

# **DEVIDO PROCESSO LEGAL PRIVADO: APLICABILIDADE E ALCANCE EM PROCEDIMENTOS PUNITIVOS ENDOASSOCIATIVOS**

DUE PROCESS OF PRIVATE LAW: APPLICABILITY AND SCOPE OF PROCEDURES  
PUNITIVE DAMAGES IN PRIVATE ENTITIES

**Luciano Soares Maia<sup>1</sup>**

## **RESUMO**

A fim de contribuir para os estudos da escola civil-constitucional iniciados há alguns anos no Brasil e de comprovar a recepção da teoria da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o presente artigo trata das bases jurídico-constitucionais que vinculam o exercício da autonomia privada na definição de transgressões contratuais e de procedimentos punitivos endoassociativos ao direito fundamental do devido processo legal, tomado, nesse contexto, como cláusula de inserção do princípio da proporcionalidade/razoabilidade no ordenamento jurídico brasileiro (devido processo legal substantivo) e como princípio continente de garantias processuais de observância obrigatória por operadores privados do direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais; Devido Processo Legal; Autonomia Privada; Procedimentos Punitivos Endoassociativos

## **ABSTRACT**

To contribute to the civilian public research started a few years ago in Brazil and to prove the reception of the theory of the direct horizontal effectiveness of the basic rights in the private relations, the present study it defines the legal grounds that tie the exercise of the private autonomy in the definition of particular violation of legal agreement and punitive procedures with the basic right of due process of law, taken as clause of insertion of the beginning of the proportionality in the legal system Brazilian (due process of law substantive) and as principle continent of procedural guarantees of obligator observance for the applicators of the right that.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights; Due Process Of Law; Private Autonomy; Procedures Punitive Damages in Private Entities

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES. Mestre em Direito: Relações Privadas e Constituição, pela Faculdade de Direito de Campos – FDC/UNIFLU.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta um estudo atualizado acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo como referência o devido processo legal privado em suas vertentes substantiva e processual. No capítulo primeiro são apresentadas as teorias que explicam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, entre elas a da eficácia horizontal (*Drittwirkung*), consequência mais importante da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que convoca não só o Estado, mas também toda sociedade para atuar na proteção e no respeito a esses direitos.

No segundo capítulo são apresentados os reflexos do processo de constitucionalização do direito civil e da relativização contemporânea da teoria preceptiva do negócio jurídico, que privilegia a forma e a segurança das relações privadas, não raras vezes, em detrimento de outros valores sociais, democráticos e solidários.

Expõe-se, por derradeiro, a tese de que a Constituição de 1988, ao estabelecer que ninguém será privado dos seus bens ou direitos sem a observância do devido processo legal, não excluiu as relações jurídicas privadas de sua observância, seja no seu aspecto material ou procedimental, conforme reconhecido no *leading case* envolvendo a União Brasileira de Compositores e um de seus associados, o Recurso Extraordinário nº 201.819-8, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em outubro de 2006, em que se reafirmou que a imposição unilateral de penalidades entre particulares, como apuração e punições de transgressões no seio de entidades associativas, deve, a princípio, transcorrer-se de acordo com o devido processo legal, legitimando as decisões tomadas no âmbito extrajudicial.

## 1 A BASE AXIOLÓGICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO E OS EFEITOS AUTÔNOMOS DA DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise do âmbito de aplicabilidade dos direitos fundamentais em determinado sistema jurídico costuma ser feita sob dois aspectos ou dimensões: a subjetiva e a objetiva. Num primeiro momento é fácil perceber o que cada uma delas significa. Enquanto a primeira procura isolar a vinculação desses direitos a determinados sujeitos, geralmente Estado e entidades de caráter público, a dimensão objetiva destaca-se por não considerar exclusivamente a perspectiva dos sujeitos envolvidos, mas o valor que representa o bem tutelado e a importância que ele adquire na cultura jurídica, independentemente da natureza jurídica da pessoa que se depara a necessidade de sua observância, seja ele público ou particular. De acordo com Jane Reis Pereira:

A idéia central inerente a essa visão é a de que, por meio da Constituição, a comunidade estabelece um arsenal de valores que hão de orientar e conformar não apenas a ordem jurídica estatal, mas a vida social genericamente considerada. Nessa perspectiva, as escolhas valorativas postas na Constituição – e que são exprimidas no rol de direitos fundamentais – devem orientar a ação do Estado e de todos os setores da sociedade.<sup>2</sup>

A dimensão objetiva pode ainda ser explicada pelas teorias da eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*), dos deveres de proteção (*Schutzpflichten*) e dos efeitos externos perante particulares ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*).

A eficácia irradiante consiste na necessidade de interpretação do direito infraconstitucional conforme os direitos fundamentais. Trata-se, na verdade, de uma técnica de interpretação conforme a Constituição, desempenhando papel de princípio hermenêutico e mecanismo de controle de constitucionalidade. Manifesta-se, sobretudo, em relação à interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, presentes na legislação infraconstitucional. As primeiras discussões acerca desse tema tiveram como marco a decisão do caso Lüth, julgado pela Corte Constitucional Alemã em 1958, na qual ficou consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico.<sup>3</sup>

Já a teoria dos deveres de proteção remete ao problema da tutela dos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo e Estado, atribuindo a este a obrigação de abster-se de violá-los e de protegê-los diante de lesões e ameaças provenientes de terceiros que, a propósito, não necessitam justificar seu comportamento, pois os órgãos estatais é quem devem

---

<sup>2</sup> PEREIRA, Jane Reis G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 457.

