamente uma posição que retrata semelhanças com a tese defendida por Canotilho. Seguem suas palavras *ipsis literis*:

Nessa linha poderá o magistrado se deparar com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam o princípio da **autonomia da vontade privada** e da **livre iniciativa** de um lado (arts. 1º, IV, e 170, *caput*) e o da **dignidade da pessoa humana** e da **máxima efetividade dos direitos fundamentais** (art. 1º, III) de outro.

Diante desta “colisão”, indispensável será a “**ponderação de interesses**” à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não

⁷⁹ CANOTILHO, op. cit., p. 1279-1280.

⁸⁰ LENZA, op. cit., p. 700-701.

sendo possível a harmonização, o judiciário terá que avaliar qual dos interesses deverá prevalecer. (grifos do autor)

No Brasil, os direitos fundamentais são garantidos de formas diversificadas, ou seja: a) via intervenções legislativas, como é o caso das normas que asseguram a formação livre da vontade dos economicamente mais fracos, prevenindo a discriminação, no âmbito das relações civis, especialmente no que tange às de consumo e trabalho; e b) via interpretação e aplicação de cláusulas gerais de direito privado, como nos casos da interpretação da jurisprudência acerca dos contratos de adesão.⁸¹

No que tange à possibilidade do direito fundamental ser suscitado diretamente pelos particulares em suas relações privadas, especialmente com relação ao princípio do devido processo legal, forma também adotada no Brasil, passaremos a analisar no próximo capítulo como vem se comportando a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, antes de adentrarmos nesta questão, será feita uma análise geral direito fundamental inserido na nossa Magna Carta.

⁸¹ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 272-273.

4

PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

4.1 Noções Preliminares

O direito fundamental consubstanciado no princípio do devido processo legal, disposto no inciso LIV, do art. 5º, da Carta Magna, **originou-se do direito inglês.**

Porém, adverte Uadi Bulos⁸² que a expressão *due process of law* não remonta à Carta Magna inglesa de 1215, mas sim a idéia sob a terminologia *law of the land* (art. 39). Aduz ainda, que apenas posteriormente a expressão *law of the land* foi assimilada pelos constitucionalistas estadunidenses, convertendo-se na fórmula *due process of law*, irradiando-se para outros países.

Ao contrário, Didier Júnior⁸³ explicita que se trata do postulado fundamental do processo, princípio base sobre o qual todos os outros se sustentam, tendo-se originado da expressão inglesa *due process of law*, em que a primeira previsão expressa de garantia do princípio teria ocorrido com a Magna Carta de João Sem Terra, de 1215.

Alexandre de Moraes⁸⁴, por sua vez, afirma que o referido princípio remonta à Magna Carta *Libertatum* de 1215, considerando-a de vital importância no direito anglo-saxão. Contudo, aduz que o

⁸² BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 287.

⁸³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 30.

⁸⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002b, p. 123.

art. XI, nº. 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem também traz expressamente essa garantia.

Segundo a análise de Paulo Fernando Silveira ⁸⁵ qualquer tentativa de conceituar o princípio do devido processo legal deve levar em conta a sua origem, afirmando que sua gênese confundiu-se com a própria *common law* e foi evoluindo com o tempo. Por oportuno, colacionamos alguns conceitos evidenciados pelo autor *susso* citado, destacando que o primeiro originou-se da Suprema Corte dos Estados Unidos; o segundo já trazendo uma noção mais abrangente e refinada, é de Abraham e Perry; e, por fim, o de Thomas Cooley, que, *com a devida venia*, é o que mais se coaduna com a atual realidade, uma vez que dá a idéia de um maior leque de proteção, fator ínsito ao instituto:

O conceito do devido processo abraçado em nossa Constituição remonta diretamente, há 600 anos atrás [sic], a Runnymede. É mais do que um conceito técnico legal, pois ele permeia nossa Constituição, nossas leis, nosso sistema, e nosso próprio modo de vida – que a toda pessoa deverá ser concedido o que é devido. [...]

[...]

O conceito do devido processo legal e sua aplicação aos nossos governos estadual e federal é baseado em um extensivo reservatório de limitações constitucionais expressas e implícitas sobre a autoridade governamental, fundamentalmente determinado pelo processo judiciário, sobre as noções básicas de lisura e decência que governam, ou devem governar, o relacionamento entre legislador e legislado. [...]

[...]

O termo devido processo legal é usado para explicar e expandir os termos vida, liberdade e propriedade e para proteger a liberdade e a propriedade contra

⁸⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal – Due process of law**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 79-80.

legislação opressiva ou não-razoável, para garantir ao indivíduo o direito de fazer de seus pertences o que bem entender, desde que seu uso e ações não sejam lesivos aos outros como um todo.

Nelson Nery Júnior ⁸⁶ dá lições genéricas sobre o princípio do devido processo legal que também merecem destaque, *verbis*:

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

[...]

Genericamente o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio *vida – liberdade – propriedade*, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.

Direito à *liberdade*, por exemplo, significa liberdade de opinião, de imprensa e de religião.

Discorrer sobre devido processo legal e, fundamentalmente, sobre processo conduzido sob os auspícios da mais lúdima justiça, requer uma análise imprescindível sobre as ponderações de Eduardo J. Couture.

Parafraçando o autor acima citado ⁸⁷ diversas constituições americanas consagram o direito fundamental de forma expressa, em capítulo de direitos individuais, segundo a máxima de que ninguém será condenado sem ser ouvido, aduzindo ainda que longa

⁸⁶ NERY JUNIOR, Nélon. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 27 e 29-30.

⁸⁷ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**: discursos, ensaios e conferências. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 35.

experiência histórica, demonstrada através de séculos, ensina-nos a profunda e inesgotável sabedoria desse preceito.

