



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

PAULO JACKSON DA SILVA BRITO

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
APLICABILIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO
PROCEDIMENTO DE EXCLUSÃO DE MEMBROS DE ENTIDADES
PRIVADAS

SOUSA - PB
2008

PAULO JACKSON DA SILVA BRITO

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
APLICABILIDADE DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO
PROCEDIMENTO DE EXCLUSÃO DE MEMBROS DE ENTIDADES
PRIVADAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Monnizia Pereira Nóbrega.

SOUSA - PB
2008

Paulo Jackson da Silva Brito

**EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: APLICABILIDADE DO
DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCEDIMENTO DE EXCLUSÃO DE
MEMBROS DE ENTIDADES PRIVADAS**

Aprovada em: 25 de novembro de 2008

COMISSÃO EXAMINADORA:

Profª Esp. Monnizia Pereira Nóbrega
Orientadora

Profª Esp. Petrucia Marques Sarmiento Moreira
Examinadora

Profª Esp. Maria Elza de Andrade
Examinadora

Ao meu pai, Renato, por me fazer acreditar que as pessoas sempre merecem uma segunda chance. (*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

A meu Deus, por me dar força para lutar pelo alcance dos meus objetivos, e a me reerguer toda vez que a vida me faz tropeçar.

A minha adorada mãe, Vaneide, que com seu amor consegue me fazer enxergar nos momentos mais difíceis uma saída. Eu não sou nada sem você.

As minhas irmãs, Poliana e Renata, que eu tanto amo; e as minhas sobrinhas do coração.

A minha querida e incomparável amiga vivianne, que durante todos esses anos esteve ao meu lado, acreditando sempre em mim, e me ensinando o verdadeiro sentido da amizade.

A minha amiga Lulu (Danielle), por todos os excelentes dias de convivência e amizade.

As minhas amigas mais que especiais, Jas (minha super amiga internacional) e La, pelos incomparáveis momentos que vivemos, por todo o apoio durante todos esses anos e por fazer com que eu sempre me sinta melhor quando estou meio down.

A Leyde e a Danilo, a quem tanto admiro e estimo; A Renato, Vinícius, Gwimel, Patrícia Drielly, Aline, Tarsila, Carlinha, Carla Cibelly, Janaina, Robertinho, Dedé, Alice, Júlia, Deusimar, Carlin, Lívio, Rômulo, Marília, por tudo que vivemos durante esses cinco anos.

A meus melhores amigos de sempre, Maria, Rose, Manoel, Didi, Jackson e Mimi.

Aos professores Admilson Leite, Remédios Barbosa e Thiago Marques, pelos seus preciosos ensinamentos e, principalmente, por me inspirarem durante a minha jornada acadêmica.

A professora Monnizia, pela paciência e dedicação, sem as quais eu não teria conseguido realizar o presente trabalho.

**“A autonomia privada, que encontra
claras limitações de ordem jurídica, não
pode ser exercida em detrimento ou com
desrespeito aos direitos e garantias de
terceiros.”**

Min. Gilmar Ferreira Mendes

RESUMO

O devido processo legal é um postulado fundamental do Estado Democrático de Direito, que visa assegurar aos envolvidos em processos judiciais e administrativos, um processo justo e adequado tutelando o direito à liberdade e à propriedade dos indivíduos. A doutrina moderna confere aos direitos fundamentais um caráter irradiante, haja vista que emanam valores para todo o ordenamento jurídico e toda a sociedade, não se restringindo às relações entre o Poder público e os particulares, o que justifica sua incidência nas relações jurídicas privadas, denominada de eficácia horizontal. Diante da temática posta, questiona-se se o devido processo legal como direito fundamental teria aplicabilidade nos procedimentos negociais que são regidos pelo princípio da autonomia da vontade. Assim, a presente pesquisa objetiva analisar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apontando como efetividade desta, a possibilidade de aplicação do devido processo legal nos procedimentos de exclusão de membros de entidades privadas, tanto no seu aspecto material como no procedimental. Para alcançar este objetivo, utilizam-se os métodos histórico-evolutivo e exegético-jurídico, bem como estudos bibliográficos, evidenciando-se que o devido processo legal nos seus aspectos material e procedimental deve ser obedecido nas relações jurídicas privadas como forma de limitar a autonomia da vontade. Desta forma, a incidência direta do princípio em tela nos procedimentos de exclusão de membros de entidades privadas não esmaga a autonomia da vontade, devendo seus direitos fundamentais ser respeitados.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Devido processo legal. Exclusão de membros. Entidades privadas

ABSTRACT

Due process of law is a fundamental postulate of the Democratic State of Right, which aims to ensure those involved in legal and administrative proceedings, a fair trial and adequate protect the right to liberty and property of individuals. The modern doctrine confers fundamental rights a radiant character, is seen that emanate values for the entire legal system and the entire society, is not restricted to relations between the government and individuals, which justifies its focus on private legal relationships, called horizontal effectiveness. Faced with the theme called. It is questionable if the due legal process as a fundamental right would have applicability in the negotiating procedures that are governed by the principle of freedom of choice. Therefore, this paper aims to examine the effectiveness of horizontal fundamental rights, pointing to this effect, the possibility of applying due process procedures for exclusion of members of private entities, both in their material and the procedural aspect. To achieve this goal, we use the methods and evolutionary history-exegetic-legal and bibliographical studies, showing that the due legal process in its material and procedural aspects must be obeyed in private legal relationships as a way of limiting the autonomy the will. Thus, the direct impact of the due process in the procedures for exclusion of members of private entities not crushed the freedom of choice, should their rights be respected.

Keywords: Fundamental rights. Due process of law. Members' exclusion. Deprived entities

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

a.C. – Antes de Cristo
ADIN – Ação direta de inconstitucionalidade
Art. – Artigo
ABDC – Associação Brasileira de Divulgação Científica
APAE – Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais
APC – Apelação Cível
CC – Código Civil
CPC – Código de Processo Civil
CF/88 – Constituição Federal de 1988
DF – Distrito Federal
DJ – Diário da Justiça
ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
Nº. – Número
P. – Página
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
RJ – Rio de Janeiro
RS – Rio Grande do Sul
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
T – Turma
TRT – Tribunal Regional do Trabalho
TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS – Tribunal do Júri do Rio Grande do Sul
UBC – União Brasileira de compositores
Vs – Versus

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS.....	12
1.1 Dos direitos e garantias fundamentais.....	13
1.2 Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais.....	21
1.3 Aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.....	30
CAPÍTULO 2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	34
2.1 Do devido processo legal.....	34
2.2 O caráter principiológico do devido processo legal.....	40
2.3 Devido processo legal procedimental e material.....	43
CAPÍTULO 3 A INCIDÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCEDIMENTO DE EXCLUSÃO DE MEMBROS DE ENTIDADES PRIVADAS COMO APLICABILIDADE DA TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	50
3.1 Do direito de exclusão de membros de entidades privadas: associações e sociedades.....	50
3.2 Aplicabilidade do devido processo legal nos procedimentos de exclusão de membros de entidades privadas.....	60
3.3 Posicionamento dos Tribunais.....	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS.....	77

INTRODUÇÃO

À medida que o homem travou batalhas contra os desmandos e as arbitrariedades do Poder Público, foram concebidas no contexto do constitucionalismo liberal Declarações de direitos que visavam, principalmente, a limitação do poder do Estado. Tais declarações positivaram os Direitos Fundamentais do indivíduo, que possuem uma natureza dinâmica, haja vista que não se estabilizam no tempo.

Atualmente, não se confere aos direitos fundamentais apenas a noção de direitos subjetivos públicos, tendo como destinatários unicamente o Estado, pois os mesmos são oponíveis também aos particulares que nas suas relações também devem obediência aos postulados fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Denomina-se eficácia horizontal os debates acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, os quais tiveram início na Alemanha e nos Estados Unidos, mas hoje a temática é discutida nos mais diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no ordenamento pátrio.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como ordem jurídica-política, o Estado Democrático de Direito, dando ênfase à proteção dos direitos fundamentais através do reconhecimento de garantias fundamentais, dentre as quais destaca-se a cláusula do devido processo legal, apresentando-se como uma diretriz para criação e aplicação das normas jurídicas.

Diante do contexto da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, questiona-se se o devido processo legal, como princípio fundamental do processo e do procedimento teria aplicabilidade nas relações jurídicas privadas, sobretudo, nos procedimentos de exclusão de membros de entidades privadas, as quais atuam no mundo jurídico guiadas pelo princípio da autonomia da vontade, que também recebeu proteção constitucional. Porém, deve-se ressaltar que os direitos e garantias fundamentais não possuem caráter absoluto, assim a aplicação do devido processo legal nos procedimentos de exclusão de membros de entidades privadas não implica no esmagamento da autonomia da vontade.

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, apontar a efetividade da mesma, bem como verificar a possibilidade de aplicação do princípio constitucional ao devido processo legal nos procedimentos de exclusão de membros de entidades privadas, tanto no seu aspecto material como no procedimental.

Para tanto, utilizar-se-á do método histórico-evolutivo, com o intuito de traçar a evolução dos direitos fundamentais e do devido processo legal para se determinar a abrangência dos direitos e o conteúdo do princípio em tela; do método exegético-jurídico, para se proceder a análise das diversas normas jurídicas discutidas durante o trabalho. Como também, do método bibliográfico para fundamentar teoricamente as discussões suscitadas.

Para uma melhor compreensão do tema proposto, o trabalho foi dividido estruturalmente em três capítulos. No primeiro capítulo, inicialmente será feita uma abordagem acerca das noções gerais dos direitos fundamentais, procedendo-se a uma análise da evolução histórica dos mesmos, até situá-los no contexto do ordenamento jurídico pátrio. Neste momento, será abordada também a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, analisando as teorias que se preocuparam em estabelecer a forma de incidência, bem como apontar o posicionamento da doutrina e jurisprudência pátria.

Por sua vez, o segundo capítulo tratar-se-á do devido processo legal, iniciando-se com a evolução do princípio, demonstrando a sua construção histórica ao longo do tempo. A seguir, serão feitas considerações acerca do seu caráter principiológico, bem como dos seus aspectos procedimental e material.

Por fim, no terceiro capítulo demonstrar-se-á a incidência do devido processo legal nos seus aspectos procedimental e material nos procedimentos de exclusão de membros de entidades privadas de forma direta e imediata, enfocando as principais características das entidades privadas, de forma a apresentar os procedimentos de exclusão previstos na legislação civil, e assim evidenciar a necessidade das partes contratantes verificarem a cláusula do devido processo legal.

Assim, a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, especialmente nos procedimentos de exclusão de membros de entidades privadas, suscita muitos questionamentos acerca do grau e da forma de incidência, o que pode gerar violações a estes direitos.

CAPÍTULO 1 A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

Ao longo da história da humanidade construiu-se um conjunto de direitos básicos, inerentes à própria condição humana, visando garantir a dignidade e a liberdade humanas. Dependendo do país e do contexto histórico são utilizadas várias expressões para se referir a estes direitos básicos como direitos humanos, direitos fundamentais, direitos do cidadão e liberdades públicas.

Para compreender o termo direitos fundamentais deve-se analisar o conceito de direitos humanos, pois embora ambos guardem intensa intimidade não se confundem.

O conceito de direitos humanos é universal, sendo utilizado para designar os direitos de todos os seres humanos, em qualquer lugar do mundo, não se restringindo a culturas ou fronteiras. Já os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos constitucionalmente na órbita interna de cada Estado soberano, que por conveniência política e questões culturais estabelecem explícita ou implicitamente uma série de direitos indispensáveis à população que constitui o seu território. Corroborando com tal entendimento Ingo W. Sarlet (*apud* Barcellos Mathias, 2008) preleciona que:

Em que pese sejam ambos os termos ("direitos humanos" e "direitos fundamentais") comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para distinção é de que o termo "direitos fundamentais" se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão "direitos humanos" guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecessem o ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e que, portanto, aspiram a validade universal para todos os povos e tempos de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Assim, os direitos fundamentais podem ser definidos como normas positivas constitucionais que compreendem os atributos básicos e indispensáveis destinados a assegurar a dignidade humana.

1.1 Dos direitos e garantias fundamentais

Os direitos fundamentais resultam da fusão de ideologias filosófico-jurídicas, cristãs, jusnaturalistas e, sobretudo, de raízes históricas originadas de batalhas do homem contra o autoritarismo estatal buscando o reconhecimento da liberdade e da dignidade humana.

Quanto ao momento histórico em que os direitos fundamentais foram concebidos posiciona-se a doutrina majoritária que estes foram decorrentes do Constitucionalismo. No entanto, ensina Alexandre de Moraes (2001, p. 154) que a origem dos direitos fundamentais precede os movimentos constitucionalistas, afirmando que:

A origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Código de Hammurabi (1960 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes.

Desta forma, a concepção jusnaturalista de direitos fundamentais remonta à Antiguidade. Entretanto, a fase em que esses direitos vieram a ser positivados em declarações de direitos do homem nasce com as revoluções liberais do século XVII, as quais são precedentes para a concepção atual dos direitos fundamentais, a citar as revoluções liberais da Inglaterra, da França e dos Estados Unidos.

Na Inglaterra, os movimentos revolucionários surgiram como forma de reação ao absolutismo, com o intuito de limitar o poder do monarca através do reconhecimento de direitos que se colocariam acima dele.

Dentre os diplomas consagradores de direitos fundamentais destaca-se a *Magna Charta Libertarum*, outorgada na Inglaterra pelo rei João Sem Terra em 1215, por ter sido a primeira grande conquista no reconhecimento de direitos, estabelecendo uma série de direitos presentes até hoje na maioria das Cartas Políticas dos Estados, como a proporcionalidade entre delito e sanção, restrições ao poder de tributar, previsão do devido processo legal, dentre outros.

Todavia, a Magna Carta não pode ser considerada estritamente uma declaração de direitos, já que os destinatários dos privilégios concedidos eram apenas os mais ricos.