<sup>3</sup> Referido caso surgiu quando um cidadão alemão, crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade de Hamburgo, chamado Erich Lüth, incitou, no início da década de cinquenta, os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote de novo filme lançado à época por Veit Harlan, um antigo produtor de filmes nazistas. Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 do Código Civil – *BGB*, segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. A ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, Lüth interpôs uma Reclamação Constitucional perante o Tribunal Federal Alemão, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo artigo 5 I 1 da Constituição alemã, instaurando-se um conflito entre um comando infraconstitucional e um direito fundamental de âmbito constitucional. O Tribunal Constitucional alemão julgou procedente a Reclamação de Lüth e revogou a decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo, fundamentando-se na tese dos efeitos irradiantes dos direitos fundamentais. Assim, prevaleceu o entendimento de que as cláusulas gerais do direito privado, como os “bons costumes” referidos no art. 826 do *BGB*, têm de ser interpretadas ao lume da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevidéo: Fundação Konrad-Adenauer, 2005. p. 383.

protegê-los. Essa teoria, embora partindo do postulado verdadeiro de que o Estado tem o dever de promover e efetivar os direitos fundamentais, não se presta a explicar de forma completa e coerente sua aplicação nas relações privadas, já que conduz ao equívoco de transferir a responsabilidade por sua violação sempre para o Estado, direta ou indiretamente.

A conseqüência mais importante da dimensão objetiva é, na verdade, o reconhecimento de uma eficácia horizontal (*Drittwirkung*), na medida em que convoca não só o Estado, mas também toda sociedade para atuar na proteção e no respeito aos direitos fundamentais. Tal vinculação tem suscitado muitas divergências, pois envolve interesses jurídicos aparentemente divergentes, como a compatibilidade de uma tutela mais ampla e efetiva desses direitos com a preservação da autonomia privada.

De acordo com Canotilho, a questão de se saber como deve ser entendida a eficácia perante os particulares comporta três questionamentos importantes. Primeiramente deve-se indagar se não existe eficácia externa dos direitos, liberdades e garantias fundamentais em relação a entidades privadas. Em segundo, se os direitos, liberdades e garantias têm eficácia externa mediata em relação a terceiros e, por último, se os direitos, liberdades e garantias têm eficácia externa imediata em relação a entidades privadas.<sup>4</sup>

Uma parte da doutrina e da jurisprudência prefere elevar ao máximo a autonomia privada e negar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ao argumento de que somente o Estado seria seu único obrigado, admitindo essa extensão apenas quando houver uma atuação em substituição e ou em nome deste. É a teoria da *state action*, desenvolvida principalmente nos Estados Unidos com base nas premissas do liberalismo clássico e mitigada pela *public function theory*.

Em uma posição intermediária estão aqueles que aceitam essa vinculação apenas em determinados casos, mas, ainda assim, de forma indireta. Para essa corrente, há necessidade de uma atuação expressa do legislador infraconstitucional ou a presença de cláusulas gerais funcionando como “portas de entrada” dos direitos fundamentais nas relações privadas. É denominada teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais (*Mittelbare Drittwirkung*). Predomina atualmente na Alemanha e ganhou relevância com a decisão da Corte alemã no caso Lüth ao dar uma interpretação conforme a Constituição à expressão “bons costumes” inserida no artigo 826 do *BGB*.

No outro extremo estão aqueles que advogam uma aplicabilidade imediata e independente de delimitação legislativa nessas relações, revelando um terceiro efeito da

---

<sup>4</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1152.

dimensão objetiva, no qual os direitos fundamentais possuem uma eficácia horizontal (*Drittwirkung*) direta e oponível *erga omnes*. Essa teoria foi preconizada por Hans Carl Nipperdey a partir do início da década de cinquenta. A ousadia de seu pensamento sofreu inicialmente uma forte resistência na Alemanha, tendo em vista as restrições literais contidas na Lei Fundamental de Bonn, que prevê tão somente, à semelhança do que ocorre com a Constituição Americana, a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais.<sup>5</sup> Além de inaugurar uma das mais relevantes discussões acerca dos direitos fundamentais, a teoria de Nipperdey ganhou espaço em outros países como Portugal, Espanha, Itália, Argentina e Brasil, onde predomina atualmente.

De acordo com Ingo Sarlet, no direito constitucional brasileiro, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas justifica-se pela previsão expressa da aplicabilidade direta (imediate) das normas de direitos fundamentais, nos termos do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que deve ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia.<sup>6</sup>

Outros autores como Daniel Sarmento<sup>7</sup>, Jane Reis Pereira<sup>8</sup>, Gustavo Tepedino<sup>9</sup>, Carlos Roberto Siqueira Castro, entre tantos outros, compõem a corrente majoritária que admite a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais no sistema jurídico

---

<sup>5</sup> A adoção incondicional da eficácia imediata depende, na verdade, em grande parte da presença de dispositivos constitucionais permissivos, como fez a Constituição de Portugal em seu artigo 18.1, quase que sem paralelo em outras, ao dispor que: “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Ainda assim, mesmo contando com semelhante amparo jurídico, a tese da eficácia imediata não está imune a críticas. O próprio constitucionalista português Canotilho ressalva a existência de um “núcleo irredutível de autonomia pessoal”, chamando atenção para o fato de que, num plano diametralmente diverso da eficácia imediata, existem casos em que a adoção dessa tese significaria um confisco substancial da autonomia privada. Segundo o autor, “só aqui não se pode dizer implicar a eficácia dos direitos fundamentais: proibir-se aos cidadãos aquilo que também é vedado ao Estado. É difícil, por exemplo, argumentar com o princípio da igualdade ou proibição de não discriminação no caso de um pai que favorece um filho em relação ao outro através da concessão da quota disponível, ou de um senhorio que promove acção de despejo por falta de pagamento de renda, mas abdica desse direito em relação a outro inquilino, nas mesmas circunstâncias, pelo facto de este ter as mesmas convicções políticas.” *Op. cit.* p. 1158