Continua o mesmo processualista ⁸⁸ que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte chamada a se manifestar sobre o conteúdo da garantia do *due process of law*, “disse que ela se referia à idéia de justiça que tiveram seus antepassados”. Arrematando, para ser fiel a seu pensamento, colacionamos suas palavras, por todos os seus termos:

[...] Ser julgado mediante um processo adequado significa ser julgado de acordo com a lei da terra, expressa no texto de uma das mais famosas Constituições políticas da história.

Quando a mesma Suprema Corte teve de determinar o que é a garantia do *due process of law* no que diz respeito à justiça, disse que essa garantia se limitava a garantir ao demandado *his day in Court*; nada mais do que um dia perante o tribunal, com uma razoável oportunidade de ser escutado.

Corresponde à lei processual nos países do sistema de codificação determinar com rigor e exatidão em que consiste este dia perante o tribunal ou, em outros termos, a medida da necessária defesa perante a justiça. O Código de procedimentos vem a ser, assim, a lei regulamentadora dessa garantia individual contida nas constituições. O indivíduo encontra no processo civil ou penal [ouso acrescentar, administrativo ou negocial, posto que a Constituição Brasileira não faz restrição à espécie de processo, aponto o termo de forma genérica] a cidadela de sua inocência; o direito processual supõe inocente todo indivíduo até que se demonstre o contrário. **E tampouco isso acontece por comodidade, mas por necessidade.** (grifo nosso)

É cediço na doutrina que o princípio do devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, ou seja, possui duas

⁸⁸ COUTURE, op. cit., p. 35-36.

faces, atuando, pois, tanto no **âmbito material** de proteção ao direito de liberdade, quanto no **âmbito formal**, assegurando paridade de condições e plenitude de defesa em todo e qualquer tipo de processo, uma vez que onde a lei / norma constitucional, como é o caso, não restringe, não cabe ao intérprete assim proceder.

O devido processo legal material (*substantive due process*) manifesta-se em todos os ramos do direito, segundo a doutrina pós-moderna, seja no direito administrativo (ex.: tutela da legalidade e dos administrados); civil e comercial (ex.: autonomia privada mitigada por normas de ordem pública e pelos bons costumes); tributário (ex.: vinculação dos entes políticos à “tipicidade cerrada” para a cobrança de tributos), etc. Atuando, assim, como princípio inspirador na interpretação correta dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal.⁸⁹

Como citado acima o princípio do devido processo legal substantivo tem incidência direta também no direito administrativo. Nessa senda, oportuno demonstrar que nem mesmo a certeza sobre um fato ocorrido na seara da Administração Pública, onde esteja patente a culpabilidade, por exemplo, de um servidor que tenha cometido uma infração disciplinar, poder-se-á aplicar ao mesmo qualquer penalidade sem que lhe seja garantido o pleno e efetivo direito de defesa e contraditório, que só pode ser concretizado mediante a instauração de um devido processo, sendo, pois vedada a aplicação do instituto da “verdade sabida”, mesmo tendo em vista o atributo da presunção de legitimidade / legalidade do ato administrativo.

Vejamos as oportunas lições do administrativista Celso Antônio Bandeira de Melo⁹⁰ sobre o tema, *expressis verbis*:

Anote-se, por fim, que a exigência do devido processo legal se incompatibiliza inteiramente com

⁸⁹ BULOS, op. cit., p. 289-290.

⁹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administr ativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 816.

a aplicação de sanções com base na chamada “verdade sabida”, que seria o conhecimento pessoal e direto da infração por parte de quem deva proceder à imposição da sanção, ou a notoriedade de determinado fato. Romeu Bacellar Filho, reportado, embora, ao processo administrativo disciplinar, mas em anotação cuja validade se espalha para qualquer modalidade de processo administrativo afirma, com inequívoca procedência, que: “Formou-se um consenso doutrinário acerca da inconstitucionalidade da verdade sabida. A Constituição de 1988 exige, incondicionalmente, o processo (procedimento em contraditório) para aplicação de sanção disciplinar de qualquer espécie e seja qual for o conjunto probatório que a Administração Pública disponha para tanto”. Observação do mesmo teor é feita por Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari, os quais acostam jurisprudência ainda ampla que o autor precitado e invectivam com mais irrestrita dureza a *verdade sabida*, pois, ao contrário do primeiro, não a aceitam nem mesmo como capaz de dispensar sindicância que anteceda a um processo administrativo disciplinar. (grifos do autor)

Nelson Nery Júnior⁹¹ explicita, sinteticamente, a origem do *substantive due process, his verbis*:

A origem do *substantive due process* teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII. Decorre daí a imperatividade de o legislativo produzir leis que satisfaçam o interesse público, traduzindo-se essa tarefa no *princípio da razoabilidade das leis*. Toda lei que não for *razoável*, isto é, que não seja a “law of the land”, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo poder judiciário. (grifos do autor)

⁹¹ NERY JUNIOR, op. cit., p. 35.

Ainda considerando sua concepção substantiva, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que o princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade) tem sua sede material no princípio do devido processo legal.⁹²

Bulos,⁹³ sistematiza o princípio da razoabilidade de forma clara, motivo pelo qual subscrevemos, *verbum ad verbum*, sua explanação:

Dois são componentes nucleares que integram o cerne do princípio da razoabilidade: um *subjetivo* e o outro *objetivo*. [...]

Seguindo a nossa denominação, pelo componente *subjetivo*, o intérprete deve analisar o grau de proporcionalidade entre os meios, os motivos e os fins que justificam a invocação do vetor. [...]