Nos Estados Unidos, um diploma de grande importância na construção histórico-evolutiva dos direitos fundamentais é a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, antecedendo a própria independência das treze colônias inglesas. Tal diploma é considerado o primeiro documento a reconhecer direitos inerentes a todo ser humano, independente de sexo, raça, religião, cultura ou posição estatal.

Inspirada nos ideais iluministas da Revolução Francesa, em 1789 é promulgada pela Assembléia Nacional a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, atribuindo pela primeira vez em um diploma um caráter universal aos direitos fundamentais. Diferentemente dos documentos consagrados na Inglaterra e nos Estados Unidos de incidência apenas interna, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tinha por destinatários todos os seres humanos.

Após a Segunda Guerra Mundial, a humanidade choca-se com as atrocidades cometidas pelo totalitarismo estatal contra a dignidade da pessoa humana. Como forma de combater a violação aos direitos fundamentais de todos os seres humanos foi elaborada em 1948 a Declaração Universal dos Direitos do Homem atendendo à previsão do artigo 55 da Carta das Nações Unidas.

A esse respeito Alexandre de Moraes (2001, p.175) preleciona que:

Elaborada a partir da previsão da Carta da ONU de 1944, que em seu art. 55 estabeleceu a necessidade dos Estados-partes promoverem a proteção dos direitos humanos, e da composição, por parte da Organização das Nações Unidas, de uma comissão dos direitos humanos, presidida por Eleonora Roosevelt, a Declaração Universal dos Direitos do Homem afirmou

que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, bem como que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade tem sido a mais alta inspiração do homem comum.

A partir deste momento, os direitos fundamentais ganham maior projeção internacional, ganhando maior certeza e segurança jurídica. A Declaração Universal dos Direitos do Homem veio a consagrar, além dos direitos e garantias individuais, os direitos sociais.

Os princípios e valores estabelecidos no diploma legal mencionado, foram tão importantes que alteraram o próprio conceito de Constituição, pois esta passou, além de estabelecer a estrutura e o funcionamento do Estado, a ter a função de positivizar normas de direitos humanos, as quais deviam incorporar-se às Cartas Políticas, de forma a estabelecer liberdades, com o escopo de limitar a atuação estatal diante da esfera individual das pessoas e estabelecer uma série de direitos, cujo conteúdo é a imposição de obrigações ao Estado para que este assegure determinadas prestações aos indivíduos.

Os direitos fundamentais não se estabilizaram com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pois ao admitir a estagnação destes direitos estar-se-ia negando o seu caráter histórico-evolutivo.

Além das Declarações de Direitos, há outros documentos de grande importância na proteção dos direitos fundamentais, são os tratados e convenções internacionais que relativizam, em parte, a soberania dos Estados signatários. De acordo com Celso Ribeiro Bastos (2000, p. 198), os tratados e convenções internacionais são "acordos formais, eis que, à moda do que acontece com os contratos no direito interno, demandam eles uma concordância de vontades, o que os distingue do ato jurídico unilateral".

O Brasil, atualmente é signatário de vários tratados que versam sobre Direitos Humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

Recentemente, visando garantir uma maior efetividade na proteção aos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45 de 08 de dezembro de 2004, veio

a acrescentar o §2º ao artigo 5º da Carta Magna, estabelecendo que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, quando aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros, têm o *status* de Emenda Constitucional. Assim, percebe-se que ao equiparar os tratados às emendas constitucionais garante-se maior força normativa aos mesmos, o que reflete na proteção aos direitos humanos.

De acordo com a ordem em que os direitos fundamentais são reconhecidos e incorporados às Cartas Políticas dos Estados, são eles classificados em gerações ou dimensões de direitos. A doutrina moderna prefere o último termo, tendo em vista que a idéia de surgimento de uma nova geração pressupõe o desaparecimento da anterior, e os direitos fundamentais não se excluem, somam-se. Em todo o caso, quando entram em confronto, deve-se proceder a uma harmonização ou ponderação entre os mesmos, de modo a prevalecer sempre os direitos mais importantes.

Assim, os denominados, direitos da primeira dimensão compreendem os direitos ligados à liberdade, abarcando as liberdades clássicas negativas, conhecidas como direitos civis e políticos, conforme preleciona Alexandre de Moraes (2001, p.194).

São os direitos advindos das revoluções liberais, cujo conteúdo é a imposição de obrigações negativas ao Estado visando a não interferência na esfera privada. Tais direitos têm como titulares os indivíduos, demonstrando a nítida separação entre a sociedade e o Estado, por isso sendo caracterizados como direitos de defesa do homem em face do Estado e de outros indivíduos.

Por sua vez, os direitos da segunda dimensão de acordo com os ensinamentos de Lenza (2008, p. 598), ligam-se ao princípio da igualdade compreendendo os direitos sociais, culturais e econômicos. Os mesmos surgiram no século XX com o desenvolvimento do Estado Social, sendo exemplos, o direito ao salário mínimo, férias e repouso semanal remunerado, direito aos serviços de saúde gratuitos e ao acesso a todos os níveis de ensino.

O momento histórico que marca o reconhecimento destes direitos é a Revolução Industrial, período de graves violações aos direitos fundamentais. Ao tratar do tema, Rogério Gesta Leal (2000, p. 42) aduz que:

O surgimento da máquina a vapor e o concomitante aumento das indústrias junto às cidades traz uma realidade agressiva e violadora dos direitos humanos e fundamentais, obrigando os trabalhadores a viver em situação de ultrajante miséria e falta de segurança, morando em habitações insalubres, cercadas por oficinas e em terrenos pantanosos, sem nenhum saneamento e urbanização. Além disso, na medida em que esta mecanização não demanda muitas habilidades dos trabalhadores, torna-se possível incorporar, com facilidade, trabalho feminino e infantil, o que implica um rebaixamento do custo de remuneração do próprio trabalho e aumento sucessivo do capital.

A partir deste momento o Estado deixa a postura não-intervencionista e passa a agir ativamente para o pleno exercício dos direitos do homem, obrigando-o a cumprir prestações positivas através das políticas intervencionistas.

No que se refere aos direitos da terceira dimensão, relacionam-se com a fraternidade ou solidariedade, compreendendo os direitos relativos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação e autodeterminação dos povos. Sendo, por isso, denominados de transindividuais, coletivos ou difusos, e têm como titular o gênero humano.

São os mesmos decorrentes da crise do final do século XX, originada do processo desenfreado de globalização econômica e do advento do neoliberalismo, associados a uma política de privatização, que reduziu o papel do Estado de prestador social e transferiu para esfera privada a execução de serviços públicos.

Atualmente, a doutrina moderna inspirada nos ensinamentos de Norberto Bobbio considera a existência de uma quarta dimensão de direitos fundamentais, oriunda dos avanços da engenharia genética, “sendo imprescindíveis para a realização e legitimidade da globalização política” (NOVELINO, 2008, p. 229).

Os direitos da quarta dimensão são resultantes dos avanços tecnológicos que afetam os meios sociais e as estruturas econômicas, culturais e jurídicas, refletindo-se assim, na posição política do homem no atual contexto da globalização, de acordo com Novelino (*ibidem*).

Corroborando com tal entendimento, Nuria Meneses Cabral (2008) ao tratar dos direitos da quarta dimensão afirma que:

Refletem os avanços tecnológicos que impingem uma nova dimensão do homem no mundo da globalização. O "estar" no mundo, atualmente, não sofre limitações geográficas, apenas os limites dos valores morais, éticos, culturais e tecnológicos, fazendo com que o Direito reexamine o valor do homem moderno; como por exemplo, a preocupação já não é mais pela vida simplesmente, mas sim, pela qualidade de vida. O Direito, na era digital, enfrenta questões relacionadas ao *biodireito*, *bioética*, *biodiversidade*, convivendo num mundo de valores envelhecidos e preconceituosos.

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 é um marco na história política e jurídica do país, pois em comparação com suas antecessoras, é a que dispõe de um maior número de direitos e garantias fundamentais, destacando ainda que os direitos consagrados no seu corpo não excluem outros que vierem a ser estabelecidos.

É de salutar importância ressaltar a distinção entre direitos e garantias fundamentais. Os direitos fundamentais são normas positivas constitucionais que asseguram ao indivíduo o gozo de bens ou vantagens, já as garantias são os mecanismos pelos quais se assegura o exercício dos direitos, conforme preleciona José Afonso da Silva (2000, p. 214).

Ao dispor a respeito, Lenza (2008, p. 588) argumenta que:

Um dos primeiros estudiosos a enfrentar esse tormentoso tema foi o sempre lembrado Rui Barbosa que, analisando a Constituição de 1891, distinguiu "as disposições meramente declaratórias" que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.

Assim, são os direitos normas de caráter substancial, enquanto as garantias têm natureza instrumental ou assecuratória que limitam o poder, prevenindo ou reprimindo a violação dos direitos.

Ainda no que se refere aos direitos fundamentais, é importante destacar que a Teoria Clássica consubstanciava-se na noção de direito subjetivo público, ou seja, baseada nas premissas individualistas, atribuía aos direitos fundamentais apenas a

função de tutelar interesses individuais contra o Estado, único destinatário dos deveres correlatos a estes direitos, conforme preleciona Varela Gonçalves (2008).

Porém, inspirada no Constitucionalismo Alemão, fundado na jurisprudência da Corte Constitucional a partir da vigência da Lei Fundamental de Bonn, a doutrina conferiu aos direitos fundamentais um caráter objetivo ou axiológico, conforme dispõe Marinoni (2006, p. 71).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais começa a ganhar contornos com o desenvolvimento do Estado Social e dos direitos de segunda dimensão, pois a partir deste momento o Poder Público passa a tutelar os interesses da coletividade ao lado dos individuais. Pois, de acordo com as lições de Canotilho (2003, p. 466) as normas consagradoras dos direitos econômicos, sociais e culturais modelam a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que criam imposições ao legislador, de forma a agir positivamente para propiciar as condições materiais necessárias ao exercício desses direitos, e exigindo o fornecimento de prestações aos cidadãos.

Neste contexto, os direitos fundamentais estabelecem valores cujo enunciado incidem sobre todo o ordenamento jurídico, seja o Legislativo, seja o Executivo ou o Judiciário, nas esferas federal, estadual e municipal.

A esse respeito Daniel Sarmiento (2006, p. 106), afirma que:

Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do legislativo, executivo e judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte da sua atuação.

Vale ressaltar que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não exclui a dimensão subjetiva, já que, conforme sustenta Daniel Sarmiento (2006, p.108), "a dimensão objetiva complementa a subjetiva, e agrega a ela uma "mais valia", conferindo proteção reforçada a tais direitos, através de esquemas que transcendem a estrutura relacional típica dos direitos fundamentais".

Destarte, a doutrina atual reconhece a dupla dimensão dos direitos fundamentais, a objetiva e a subjetiva. Neste sentido, os direitos fundamentais apresentam-se como direitos públicos subjetivos com projeção objetiva, ou seja, expressam uma ordem de valores que ganham o corpo de normas positivas constitucionais.

Do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais nasce a idéia da incidência destes nas relações privadas, haja vista que refletindo-se sobre toda a ordem jurídica e social, estes direitos passam a ter uma eficácia jurídica irradiante. Desta forma, os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna passam a irradiar seus efeitos para todos os ramos do Direito, inclusive para o Direito Privado.

A idéia de eficácia irradiante dos direitos fundamentais surge na jurisprudência alemã no final da década de 50 na solução do caso Lütke, conforme aduz Varela Gonçalves (2008).

O caso tratava da exibição de um filme pelos cinemas alemães. Produzido pela cineasta Veit Harlan, a película baseava-se na ideologia da supremacia da raça ariana, por isso, foi boicotado na sua exibição pelo presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lütke.

Ao apreciar a matéria, o Tribunal Estadual de Hamburgo deu razão à cineasta declarando ser inconcebível o boicote. Porém, inconformado com a decisão, Lütke impetrou recurso para a Corte Constitucional, que dando provimento ao mesmo entendeu não ser cabível a interpretação das normas de Direito Civil quando estas contrariarem os valores constitucionais, por ser estes dotados de uma eficácia irradiante.

Ao dispor a respeito, Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 460) esclarece que:

Esse significado novo dos direitos fundamentais teve como marco a seminal decisão do caso Lütke, julgado pela Corte Constitucional Alemã em 1958. partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais destinam-se, em primeiro plano, a proteger o cidadão em face do Estado, ficou consignado no precedente que a Lei Fundamental não quer ser uma ordem neutra de valores, porquanto estabeleceu na parte dedicada aos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores, a qual reforça a pretensão da validade dos direitos fundamentais e tem seu núcleo na dignidade da pessoa humana, devendo reger todos os âmbitos do direito como decisão constitucional fundamental.

Assim, os direitos fundamentais, como normas instituidoras de valores que orientam toda a sociedade e o Estado, não se limitam a incidir somente nas relações entre o Poder Público e os particulares, sendo aplicados também nas relações *inter privados*.

1.2 Eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais

De acordo com os ensinamentos de Novellino (2008, p. 224), com o intuito de atribuir maior proteção aos direitos fundamentais, a Carta Magna determina no seu artigo 5º, § 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Todavia, esta disposição não tem caráter absoluto, haja vista que a aplicação imediata depende do conteúdo e do objeto do direito em questão.

Para verificar a eficácia de um direito fundamental cumpre distingui-los entre direitos de defesa e direitos a prestações. Aqueles se consubstanciam, normalmente, em normas auto-executáveis, dispensando assim, legislação complementar. Em contrapartida, estes não produzem todos os seus efeitos sem uma legislação que complemente o seu conteúdo (NOVELINO, 2008, p. 224).

Assim, os direitos de defesa possuem eficácia direta e imediata, enquanto os direitos a prestações, em regra, não terão aplicabilidade imediata até que o legislador infraconstitucional complemente o seu objeto e conteúdo (NOVELINO, *ibidem*).