<sup>6</sup> “Se a tese da assim designada eficácia mediata (indireta) segue dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, inclinamo-nos hoje – pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro – em prol de uma necessária vinculação direta (imediate) também dos particulares aos direitos fundamentais (salvo, é claro, os que têm por destinatário precípua o poder público), sem deixar de reconhecer, todavia, na esteira de Canotilho e outros, que o modo pela qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas. Tal entendimento, dentre outras razões que aqui não iremos desenvolver, justifica-se especialmente entre nós, pela previsão expressa da aplicabilidade direta (imediate) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (...).” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

<sup>7</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

<sup>8</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>9</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 49

brasileiro. Justificam que, no texto constitucional brasileiro há previsão expressa de direitos fundamentais voltados especificamente contra particulares, inexistindo qualquer elemento textual que restrinja de maneira geral a vinculação direta apenas aos poderes públicos. Com exceção, é claro, de alguns direitos que têm como destinatários necessários o Estado, como os direitos do preso, por exemplo, na maioria dos outros casos a Constituinte não estabeleceu de antemão nenhuma limitação no pólo passivo dos direitos fundamentais, sugerindo uma vinculação passiva universal. A incidência direta torna-se, portanto, uma conseqüência natural e lógica da adoção de um modelo hermenêutico comprometido com o caráter normativo da Constituição, de modo que a interpretação das regras do direito civil deva estar atrelada, necessariamente, aos seus preceitos.

Cabe aqui ressaltar que a acentuada desigualdade na distribuição de renda da sociedade brasileira deve ser devidamente considerada como fator favorável de recepção da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais no campo privado, mais abrangente, inclusive, do que aquela oferecida nos países desenvolvidos, conforme brilhante ponderação de Daniel Sarmiento ao comparar a sociedade brasileira, nitidamente mais injusta e assimétrica, do que a alemã e a norte-americana, por exemplo, ou a de muitos outros países desenvolvidos:

Tragicamente, somos campeões no quesito da desigualdade social. A elite brasileira é uma das mais atrasadas do mundo, e nossas instituições sociais ainda preservam um ranço do passado escravocrata do país. Tal quadro desalentador impõe ao jurista com consciência social a adoção de posições comprometidas com a mudança do *status quo*. Por isso, não hesitamos em afirmar que a eficácia dos direitos individuais na esfera privada é direta e imediata no ordenamento jurídico brasileiro. Esta, para nós, não é só uma questão de direito, mas também de ética e justiça.<sup>10</sup>

## **2 AUTONOMIA PRIVADA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: NORMATIVIDADE E CRISE DA TEORIA PRECEPTIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO**

A autonomia privada manifesta-se quando existe não só a possibilidade, mas o poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos, através do negócio jurídico. Conforme ensina Francisco Amaral:

Do ponto de vista institucional e estrutural, dominante na teoria geral do direito, a autonomia privada constitui-se em um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado num reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação com eficácia normativa. (...) Do ponto de vista técnico, que revela a importância prática do princípio, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas próprias ou de outrem. (...) Sua esfera de aplicação é, basicamente, o direito patrimonial,

---

<sup>10</sup> *Op. cit.* p. 280.

aquela parte do direito civil afeta à disciplina das atividades econômicas da pessoa. (...) Seu campo de realização é o direito das obrigações por excelência, onde o contrato é a lei, nas suas diversas espécies de liberdade contratual, nas promessas de contratar, nas cláusulas gerais, nas garantias etc. No direito sucessório, realiza-se no testamento.<sup>11</sup>

Segundo Amaral, a criação de normas jurídicas privadas é a principal característica do negócio jurídico e é isso que o distingue dos demais atos jurídicos não-negociais, para os quais a lei é a fonte imediata dos seus efeitos jurídicos. Nele são criadas normas individuais e concretas, podendo, inclusive, constituir normas gerais e abstratas, como os estatutos de grandes associações, empresas, clubes etc.<sup>12</sup> Esse vínculo normativo estabelecido pela vontade das partes é a base da teoria preceptiva do negócio jurídico, difundida no direito romano como princípio geral dos contratos através do *pacta sunt servanda*, e endossada há séculos até se incrustar nos códigos civis modernos, como se vê no artigo 1.134 Código Civil napoleônico, de 1804 (*Lês conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui lês ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour lês causes que la loi autorise*)<sup>13</sup>, no italiano, de 1865, e no brasileiro, de 1916.<sup>14</sup>

A idéia de autonomia privada transcende, dessa forma, o campo do direito civil e liga-se diretamente à temática das fontes do direito, constituindo-se num espaço em que os particulares tornam-se legisladores de seus próprios interesses.<sup>15</sup> Chega-se afirmar que essa característica jurígena tem o condão de elevar o negócio jurídico à categoria de fonte formal do direito, conforme ensina Francisco Amaral:

Para os que vêm na vontade individual um poder jurígeno, o negócio jurídico, seu instrumento, tem eficácia normativa, vale dizer, a manifestação de vontade é fonte

---

<sup>11</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 345/347.

<sup>12</sup> *Op. cit.* p. 382.

<sup>13</sup> “As convenções legalmente formadas tomam o lugar da lei para aqueles que as tenham feito. Elas não podem ser revogadas, senão por consenso mútuo ou por razões que a lei autorize.” (tradução livre)

<sup>14</sup> Carlos Roberto Siqueira de Castro explica que, de fato, para a concepção liberal, os direitos fundamentais teriam a sua razão de ser no antagonismo histórico indivíduo-Estado e não incluiriam, máxime em nível da suprallegalidade constitucional, regras de comportamento para os particulares. Segundo o autor, “estas adviriam do direito privado, sedimentado na autonomia privada, e principalmente da auto-regulação espontânea dos comportamentos das pessoas, consideradas iguais perante a lei para a assunção de direitos e obrigações na órbita civil. Em tal sistema de igualdade idealizado pelo liberalismo vige a supremacia do contrato privado (*pacta sunt servanda*), que expressa a liberdade de estipulação obrigacional, que não deve sofrer cerceamento no pressuposto de que é justo o que é desejado pelas partes contratantes. Essa igualização abstrata da capacidade civil engendrou um tipo de sociedade de homens supostamente livres e iguais, na qual só o aparelho de Estado, figurado como monstruoso Leviatã hobbesiano, poderia exorbitar e comprometer o exercício da liberdade.” CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 246