Já pelo componente *objetivo*, a interpretação deverá considerar questões de ordem formal. O *leitmotiv* aqui é adaptar os meios aos fins prescritos nas leis, notadamente na Lei Maior: a Constituição. [...]

[...]

Existem ainda dois princípios decorrentes da face objetiva da razoabilidade: o *princípio da menor ingerência possível* e o *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*.

[...]

Em suma, a razoabilidade caracteriza-se pelas seguintes notas:

1^a) *juízo de adequação* – as medidas adotadas pelo Poder Público [ouso acrescentar, ou qualquer outra forma de manifestação de poder, mesmo entre particulares, social ou econômica] devem ser capazes de atingir os objetivos pretendidos;

2^a) *necessidade ou exigibilidade* – os meios devem ser os menos gravosos possíveis para o atingimento dos fins visados, evitando-se, pois, excessos ou exageros que descabem para o arbítrio;

⁹² PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2007, p. 164.

⁹³ BULOS, op. cit., p. 292-293.

3^a) *proporcionalidade em sentido estrito* – é curial que haja ponderação entre o ônus imposto e o benefício resultante da medida. Só assim será possível adentrar nas áreas ligadas às liberdades públicas, que não são absolutas, mas relativas, devendo ser interpretadas à luz das exigências do fato social cambiante. (grifos do autor)

No que tange ao referido princípio sob a ótica **formal** (*procedural due process*), o mesmo tem a significação restrita de amplo acesso à justiça, como expressão máxima de reivindicação do cidadão pelos seus direitos, numa ordem jurídica democrática, cujo lema é a justiça social.⁹⁴

Paulo Silveira⁹⁵ afirma que a assimilação do direito fundamental ao devido processo legal formal, ou seja, como garantia procedimental de que a perda da vida, propriedade e liberdade só ocorreriam após a efetivação, e não já como direito à ação justa, com informações claras e objetivas, só começou a ter ênfase no direito brasileiro por volta da década de 90. Aduz ainda o autor que, como juiz federal, tem relaxado inúmeras prisões, sem prejuízo da posterior ação penal, diante de enunciações de direitos dos presos relatadas de forma genérica, como por exemplo, de que os mesmos foram cientificados de seus direitos constitucionais.

Jamais assaz são as colocações de Nery Júnior⁹⁶:

Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.

⁹⁴ BULOS, op. cit., p. 290.

⁹⁵ SILVEIRA, op. cit., p. 121.

⁹⁶ NERY JÚNIOR, op. cit., p.38

Ora, como convivemos em um Estado Democrático de Direito o devido processo legal é o escudo contra todo e qualquer espécie de abuso de poder, seja proveniente do setor público ou privado. Dessa forma, sem amparo constitucional ao princípio da razoabilidade / proporcionalidade, não haveria como conter atitudes abusivas, imoderadas, arbitrárias e excessivas, anulando, *in totum*, qualquer alusão a direito de liberdade.

4.2 Conteúdo e Abrangência

O devido processo legal tem como corolários inafastáveis os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não há como se garantir um processo justo, portanto, legal, prescindindo-se de tais garantias.

Esse é o posicionamento da doutrina e da jurisprudência, tendo em vista que se afirma que o princípio do devido processo legal abrange / abarca / contém / incorpora os princípios do contraditório, da ampla defesa, inafastabilidade da jurisdição, imparcialidade, dentre outros, como sistema de garantias processuais básicas de uma sociedade justa e democrática, alçando-o à esfera de sobreprincípio, porque ele é o fundamento sobre o qual todos os outros direitos fundamentais repousam.^{97 98 99 100}

Diante da disposição constitucional expressa que alberga o direito ao devido processo legal nos seguintes termos: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido **processo legal***” (art. 5º, LIV, CF), importante colacionar o entendimento de Didier Júnior¹⁰¹ ao se referir ao referido direito fundamental de qualquer indivíduo:

⁹⁷ BULOS, op. cit., p. 288.

⁹⁸ PAULO; ALEXANDRINO, op. cit., p. 164.

⁹⁹ BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 09.

¹⁰⁰ MORAES, A. 2002b, op. cit., p. 123.

¹⁰¹ DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 30.

Aplica-se o princípio genericamente a tudo que disser respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade. Inclusive na formação de leis. **Processo é palavra gênero que engloba: legislativo, judicial, administrativo e negocial.** Atualmente, é pacífica a aplicação do devido processo legal nas relações jurídicas particulares. (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido é a colocação de Carlos Barroso,¹⁰² *verbis*:

A mais moderna e conceituada doutrina brasileira vem, recentemente e com base nos estudos de direito comparado, estendendo os limites da cláusula do *due process of law* para fora do processo, entendendo-o muito mais como uma espécie de postulado gênero, do qual derivam todos os outros princípios. Tal inspiração teve origem na Constituição Federal norte-americana, a qual, fundada no histórico conceito do *land of law*, acobertou o caráter não só processual mas também substantivo do devido processo legal, através de suas Emendas 5ª e 14ª. E essa característica substantiva do devido processo vem sendo ressaltada na doutrina pátria por diversos juristas, de modo que tal garantia possa ser constatada, por exemplo, no princípio da legalidade do direito administrativo, na liberdade de contratar e no direito adquirido (direito civil), nas licitações, nas garantias constitucionais fundamentais e até mesmo em procedimentos extrajudiciais da vida privada (expulsão do sócio de um clube recreativo).

Assim, dado o caráter genérico em que deve ser interpretado o termo “processo” inserido no inciso LIV, do art. 5º, da CF, ou seja, não devendo o mesmo ser entendido apenas com relação a processos judiciais e / ou administrativos, tendo em vista que a Magna Carta não fez esta restrição, e, como já foi dito alhures,

¹⁰² BARROSO, op. cit., p. 09.

onde a norma não restringe jamais caberá ao intérprete restringir. Ademais, tratando-se de direitos fundamentais, onde deve ser concedida a interpretação que lhe dê a máxima efetivação do direito posto, passemos a analisar os princípios da ampla defesa e do contraditório, ínsitos à efetivação do princípio do devido processo legal.