Tomando por base os destinatários dos deveres correlatos aos direitos fundamentais, a doutrina atribui a eficácia destes sob duas perspectivas. Quando os direitos fundamentais vincularem o Poder Público, seja de forma negativa ou positiva, a eficácia será vertical. Quando os direitos fundamentais vincularem também os particulares, observa-se a eficácia horizontal.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais consubstancia-se na relação jurídica hierarquizada, de subordinação entre o Estado e os particulares. Deste modo, compreende-se que o Estado vincula-se aos direitos fundamentais não

apenas no sentido de não os violar, mas de estabelecer mecanismos para que os particulares também não os violem, exercendo assim, um dever de proteção.

A eficácia vertical existe em relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que se encontram vinculados às normas definidoras e garantidoras dos direitos fundamentais.

Assim, tratando-se da eficácia vertical, no que se refere à vinculação do Legislativo, o legislador desempenha um papel de fundamental importância para a proteção dos direitos fundamentais, haja vista que edita normas que prevêm e garantem os direitos fundamentais. No entanto, a sua atividade não é absoluta, pois ao fixar os parâmetros das normas de direitos fundamentais, bem como definir o âmbito de proteção destas, devem obediência à Constituição Federal.

Corroborando com tal entendimento, Gilmar Ferreira Mendes (2006, p. 116) aduz que:

A exigência de que o âmbito de proteção de determinado direito somente pode sofrer restrição mediante lei ou com fundamento em uma lei (reserva legal) já seria suficiente para ressaltar a importância vital da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Se a ele compete, em determinada medida, fixar os exatos contornos de dado direito fundamental, mediante o estabelecimento de limitações ou restrições, mister se faz que tal tarefa seja executada dentro dos limites prescritos pela própria Constituição. O legislador deve ater-se aqui não só ao estabelecido na Constituição (reserva legal simples/ reserva legal qualificada), mas também aos chamados *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*), especialmente ao princípio de proteção do núcleo essencial (*Wesensgehaltsgarantie*) e ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*).

Assim, os direitos fundamentais vinculam o Legislativo não apenas na obrigatoriedade de fixação de normas estabelecendo seus limites de acordo com a Constituição Federal como também no estabelecimento de mecanismos indispensáveis à sua concretização. Daí pode-se falar em um dever de proteção que resulta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na ordem jurídica.

A Teoria dos Deveres de Proteção de acordo com Daniel Sarmiento (2006, p. 129) consubstancia-se na noção de que os direitos fundamentais criam verdadeiras imposições ao Estado para que este estabeleça mecanismos de proteção, impedindo que terceiros violem aqueles direitos. Assim, o Estado tem o dever não

apenas de abster-se na violação de direitos fundamentais, mas de posicionar-se ativamente no combate à violação por parte dos particulares.

Por sua vez, os direitos fundamentais também exercem força vinculante sobre os órgãos do Poder Executivo, seja da Administração Direta ou Indireta, estendendo-se também às pessoas jurídicas de Direito Privado que executam serviços públicos.

O Poder Público no exercício da matéria administrativa deve observar os direitos fundamentais, seja no exercício de serviços públicos (observando-se, por exemplo, o princípio da isonomia em relação aos indivíduos), seja na execução de atividades restritivas de direitos, como o processo administrativo disciplinar ou o poder de polícia (observando-se, por exemplo, o devido processo legal).

No que se refere à vinculação do Judiciário, cabe ao magistrado a aplicação dos direitos fundamentais diante de casos concretos guardando estrita obediência aos ditames traçados na Constituição. Além disso, cabe aos magistrados aferir a legitimidade das próprias decisões. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (2006, p. 118) explica que:

Isso significa que até mesmo a simples aplicação do direito ordinário pelos tribunais pode ocasionar lesão aos direitos fundamentais, tanto no caso de inobservância completa de determinada regra do direito fundamental (*Defizit; Fehleinschätzung*) quanto na hipótese de a decisão assentar-se em considerações insustentáveis e arbitrárias do prisma objetivo (*unhaltbare und deshalb willkürliche Entscheidung*) ou em construção que ultrapassa os limites constitucionais do direito jurisprudencial (*Überschreitung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung*).

Deste modo, o juiz deve obediência aos direitos fundamentais, porque incidem sobre ele verticalmente, agindo com o dever de proteção, assim como o legislador e o administrador público.

Ao lado da eficácia vertical dos direitos fundamentais, admite-se a eficácia horizontal, consubstanciando-se na incidência destes direitos nas relações entre particulares, que se encontram teoricamente no mesmo plano jurídico, numa relação de coordenação, por isso, o uso da expressão eficácia horizontal.

O liberalismo exarcebado do século XIX veio a tornar-se o principal obstáculo à idéia da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

As discussões acerca da temática começaram a ganhar destaque entre 1944 e 1948 nos Estados Unidos com a doutrina do *state action*, quando a Suprema Corte julgou casos onde se pretendia a interpretação de relações privadas sob a ótica da 14ª Emenda. No final, a Corte admitiu a aplicabilidade na esfera privada dos direitos fundamentais apenas quando a violação puder, de alguma forma, ser considerada uma ação do Estado, de acordo com Daniel Sarmiento (2006, p. 197).

Na Alemanha, por volta dos anos cinquenta e início da década de sessenta, os debates ganham ainda mais força. A esse respeito Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 443) esclarece que:

Na Alemanha, embora haja certa hesitação quando se trata de identificar a origem precisa do debate é possível afirmar que este ganhou consistência a partir da década de cinquenta, quando foi cunhado célebre termo *drittwirkung der grurechte*. Há quem sustente, inclusive, que a própria idéia de eficácia dos direitos fundamentais em relações privadas é uma criação da ciência jurídica alemã, verdadeiro produto "made in Germany", que, mais tarde, tornou-se "artigo de exportação jurídica". Embora a construção norte-americana da *state action doctrine* torne questionável o pioneirismo invocado pela dogmática germânica, o fato é que esta conferiu ao tema densidade e originalidade ímpares, vindo a tornar-se ponto de referência para toda a doutrina européia. De outro lado, enquanto a jurisprudência americana adotou uma solução hermenêutica que não nega a premissa geral do direito liberal – de que os direitos não vinculam os particulares –, a discussão alemã explorou o problema sob várias perspectivas, apresentando soluções mais radicais quanto à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Atualmente, os debates acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorre nos mais diversos sistemas jurídicos, seja sob influência da doutrina alemã do *drittwirkung der grurechte* (eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros), seja sob influência da doutrina norte-americana do *state action* (ação do estado). A maior dificuldade reside em definir o grau da vinculação.

É importante destacar a exemplificação fática feita por Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 447) sobre a densidade do problema, afirmando que:

Nesse contexto, e para ressaltar a densidade do problema, é possível cogitar de uma série de hipóteses envolvendo potenciais lesões a direitos fundamentais na esfera privada, cabendo questionar: se ou até que ponto as liberdades (religiosas, de residência, de associação, por exemplo) ou bens pessoais (integridade física e moral, intimidade, imagem) podem ser limitadas por contrato, com o acordo ou o consentimento do titular; se uma empresa pode celebrar contratos de trabalho com cláusulas pelas quais os trabalhadores renunciem a exercer atividade partidária ou a sindicalizar-se; se um partido político pode impedir que participem das convenções destinadas a escolher seus candidatos nas eleições, indivíduos de raça negra; se é legítimo que um clube social recuse o ingresso de novo sócio sem declinar a motivação, ou proíba o acesso de pessoas de determinada raça ou sexo; se uma empresa pode celebrar contrato de trabalho em que conste cláusula de celibato de empregado, ou ainda, que o obrigue a não ter filhos durante o período de vigência do contrato.; se uma escola particular pode recusar-se a matricular alunos de determinada raça; até que ponto é admissível a liberdade de expressão (e de outras liberdades) dos jogadores de um clube desportivo, dos membros de um partido político ou ordem religiosa; quais os poderes de sancionamento que os pais podem exercer sobre os menores; se o senhorio pode despejar o inquilino pelo não pagamento da renda quando tolera o não pagamento de outro que também não paga; se é legítima cláusula testamentária que estabeleça que o direito de herança não poderá ser exercido caso o herdeiro se case com uma israelita; se pode uma associação expulsar sócio sem observar as regras estatutárias, ou, ainda, se pode o condômino se sancionado sem que antes lhe seja dada a oportunidade de defender-se, etc.

Os problemas são múltiplos e surgem sob diversos aspectos. No entanto, a intensidade da incidência em relação aos direitos fundamentais não é a mesma, haja vista que as lesões a direitos na esfera privada apresentam-se de diversas formas.

Sendo assim, existem três teorias que tratam da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, são elas: a Teoria da Ineficácia, a Teoria da Eficácia Indireta e Teoria da Eficácia Direta.

A Teoria da Ineficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas ou doutrina do *state action*, apesar de não gozar de muito prestígio, contribuiu muito para os debates acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2006, p. 198) esta teoria decorre de várias decisões da Corte Constitucional Americana. A primeira vez que a Corte apreciou a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorreu com a decisão dos *civil rights cases* (casos envolvendo questões de racismo). Esses casos decorreram da decisão da Suprema Corte que considerou inconstitucional o *Civil Rights Act* de 1875, que previa medidas visando a redução das discriminações

raciais em lugares públicos. Em síntese, nos cinco casos, a Corte entendeu que as liberdades enunciadas na Constituição não alcançariam as relações privadas.

Somente após setenta anos, a Corte volta a apreciar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas numa série de decisões denominadas *white primary cases* (questões envolvendo a participação de negros em partidos políticos). A partir deste julgado a *state action theory* começa a ganhar o embasamento teórico em que se fundam suas premissas, haja vista que a Corte Americana reconheceu a aplicabilidade do princípio da igualdade nos comitês políticos, fundamentando sua decisão no fato de que estes devem ser considerados como agências estatais (MENDES, 2006, p. 467).

A jurisprudência que veio a tornar-se num dos principais precedentes da *state action theory* foi o caso *Marsh Vs. Alabama*, em 1946. Marsh pregava a religião Testemunhas de Jeová, distribuindo panfletos nas ruas da cidade privada de Chicksaw, construída na propriedade de uma empresa privada. Após ser advertida de que não poderia continuar distribuindo os panfletos sem autorização da empresa, a religiosa foi presa e condenada com base numa lei local do Alabama.

A respeito do posicionamento da Suprema Corte diante deste caso, Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 480) aponta que:

A Suprema Corte anulou a condenação, adotando o entendimento de que a empresa, ao atuar como Poder Público devia obediência à liberdade de religião (1ª Emenda). O ponto decisivo para adoção da tese foi a constatação de que, no caso, não se tratava de uma propriedade privada qualquer, tendo em vista a natureza e a magnitude das funções administrativas desempenhadas pelos prepostos da empresa. A Corte que Chicksaw estava organizada como uma verdadeira cidade, tendo todas as características de qualquer outra cidade americana. Considerou-se, então, que quando um proprietário abre sua propriedade, em proveito próprio, ao uso do público em geral, mais limitados tornam-se seus direitos pelos direitos legais e constitucionais que a usam. Os proprietários da cidade não poderia restringir as liberdades constitucionais dos que tramitam por suas ruas, principalmente quando se trata da liberdade de imprensa e de religião, que segundo a jurisprudência norte-americana, desfrutam de uma posição preferencial.

Desta forma, percebe-se que estes julgados consolidaram a doutrina do *state action* bastante ligada ao liberalismo e a idéia de que o Estado é o único destinatário dos direitos fundamentais, reconhece a incidência destes às relações privadas

apenas quando envolvesse atividades estatais (*state action*), com exceção da 13ª Emenda (proibição da escravidão).

Ao dispor acerca do tema Eduardo Fischer (2008) aduz que:

Tal doutrina fundamenta-se principalmente sobre a idéia de que o pacto federativo estadunidense delega aos Estados a competência para legislar sobre a matéria de direito privado. Assim, ela preservaria o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, interviesses na disciplina das relações interprivadas.

Assim, a *state action* nega a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois estas se baseiam em princípios próprios como a autonomia da vontade, não devendo o Estado interferir nessas relações. Todavia, excepcionalmente, pode ser admitida a eficácia horizontal quando entidades privadas desenvolverem atividades de caráter público.

Porém, valer ressaltar que a Suprema Corte Americana não tem dado aos direitos fundamentais o devido tratamento, pois a *state action theory* apesar de ter atenuado o rigor de suas decisões ao longo do tempo, permite que o Estado e entidades privadas violem constantemente os direitos fundamentais, conforme preleciona Sylvia Ericson (2008).

No que se refere à Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata dos Direitos Fundamentais, foi formulada na Alemanha, tendo como principal defensor o jurista Günther Düring, sendo acolhida, em parte, na Corte Constitucional Alemã, conforme preleciona Gilmar Ferreira Mendes (2006, p. 498). Situa-se na zona cinzenta entre as doutrinas do *state action* e da eficácia direta, partindo da mesma idéia de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, entretanto, chega a conclusão diversa.

A doutrina da eficácia mediata nega a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. De acordo com esta corrente, os direitos fundamentais não ingressam nas relações privadas como direitos públicos subjetivos, pois não se destinam a solucionar diretamente conflitos privados, haja vista que apesar de consistirem os mesmos numa ordem de valores que irradia seus efeitos para todas as esferas do Direito, inclusive para o Direito Privado, não

acarreta sua incidência direta nas relações privadas, conforme os ensinamentos de Novelino (2008, p. 233).

Para a teoria em estudo, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas somente seria possível através da mediação do legislador que estabeleceria as hipóteses de aplicação e o seu grau de extensão. Pois para doutrina da eficácia mediata deve ser atribuído um caráter protetivo à autonomia da vontade, haja vista que por meio da eficácia direta poderia ocasionar-se um sério comprometimento dos institutos de Direito Privado, pois estes se vinculariam aos preceitos constitucionais restringindo o seu objeto.