<sup>15</sup> A doutrina não é unânime em admitir a possibilidade de se criar uma instância normativa através do negócio jurídico. Antônio Junqueira, por exemplo, afirma que do negócio jurídico só podem surgir relações jurídicas, mas não preceitos (normas jurídicas). AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

de regras jurídicas que, ao lado das estabelecidas em lei, disciplinam as obrigações nascidas desse negócio. (...) O negócio jurídico é, por isso, modo de expressão das regras jurídicas estabelecidas pela vontade dos particulares. É fonte formal de direito, ou, também, fato de produção jurídica.<sup>16</sup>

Como fonte formal do direito, é natural, portanto, que ele seja visto dentro de uma arquitetura hierárquica, já que o ordenamento jurídico não comporta apenas normas de mesmo grau. Isso significa, em termos práticos, que o exame do negócio jurídico não pode limitar-se ao controle da ilicitude ou à verificação da conformidade da avença às cláusulas pactuadas, nos termos tradicionais do *pacta sunt servanda*, pois a autonomia privada não é um valor absoluto e, a despeito de sua importância para a liberdade, não deixa de ter um valor instrumental.

Os dogmas do direito civil tradicional devem, assim, ser relativizados para se enquadrarem no paradigma da sociedade contemporânea, considerando a atual ordem de valores consagrados pela Constituição de 1988. Sua deficiência é constatada, por exemplo, diante de vários problemas envolvendo expulsão de sócios de empresas e associações, da criação de convenções condominiais com restrições às liberdades pessoais, da aplicação de penalidades aos condôminos pela própria administração dos condomínios, da criação de bancos de dados pessoais para proteção ao crédito e, até mesmo da interrupção do fornecimento de serviços públicos prestados por empresas particulares sem atuação específica do Estado.

A restrição a qualquer direito fundamental, mesmo entre particulares, em benefício da autonomia privada, como nesses exemplos, deve passar, pelo menos, pelo crivo de um procedimento prévio que respeite os demais valores constitucionais envolvidos, ainda que haja previsão contratual anterior e concordância das partes em sentido contrário. É bem verdade que o surgimento e a extinção do negócio jurídico privado devem acontecer, a princípio, somente com a participação dos próprios particulares ou terceiros interessados, e é natural que assim o seja, devendo-se se sujeitar ao Judiciário somente os casos em que não se consegue resolvê-las autonomamente ou quando haja o risco ou a lesão a qualquer direito fundamental. A vinculação dos particulares ao devido processo legal torna-se então imperiosa e justifica-se porque geralmente os processos referidos acima são formados para, ao final, aplicar-se uma restrição a um direito ou a privação de bens de um particular.

---

<sup>16</sup> *Op. cit.* p. 381.

### **3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES AO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Conforme visto anteriormente, a doutrina civilista tradicional apresenta o negócio jurídico como categoria abstrata e formalista, adaptada aos interesses da sociedade burguesa moderna. No entanto, diante da complexidade com que as relações jurídicas negociais contemporâneas vêm se apresentando, é necessária uma revisão que contemple, além dos elementos tradicionais, outros aspectos, como função social, equivalência material, boa-fé objetiva e, no que se refere à sua vinculação aos direitos fundamentais, os postulados da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, este último sob análise neste trabalho.

Há de se lembrar, inicialmente, que ainda há forte resistência da doutrina e jurisprudência nacionais em assumir todas as funções e modalidades ligadas ao devido processo legal que, por muito tempo, foi considerado apenas no âmbito judicial e sob seu aspecto procedimental. Tal visão é limitada por dois motivos. Primeiro por dar-lhe uma interpretação restritiva, quando, na verdade, trata-se de uma cláusula constitucional dirigida também a outros sujeitos que não o Judiciário. Ao preceituar que ninguém será privado dos seus bens ou direitos sem a observância do devido processo legal, seja ele estatal ou não, a Constituição de 1988, na verdade, não adotou como regra o critério subjetivo de vinculação dos direitos fundamentais, pois não delimitou os sujeitos passivos dessa regra. Daí ser possível falar em devido processo legal judicial, devido processo legal legislativo, devido processo legal administrativo e, no que interessa a este trabalho, devido processo legal privado. É preciso, contudo, reconhecer que essa extensão às relações privadas deva estar sempre amoldada às idiossincrasias do Direito Privado, impondo-se que seja ponderada, nos casos concretos, com o princípio da autonomia privada, também amparado pela Constituição.<sup>17</sup>

Há que se ressaltar novamente que não há qualquer elemento textual no inciso LIV do artigo 5º da Constituição de 1988 que autorize limitações subjetivas quanto à sua observância. Ao dispor que ninguém será privado de seus bens e direitos sem o devido processo legal, o Constituinte está dirigindo esse direito fundamental a toda e qualquer pessoa, seja ela pública ou privada, pois, do contrário, teria ele próprio estabelecido expressamente o sujeito passivo no próprio texto. Se assim não o fez, conclui-se que qualquer

---

<sup>17</sup> BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal a processos particulares: processos punitivos de sócios, associados e condôminos*. In.: Revista de Processo. RePro 161, ano 33, julho-2008. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. p. 301-323.

tentativa de restrição no sentido de excluir os particulares do seu âmbito de incidência configura um atentado a tal direito.