Concordamos, *data maxima venia*, com Nery Júnior ¹⁰³ quando o mesmo dispõe que:

Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5º seria absolutamente despicienda. De todo o modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do processo legal, com preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadando a administração pública, o legislativo e o judiciário [ouso acrescentar, e as relações entre os particulares], para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.

Destaca-se que a análise será restrita àqueles dois princípios por estarem intrinsecamente ligados à questão que envolve as relações travadas entre os particulares.

A noção universal do princípio do contraditório sempre o associa a dois elementos que devem existir cumulativamente: necessidade de bilateralidade / **informação** necessária de tudo o que está ocorrendo **e** possibilidade de **reação** / possibilidade de rebater os argumentos desfavoráveis. ¹⁰⁴

Nery Junior ¹⁰⁵ faz referência ao princípio nesses termos:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação

¹⁰³ NERY JÚNIOR, op. cit., p. 38.

¹⁰⁴ BULOS, op. cit., p. 301.

¹⁰⁵ NERY JÚNIOR, op. cit., p. 122.

com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação*, quanto o *direito de defesa* são manifestação do princípio do contraditório. (grifos do autor)

Assim, o cerne do referido princípio constitucional é o dever de garantir o direito de ação e de defesa, respeitando, sempre, a igualdade material das partes na contenda, seja ela pública ou privada, constituindo clara manifestação do princípio do estado de direito.

No que tange ao **princípio da ampla defesa** entende-se como o asseguramento concedido ao indivíduo de todas as condições que lhe possibilitem trazer ao processo (*lato sensu*) todos os elementos de prova tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário.¹⁰⁶

Vê-se, pois, que o princípio da ampla defesa diz respeito às provas, sendo, não apenas, a legitimação do direito de reação, como é o caso do princípio do contraditório, mas, fundamentalmente, de prová-lo, podendo o indivíduo utilizar-se de todos os meios e elementos para esclarecer a verdade, desde que não contrariem o ordenamento jurídico, para rebater as alegações que lhes tenha desfavorecido.

4.3 Forma de Eficácia do Princípio do Devido Processo Legal nas Relações Particulares Segundo a Doutrina e Jurisprudência

Partindo-se do pressuposto de que os direitos fundamentais e, mais especificamente, o respeito ao devido processo legal, com as suas nuances já analisadas, vincula as relações entre os particulares, resta-nos aferir como e de que forma se dá a eficácia dessa vinculação,

¹⁰⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 362.

de acordo com as teorias expostas, apresentando e, ao mesmo tempo, analisando o entendimento da doutrina e da jurisprudência. Com relação a esta última, apenas analisar-se-á o posicionamento da brasileira.

Analisando, *a priori*, a posição dos doutrinadores quanto à forma de vinculação do princípio do devido processo às relações particulares – eficácia horizontal, e, assim, interpretando as lições de Vieira de Andrade,¹⁰⁷ denota-se que o constitucionalista português inadmite uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais de forma semelhante da que ocorre com relação aos poderes públicos, mesmo levando-se em conta a possibilidade, a especificidade do direito ou garantia em análise, como é o caso do princípio do devido processo legal e, ainda, a previsão expressa na Constituição portuguesa de que os direitos fundamentais vinculam as entidades públicas e particulares (art. 18/1). São suas as seguintes ponderações, *verbum ad verbum*:

Na realidade, as entidades privadas são também, apesar de tudo, titulares de direitos, liberdades e garantias (ainda que, no caso das pessoas colectivas, em termos limitados) e essa circunstância, que terá de ser levada em linha de conta, poderá sempre implicar uma *ponderação* de direitos ou valores em conflito, ainda que venha a revelar-se mínima, por exemplo, quando se trate da titularidade – que, sublinhe-se, já é, em regra, limitada, por se tratar de uma pessoa colectiva – de um direito tipicamente «agressivo» ou «intuitivo».

[...]

Acresce que não deve temer-se que, por esta via, se instale um «governo de juízes», por estes ficarem com a possibilidade de dominar abusivamente a aplicação das normas de direito privado, substituindo-se ao legislador (e, em certa medida, aos próprios particulares), com o fundamento (afinal, um pretexto)

¹⁰⁷ ANDRADE, 2006, p. 288-289.

da aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais.

[...]

Na realidade tal vinculação, além de ser limitada às situações de poder (em regra, de pessoas colectivas), há de ser entendida como uma vinculação *gradativa*, pelo que o juiz não pode deixar de ponderar os valores em jogo, tendo em conta o diferente peso dos direitos e da liberdade nas situações concretas. A isto se somará que, no nosso sistema, não deixa de caber em primeira linha ao *legislador* a regulação imperativa das relações privadas e a resolução dos problemas da colisão entre as liberdades e, em geral, entre os direitos dos particulares nelas envolvidos. (grifos do autor)

Seguindo a mesma linha de pensamento, guardadas as devidas proporções, no Brasil, Wilson Steinmetz¹⁰⁸ defende que, quando se tratar de direitos fundamentais não exclusivamente ligados aos poderes públicos, como é o caso do princípio do devido processo legal, os mesmos devem vincular os particulares. Porém, no que tange à forma e ao alcance por uma “eficácia imediata matizada, modulada ou graduada por estruturas de ponderação”, solucionando-se a questão pelo princípio da proporcionalidade que norteia e leva em consideração os direitos e / ou princípios fundamentais em colisão e as circunstâncias relevantes, diante da análise de casos concretos, não sendo recomendável ao Poder Judiciário sobrepor-se ao Poder Legislativo, de imediato, salvo quando argumentando de forma constitucionalmente racional e objetiva, ponderando as regulações do legislativo específicas de direito privado, em nome da plena efetivação dos princípios: democrático e da separação de poderes.