Corroborando com tal entendimento Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 467) destaca que a Teoria da Eficácia Mediata:

Afirma que a dimensão objetiva e valorativa dos direitos fundamentais não acarreta sua incidência direta nas relações privadas, mas apenas implica a necessidade de que sejam levados em conta pelo Estado na criação legislativa ou na interpretação do direito privado. Há sempre a necessidade de que um órgão estatal – este sim, destinatário direto das normas que reconhecem os direitos – atue como mediador da aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado. Para essa vertente, limitar a atuação das pessoas privadas pelos mesmos preceitos que balizam a atividade estatal importaria em transformar os direitos em deveres, subvertendo seu significado.

Destarte, esta corrente admite a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas apenas por intermédio do legislador e ressalta a proteção ao princípio da autonomia da vontade.

A presente teoria é duramente criticada pela doutrina pelo fato de não proporcionar uma tutela efetiva aos direitos fundamentais nas relações *inter privados*, haja vista que sua proteção fica condicionada à vontade do legislador, conforme sustenta Sylvia Ericson (2008).

Por sua vez, a Teoria da Eficácia Direta ou Imediata dos Direitos Fundamentais, de acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2006, 499), formulada pelo juiz do Tribunal do Trabalho Federal Alemão Hans Carl Nipperdey, é a corrente majoritária, sendo aplicada na Alemanha, Espanha, Itália, Suíça, Portugal e Brasil.

Para seus seguidores, os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente nas relações entre os particulares, independentemente da intermediação do legislador infraconstitucional, pois parte da premissa de que as violações aos direitos fundamentais não vêm apenas do Estado, mas de toda a sociedade, por isso, possuem eficácia *erga omnes*.

Neste ponto vale ressaltar o posicionamento do Tribunal do Trabalho Federal Alemão presente na obra de Gilmar Ferreira Mendes (2006, p.123) indicando que:

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

De acordo com esta corrente, mesmo atribuindo aos direitos fundamentais incidência direta, não se nega a existência de certos obstáculos, haja vista que, diferentemente da relação vertical, os sujeitos das relações privadas merecem e reclamam a mesma proteção. Pois, não se deve atribuir aos direitos fundamentais uma eficácia irrestrita e ilimitada, pois isso acabaria por aniquilar completamente o princípio da autonomia da vontade.

Assim, os adeptos desta corrente, a citar Daniel Sarmiento (2006, p. 128) sustentam que para proteger a autonomia da vontade deve-se proceder a uma ponderação de interesses, a qual num Estado Democrático de Direito, deve ser feita *a priori* pelo legislador, mas caso haja omissão por parte deste, cabe ao próprio juiz, diante de casos concretos, solucionar os conflitos.

Um ponto fundamental que deve ser levado em conta pelo legislador e pelo juiz é a desigualdade fática entre os particulares, pois a idéia de que os particulares encontram-se no mesmo plano jurídico é apenas hipotética. Pois é certo que na maioria dos negócios jurídicos privados uma parte encontra-se em superioridade em relação à outra.

1.3 Aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro

Acerca da temática posta, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, os doutrinadores, a exemplo de Daniel Sarmiento (2006, p. 128) sustentam que a teoria adotada no país é a da eficácia direta. Entretanto, tal aplicabilidade não se funda em nenhuma norma constitucional expressa.

Em contrapartida, outros países como Portugal e Suíça reconhecem expressamente a referida teoria. O art. 18, n.1, da Constituição Portuguesa determina que os direitos fundamentais sejam aplicados às entidades privadas. Na mesma linha, o Projeto da Comissão especial para revisão total da Constituição Suíça (art. 25) prevê que a legislação e a jurisdição devem zelar pela aplicação dos direitos individuais às relações privadas, conforme apresenta Marinoni (2006, p. 79).

Por outro lado, não existe nenhuma disposição constitucional que leve a interpretação negativa de uma eficácia horizontal, assim como não se pode afirmar que a autonomia privada foi negada, pois a Constituição reconheceu esta como um princípio constitucional (art. 5º, inciso II, CF/88).

De acordo com Eduardo Fischer (2008), outros doutrinadores de renome, a citar Ingo W. Sarlet, sustentam que mais adequada ao ordenamento jurídico brasileiro é a Teoria da Eficácia Direta. Pois, Steinmertz (*apud* Eduardo Fischer, 2008) ao dispor a respeito preleciona que:

Direitos Fundamentais individuais (e coletivos) de liberdade – exceto aqueles direitos em que é evidente ser o Estado o único sujeito destinatário – é dogmaticamente mais consistente e conveniente a teoria da eficácia imediata. Isso decorre não só de uma interpretação estrutural correta de muitos Direitos Fundamentais catalogados na Constituição Federal de 1988, mas também, e sobretudo, do fato de que a Constituição Federal de 1988 não só é uma Constituição do Estado e das relações políticas, mas também da sociedade, das relações sociais em sentido amplo.

No que se refere ao posicionamento dos Tribunais, a jurisprudência brasileira vem aplicando os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de

forma imediata na solução de lides que versam sobre relações jurídicas privadas. Todavia, os Tribunais reconhecem apenas a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, sem aprofundar os debates acerca das teorias.

Os Tribunais mesmo reconhecendo a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, não fundamentam as decisões pela adoção da Teoria da Eficácia Direta, privando as partes de uma fundamentação teórica. A esse respeito, Eduardo Fischer (2008) argumenta que:

A prática é verdadeiramente espúria, na exata medida que uma aplicação indiscriminada dos Direitos Fundamentais nas relações interprivadas, sem aporte teórico adequado, poderia levar ao absurdo, causando uma verdadeira homogeneização das relações interprivadas, o que não objetivado pela teoria da eficácia horizontal, pois há que ser preservado o caráter privado das relações na sua autonomia naquilo que não conflitar com os Direitos Fundamentais que não detêm, devido à sua própria natureza, caráter absoluto. É o caso específico da isonomia que recebe tratamento distinto na temática envolvendo a eficácia horizontal.

Assim, quando se revela a aplicação direta de um direito fundamental em uma relação *inter privatus*, sem que o intérprete tenha trilhado um caminho de afastamento ou mitigação de outro direito fundamental, ou sequer o tenha apresentado no debate ou fundamentação, inegavelmente a decisão que se extrai do caso, a despeito de poder ser a mesma que se obtenha a partir de uma hermenêutica adequada, mostra-se insuficiente e inconstitucional, a despeito de que o sistema democrático reclama a fundamentação/motivação adequada das decisões (CF/88, Art. 93, X), pois no interior de toda fundamentação/motivação reside um outro elemento: a necessidade de convencer.

Desta forma, percebe-se que os Tribunais brasileiros pecam por não apresentar um posicionamento expresso sobre a adoção da Teoria da Eficácia Direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, causando um elevado grau de incerteza jurídica, e fere o princípio da adequada fundamentação das decisões judiciais.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 161.246-6 em 1997, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (2008) apreciou uma reclamação trabalhista impetrada pelo empregado brasileiro Joseph Halfin em face da empresa aérea francesa *Compagnie Nationale Air France*, visando à concessão de benefícios assegurados pelo Estatuto da Empresa apenas aos cidadãos franceses. O pleito foi

indeferido pelo TRT, fundamentando que não se estendia os benefícios ao requerente, por não ser este de nacionalidade francesa.

O STF deu provimento ao recurso, por entender que o princípio da isonomia foi violado, não se justificando a discriminação em razão da nacionalidade. Segue a ementa do acórdão:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DE PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967. ART. 153, § 1º, C. F., 1998, ART. 5º, CAPUT.

I – Ao requerente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita aos empregados de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (C. F., 1967. art. 153, § 1º, C. F., 1988, art. 5º, caput).

II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (Ag. Rg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465.

III – Fatores que autorizariam a desigualdade não ocorrentes no caso.

IV – R. R. conhecido e provido.

(RE 161.243-6, Rel. Carlos Velloso, DJ 19.12.1997).

O Superior Tribunal de Justiça (2008) tem tratado a matéria de forma mais explícita. Por exemplo, no julgamento do Recurso Especial n. 235678, onde se discutia a aplicabilidade da Convenção de Varsóvia para fixação do dano moral relativo ao atraso em viagem internacional, o Ministro Ruy Rosa de Aguiar, decidiu pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso, considerando que:

O princípio da igualdade, inserido no art. 5º da Constituição da República, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, embora não deva ser aqui aplicado de modo imediato e direto, serve de parâmetro interpretativo dos dispositivos legais que nos ocupam. Por isso, na relação contratual do transporte aéreo, é inadmissível cláusula que estabeleça nítida desigualdade entre as partes, criando situação de verdadeira exoneração da responsabilidade em favor do transportador, que não retribui em termos adequados pelo mau cumprimento do contrato, além de conceder à empresa área benefício que não concede aos demais transportadores.

Outro caso de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas na jurisprudência do STJ (2008), ocorreu no julgamento do *Habeas Corpus* n. 12.547/DF em 2001, onde se discutia acerca da legitimidade da prisão civil de motorista de táxi, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar aderiu tacitamente à Teoria da Eficácia Direta, para o qual, conforme ementa da decisão:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE E IGUALDADE. CLÁUSULA GERAL DOS BONS COSTUMES E REGRA DE INTERPRETAÇÃO DA LEI SEGUNDO SEUS FINS SOCIAIS. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da lei e obediência aos bons costumes. Ordem deferida.

As decisões acima destacadas fortalecem a tese de que na ordem jurídica brasileira a Eficácia Horizontal dos direitos fundamentais é direta e imediata. De fato, esta é a corrente que melhor apresenta uma tutela efetiva aos direitos fundamentais. Pois, como visto, a doutrina do *state action* ao restringir a aplicabilidade dos direitos fundamentais somente quando se configurar atividade estatal, e a Teoria da Eficácia Mediata por atribuir ao legislador muita liberdade na elaboração de normas, deixam margem a graves violações à dignidade humana.

CAPÍTULO 2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A Constituição Federal de 1988 incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro as idéias e os princípios do Estado Democrático de Direito, ao qual fundamentado na soberania popular, emprega mecanismos jurídicos visando à proteção aos direitos fundamentais através de normas que devem ser obedecidas pelos próprios governantes.

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário desempenha a importante função de solucionar os conflitos de interesses, efetivando a concretização dos direitos fundamentais. Como instrumentos de concretização dos direitos fundamentais, a Carta Política estabelece garantias visando à regulamentação do processo, representando instrumentos de limitação ao arbítrio do poder.

Neste contexto, surge a garantia do devido processo legal, intimamente ligada à noção de Estado Democrático de Direito, como uma diretriz para criação e aplicação das normas jurídicas.

2.1 Do devido processo legal

A doutrina majoritária, de acordo com os ensinamentos de Guerra Filho (2008), afirma que a origem das garantias processuais situa-se no século XIII, relacionando-se com os esquemas garantísticos da Magna Carta de 1215. De fato, este diploma foi o primeiro a disciplinar a aplicação do processo judicial, estabelecendo no seu artigo 39¹, que: *“No freeman shall be taken, or imprisoned, or disseized, or exiled, or in any way harmed — nor will we go upon or send upon him — save by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”*.

1 Art. 39. Nenhum homem será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra.

O referido artigo não apresentava de forma explícita as premissas do devido processo legal nem instituía na verdade uma garantia processual genérica em favor de todos os súditos, criava apenas uma prerrogativa para os barões feudais.

Em virtude do carácter impreciso do dispositivo citado, os estudiosos encontraram muita dificuldade em determinar o significado do dispositivo. Neste sentido observa Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 474) que:

Alguns historiadores do direito compreendem que o dispositivo tinha o objetivo singelo de determinar que as pessoas fossem devidamente notificadas, pudessem apresentar sua defesa e fossem julgadas pela autoridade competente. Outros atribuem um significado mais amplo ao princípio do devido processo legal que se aproxima da sua compreensão moderna.

Para o Direito Inglês, de acordo com os ensinamentos de Maia Filho (2000, p. 21), o devido processo legal era concebido de forma mais restrita, significando a submissão a um rito específico, um juízo legal de pares (autoridade legítima e pré-constituída), e de acordo com o Direito, a “lei da terra” (procedimentos previstos na lei), expressão que representava o Direito vigente na Inglaterra.

Quanto ao sentido e conteúdo da expressão “lei da terra” no período medieval, observa-se que esta se ligava à idéia de Direito Costumeiro (*Common Law*), decorrente da sedimentação das decisões judiciais passadas.

A respeito do significado do devido processo legal no Direito Inglês medieval, Canotilho (2003, p.480) sintetizando os pensamentos dos juristas ingleses Coke e Blackstone, argumenta:

Qual, na verdade, o significado a atribuir a uma tal formulação de *due process*? Dois dos mais célebres comentadores ingleses - Coke e Blackstone - insinuam uma interpretação tendencialmente restritiva. Coke definiu o princípio do devido processo legal como sendo aquele que consagra “processo e acusação por homem de bem e justo e, conseqüentemente, requer um juízo e prova de culpabilidade do acusado”. Por sua vez, Blackstone nos seus *Commentaries on the Laws of England*, parece reiterar esta interpretação, pois para ele processo devido consiste em fazer uso do “mandamento apropriado para levar a tribunal uma pessoa acusada, mas não presente”. Em rigor, o processo devido seria o complexo de actos situados entre o momento inicial de comparência e juízo de acusação e a sentença condenatória de prisão.

Assim, percebe-se que a concepção do devido processo legal na Magna Carta de 1215 apresentava um caráter restrito e não universal. Contudo, não se pode negar a importância deste princípio, principalmente em comparação com práticas judiciais anteriores.

No século XIV, a expressão “lei da terra” é substituída por *due process of law* (devido processo legal), que foi gradativamente recebendo ampliações. A mais notória ocorreu no século XVII, no reinado de Carlos I, através da *Petition of Rights*, de 1628, que reconheceu o caráter universal da garantia, podendo esta ser invocada por qualquer súdito nos procedimentos judiciais, conforme se decorre dos ensinamentos da professora Lúcia Valle Figueiredo (2008).