Um segundo tabu que deve ser revisto é a limitação conceitual que se dá a esse direito fundamental, que, devido à sua origem histórica, tem sido considerado equivocadamente sinônimo de ampla defesa e contraditório. Tal idéia apresenta-se defasada pela própria previsão constitucional específica para estes últimos, que se mostram independentes em relação ao devido processo legal. Enquanto o contraditório e a ampla defesa estão previstos no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, aos dispor que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, o direito ao devido processo legal está previsto no inciso LIV do mesmo artigo, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Percebe-se claramente que não se trata de institutos sinônimos, pois se assim fosse não estariam expressos em dispositivos separados. Pelos mesmos motivos, não pode o princípio do devido processo legal limitar-se, como reconhece grande parte da doutrina nacional, ao seu aspecto puramente procedimental, incompatível com os postulados do sistema constitucional brasileiro. O fato de o contraditório e a ampla defesa serem reconhecidos como princípios inseridos no conceito puramente procedimental do devido processo legal e de terem eles, ao mesmo tempo, previsão específica no texto constitucional, inclusive de igual *status* jurídico do princípio do devido processo legal, justificam sua separação conceitual.<sup>18</sup>

Uma vez reconhecida sua eficácia diante das relações particulares, é preciso verificar quais são as funções que o devido processo legal desempenha no âmbito dessas relações. Clóvis do Couto e Silva, analisando as etapas que se formam entre o ato de nascimento e o ato de adimplemento de uma obrigação, explica que a relação jurídica obrigacional é um *sistema de processos* no qual podem ser identificadas as fases de nascimento, desenvolvimento e adimplemento.<sup>19</sup> Todo negócio jurídico possui um *iter* procedimental, desencadeado por

---

<sup>18</sup> Ruitemberg Nunes chega a afirmar que “falar-se em devido processo legal procedimental, no Direito Brasileiro, é recusar eficácia prática ao princípio inserto no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, uma vez que o instituto, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, não constitui a constitucionalização das normas de processo infraconstitucional. Desse modo, a previsão constitucional há de ser repostas ao seu devido lugar, abandonando-se a idéia de um devido processo como superprincípio restrito ao âmbito do processo civil, penal, trabalhista etc., e reconhecendo-lhe o caráter puramente substantivo, como autêntica cláusula de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tão-somente.” PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 491/492.

<sup>19</sup> “A dogmática distingue entre obrigação e adimplemento. O discríme, por igual, manifesta-se claro em todos os códigos de origem romanística, que dedicam- às obrigações e aos adimplemento – títulos especiais. A distinção é

tratativas preliminares (fase de pontuação ou negociação), que por sua vez geram uma proposta definitiva (fase de postulação) por um dos envolvidos, a ser aceita ou não pela contraparte (fase de decisão).

Essa visão compartimentada da obrigação deve ser conjugada com o devido processo legal procedimental e substancial. Na primeira acepção, impõe-se uma seqüência de deveres jurídicos aos particulares sempre que forem criar um negócio que implique medida privativa de bens ou direitos por um dos envolvidos. Por força desse dever, a imposição de restrições a bens jurídicos de qualquer pessoa, como conseqüência de um acordo feito anteriormente entre os envolvidos no negócio jurídico, requer a formação de um procedimento prévio, ainda que simplificado, mas necessariamente permeado por garantias procedimentais mínimas. De nada adianta, por exemplo, estabelecer um rol extenso de transgressões disciplinares em uma convenção de condomínio, com prévia e ampla divulgação e aceitação expressa dos contratantes, se não houver previsão tanto quanto clara e razoável de como será o processo de aplicação das respectivas penalidades.

Em igual intensidade, observa Paula Sarno Braga, com muita propriedade, que o processo de *adimplemento restritivo*, caracterizado como aquele em que uma das partes tem o poder de infligir restrições a esfera jurídica da outra, impondo, por exemplo, sanções convencionais através de decisão unilateral, parcial e não-jurisdicional em processos punitivos de sócios, associados, condôminos, também deve respeitar o devido processo legal, seja em seu aspecto substantivo ou procedimental. Segundo ela, se o adimplemento do negócio jurídico implicar a imposição de privações de qualquer natureza aos bens jurídicos de um particular, exige-se instauração de procedimento prévio que contemple o contraditório, a ampla defesa, a produção de provas, e a igualdade, entre outras garantias, devendo ainda

---

de direito material e, muitas vezes, absoluta, de sorte que o adimplemento, em ta hipótese, surge, no mundo jurídico, totalmente desligado da série de atos que o antecederam e situado numa plano diverso, no plano do direito das coisas, como nas transmissões abstratas de propriedade. Há, assim, “distância” entre o primeiro e o último ato do *processus*. Obrigar-se é submeter-se a um vínculo, ligar-se, pelo procedimento, a alguém e em seu favor. O adimplir determina o afastamento, a liberação, e na etimologia da palavra *solutio* surpreende-se vigorosamente essa idéia. (...) O processo obrigacional supõe, portanto, duas fases: a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a fase do adimplemento. Nas obrigações que não se endereçam à transmissão de propriedade, o adimplemento é realizado no plano do direito obrigacional. As obrigações resultantes do contrato de trabalho ou da cessão de créditos são adimplidas nessa dimensão, embora nem sempre o ato de adimplemento tenha a mesma categoria. Nas hipóteses de *obligatio faciendi*, o cumprimento, salvo nos casos de pré-contrato, é ato-fato, na cessão de crédito, por sua vez, é negócio jurídico dispositivo. A distinção entre a fase do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a do adimplemento adquire, entretanto, sua máxima relevância, dogmática e praticamente, quando o adimplemento importa em transmissão da propriedade. A fase do adimplemento se desloca, então, para o plano do direito das coisas.” SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 43/44

corresponder, como todo ato jurídico complexo, a uma decisão que venha reger o caso concreto de forma proporcional e moderada.<sup>20</sup>

Na verdade, mesmo antes da sua formalização, se for escrito, ou de um simples acordo verbal, existe um período de tratativas em que serão definidas as obrigações e os direitos das partes contratantes. Nessa fase em que se está por criar uma instância normativa, ainda que micro, o devido processo legal já deve ser observado sob pena de perder a força vinculativa dos preceitos estabelecidos. Fredie Didier Jr. esclarece que:

Na fase pré-contratual, deve-se lembrar, por exemplo, que a oferta é uma postulação e que toda norma que regula o negócio jurídico, quanto aos seus requisitos, é norma de processo negocial. Assim, também nos negócios jurídicos deve-se respeitar o devido processo legal (ex. escritura pública para transferência de imóvel: se ela não existir, não existe a tradição). Na fase executiva, deve-se ver, por exemplo, que a imposição de sanção convencional deve atender aos requisitos estabelecidos no negócio e/ou na lei abstrata, bem assim observar o direito de defesa do infrator (ex. imputação de multa por conduta anti-social de condômino – art. 1.337, *caput* e parágrafo único, do CC), não podendo ultrapassar as raias da razoabilidade/proporcionalidade (devido processo legal formal e substancial).<sup>21</sup>

Com relação ao seu aspecto substantivo, o devido processo legal exige do negócio jurídico sua vinculação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade,<sup>22</sup> cuja observância confere uma função legitimadora às decisões tomadas pelos particulares, sobretudo quando se tratar de relações em que se estabelece, ao final, sanção de natureza privada, atuando como uma garantia de *contenção de poder*.<sup>23</sup>

#### **4 O RECONHECIMENTO JURISPRUDENCIAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL PRIVADO NOS PROCESSOS PUNITIVOS ENDOASSOCIATIVOS**

Falar em penas privadas no Brasil é tarefa difícil, embora seja uma realidade social e tenha amparo na legislação em vigor. Contudo, já é grande conquista o fato de diversos

---

<sup>20</sup> *IB. idem*

<sup>21</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Podium, 2007. v. 1. p. 29

<sup>22</sup> A distinção entre ambos, no entanto, não prospera em face do direito brasileiro, considerando que os termos guardam um elevado grau de identidade semântica. Na prática, o conteúdo de ambos os faz indiferentes, pois são responsáveis pela efetivação do devido processo legal em sua dimensão material, inclusive no direito civil. Nesse sentido, Willis Santiago, referindo-se ao princípio da proporcionalidade, conclui que, qualquer restrição que ainda se possa ter quanto à recepção do princípio no Direito Privado cai por terra quando se mostra a sua incidência no Direito Civil. Segundo o autor, pode-se constar efetivamente que a idéia de proporcionalidade perpassa em toda a extensão do direito civil, lembrando como exemplos a autotutela para resguardar o patrimônio ameaçado e a limitação do direito de propriedade e da liberdade de contratar. O autor, no entanto, atribui a recepção de tal princípio no direito brasileiro ao princípio da isonomia, e não ao devido processo legal. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 76/77.

<sup>23</sup> Segundo Paula Sarno, enquanto garantia de contenção de poder, o devido processo legal substancial terá incidência relevante nas relações em que há um desequilíbrio perceptível entre as partes, campo aberto para arbitrariedades e abusos daquela parte munida de maior força e poderio. *Op. cit.* p. 128.

tribunais vincularem as relações privadas ao devido processo legal. Tepedino e Schreiber lamentam que ainda não há um tratamento sistemático da matéria, uma efetiva teoria geral das *penas privadas* que permita avançar no debate ou mesmo justificar os esforços despendidos por aqueles que sustentam a existência de sanções com caráter punitivo no âmbito do direito privado, além das de caráter meramente ressarcitório.<sup>24</sup> Veja-se o exemplo da hipótese de aplicação de penas pecuniárias em condomínio edilício na forma prevista pelo Código Civil.<sup>25</sup> Tanto no art. 1.336, quanto no art. 1.337, percebe-se que a imposição de multas no valor de até cinco ou dez vezes o valor das contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem, possui caráter nitidamente punitivo, sem relação com o prejuízo eventualmente causado ao condomínio. Como não há previsão de qualquer interferência judicial na imposição dessas sanções, é evidente que não basta a observância das formalidades legais, como a previsão contratual e a deliberação da assembléia, mas também o respeito à razoabilidade e ao devido processo legal.

Paula Sarno observa que, em obediência ao *due process* material, a decisão de fixação e imposição da sanção convencional deve ser proporcional e compatível com as

---

<sup>24</sup> Os autores explicam que “tal ausência explica-se, em larga medida, pela indefinição do próprio objeto desta teoria. São múltiplas as normas em que se reconhece um caráter adicional ao ressarcitório, mas nem a doutrina se encontra plenamente de acordo que tal caráter seja, em todos estes casos, punitivo, nem parece possível reconduzir todas estas normas, tão diversas entre si, a uma finalidade única ou a condições comuns, sem recair em uma abstração excessiva. De fato, a imensa disparidade de hipóteses consiste em um dos principais fatores que têm impedido ou dificultado a formulação de uma teoria geral das penas privadas. Uma breve excursão pelo ordenamento jurídico brasileiro pode contribuir para a compreensão do problema.” TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro*. In.: SARMENTO, Daniel (organizador). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 503.

<sup>25</sup> Art. 1.336. São deveres do condômino:

I – contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;

II – não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;

III – não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;

IV – dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

§ 1º O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.

§ 2º O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa.

Art. 1.337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem.

Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia.

peculiaridades da conduta adotada pelo condômino, lembrando que, inclusive, na aplicação da multa prevista no art. 1.337 do Código Civil, o legislador exige que a assembléia arbitre a pena atentando para a gravidade do ato e sua reiteração, exigências que denotam a intenção de preservar a razoabilidade e comedimento na imposição da sanção.<sup>26</sup>

Apesar de não constar expressamente nos artigos referidos a necessidade de se observar o devido processo legal privado, seja ele procedimental ou substantivo, a jurisprudência vem se revelando favorável à tese. Nesse sentido, foi editado o Enunciado 92, do Conselho da Justiça Federal, dispondo que: “as sanções do CC 1.337 não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo.”<sup>27</sup>

O mesmo raciocínio vale para a exclusão de integrante de cooperativas, sociedades ou associações, entidades regidas pelo estatuto social no qual devem estar previstos os direitos e as obrigações dos membros, bem como as sanções previstas em caso de infrações, tais como advertências, multas, suspensão e expulsão, nos termos do art. 54 do Código Civil.<sup>28</sup> Segundo dispõe o art. 57, com a redação dada pela Lei nº 11.127, de 28-6-2005, a exclusão do associado só deverá ser admissível havendo *justa causa*, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.<sup>29</sup> Apesar dessa garantia, não há qualquer “tipificação” legal prévia da conduta do associado a ser excluído ou

---

<sup>26</sup> BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal a processos particulares: processos punitivos de sócios, associados e condôminos*. In.: Revista de Processo. RePro 161, ano 33, julho-2008. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. p. 321.

<sup>27</sup> Há julgados de diversos tribunais do país que endossam essa posição, como os seguintes: “(...) É nula a imposição de multa deliberada em assembléia geral ordinária que, modificando a convenção, penaliza o condômino que pendura roupa molhada na parte externa do prédio e respinga a roupa no andar inferior, se a matéria não constou da ordem do dia e se o punido não foi comunicado. A lei não pode amparar o arbítrio, concedendo ao síndico um poder discricionário. A Carta Magna no art. 5.º, LV, assegura a todos os transgressores de qualquer norma legal, o direito de ampla defesa, estabelecendo-se o contraditório, capaz de permitir a solução adequada para o ato inquinado como atentatório à lei.” TJRJ, ApCív 1991.001.05096. Rio de Janeiro, 20/08/1997. Disponível em [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acesso em 20/12/2008. “(...) Se a punição do condômino não foi antecipada de oportunidade para defesa, verossimilhante é a alegação de sua nulidade, o que permite inferir inviável a suspensão dos direitos do condômino em vista do não pagamento da multa.” TJRS, AgIn 70006801948. Porto Alegre, 01/08/2003. Disponível em [www.tj.rs.gov.br](http://www.tj.rs.gov.br). Acesso em 20/12/2008. “Aplicação de multa a condômino, por comportamento anti-social. Para a aplicação sucessiva da multa, de que trata o parágrafo único art. 1.337 do CC, são necessárias deliberações da assembléia, caso por caso, permitindo a defesa do condômino diante de cada fato a ele imputado.” TJRJ, ApCív. 2007.001.24277. Rio de Janeiro, 26/06/2007. Disponível em [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Acessado em 20/12/2008.

<sup>28</sup> “Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterà: I – a denominação, os fins e a sede da associação; II – os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; III – os direitos e deveres dos associados; IV – as fontes de recursos para sua manutenção; V – o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; VI – as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução; VII – a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.”

<sup>29</sup> A antiga redação do referido art. era a seguinte: “Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, obedecido o disposto no estatuto; sendo este omissivo, poderá também ocorrer se for reconhecida a existência de motivos graves, em deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembléia geral especialmente convocada para esse fim. Parágrafo único. Da decisão do órgão que, de conformidade com o estatuto, decretar a exclusão, caberá sempre recurso à assembléia geral.”

da forma como se dará esse processo de expulsão. Essa função fica a cargo dos estatutos ou de deliberações das assembléias, o que deixa o indivíduo mais vulnerável a arbitrariedades e prejudica sua defesa. Além disso, a expressão *justa causa* é um conceito jurídico muito aberto, até mesmo para o juiz, e permite conclusões que não correspondam necessariamente a um comportamento malicioso ou intencional por parte do membro da associação.

Diante do exposto, é forçoso reconhecer a necessidade de vinculação direta do devido processo legal em relações dessa natureza, tanto no seu aspecto substantivo, quanto no procedimental, pois, à semelhança do que ocorre na aplicação de sanção ao condômino, todo o procedimento punitivo perfaz-se integralmente no âmbito privado, ao arrepio de qualquer controle judicial.<sup>30</sup>

As discussões judiciais envolvendo o tema chegaram ao Supremo Tribunal Federal, que por diversas vezes analisou casos e reconheceu a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Ainda no ano de 1997, discutia-se no RE 158215-4/RS a legitimidade formal da expulsão de sócios de uma cooperativa, sem a observância dos preceitos estatutários relativos à defesa dos excluídos.<sup>31</sup> Foi, no entanto, no caso da União Brasileira de Compositores que a matéria teve maior atenção, com grande aprofundamento técnico e doutrinário. Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário nº 201.819-8, em 11/10/2006, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O sócio infrator foi excluído da União Brasileira de Compositores com base no art. 16 do seu estatuto, segundo o qual a diretoria nomeará comissão de inquérito composta de três

---

<sup>30</sup> Nesse sentido já vinha se manifestando o extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais, que exigia pelo menos o respeito ao *procedure process of law*, mesmo na vigência da redação anterior do art. 57, quando não se previa expressamente a necessidade de se observar um procedimento prévio, pautado pelo *due process*. “É nulo o procedimento de exclusão de associado dos quadros de associação, quando não se observa o devido processo legal nem as garantias dele decorrentes, tais como o contraditório e a ampla defesa, além de serem infringidas outras normas legais e estatutárias. Os danos morais são presumidos no caso de violação à honra, pois se trata de direito personalíssimo, razão pela qual a negligência na instauração e no desenvolvimento de procedimento de exclusão irregular enseja o direito à indenização de cunho compensatório.” TAMG, ApCív. 2.0000.00.480020-4/000. Belo Horizonte, 16/03/2005. Disponível em [www.tj.mg.gov.br](http://www.tj.mg.gov.br). Acessado em 20/12/2008. E, ainda, “(...) Compete ao Poder Judiciário averiguar a legalidade da exclusão de associado de corporação musical, no que respeita aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, basilares do estado democrático de direito. Não tendo sido dada oportunidade ao membro de associação privada defender-se perante a assembléia geral, e não tendo esta apreciado os motivos da sua exclusão, procede seu pedido de reintegração.” TAMG, ApCív 434.359-1. Belo Horizonte, 04/03/2005. Disponível em [www.tj.mg.gov.br](http://www.tj.mg.gov.br). Acessado em 20/12/2008.