Os doutrinadores que defendem essa ponderação de valores, diante da análise de casos concretos, na solução de possíveis conflitos

¹⁰⁸ STEINMETZ, op.cit., p. 295-296

entre direitos fundamentais, em especial, entre o princípio da autonomia privada e o respeito ao princípio do devido processo legal e suas conseqüências sobre as relações privadas, querem deixar patente um dever de “cedências recíprocas” entre os princípios constitucionais em embate, de forma a propiciar que ambos coexistam, aplicando-se a conjugação cedente que melhor efeito produzir no caso especificamente analisado. Isso não significando que em momento diverso, o outro princípio que cedeu espaço para a prevalência do antecedente não deixe de prevalecer em situação posterior.

Trata-se, efetivamente, do uso da teoria de Robert Alexy, onde, para o mesmo, os princípios são “mandados de otimização”, sendo que o uso, num determinado momento, de um em detrimento de outro, não faz com que aquele deixe de existir, continuando com plena vigência e eficácia no ordenamento jurídico pátrio, abrindo espaço para aplicação, tão somente, diante daquele determinado caso concreto.

Contrários a esses entendimentos estão os constitucionalistas portugueses Gomes Canotilho e Vital Moreira,¹⁰⁹ pois ambos defendem que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser realizada de forma direta e imediata, exatamente por conseqüência do mandamento constitucional português. Vejamos suas palavras, *ad litteram*:

O texto da Constituição não faz qualquer restrição, e o facto de se dizer que os direitos fundamentais são **directamente aplicáveis e vinculam as entidades privadas** parece não poder deixar de ler-se no sentido de que **os direitos fundamentais previstos nesse artigo têm uma eficácia imediata perante entidades privadas**. Aplicam-se também às relações entre os particulares e o Estado. (grifos do autor)

¹⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da R epública Portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 166.

Os mesmos autores fazem a devida ponderação no que tange a não vinculação quando se tratar de direitos que “expressamente ou pela sua natureza só podem valer perante o Estado”, o que não é o caso do princípio do devido processo legal, como já dito alhures.¹¹⁰

Entretanto, cabe destacar que Canotilho vem defendendo uma nova tese já explicitada alhures, qual seja a da “**Metódica da Diferenciação**”, que nada mais é do que levar em conta os direitos fundamentais em conflito diante do caso concreto, solucionando por meio da utilização do método da ponderação, ou seja, valendo-se do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

No Brasil, Ingo Sarlet¹¹¹ defende a aplicabilidade imediata, uma vez que esta traduz uma decisão política por um constitucionalismo de igualdade material, tendo em vista a realização plena e efetiva dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado Social e Democrático de Direito. Reforça sua tese afirmando que até mesmo os que defendem uma eficácia mediata, admitem a necessidade de proteção dos particulares quando em voga relações de poder entre particulares. Fortalece ainda mais seus argumentos com o uso do princípio da dignidade da pessoa humana. Consideramos oportuno colacionar parte de seus postulados:

Em primeiro lugar, há que levar em conta o fato de os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, independentemente de uma hoje ao menos controversa qualidade suprapositiva ou jusnaturalista, constituem concretizações (ou explicitações em maior ou menor grau, como propõe Vieira de Andrade) do princípio fundamental (e igualmente positivado na Constituição) da dignidade da pessoa humana, de tal sorte que todas as normas de direitos fundamentais, ao menos no que diz com o seu conteúdo em dignidade humana (e na medida

¹¹⁰ Ibidem, p. 166.

¹¹¹ SARLET, 2000, p. 150-154.

deste conteúdo) vinculam diretamente o Estado e particulares, posição esta, aliás, admitida por boa parte da doutrina.

[...]

Com efeito, consoante já tivemos oportunidade de afirmar, não vislumbramos razão para afastar, desde logo, uma vinculação direta dos particulares – a não ser quando se cuide de direitos fundamentais que tenham por destinatário precípua o poder público. (grifo nosso)

Interpretando seus argumentos, no mesmo sentido é a posição de Daniel Sarmiento.¹¹² Portanto, pela eficácia direta e imediata do princípio do devido processo legal sobre as relações privadas, *verbis*:

A Constituição brasileira, apesar dos seus pecadilhos, é progressista, e os seus valores essenciais são a tradução normativa de um generoso projeto de emancipação social dos excluídos. [...] É nesse sentido que Luís Roberto Barroso, em lição magistral, afirma que: “[...] em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional”.

[...]

Para nós, por outro lado, existe sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas. [...] Por isso, não comungamos do entendimento de autores como Lombardi, na Itália, e Vieira de Andrade, em Portugal, que limitam a eficácia direta dos direitos fundamentais aos chamados “poderes privados”.

¹¹² SARMENTO, op. cit., p. 245-246.

No mesmo sentido é a posição de Eduardo Ribeiro Moreira:¹¹³

A ponderação de interesses é exceção e somente haverá conflito de direitos fundamentais, quando, no caso de se apurar se há ou não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, forem levantadas duas teses jurídicas fortemente apoiadas em direitos fundamentais antagônicos, como a liberdade de contratação em face da livre iniciativa e o direito fundamental da isonomia. [...]