A fonte direta da concepção moderna do *due process of law* é o Direito Constitucional Americano. De acordo com Maia Filho (2000, p. 31), o *due process* foi introduzido na Constituição Americana através das Emendas n. 5ª e 14ª, a primeira se restringia ao direito federal, e a segunda vinculou os Estados da Federação, estabelecendo que:

Amendment n. V No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

Amendment n. XIV All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and it the United States where in they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States not shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law, not deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws².

2 Emenda no. V: Ninguém será compelido em nenhum processo penal a testemunhar contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal. Emenda no. XIV: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.

Pela análise das emendas acima destacadas, conclui-se que o *due process of law* implica na observância do procedimento previsto aplicado nos casos de privação da vida, da liberdade e da propriedade.

No início, a cláusula tinha sentido predominantemente formal, visando a imparcialidade dos procedimentos judiciais através de garantias como o contraditório e a ampla defesa.

Com o julgamento do caso *Lochner vs. New York*, em 1905, a Suprema Corte estende a aplicação do devido processo legal à impugnação de atos do Legislativo fundamentando-se na afronta a princípios constitucionais. Desta forma, o Judiciário passa analisar se a legislação apresenta-se em conformidade com os valores constitucionais.

Ao tratar do assunto, Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 478) preleciona que:

Em *Lochner vs. New York*, de 1905, o Estado de Nova York, por razões humanitárias, adota legislação voltada a limitar ao máximo de 10 horas a jornada de trabalho dos padeiros. A Corte, ao impugnar a legislação, justificou que esta necessariamente interfere com o direito de contrato entre empregadores e empregados, relativo ao número de horas que os últimos devem trabalhar na padaria do empregador. O direito geral de realizar contrato em relação aos seus negócios é parte da liberdade protegida pela XIV Emenda à Constituição Federal. Sob esta emenda, nenhum Estado pode limitar o direito de qualquer pessoa à vida, à liberdade, propriedade, sem o devido processo legal. [...]. Em todo caso trazido a este Tribunal em que se trata de legislação desta natureza, e em que a proteção da Constituição federal é requerida, uma questão necessariamente aparece: é este exercício justo, razoável e apropriado [...] ou é uma interferência não-razoável, desnecessária e arbitrária nos direitos individuais [...]?

Portanto, o *due process of law* deixa de ser empregado apenas para assegurar a imparcialidade nos processos judiciais, passando a ter aplicabilidade na verificação pelo magistrado se a substância das leis coaduna-se com os valores estabelecidos na Constituição, dando origem ao conceito de devido processo legal substantivo ou material.

No que se refere a incidência do princípio do devido processo legal no ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira Carta Política do país a reconhecê-lo expressamente. Todavia, isso não quer dizer que o princípio não tivesse aplicabilidade antes da promulgação da atual Constituição.

O Direito Constitucional Brasileiro aponta para a existência de garantias processuais nas Constituições anteriores à Lei Maior de 1988, decorrendo assim, a aplicabilidade do *due process of law* por meio de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

A Carta Imperial de 1824 não fez nenhuma referência ao devido processo legal, pelo contrário, determinou em seu artigo 154, que o Imperador poderia suspender juízes, o que demonstra a fragilidade do Poder Judiciário da época e, conseqüentemente, a inexistência de garantias processuais consistentes, conforme preleciona Maia Filho (2000, p. 35).

Com a Proclamação da República em 1889, instaurou-se uma nova estrutura política no país, sendo promulgada em 1891 uma nova Constituição, a qual mesmo apresentando uma série de garantias individuais como o assecuramento da mais ampla defesa dos acusados, com todos os recursos e meios essenciais a ela, não fez qualquer referência ao devido processo legal (MAIA FILHO, *ibidem*).

Quanto às Constituições posteriores, todas foram silentes em relação à previsão expressa do princípio do devido processo legal, mas sempre apresentavam dispositivos asseguradores da instrução criminal contraditória e da ampla defesa, bem como os remédios processuais *habeas corpus* e mandado de segurança.

Como se vê, pela própria evolução histórica, é o princípio do devido processo legal, a garantia fundamental do processo, o princípio "pai" do qual emana a maioria dos princípios processuais, conforme preleciona Nelson Nery Júnior (2006, p. 133).

Assim, pode-se afirmar, que os fundamentos do devido processo legal guardam necessárias e íntimas conexões com a idéia de julgamento através de instrumentos processuais, que também se integram à ordem jurídica como elementos de proteção ao indivíduo, como o contraditório e a ampla defesa.

Porém, ressalta-se que a noção de processo deve ser entendida no seu sentido mais amplo, englobando o legislativo, o judicial, o administrativo e o negocial, ou seja, todos os procedimentos que possam restringir direitos fundamentais. Pois, processo justo e adequado é aquele que visa assegurar ao indivíduo a proteção do seu direito à liberdade e à propriedade, obedecendo-se aos trâmites procedimentais formalmente previstos na Constituição Federal e em normas infraconstitucionais.

Segundo Nelson Nery Júnior (2006, p.134) no Direito Processual Brasileiro a garantia do *due process of law* é utilizada no sentido de assegurar a igualdade das

partes, o *jus actionis*, o direito de defesa e o direito ao contraditório no trâmite processual.

Argumentando sobre a importância do princípio do devido processo legal, Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 481) afirma que:

A idéia de devido processo legal, além de ser transformado num instrumento cada vez mais relevante não apenas para a tomada de decisões de natureza política ou jurídica, tem exercido em outros campos da atividade humana que demandam legitimidade. Há, assim, critérios procedimentais para o acreditamento de pesquisas, para a certificação de idéias e inventos, para a promoção de carreiras, para a demissão de empregados etc. Num mundo destituído de verdades absolutas ou, pelo menos, num mundo tolerante a diversas verdades com pretensão de absolutas, mas que muitas vezes são auto-excludentes, o princípio do devido processo legal aparece como um instrumento privilegiado para a resolução de conflitos. Neste sentido, devemos aceitar um julgamento, nos submeter a uma decisão ou, mesmo, respeitar uma proposição científica não porque sejam verdadeiramente corretas, mas sim porque procedimentos pelos quais foram tomadas essas decisões são aceitos como legítimos para a produção de resultados com pretensão de verdade.

Portanto, consubstancia-se o princípio em tela num importante instrumento para a concretização da justiça, uma vez que permite ao indivíduo um julgamento imparcial e estritamente vinculado ao procedimento previsto.

A atual Carta Magna admite a dupla dimensão do princípio do devido processo legal, bipartindo-se este em devido processo legal substancial e devido processo legal procedimental, os quais serão esclarecidos adiante. Neste sentido Alexandre de Moraes (2005, p. 93) afirma que:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

De fato, não se concebe mais o devido processo legal apenas no seu sentido formal, haja vista que a efetivação da garantia adquire cada vez mais aspectos substantivos (ou materiais) que só podem ser verificados em cada caso através da análise de suas repercussões jurídicas.

2.2 O caráter principiológico do devido processo legal

Como exposto anteriormente, o devido processo legal desempenha uma importante função no Estado Democrático de Direito e, ao mesmo tempo não há como se conceber o princípio em tela fora da ordem jurídico-política concebida pela Constituição Federal. Pois, conforme preleciona Garcia Filho (2008):

A cláusula do devido processo legal, independentemente do seu significado próprio, deve ser interpretada como instrumento de concretização dos princípios constitucionais estruturantes indicados pelo legislador constituinte.

Neste momento é importante estabelecer a natureza jurídica da cláusula do devido processo legal, no entanto, antes, se faz necessário apresentar a clássica distinção entre princípios e regras.

A doutrina moderna, conforme apresenta Novelino (2008, p. 64), reconhece o caráter normativo dos princípios, assim como as regras. Deste modo, os princípios e as regras são espécies de normas jurídicas.

Marinoni (2006, p. 85), inspirado nas obras de Dworkin e Alexy, define as regras como normas de conteúdo geral e abstrato que descrevem um dever ser. Já os princípios são postulados fundamentais que irradiam valores e critérios que orientando a criação e a aplicação das regras constituem a ordem jurídica.

De acordo com o mencionado autor, os princípios possuem supremacia em relação às regras, integrando a Constituição e fundamentando a ordem jurídica. Os

princípios constitucionais têm aplicabilidade imediata, tendo funções interpretativas, supletivas e, sobretudo, possibilitar a aplicação das regras diante de casos concretos, de forma a evitar decisões contrárias à Constituição Federal.

Percebe-se que os princípios orientam a elaboração legislativa, a interpretação e a aplicação do Direito Processual, são eles que fazem com que exista um sistema, consoante explicita Wambier (2006, p. 65).

José Afonso da Silva (2000, p. 96) afirma que "os princípios são ordenações que irradiam e emantam os sistemas de normas, são núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens [...]".

Como se vê, os princípios servem de guia e orientação na busca do sentido e alcance das normas, uma vez que as mesmas, conforme preleciona Albuquerque Rocha (1998, p. 46) "consistem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas".

Destarte, pode-se afirmar que os princípios funcionam como pilares fundamentais da construção de todo o sistema jurídico, uma vez que são a base das normas jurídicas e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo-se em verdadeiros preceitos básicos fundamentais.

Observa-se que tais premissas estão inseridas no ordenamento jurídico pátrio, em especial na Constituição Federal, que "como norma fundamental e fundamentadora de todo o ordenamento jurídico, é a instância onde devemos colher os materiais para a reflexão sobre os princípios" (ROCHA, 1998, p. 48).

Assim, o princípio constitucional possui autoridade material superior e independente, permitindo o entrelaçamento harmônico das normas que compõem o ordenamento jurídico, vez que se caracteriza como o elemento informador do sistema constitucional, possuindo caráter hermenêutico.

Neste sentido, é que a Carta Magna, adotando a moderna tendência de constitucionalização do processo, incluiu em seu bojo, além do devido processo legal, uma série de princípios basilares da ciência processual que conforme preleciona Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 53) são, a saber: princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, CF/88), que determina que somente aquele integrado ao Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição federal, é que possui competência para o julgamento do conflito de interesse a ele submetido. Estão ligados ao princípio do juiz natural a garantia da imparcialidade do órgão julgador e a vedação expressa aos tribunais de exceção (art. 5º, XXXVIII,

CF/88); princípio do contraditório (art. 5º, LV, CF/88): consiste na outorga de efetiva participação das partes na formação do convencimento do juiz, ou seja, possibilita às partes a oportunidade de manifestação no processo; princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), que configura a utilização, pelas partes, de todos os meios e recursos legais previstos para a defesa de seus interesses e direitos postos em juízo; princípio da motivação das decisões (art. 93, IX, CF/88), conforme disposto na Magna Carta, exige-se que os atos decisórios proferidos pelos órgãos jurisdicionais sejam fundamentados, ou seja, apresentem a motivação explícita como forma das partes tomarem conhecimento acerca das razões do convencimento do juiz; princípio da publicidade (art. 5º, LX, CF/88), entendida como a garantia de lisura retrata a publicidade dos atos praticados em juízo.

A Constituição Federal é fonte material do Direito Processual e, como tal, apresenta diversas regras de conteúdo processual que incidem como normas gerais do processo. Comenta Frederico Marques (2001, p. 60) que nos preceitos programáticos da Carta Magna e nos princípios que a inspiram é que:

Deita raízes o Direito Processual Civil, para plasmar seu procedimento, assegurar os direitos das partes, definir as atribuições dos órgãos judiciários e estruturar adequadamente a relação processual, a fim de que o direito objetivo se aplique em concreto, de forma a dar a cada um o que é seu.

Inicialmente, pode-se definir o devido processo legal como regra jurídica, nesse sentido, percebe-se que esta cláusula é muito mais uma garantia que um direito, pois atua visando assegurar fundamentalmente a liberdade e a propriedade dos indivíduos.

No entanto, diante da amplitude da cláusula do *due process of law*, é muito mais segura a classificação do devido processo legal como um princípio. Diante da perspectiva do Estado Democrático de Direito, o princípio em tela desempenha uma importante função tanto no seu aspecto formal como material, porque atua na materialização da justiça. Nesse sentido, Guerra Filho (2008) assevera que:

Trata-se, portanto, de um sobreprincípio, pois, a exemplo de outros sobreprincípios, como o Estado Democrático de Direito, a Dignidade da pessoa Humana e a Igualdade, atua "sobre outros princípios", observa HUMBERTO ÁVILA, sendo que a nota que permite distingui-los dos demais princípios é o desempenho da função rearticuladora que permite a interação entre os vários elementos que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado. Por exemplo, o sobreprincípio do devido processo legal permite o relacionamento entre os subprincípios da ampla defesa e do contraditório com as regras da citação, de intimação, do juiz natural e da apresentação de provas, de tal sorte que cada elemento, pela relação que passa a ter com os demais em razão do sobreprincípio, recebe um significado novo, diverso daquele que teria caso fosse interpretado isoladamente.

Assim, inegável é o caráter principiológico do devido processo legal, sendo este concebido como um princípio material da justiça, bem como um princípio constitucional do processo.

2.3 Devido processo legal procedimental e material

De acordo com a análise histórica realizada anteriormente, percebe-se que o devido processo legal foi concebido como um instrumento de limitação ao exercício do Poder Público, não se preocupando a doutrina e jurisprudência inglesa e norte-americana em estabelecer critérios para diferenciar os aspectos procedimental e material do princípio, sendo eventual e incidental o reconhecimento desta distinção.

Considera-se o aspecto procedimental ou adjetivo do princípio, os procedimentos que o Estado deve obrigatoriamente seguir quando pretender privar uma pessoa da sua vida, liberdade ou propriedade. Enquanto o aspecto material ou substantivo diz respeito a uma adequada razão para privar do indivíduo tais direitos, conforme preleciona Moura Jansen (2008).