<sup>31</sup> . O então Ministro relator, Marco Aurélio de Mello, argumentou que “a exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do preceito constitucional assegurador da plenitude da defesa nos processos em geral. (...) Incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados (...), sem a abertura de prazo para produção de defesa e feitura de prova”. A ementa é a seguinte: “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 do devido processo legal, viabilizando o exercício da ampla defesa.” STF, RE 158215-4/RS. Brasília, 07/06/1997. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acessado em 07/05/2008.

sócios, a fim de apurar indícios, atos ou fatos que tornem necessária a aplicação de penalidades aos sócios que contrariem os deveres prescritos no estatuto. Verificou-se, no entanto, que, embora a sociedade tivesse, de fato, por seu órgão deliberativo, designado uma comissão especial para tal fim, esta não concedeu oportunidade ao sócio de defender-se das acusações e de realizar possíveis provas a seu favor. A comissão simplesmente reuniu-se, analisou a documentação apresentada pelo secretário da sociedade, concluiu pela punição do infrator, e aplicou a pena de expulsão. Independentemente da justiça ou não dessa decisão, o que careceria pelo menos da análise de sua razoabilidade, é fácil perceber que o devido processo legal procedimental não foi observado.

Em brilhante voto, acompanhando o dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, Joaquim Barbosa sustentou que no ordenamento jurídico brasileiro a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada é consequência de diversos fatores, muitos deles observáveis na prática jurídica contemporânea, inclusive no próprio Supremo Tribunal Federal, sendo:

O primeiro deles, o paulatino rompimento das barreiras que separavam até final do século XX o direito público e o direito privado. Por outro lado, um fenômeno facilmente observável em sistemas jurídicos dotados de jurisdição constitucional – a chamada “constitucionalização do direito privado”, mais especificamente do direito civil. Noutras palavras, as relações privadas, aquelas que há até bem pouco tempo se regiam exclusivamente pelo direito civil, hoje sofrem o influxo dos princípios de direito público, emanados predominantemente das decisões proferidas pelos órgãos de jurisdição constitucional.<sup>32</sup>

Esse caso, sem dúvida, marca a postura do Supremo Tribunal Federal em recepcionar a tese da vinculação imediata dos direitos fundamentais nas relações particulares, sobretudo em relação ao devido processo legal, e insere o Brasil entre os países que adotam a teoria da eficácia horizontal imediata desses direitos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Demonstrou-se neste trabalho que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é consequência direta do processo de constitucionalização pelo qual o direito infraconstitucional vem se submetendo, tendo como consequência a reaproximação entre os institutos de direito público e o privado, garantindo uma maior proteção ao seu conteúdo. Aqui no Brasil esse processo de constitucionalização desenvolve-se através do

---

<sup>32</sup> STF, RE 201.819-8/RJ. Brasília, 11/10/2005. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acessado em 07/05/2008.

reconhecimento da supremacia dos direitos fundamentais e da normatividade dos princípios eleitos pela Constituição Federal de 1988.

Verificou-se que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*) destaca-se como o mais importante efeito jurídico da dimensão objetiva dos direitos fundamentais ao convocar, não só o Estado, mas também toda sociedade para atuar na proteção e no respeito a tais direitos. A doutrina tem se apoiado em vários fatores jurídicos e sociais para defender a recepção no Brasil da vertente que impõe a vinculação direta e imediata dos particulares aos direitos fundamentais, como o mandado de otimização dos direitos fundamentais contido no § 1º do art. 5º, a presença de direitos sociais voltados especificamente contra particulares, o fenômeno da constitucionalização do direito e as características da sociedade brasileira, ainda marcada por grandes desigualdades sociais.

Os reflexos dessa teoria no direito civil são impactantes. Toda a teoria do negócio jurídico tem agora que ser revista à luz da Constituição. Além dos seus elementos tradicionais, aspectos como função social, equivalência material, boa-fé objetiva e, no que se refere à sua vinculação aos direitos fundamentais, os postulados da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, devem ser observados sempre que houver possibilidade de restrição de bens e direitos pelos próprios particulares, sem a participação do Estado. A base da teoria preceptiva do negócio jurídico, difundida no direito romano como princípio geral dos contratos através do *pacta sunt servanda*, fica, portanto, prejudicada sempre que não forem observados os direitos fundamentais em relações dessa natureza.

As discussões judiciais envolvendo o tema chegaram ao Supremo Tribunal Federal, que por diversas vezes analisou casos e reconheceu a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. O caso da União Brasileira dos Compositores, julgado no ano de 2006, marcou expressamente essa postura em relação ao devido processo legal e inseriu o Brasil entre os países que adotam a teoria da eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Entretanto, devido ao tradicionalismo e à grande falta de conhecimento teórico sobre este tema, há ainda forte resistência da doutrina e jurisprudência nacionais em assumir todas as funções e modalidades ligadas ao devido processo legal que, por muito tempo, foi considerado apenas no âmbito judicial e sob seu aspecto procedimental.

## **REFERÊNCIAS**

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal a processos particulares: processos punitivos de sócios, associados e condôminos*. In.: Revista de Processo. RePro 161, ano 33, julho-2008. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Podium, 2007. v. 1.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

PEREIRA, Jane Reis G. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Fundação Konrad-Adenauer, 2005.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. *As penas privadas no direito brasileiro*. In.: SARMENTO, Daniel (organizador). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.