O que queremos sintetizar é que existem regras e limites, para que não se possa levar a teoria nem ao abuso, nem à inaplicabilidade, nem mesmo à sua própria dificuldade. Os limites ora traçados estão longe de serem os únicos e verdadeiros, e as sugestões nesse sentido dirão da sua utilidade. O que se sabe é que são imprescindíveis e que a razoabilidade e a ponderação de interesses, dentro de uma medida que ajude e não atrapalhe, são critérios jurídicos que aperfeiçoam a decisão acerca da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

Também não concordamos com a tese de que quanto mais desigual a relação entre as partes maior a proteção a direito fundamental; pelo menos tal informação não é absoluta. A desigualdade somente é percebida quando o ofendido procura amparo, o que muitas vezes não chega à justiça. Além do mais, mesmo em situações iguais, pode haver, grave violação dos direitos fundamentais.

Paulo Silveira,¹¹⁴ já em 1997, afirmava a aplicabilidade imediata e direta do princípio do devido processo a toda e qualquer espécie de relação, vejamos que, há mais de onze anos, *concessa venia*, suas palavras são mais que atuais:

¹¹³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 220/221.

¹¹⁴ SILVEIRA, op. cit., p. 291 e 293.

Embora o devido processo seja um ancião de quase oito séculos, a força sobrepujante da carga jurídica que carregam as poucas letras que enfeixam o princípio (*due process of law*) demonstrou um poder dominador tão expressivo, que hoje, pode-se dizer, com segurança, que todo direito individual se acha tocado por ele. Ao longo dos séculos, ele foi imantando os demais direitos fundamentais, interagindo com tal força, que passou a vinculá-los todos à sua observância prévia. Até mesmo a outra coluna mestra das garantias individuais – o direito de igualdade – ficou protegido, também, pelo devido processo legal.

[...]

[...] De sorte que, quanto à sua aplicação, não deve ser levantado argumento restritivo, [...]

[...]

Portanto, como guardião último da eficaz e plena adoção da cláusula do devido processo deverá atuar firme, segura e serenamente, o Poder Judiciário.

Didier Júnior¹¹⁵ afirma que “é pacífica a aplicação do devido processo legal nas relações particulares”. Aduz o autor que a expressão “processo” contida no dispositivo constitucional, “deve ser compreendida em seu sentido amplo: qualquer modo de produção de normas jurídicas (jurisdicional, administrativo, legislativo ou negocial)”. E, conclui, “o princípio do devido processo legal – direito fundamental previsto na Constituição Brasileira – aplica-se, sim, ao âmbito privado, seja na fase pré-contratual, seja na fase executiva”.

Passemos à análise do comportamento da jurisprudência brasileira, no que tange à forma de eficácia do princípio do devido processo legal e suas derivações às relações particulares, ou seja, eficácia horizontal.

¹¹⁵ DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 30-31.

Vejamos, *ab initio*, o julgamento do **RE 158.215-4/RS**, onde o Supremo Tribunal Federal – STF se deparou com o caso da Cooperativa Mista São Luiz, sediada no Rio Grande do Sul, que havia expulsado alguns de seus associados sem a observância das regras estatutárias, além de não lhes garantir o direito fundamental constitucional de defesa, intrínseco ao devido processo legal, que também se encontrava inserto em uma das cláusulas do estatuto. A entidade alegou que a expulsão sumária se deu diante de um desafio feito pelos associados expulsos realizado na imprensa local. ¹¹⁶

A entidade defendeu a prevalência da resolução diante das normas de regência de direito meramente privado – no âmbito do direito civil, porém os associados recorrentes entenderam ter havido uma violação de um direito fundamental vinculante nas relações entre particulares, tese acolhida pelo Ministro Relator, Marco Aurélio de Melo. ¹¹⁷

Segue a Ementa do julgado ocorrido em 30/04/1996, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado no Diário de Justiça de 07/06/1997, *verbis*:

EMENTA: 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

¹¹⁶ SILVA, V. A., op. cit., p. 93.

¹¹⁷ Ibidem, p. 93.

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. (grifo nosso)

(<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>, consulta realizada em 29 de julho de 2008, às 17:45 hs).

Didier Junior ¹¹⁸ colaciona outras jurisprudências de Tribunais Estaduais que seguiram o mesmo entendimento. Decisões ocorridas nos seguintes processos:

a) APC nº. 196033252, Terceira Câmara Cível, TARGS, Relator: Des. Leo Lima, julgado em 08/05/1996 (o cerne da questão foi a exclusão de sócio de clube de regatas, por ausência de pagamento de mensalidades, penalidade considerada nula, uma vez que lhe foi negado o direito fundamental do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa);

b) APC nº. 1998.001.08148, Nona Câmara Cível, TJRJ, Relator: Des. Paulo César Salomão, Julgado em 15/09/1998 (anulou-se suspensão imposta a associado, tendo em vista que não lhe foi concedido o direito à ampla defesa. “O devido processo legal há de ser observado na imposição de pena administrativa, sob pena de nulidade”.); e

¹¹⁸ DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 32-33 (nota de rodapé nº 14)

c) APC nº. 2000.001.12810, Décima Sexta Câmara Cível, TJRJ, Relator: Des. Bernardino M. Leituga, julgado em 07/11/2000 (“Entidade social beneficente. Penalidades. Devido Processo Legal. De acordo com Constituição Federal e o estatuto social, a expulsão do quadro social, depende da instalação do devido processo legal, no qual se assegure amplo direito de defesa. Se tal não foi observado, anula-se a penalidade. Recurso improvido.”).

Pedro Lenza ¹¹⁹ cita o **RE 175.161-4/SP**, em que retrata a situação enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal onde aderentes a Contratos de Consórcio, após pagarem certas quantidades de parcelas, desistiram de permanecer no grupo. Ocorre que existia uma cláusula no contrato de adesão que rezava que ao desistente somente eram restituídos os valores nominalmente pagos, ou seja, sem correção monetária. A decisão da Suprema Corte foi no sentido de anular a cláusula, tendo em vista que a mesma **não se coadunava com os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade**, aplicando, pois, o princípio maior de onde advieram, qual seja, **o do devido processo legal substantivo**.