Ao tratar da matéria *Chemestry* (*apud* Garcia Filho, 2008) apresenta um caso apreciado pela Suprema Corte Americana como exemplo, de forma a esclarecer a distinção, afirmando que:

Os pais têm legítimo direito à guarda dos filhos. Neste sentido, o "*procedural due process*" exige que o governo deve permitir que os pais tenham conhecimento claro ("*notice and hearing*") das razões e das provas que evidenciam a necessidade de revogar a custódia. Já no que tange ao "*substantive due process*", considerando-se a custódia um direito fundamental, exige-se que o governo demonstre que a sua revogação se constitui em um convincente propósito, tal como a prevenção de abusos ou a falta de cuidados. Ou seja, o devido processo adjetivo exige que os pais tenham pleno conhecimento dos argumentos e elementos de prova apresentados pelo Estado, independentemente da análise sobre o seu conteúdo. Por outro lado, o devido processo substantivo exige que o Estado demonstre razões convincentes para a destituição da guarda dos filhos. Trata-se, portanto, de uma análise sobre o conteúdo dos argumentos e provas apresentados pelo Estado.

Assim, o *procedural due process of law* (devido processo legal procedimental) consubstancia-se na existência de garantias suficientes para que se tenha uma decisão justa; de modo a assegurar que as pessoas que se encontrem sob ameaça de privação de seu direito a vida, a liberdade e a propriedade sejam processadas de acordo com as regras procedimentais previstas.

Aplica-se o devido processo legal procedimental tanto aos litigantes como aos acusados submetidos a procedimentos judiciais, administrativos ou investigatórios no legislativo, sendo que o tipo de procedimento é que vai determinar o conteúdo e a forma do princípio.

Os principais destinatários são os juízes, que ao decidir acerca da restrição de direitos devem proceder ao julgamento da forma mais imparcial possível, observando uma série de garantias. Corroborando com tal entendimento Fredie Didier (2007, p. 37) afirma que:

Em síntese, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem formalidades e exigências em lei previstas.

Portanto, no seu sentido procedimental, a cláusula do devido processo legal assume o papel de garantia a um processo justo e adequado, por meio de outras garantias processuais, tais como o acesso à justiça, o contraditório, a ampla defesa,

a publicidade dos atos processuais, dentre outras. Qualquer desatendimento a estas garantias implica ofensa ao princípio do devido processo legal.

Por sua vez, o *substantive due process of law* (devido processo legal substantivo), refere-se a aplicação do princípio na esfera material, ou conforme explicita Moura Jansen (2008)

Tutela o direito material do cidadão, inibindo que lei em sentido genérico ou ato administrativo ofendam os direitos do cidadão, como a vida, a liberdade e a propriedade, e outros destes derivados ou inseridos na Constituição.

O aspecto substantivo do princípio do devido processo legal apresenta uma aplicabilidade mais ampla que a noção adjetiva, sendo aplicada a todos os ramos do Direito. Este aspecto parte da premissa de que um processo justo e adequado deve ser revestido tanto de instrumentos formais como substanciais. Neste sentido Canotilho (2003, p. 482) afirma que:

O problema nuclear da exigência de um *due process* não estaria tanto – ou pelo menos não estaria exclusivamente – no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado e castigado (“privado da vida, da liberdade e da propriedade”) por haver violado a lei, mas sim no fulcro de a lei poder ela própria transportar a “injustiça” privando uma pessoa de direitos fundamentais. Às autoridades legiferantes deve ser vedado o direito de disporem arbitrariamente da vida, da liberdade e da propriedade das pessoas, isto é, sem razões materialmente fundadas para o fazerem. Radica aqui também um dos argumentos invocados para, posteriormente, se defender a *judicial review of legislation*. Os juízes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei.

Neste contexto, abre-se ao Judiciário a possibilidade de apreciar os atos do Legislativo e do Executivo, entrando na seara de interesses e valores apreciados pelo legislador e pelo administrador. Se for constatado que os atos afetam direitos fundamentais de forma desproporcional deve o Judiciário impugná-los, aplicando assim o devido processo legal substancial, que assume a função de instrumento de controle da discricionariedade dos atos administrativos e legislativos.

Percebe-se que o devido processo legal substantivo possui bastante intimidade com o princípio da proporcionalidade, haja vista que este liga-se à idéia da concretização da justiça na medida em que o magistrado diante de casos concretos deve ponderar os bens jurídicos em conflito visando aplicar da forma mais justa as normas previstas.

Assim, o devido processo legal substantivo encontra no princípio da proporcionalidade uma forma de concretizar-se no mundo jurídico, pois no controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, o magistrado aprecia o mérito dos mesmos, analisando a sua proporcionalidade, de forma a declarar inconstitucional os atos que estiverem eivados de vícios que violem os direitos fundamentais dos indivíduos.

A esse respeito o Ministro Celso de Mello, no RE n. 374.981, de 28 de março de 2005, publicado no Informativo n. 381 do STF (2008), afirma que:

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impo-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "*substantive process of law*" (CF, art. 5º, LIV). Eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 – RTJ 178/22-24, v.g.): "O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro para aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material o princípio do *substantive processo of law* (CF, art. 5º . LIV. Essa cláusula tutelar ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador (RTJ 176/578-580, REL. MIN. CELSO DE MELLO, Pleno).

Destarte, percebe-se que a proporcionalidade é um princípio da hermenêutica constitucional, aplicado na ponderação ou harmonização de conflitos entre normas constitucionais, sendo de fundamental importância na concretização do devido processo legal substantivo.

Como ressaltado anteriormente, a aplicabilidade do devido processo legal não se limita à esfera judiciária, sendo aplicado também no Direito Administrativo, tanto no seu aspecto procedimental como material, tendo em vista que a Administração Pública também impõe limitações patrimoniais aos indivíduos.

O Direito Administrativo, na verdade, foi todo constitucionalizado, alargando a intervenção do Judiciário no aspecto da legalidade dos atos administrativos. Sobre a constitucionalização do Direito Administrativo, Alberto Angeramini (2007, p. 211) preleciona que:

A importância da idéia de constitucionalização do Direito Administrativo é flagrante, pois, sendo um direito fortemente jurisprudencial, passou a sofrer a influência dos métodos de hermenêutica constitucional, mais abertos e politizados.

Desta forma, a Administração Pública deve obediência ao devido processo legal procedimental nas atividades que impliquem na privação ou suspensão da liberdade ou da propriedade, ou viole outros direitos fundamentais na realização dos atos e processos administrativos.

A Lei n.º 9.784/99, que regula os processos administrativos no âmbito federal, não consagrou expressamente o devido processo legal. Entretanto, através de uma interpretação sistemática pode-se chegar a conclusão que o princípio encontra-se implícito, haja vista que a referida lei assegura as garantias do contraditório e da ampla defesa, conforme ensina Marcelo Alexandrino (2007, 498).

O devido processo legal no Direito Administrativo também se manifesta no seu aspecto substantivo, na possibilidade dada aos indivíduos de impugnação dos atos administrativos atentatórios a direitos fundamentais, pois conforme tratado anteriormente, o Judiciário poderá analisar se os atos administrativos ferem direitos fundamentais. Todavia, ressalta-se que o controle realizado pelo Judiciário limita-se

à análise da legalidade destes, não podendo o magistrado adentrar no mérito administrativo.

É possível ainda falar na aplicabilidade do devido processo legal no âmbito das relações jurídicas privadas. Pois, conforme tratado no capítulo anterior, a incidência dos direitos fundamentais nas citadas relações, no ordenamento jurídico pátrio é direta ou imediata.

Na esfera privada os indivíduos têm liberdade para pactuarem entre si com a finalidade de criar, modificar ou extinguir direitos, dando origem a negócios jurídicos de natureza contratual, sendo orientados pelo princípio da autonomia da vontade.

Porém, o princípio da autonomia da vontade não é absoluto, pois sofre limitações pelas cláusulas gerais como os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, previstos no Código Civil, pelo princípio da supremacia da ordem pública, bem como pelo princípio do devido processo legal.

Assim, o devido processo legal na fase pré-executiva dos contratos, manifesta-se na verificação dos requisitos dos negócios jurídicos que constituem o processo negocial, os quais dividem-se em requisitos de existência e requisitos de validade.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 310), “os requisitos de existência são os elementos estruturais do negócio, sem os quais ele inexistente”, são eles: a declaração de vontade, a finalidade negocial e a idoneidade do objeto.

Por sua vez, os gerais são os enumerados no artigo 104 do Código Civil, os quais estabelecem que a validade do negócio jurídico requer: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

Há ainda determinados negócios jurídicos que apresentam requisitos de validade específicos, por exemplo, a escritura pública nos pactos antenupciais e nos contratos constitutivos, translativos, modificativos ou renunciativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Neste sentido, o devido processo legal funciona como princípio restritivo da autonomia da vontade das partes, as quais devem obedecer às regras do procedimento negocial previstas em lei ou no contrato, de forma a evitar violações aos direitos fundamentais.

O devido processo legal também se aplica na fase executiva dos contratos, sobretudo, no que se refere à imposição de sanções convencionais, que deverão

estar de acordo com os requisitos negociais e as determinações previstas em lei, assegurando-se o direito de defesa do infrator.

Como exemplo, pode ser citado a imposição de multa aos condôminos por conduta anti-social reiterada que deverá ser precedida do procedimento previsto pelas normas que regem o condomínio. Ao tratar da matéria Maria Helena Diniz (2007, p. 230) preleciona que:

Se o condômino ou possuidor apresentar infração reiterada aos seus deveres poderá, havendo deliberação de 3/4 dos condôminos, ser constrangido a pagar multa correspondente até o quintuplo do valor da despesa de condomínio, conforme a gravidade das faltas cometidas e a reiteração, independentemente das perdas e danos (CC, art. 1.337, caput). E se com essa conduta anti-social reiterada (p. ex. uso do imóvel para constantes festas noturnas espalhafatosas, atividades ilícitas, como jogos de azar ou prostituição; incômodo provocado por cão feroz – RT, 405:175 etc) causar incompatibilidade de convivência com os demais, deverá pagar multa correspondente ao décuplo do valor relativo à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação assemblear (CC, art. 1.337, parágrafo único). Tal multa, portanto, poderá ser aplicada pelo síndico, desde que isso seja admitido pela convenção, sendo ratificada pela assembleia, pelo voto de 3/4 dos condôminos. A aplicação imediata da multa pelo síndico não prescinde de prévia comunicação ao infrator, assinalando-lhe prazo para justificar seu comportamento. Assim, coibindo-se o abuso do devido do direito de propriedade, pressiona-se o condômino à observância das normas condominiais, mas as sanções do art. 1.137 do CC/02 não poderão ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo (Enunciado n. 92 do Conselho da Justiça Federal, aprovado nas Jornadas de Direito Civil de 2002). Se, porventura, o faltoso vier a pagar aquela multa que não recebeu ratificação assemblear, o condomínio deverá restituir o *quantum* pago.

Assim, diante do exposto, conclui-se que na imposição de multa ao condômino nocivo, garantindo a este todos os meios de defesa admitidos e o direito ao contraditório, além da observância às normas procedimentais previstas no Código Civil, torna efetivo o caráter procedimental do devido processo legal.

CAPÍTULO 3 A INCIDÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCEDIMENTO DE EXCLUSÃO DE MEMBROS DE ENTIDADES PRIVADAS COMO APLICABILIDADE DA TEORIA DA EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o intuito de atingir determinadas finalidades, as pessoas criaram através de uma ficção jurídica, entes de personalidade própria constituídas por pessoas ou por bens, denominadas pessoas jurídicas. Estas entidades dividem-se em fundações e corporações.

As fundações são constituídas por um conjunto de bens afetados para realização de finalidades não econômicas determinadas pelo seu instituidor. E as corporações são grupos de pessoas que se unem com o intuito de atingir determinados objetivos e, para isso, submetem-se a determinadas regras previstas nos seus atos constitutivos.

Além das entidades de Direito Público, que integram a estrutura do Estado Soberano, os particulares podem instituir entes de existência própria distinta dos membros que a integram, formando, assim, juntamente com as fundações particulares, as pessoas jurídicas de Direito Privado.

As corporações de Direito Privado são reguladas pelo Código Civil, dividindo-as em associações e sociedades.

Estas entidades estabelecem determinadas regras cujo conteúdo visa a proteção do ente, de forma que uma vez descumpridas pelos membros, surge o poder da sociedade de aplicar sanções. Dentre estas sanções, a mais grave é o direito de exclusão.

3.1 Do direito de exclusão de membros de entidades privadas: associações e sociedades

Os membros que formam as entidades privadas convergem nos mesmos interesses e objetivos, visando o melhor para o ente social ao qual fazem parte. No

entanto, podem ocorrer fatos que têm o condão de quebrar o vínculo que une os membros.

Por previsão constitucional, “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” (art. 5º, XX, CF/88). Desta forma, quando os membros de associações não desejarem mais fazer parte do ente, seja qual for o motivo, tem o direito de retirar-se.

Por sua vez, no âmbito das sociedades, de acordo com os ensinamentos de José Waldecy Lucena (2005, p. 682), o direito de retirada surgiu no ordenamento jurídico pátrio, com a promulgação do Decreto nº 3.708, em 1919, sendo conceituado por Mário Ghidini (*apud* José Waldecy Lucena, *ibidem*), como “o poder do sócio de determinar, com o ato de vontade unilateral, a dissolução da relação social limitadamente a esse sócio”.

O direito de retirada varia de acordo com a natureza da entidade e do contrato ou estatuto, podendo apresentar certas peculiaridades como a imposição de certas condições para a retirada, como o cumprimento de obrigações sociais eventualmente assumidas, mas não poderá obrigar o associado a permanecer filiado à entidade (GONÇALVES, 2007, p. 202).

Paralelamente ao direito de retirada, surge o direito de exclusão de membros que se justifica pelo fato dos membros terem o direito/dever de zelar pelo ente social do qual fazem parte. Assim, quando ocorrerem os fatos previstos na lei ou no ato constitutivo que ensejem a expulsão, a maioria dos membros pode fazê-lo de pleno direito.

O fundamento jurídico do direito de exclusão de membros de entidades privadas é um tema bastante discutido na doutrina, que baseada nas obras dos comercialistas Dalmartello e Avelãs Nunes costuma agrupar os posicionamentos em três correntes, conforme dispõe José Waldecy Lucena (2005, p. 702).

A primeira corrente é denominada de Teoria da Disciplina Taxativa Legal, fundamentada no princípio da preservação do ente preconizava que somente com expressa previsão da lei ou do estatuto poderia haver a exclusão dos membros dado o seu caráter restritivo. (LUCENA, *ibidem*).

A segunda corrente é a Teoria do Poder Corporativo Disciplinar, que define a exclusão como um poder estatutário-disciplinar presente em todo ente associativo. Esta teoria compara o poder de exclusão ao poder disciplinar da Administração

Pública, tendo a natureza de um poder disciplinar de Direito Privado (LUCENA, 2005, p. 703).

Por fim, a última e mais aceita teoria pela doutrina moderna é a Teoria Contratual, cujo maior estudioso no Brasil é o jurista Fabio Konder Comparato. Para os contratualistas a exclusão é a efetivação de uma cláusula contratual que os sócios e associados fixam explícita ou implicitamente, conforme dispõe o autor acima mencionado.

Assim, o direito de exclusão deixa de ser visto como um poder disciplinar e passa a identificar-se com a resolução do contrato por inadimplemento.

Tratando-se das entidades privadas, têm-se as associações que são pessoas jurídicas de Direito Privado, que de acordo com o artigo 53, do Código Civil são constituídas através do agrupamento de pessoas (*universitas personarum*) que se organizam para atingir fins não econômicos, ou seja, desenvolvem atividades recreativas, religiosas, assistenciais, científicas e culturais, conforme ensina Maria Helena Diniz (2007, p. 212).

A utilização da expressão “fins não econômicos” pelo legislador é bastante criticada pela doutrina, haja vista que muito mais apropriado é o termo “fins não lucrativos”, pois o traço peculiar das associações é justamente a ausência de divisão de lucros entre os associados, conforme preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 201).

A realização de atividades de caráter econômico não tem o condão de gerar a descaracterização da instituição, desde que o produto tenha por objeto manter as atividades ou aumentar o patrimônio das associações.

Os negócios jurídicos que dão origem às associações são contratos plurissubjetivos, caracterizando-se pela união de vontades onde se congregam serviços, atividades, conhecimentos e capitais com o escopo de atingir a mesma finalidade, concernente na criação de uma entidade de fins não lucrativos.

Como as vontades dos associados não se contrapõem nem visam fins lucrativos, o parágrafo único, do artigo 53 do Código Civil, determina que o estatuto não pode estabelecer direitos e obrigações recíprocas entre os associados, haja vista que os contratos que constituem as associações não são sinalagmáticos. Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2007, 128) aduz que:

Cada um dos associados constituirá uma individualidade e a associação, uma outra (CC, art. 50, 2ª parte), tendo cada um seus direitos, deveres e bens apesar de não haver, nas relações entre os associados, direitos e deveres recíprocos (CC, art. 53, parágrafo único). Observa renam Lotufo que esse parágrafo único "evidencia claramente que as associações não são contratos sinalagmáticos entre os associados, isto é, com obrigações respectivas. Na teoria do negócio jurídico, o contrato é classificado como plurissubjetivo unidirecional, porque são vários os que declaram suas vontades, mas todos no mesmo sentido, vontade comum, pelo que muitos o denominam acordo".

Assim, os associados apenas têm direitos e obrigações perante o ente, pois ao aderirem às normas estatutárias, os membros não se sujeitam a vontade individual dos outros membros nem objetivam repartir as receitas entre si, sendo estas destinadas ao atendimento das atividades do próprio ente.

A liberdade de associação é um direito fundamental assentado no artigo 5º, XVII da Constituição Federal, estabelecendo a plenitude deste direito quando a associação tiver fins lícitos, sendo vedada a de caráter paramilitar. Assim, não será permitida a criação de associações de fins ilícitos, ilegais ou contrários aos bons costumes e à ordem pública. Este direito faz parte da primeira dimensão de direitos fundamentais, possuindo a natureza de uma liberdade negativa, pois para a criação de associações não é necessária a autorização do Poder Público, salvo nos casos previstos em lei, sendo também defesa a intervenção estatal no seu funcionamento.

A estruturação e o funcionamento de uma associação são baseados nas normas estatutárias que são livremente discutidas pelos membros durante a sua elaboração. No entanto, o estatuto deverá conter alguns requisitos mínimos, sob pena de nulidade, estabelecidos no artigo 54, do Código Civil, quais sejam:

- Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto da 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
 - IV – as fontes de recursos para sua manutenção;
 - V – o modo de constituição e 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.

Estes requisitos mínimos exigidos no artigo supracitado, têm por escopo evitar que pessoas mal intencionadas constituam associações de fins duvidosos com o intuito de causar danos ao erário público ou a terceiros de boa-fé.

Quanto à existência legal das associações, esta começa com o registro do seu estatuto no órgão competente, que é o Registro das Pessoas Jurídicas conforme dispõe o artigo 45, do Código Civil. Desta forma, o registro é o ato constitutivo da personalidade e, conseqüentemente, da capacidade das associações assim como das outras modalidades de pessoas jurídicas.

O órgão máximo das associações é a Assembléia Geral, que desempenha o papel de órgão deliberativo superior, sendo as suas atribuições privativas determinadas no artigo 59 do Código Civil. Além das Assembléias Gerais, poderão ser criados outros órgãos auxiliares dependendo da natureza da entidade, sendo comum o estatuto prevê a composição de um Conselho Administrativo ou Diretoria e de um Conselho Fiscal, conforme preleciona Pablo Stolze (2008, p. 209).

Embora não haja direitos e deveres recíprocos entre os associados, estes devem obediência às normas estatutárias oriundas do vínculo contratual existente entre a associação e seus membros. Os órgãos diretivos das associações podem impor sanções disciplinares caso haja violações ao estatuto, de acordo com a gravidade da falta, podendo inclusive ensejar a exclusão do membro.

O direito de exclusão de membros das associações decorre do próprio direito à liberdade de contratar, pois todos têm o direito de escolher com quem se associar, conforme preleciona Paulo Gustavo Gonet Branco (2008).

Assim, o artigo 57 do Código Civil, com a redação dada pela Lei n.º 11.127/05, prevê o direito de exclusão de associados, quando houver justa causa, obedecendo ao procedimento estabelecido no estatuto, determinando que:

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

Pela intelecção do dispositivo, percebe-se que a Lei Civil confere bastante liberdade aos associados, ao deixar que o estatuto determine o procedimento de

exclusão dos mesmos. Desse modo, cada associação poderá estabelecer regras específicas prevendo as sanções e as condutas que ensejam sua aplicação, normalmente a malversação de receitas sociais, violação dos preceitos éticos e prática de crimes.

No que se refere às sociedades, são elas entidades dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado, formada pela reunião de pessoas físicas e/ou jurídicas que se obrigam reciprocamente através de um contrato social, visando atingir uma finalidade lucrativa. Este conceito pode ser extraído através da interpretação do artigo 981, do Código Civil, o qual estabelece que: “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

O traço distintivo entre as sociedades e as associações é o exercício de atividade de finalidade lucrativa, pois os sócios partilham entre si o produto das atividades econômicas desenvolvidas. A esse respeito, o coordenador do anteprojeto do Código Civil, Miguel Reale (2008), em artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, de 15 de fevereiro 2003 afirma que:

Há uma distinção básica entre associação e sociedade, aquela relativa a atividades científicas, artísticas e culturais, esta pertinente à atividade econômica. Por sua vez, a sociedade se desdobra em sociedade econômica em geral e sociedade empresária. Têm ambas por fim a produção ou circulação de bens ou serviços, sendo constituídas por pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir para o exercício de atividade econômica e a partilha entre si dos resultados. Exemplo típico de sociedade econômica não empresária é a constituída por profissionais do mesmo ramo, como, por exemplo, a dos advogados, médicos ou engenheiros, configurando-se como sociedade simples (art. 961 e 981).

Assim, o termo “sociedade” de acordo com o Livro II, Título II, Capítulo Único, do Código Civil, que trata do Direito de Empresa, abrange as sociedades simples e as sociedades empresárias, de acordo com o objeto de suas atividades.

As sociedades simples, antigas sociedades civis, exercem atividades lucrativas distintas das atividades empresárias, como a prestação de serviços intelectuais, artísticos, científicos ou literários. Já as sociedades empresárias

desenvolvem atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens ou serviços, conforme dispõe o artigo 982 do Código Civil.

A personalidade jurídica das sociedades advém com o registro do contrato ou ato institucional na Junta Comercial quando se tratar das sociedades empresariais, pois se simples, o registro far-se-á no Registro Público de Pessoas Jurídicas. Com o registro, surgem várias conseqüências jurídicas, passando as sociedades a ter nome, endereço, nacionalidade e de um modo geral, atuar no mundo jurídico como sujeito de direitos e obrigações, conforme preleciona Sílvio de Salvo Venosa (2005, p. 272).

É importante destacar que nem toda sociedade tem personalidade jurídica, é o caso das sociedades não personificadas, as quais consistem em sociedades que “funcionam exercitando atividades comerciais, sem, contudo, haver-se organizado segundo os dispositivos legais não arquivando os seus atos constitutivos, se houver no registro de Comércio” (MARTINS, 1993, p. 173). Dividem-se as mesmas em sociedade comum e sociedade em conta de participação, e encontram-se disciplinadas nos artigos 986 a 996, do Código Civil.

A sociedade em comum é aquela que não possui o registro dos seus atos constitutivos (contratos ou estatutos) no órgão competente, sendo que os sócios só poderão provar a sua existência por escrito, mas os terceiros podem fazê-lo por qualquer meio admitido em direito, de acordo com os ensinamentos de Mônica Gusmão (2005, p. 52).

Já a sociedade em conta de participação, caracteriza-se pela existência de dois tipos de sócios: ostensivos e ocultos. Nesta sociedade, apenas os sócios ostensivos respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade, enquanto os sócios ocultos não possuem nenhum vínculo jurídico com os credores, conforme ensina Ricardo Negrão (2003, p. 299). Em caso de falência do sócio ostensivo, os sócios ocultos se habilitam no concurso de credores junto com os demais credores.

O Código Civil trata a partir dos artigos 997 e seguintes, acerca das sociedades personificadas, ou seja, aquelas que realizam suas atividades de acordo com a legislação e possuem seus atos constitutivos arquivados no órgão competente, abrangendo além das sociedades simples, as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, em comandita por ações, limitadas e anônimas.

Assim, as sociedades em nome coletivo têm como principal característica o fato de todos os sócios responderem pelas obrigações sociais, ilimitada e solidária, mas de forma subsidiária (GUSMÃO, 2005, p. 51). São sociedades de pessoas, constituídas apenas por pessoas físicas, e possuem o nome empresarial sob a forma de firma, de acordo com o artigo 1.157 do Código Civil.

Por sua vez, as sociedades em comandita simples constituem-se no tipo societário constituído por duas espécies de sócios: os comanditados, que respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações, e os comanditários, que respondem de forma limitada ao valor de suas quotas, de acordo com Ricardo Negrão (2003, p. 246). São também sociedades de pessoas, onde sua administração só poderá ser exercida pelos sócios comanditados, podendo apenas adotar a firma como nome empresarial (art. 1.157, CC).

Já as sociedades em comandita por ações, de acordo com os ensinamentos de Rubens Requião (2003, p. 45), são aquelas cujo capital está dividido em ações, sendo, por isso, regidas pelas normas que tratam das sociedades anônimas. São sociedades de capital, formadas pelos administradores, de responsabilidade solidária e ilimitada, e demais membros, de responsabilidade limitada. Pode adotar firma ou denominação, de acordo com o que dispõe o artigo 1.090 do Código Civil,

Enquanto as sociedades limitadas, as mais populares no Brasil, caracterizam-se pela responsabilidade dos sócios sob dois prismas. Primeiro, perante a sociedade os sócios têm responsabilidade limitada à integralização de suas contribuições para a constituição do capital social. Segundo, perante terceiros a responsabilidade dos sócios é solidária pela integralização do capital social, conforme dispõe Ricardo Negrão (2003, p. 298).

Tratando-se das sociedades anônimas, são elas tipos societários cujo capital social divide-se em ações, que podem ser negociadas independentemente da vontade dos demais sócios, respondendo cada sócio pelo preço de emissão das suas ações. As sociedades anônimas são sempre empresárias, não importando o seu objeto (GUSMÃO, 2005, p. 215). Como o capital assume maior importância que as pessoas, são classificadas como sociedades de capital, sendo disciplinadas pela Lei n.º 6.404/76.

No que se refere ao procedimento de exclusão de sócios, disciplina o Código Civil quanto as sociedades simples, em seus artigos 1.004, 1.006, 1.030 e 1.032. Assim, a primeira hipótese, trata da exclusão gerada pela figura do sócio remisso, ou

seja, o sócio inadimplente que não cumpriu suas obrigações perante a sociedade. Neste caso, a exclusão pode-se dar extrajudicialmente, se os sócios depois de verificada a mora, não preferirem a indenização substitutiva da sanção (art. 1.004, CC).

A exclusão também pode ser obtida pela via judicial, quando houver o sócio praticado falta grave ou quando se verificar incapacidade superveniente, pela iniciativa da maioria dos membros (art. 1.030, CC). Configura-se falta grave, as ações que impedem o desenvolvimento da atividade desenvolvida pela sociedade como: o abuso, a prevaricação, a desídia, violação de cumprimento de obrigações contratuais, atuação negligente ou outras situações previstas no contrato ou estatuto social. Outra causa de exclusão prevista na legislação civil é a falência superveniente do sócio, acarretando a liquidação da quota do falido para o pagamento dos seus credores (art. 1.030, p. único, CC).