Destaca-se a Ementa do julgado ocorrido em 15/12/1998, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado no Diário de Justiça de 14/05/1999, acima citado, *verbis*:

EMENTA:

COMPETÊNCIA - JUIZADOS ESPECIAIS - COMPLEXIDADE DA CAUSA.

Esforços devem ser desenvolvidos de modo a ampliar-se a vitoriosa experiência brasileira retratada nos juizados especiais. A complexidade suficiente a excluir a atuação de tais órgãos há de ser perquirida com parcimônia, levando-se em conta a definição constante de norma estritamente legal.

¹¹⁹ LENZA, op. cit., p. 700.

Tal aspecto inexistente, quando se discute a subsistência de cláusula de contrato de adesão, sob o ângulo de ato jurídico perfeito e acabado, no que prevista a devolução de valores pagos por consorciado desistente e substituído, de forma nominal, ou seja, sem correção monetária. **CONSÓRCIO - DESISTÊNCIA - DEVOLUÇÃO DE VALORES - CORREÇÃO MONETÁRIA.**

Mostra-se consentâneo com o arcabouço normativo constitucional, ante os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, decisão no sentido de, ao término do grupo, do fechamento respectivo, o consorciado desistente substituído vir a receber as cotas satisfeitas devidamente corrigidas. Descabe evocar cláusula do contrato de adesão firmado consoante a qual a devolução far-se-á pelo valor nominal. Precedente: Verbete nº 35 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “Incide correção monetária sobre as prestações pagas, quando de sua restituição em virtude de retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio”.

(grifos nossos)

(<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>, consulta realizada em 30 de julho de 2008, às 19:49 hs).

Já em 2005, mais precisamente no dia 11/10/2005, mediante a análise do **RE 201.819/RJ**, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, porém com Acórdão da lavra do Ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário de Justiça de 27/10/2006, o Supremo Tribunal Federal voltou a examinar o tema, o que, segundo Didier Júnior,¹²⁰ foi um marco na história da jurisprudência sobre a questão. Não por ter sido a primeira vez que a Corte decidiu no sentido da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia horizontal), mas por ter enfrentado todas as nuances da discussão, afirmando, categoricamente que os

¹²⁰ DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 33.

princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa se aplicam de forma direta e imediata às relações travadas entre os particulares.

Ratificando o que foi afirmado por Didier Júnior, os constitucionalistas Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, ¹²¹ ao se referirem ao aludido Acórdão, assim se manifestaram:

O acórdão do STF em que mais profunda e eruditamente o tema foi explorado concluiu que normas jusfundamentais de índole procedimental, como a garantia da ampla defesa, podem ter incidência direta sobre as relações entre particulares, em se tratando de punição de integrantes de entidade privada – máxime tendo a associação papel relevante para a vida profissional ou comercial dos associados.

Pela grande relevância do julgado, colacionamos, *ipsis literis*, o resumo do julgamento que foi publicado no **Informativo nº 405 do Supremo Tribunal Federal**, que continha as decisões mais expressivas compreendidas entre os dias 10 e 14 de outubro de 2005:

A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrava associado excluído do quadro de sociedade civil União Brasileira de Compositores – UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que refutara na sua punição – v. Informativo 351, 370 e 385. **Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas.** Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante

¹²¹ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 273.

papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. **Conclui-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolam a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.** Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Veloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa.¹²² (grifos nossos)

Dessa forma, vê-se que a doutrina majoritária é assente no sentido de que o princípio do devido processo legal e suas derivações têm aplicação direta e imediata nas relações particulares, não obstante as respeitáveis posições concernentes a uma eficácia imediata “mitigada”, tendo por solução a ponderação de princípios diante da análise de casos concretos pelo “tripé” da proporcionalidade; enquanto que a jurisprudência brasileira e, em especial, a do Supremo Tribunal Federal, com este último julgamento proferido em 2005, mesmo tendo repetido a tese defendida nos anos anteriores, dê indícios a uma forte e indeclinável tendência para a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, especialmente no que tange aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, direitos esses de índole procedimental.

¹²² DIDIER JUNIOR, op. cit., p. 33.

5

CONCLUSÃO

Decerto que os direitos fundamentais e, em especial, o princípio do devido processo legal vincula as relações travadas entre os particulares. Portanto, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é inconteste, uma vez que a visão simples e ortodoxa de que tais direitos apenas se referem às relações entre o indivíduo e o Estado não podia resistir imune às mudanças operadas na realidade social contemporânea.

O próprio princípio da igualdade, bem como o da liberdade constitucional, corrobora esta concepção, tendo em vista que não se pode conceber a nenhum deles, sob o prisma meramente formal, mas sim material, pois daquela forma, só se agravam as indiferenças, os antagonismos, as opressões e as injustiças.

O direito deve ser interpretado inteligentemente, jamais de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, chegando a conclusões inconsistentes ou impossíveis, sob a ótica do desenvolvimento atual da sociedade. Ademais, não só pode a lei ser mais inteligente que o seu autor, mas também e, principalmente, o intérprete deve ser mais perspicaz e inteligente que a própria lei para que se garanta a verdadeira justiça.

Dessa forma, com os argumentos propostos, defender a não vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e mais especificamente do devido processo legal, é ir de encontro a todo o sistema constitucional pós-moderno e aos anseios da sociedade, única que o legitima, pois é através deste princípio que é possível, a todos, o alcance da liberdade plena, ainda que tardia, diante de toda e qualquer relação, seja pública ou privada. Esse sonho de

liberdade deve ser efetivado e concretizado para que o arbítrio de qualquer gênero, e seja lá de onde provenha, jamais floresça em nosso País.

Pensar de forma diversa, *com a devida venia*, é algo que propicia o descrédito cada vez mais vultoso nas normas postas pela Magna Carta, e, por via de conseqüência, vindo a agravar, a cada dia, a crise da justiça. Toda a nação clama por ordem e progresso, com plena e total liberdade, convivendo em uma sociedade com dignidade humana plena, sendo que daí, a autonomia privada respeitosa e condizente com o Estado de Direito será conseqüência insofismável.

A descrença na justiça destrói direitos, aniquila sonhos, desampara e condena à miséria cidadãos ávidos, tão somente, por fazer valer direitos e garantias que lhe são concedidos pela Constituição, que vagueiam lançadas à sorte de um Estado que se diz democrático de Direito, mas que não os propicia com justiça, sendo um “combustível” potencial à desesperança, ainda mais se amparados pelo próprio Estado, ao permitir que sejam desrespeitados pelos particulares em suas relações privadas, em nome de uma autonomia privada, não lhes sendo garantido o direito mínimo de defender seus direitos dignamente, mediante um processo legal, em que lhe seja garantido o contraditório e a ampla defesa. Isso é fazer valer a Magna Carta que reza que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de DIREITO que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana? Cremos que não.

Outra constatação a que chegamos foi quanto à forma pela qual o direito fundamental do devido processo legal vincula as relações particulares. Filiamo-nos à corrente doutrinária e jurisprudencial de que a vinculação é direta e imediata, independentemente da análise do grau de diferenciação de poder entre as partes, pois essa teoria é a que melhor se ajusta à realidade jurídica democrática e social brasileira.

O devido processo legal domina toda e qualquer espécie do gênero processo, seja judicial, administrativo, penal ou negocial, em todas as suas fases, estabelecendo os condutos pelos quais deve

fluir o modo de vida democrático de todos os indivíduos em direção a um futuro cada vez mais promissor como nação livre, responsável, mas, fundamentalmente, comprometida, com a justiça, com a paz social, com o bem estar de toda a nação, enfim, com a dignidade de todo e qualquer ser humano, fundamento condutor da República Federativa do Brasil.

Nessa perspectiva, é cediço que não apenas as normas de direito e o próprio direito, mas também sua forma de eficácia e vinculação podem e devem ser pensados e repensados. Contudo, não basta pensar. É preciso uma ação racionalizada e direcionada à efetivação de fatos concretos que possam surtir efeitos perante a sociedade. Assim, de acordo com o magistério de J.J. Calmon Passos, o pensar reclama, entretanto, sua objetivação.

Entendemos imprescindível uma reforma constitucional para que não parem mais quaisquer dúvidas quanto à vinculação dos direitos fundamentais às relações particulares e a forma como ela se dá, sendo a melhor delas e a mais condizente com a axiologia concretizante constitucional, a da eficácia direta e imediata.

Não foi a nossa pretensão, como dito *a priori*, elencar mudanças que pudessem esgotar o tema. Temos ciência de que será preciso propor diversas alterações para o alcance de, no mínimo, o desejável.

Sinteticamente, coletamos, após laboriosa pesquisa, opiniões de renomados juristas propondo soluções para a problemática exposta, o que pode ser analisado e ponderado por todos.

O que, sem embargo das opiniões contrárias de não menos respeitáveis juristas, por tudo que foi exposto, nos filiamos aos posicionamentos que defendem a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas e, em especial, no que tange ao princípio do devido processo legal, sem quaisquer condicionamentos. Ademais, defendemos a introdução na Magna Carta de dispositivo que garanta expressamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, de acordo com a especificidade dos mesmos, tendo em vista que há direitos que,

evidentemente, somente são passíveis de vincular o próprio ente estatal, além de ser aduzido que a vinculação se dê de forma direta e imediata.

Para inovarmos o direito pátrio e, especialmente para darmos o verdadeiro valor às normas constitucionais, como centro do sistema jurídico, uma vez que traz os valores a serem preservados por uma sociedade politicamente organizada, garantindo, cada vez mais justiça, nós, operadores do Direito, devemos não apenas criticar, mas enfrentarmos os problemas e propormos sugestões, posto que não há sistema em que a distribuição da justiça se faça sem grande esforço conjugado.

Qual das sugestões lançadas à análise lhe causou mais desconforto? Foi essa a nossa intenção. Cremos que da provocação e posterior inconformismo, nasce a reação. Desta, as melhores sugestões de mudanças. Das mudanças a maior possibilidade de se atingir os melhores resultados, as melhores respostas aos problemas lançados. Então, devemos nos desconformar, pensar e agir para que, posteriormente, possamos “olhar para trás” e nos orgulharmos em ter contribuído para a efetivação e realização de um Estado Democrático não apenas de Direito, mas, sobretudo, de um **Estado Democrático de Direito e de Justiça onde o que prevaleça, em qualquer espécie de relação jurídica, pública ou privada, seja a efetivação plena e máxima de sua “espinha dor sal”, a Dignidade da Pessoa Humana.**

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.273-299.

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

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. **Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Material da 1ª Aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG (s.d.)

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1984.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil: discursos, ensaios e conferências**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

MELLO, Ana Cláudia Collaço de et alii. **Metodologia da Pesquisa**. 3. ed. rev. e atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais – Teoria geral – Comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – Doutrina e Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002a.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002b.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional – Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

NERY JUNIOR, Néelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2007.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 361-404.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A constituição concretizada: construindo pontes entre o direito público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.107-163.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal – Due process of law**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