Quanto às sociedades em comandita simples e as sociedades em nome coletivo, no que se refere à exclusão dos sócios, aplicam-se as mesmas regras acima descritas, conforme inteligência dos artigos 1.040 e 1.046 do Código Civil.

No que se refere às sociedades limitadas, o direito de exclusão é disciplinado no artigo 1.085, do Código Civil, para o qual, caso o sócio coloque em risco a continuidade da empresa através da prática de atos de inegável gravidade e haja previsão no contrato da possibilidade de exclusão por justa causa, esta poderá ocorrer em relação ao sócio se este assim proceder. Exige-se também que a decisão seja tomada pela maioria dos sócios que representam mais da metade do capital social (art. 1.030, CC). De acordo com o artigo 1.053, do referido diploma legal, em caso de omissão do contrato, aplicam-se às sociedades limitadas as normas das sociedades simples, assim nada obsta que as demais hipóteses de exclusão das sociedades simples sejam aplicadas às sociedades limitadas.

Por sua vez, nas sociedades cujo capital está dividido em ações, o direito de exclusão limita-se à hipótese do sócio remisso, conforme dispõe os artigos 106 e 107, da Lei nº 6.404/76, *in verbis*:

Art. 106. O acionista é obrigado a realizar, nas condições previstas no estatuto ou no boletim de subscrição, a prestação correspondente às ações subscritas ou adquiridas.

§ 1.º Se o estatuto e o boletim forem omissos quanto ao montante da prestação e ao prazo ou data do pagamento, caberá aos órgãos da

administração efetuar chamada, mediante avisos publicados na imprensa, por três vezes, não inferior a 30 (trinta) dias, para o pagamento.

§ 2º O acionista que não fizer o pagamento nas condições previstas no estatuto ou boletim, ou na chamada, ficará de pleno direito constituído em mora, sujeitando-se ao pagamento de juros, de correção monetária e da multa que o estatuto determinar, esta não superior a 10% (dez por cento) do valor da prestação.

Art. 107. Verificada a mora do acionista, a companhia pode, à sua escolha:

I – promover contra o acionista, e os que com ele forem solidariamente responsáveis (art. 108), processo de execução para cobrar as importâncias devidas, servindo o boletim de subscrição e o aviso de chamada como título extrajudicial nos termos do Código de Processo civil; ou

II – mandar vender as ações em Bolsa de Valores, por conta e risco do acionista.

[...]

Nestas sociedades, o capital assume maior importância que os seus membros, resultando na mitigação do princípio da *affectio societatis*, entendido este como a intenção dos sócios de reunirem esforços para atingir o objeto social, sendo elemento essencial para a constituição das sociedades, sobretudo, das sociedades de pessoas, conforme aduz Álvaro Rodrigues (2008). Pois, nas sociedades de capital, os sócios não são escolhidos em razão de seu caráter ou de outras qualidades pessoais, não existindo nenhum vínculo pessoal que os une, sendo comum na maioria das sociedades anônimas, os seus membros nem se conhecerem.

No entanto, mesmo não apresentando o grau de importância que possui o estudo do direito de exclusão nas sociedades de pessoas, poderão ocorrer situações que a legislação específica ou os atos constitutivos das sociedades anônimas, não solucione diante da ausência de previsão do procedimento de exclusão. Nesse sentido, José Waldecy Lucena (2005, p. 710) argumenta que:

Em verdade, pouco estudado, o tema da exclusão de acionistas continua em aberto. Que o tema é da maior importância ressaltou-o Comparato, com a advertência de que "há, certamente, nos casos em que o abuso do direito de voto, a disciplina do abuso, a suspensão do exercício de direitos na sociedade não são remédios adequados para prejuízos extremos que possa causar o acionista dentro do mecanismo da sociedade anônima".

As sociedades anônimas dividem-se em sociedades de capital aberto e sociedades de capital fechado. Estas se caracterizam por não admitir a venda de ações na bolsa ou mercado de valores, conforme preleciona Ricardo Negrão (2003, p. 391), apresentando semelhanças com as sociedades de pessoas, haja vista que para ingressar neste tipo societário necessita-se do aval de todos os membros, configurando assim a *affectio societatis*, já que os sócios podem recusar o ingresso de membros por motivos pessoais. Nesse caso, por guardarem semelhanças com as sociedades limitadas, nada obsta que se apliquem as disposições atinentes a estas sociedades quanto ao direito de exclusão dos sócios.

3. 2 Aplicabilidade do devido processo legal nos procedimentos de exclusão de membros de entidades privadas

As entidades privadas são regidas pelos princípios da liberdade de associação, da livre iniciativa e, principalmente, da autonomia da vontade, pois se garante às pessoas físicas e jurídicas a prerrogativa de reunirem-se com outras pessoas objetivando alcançar determinados fins econômicos ou não, dependendo da natureza jurídica da entidade, conforme informa Paulo Gustavo Gonet Branco (2008).

Entretanto, os direitos assegurados na Carta Magna e em outros diplomas normativos não têm caráter absoluto. O que implica na necessidade das entidades privadas observarem os direitos fundamentais dos seus membros.

Como ressaltado anteriormente, admite-se a projeção horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo a corrente mais aceita, a que defende a incidência direta sem necessidade de intervenção do Legislativo.

Deve-se destacar também, que a incidência dos direitos fundamentais não pode sobrepujar de forma absoluta a autonomia da vontade, haja vista que esta apresenta-se como fundamento da dignidade humana, recebendo, por isso, a proteção necessária. Assim, impõem-se certos limites à aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das entidades privadas.

O principal parâmetro a ser considerado na horizontalização dos direitos fundamentais nas entidades privadas é o princípio da isonomia (artigo 5º, caput, I, CF/88), ou seja, a existência e o grau de desigualdade fática entre as partes. Desta forma, quando a desigualdade se mostrar mais intensa, mais forte será a proteção e menor a tutela da autonomia da vontade.

Neste contexto, os procedimentos de exclusão de membros de entidades privadas apresentam-se como férteis campos para violações aos direitos fundamentais, porque possibilitam o estabelecimento de normas contratuais ou estatutárias de caráter eminentemente discricionárias, obstaculizando mecanismos que assegurem amplamente o direito de defesa dos envolvidos.

Assim, o princípio do devido processo legal desempenha uma importante função no procedimento de exclusão, tanto no seu aspecto material como no aspecto procedimental, pois o direito de exclusão implementa-se por meio de um procedimento restritivo de direitos patrimoniais, ou seja, interfere no direito de propriedade do membro excluído.

A doutrina moderna confere aos direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva, um caráter objetivo, que se consubstancia na visão dos direitos fundamentais como valores que se irradiam para toda a sociedade, inclusive para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Neste sentido, o devido processo legal deve ser aplicado pelo legislador no processo de elaboração das leis que disciplinam as normas gerais do procedimento de exclusão de membros de sociedades e associações com o intuito de garantir aos indivíduos submetidos à apreciação dos órgãos deliberativos o respeito aos seus direitos fundamentais através de um processo justo e adequado, configurando o *substantive due process of law*.

Como exemplo da incidência do *substantive due process of law* no processo legislativo, Marcelo Novelino (2008, p. 333) cita a Lei nº 11.127/05, que alterou, dentre outros, os artigos 54, 57, 59 e 60 do Código Civil, que disciplinam a estrutura e o funcionamento das associações.

O artigo 57, do citado diploma legal, trata da exclusão nas associações, na sua redação original apresentava-se impreciso, pois o legislador ao tentar garantir aos associados o direito de defesa acabou por mitigá-lo.

O referido dispositivo estabelecia que o procedimento seria cabível quando estivesse configurada a justa causa prevista no estatuto. Em caso de omissão do estatuto o procedimento seria cabível diante da existência de motivos graves, em

deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembléia especialmente convocada para esse fim.

Diante da imprecisão da redação do mencionado artigo, alguns o interpretaram gramaticalmente, no sentido de permitir que as associações fundadas na autonomia da vontade pudessem estabelecer nos seus estatutos procedimentos de exclusão sem que se observasse o direito de defesa do excluendo, pois só o previa em caso de omissão no estatuto.

É evidente que a intenção do legislador não foi a de restringir o direito de defesa apenas em caso de omissão, haja vista que em qualquer tipo de corporação, não importando a gravidade da conduta praticada, deve ser concedido o direito ao contraditório e à ampla defesa.

A referida lei também suprimiu o parágrafo único, do artigo em análise, que previa o direito de recurso à Assembléia Geral. Esta disposição também gerava as mesmas indagações, por isso, andou bem o legislador ao determinar que a exclusão do associado só é admissível quando se configurar a justa causa reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso da decisão que exclui o associado, nos termos do estatuto.

Destarte, percebe-se que a alteração do artigo 57, pôs fim a discussão acerca da possibilidade do afastamento do direito de defesa do excluendo. Tal alteração coaduna-se com a noção de devido processo legal substantivo na medida em que funciona como parâmetro para a ponderação entre os princípios constitucionais da autonomia da vontade e da ampla defesa, que a princípio é feita pelo legislador e, posteriormente, pelo magistrado, valendo-se de outro princípio, que é a proporcionalidade.

Por analogia, também se aplica o *substantive due process of law* aos órgãos diretivos das sociedades e das associações, pois estes órgãos deliberativos superiores desempenham a função de legislativo ao elaborar as normas estatutárias ou contratuais que regem a entidade na execução de suas atividades.

Obedecidas as regras gerais traçadas na legislação civil, as entidades privadas têm liberdade para estabelecer o procedimento de exclusão de seus membros.

Como exemplo, pode ser citado o procedimento previsto no estatuto (2008) da Associação Brasileira de Divulgação Científica (ABDC), o qual estabelece que:

[...]

Art. 10 - Os associados que não cumprirem as normas estatutárias ou que praticarem atos considerados GRAVES e que afetem o conceito da instituição, ou que demonstrem desinteresse na permanência no quadro associativo, poderão ser excluídos, desde que formalmente notificados pela Diretoria Executiva, sendo-lhes garantido o direito de defesa e do contraditório, para posterior decisão da Assembléia Geral convocada especificamente para esse fim (artigo 57 do Código Civil).

Parágrafo Único – O procedimento de exclusão será instaurado, instruído e encaminhado para a Assembléia Geral, nos estritos termos do artigo 20, letra "f" deste estatuto.

[...]

Art. 20 - Compete ao Conselho Deliberativo:

f - Instaurar, instruir e encaminhar para a Assembléia Geral decidir sobre a exclusão de associado.

[...]

Art. 32 – É de competência da Assembléia Geral:

[...]

e - Destituir administradores em Assembléia especialmente convocada para este fim.

Bem mais criterioso é o estatuto federal (2008) da Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) que prevê as penalidades de advertência e suspensão, aplicando-se a exclusão apenas nas hipóteses mais graves, disciplinando que:

[...]

Art. 12 - As infrações ao presente Estatuto e as irregularidades de qualquer natureza cometidas pelos Associados, acarretarão procedimentos e penalidades aplicados pela Diretoria Executiva da APAE, nas modalidades de advertência, suspensão e exclusão.

§ 1º - As penalidades a que se refere o caput do artigo consistem em:

[...]

III – Exclusão do quadro social quando as infrações consistirem em desvio de ética do associado como componente do corpo social, dos compromissos, padrões de conduta, filosofia, Estatuto, Regulamento e Resoluções da APAE, da Federação das APAEs do Estado e da Federação Nacional das APAEs.

§ 2º - A exclusão será deliberada e aplicada pelos membros da Diretoria Executiva, Conselho de Administração e Conselho Fiscal, com o aval da Assembléia Geral, para punir faltas muito graves.

[...]

§ 4º - Fica assegurado prévio direito de defesa a todos os associados quando lhes forem imputadas infrações contra o presente Estatuto, e outras consideradas de natureza grave, cabendo-lhes, ainda, na hipótese de suspensão e exclusão, recurso sem efeito suspensivo, no prazo de 15 (quinze) dias, a partir da notificação, para a Assembléia Geral, especialmente convocada para este fim.

§ 5º - A exclusão considerar-se-á definitiva se o associado não recorrer da penalidade, no prazo previsto no § 4º deste artigo.

[...]

III - Os procedimentos para aplicação das penalidades serão regulamentados no Regimento Interno ou por meio de Resoluções baixadas pela Diretoria Executiva da APAE "ad referendum" do Conselho de Administração;

IV-O recurso de qualquer penalidade aplicada terá efeito somente devolutivo e será dirigido e apreciado pela Assembléia Geral Extraordinária.

Ocorre que, em determinados casos as entidades privadas podem se omitir acerca do direito de exclusão não prevendo nenhum tipo de procedimento. Situação que conduz a seguinte indagação: a omissão poderia resultar na impossibilidade de exclusão?

Este é um ponto bastante complexo, pois o direito de exclusão decorre do princípio do inadimplemento contratual que pode apresentar-se de forma explícita ou implícita nos contratos. No entanto, ao admitir o direito de exclusão pode-se alegar afronta ao devido processo legal por não haver um procedimento previsto anteriormente, como bem dispõe José Waldecy Lucena (2005, p.745).

Assim, é indispensável que nos seus contratos ou estatutos as entidades privadas estabeleçam o procedimento de exclusão, pois as normas gerais não são suficientes para solucionar as especificidades que surgem diante de cada caso concreto.

Muito já se discutiu na doutrina acerca da exclusão por causa não prevista em lei ou no contrato, prevalecendo atualmente o entendimento que a exclusão de membros das entidades somente é admitida quando prevista, conforme inteligência dos artigos 57 e 1.085 do Código Civil.

Desta forma, objetiva-se evitar o estabelecimento de regras puramente discricionárias fundadas na potestade dos membros das corporações que se valendo da maioria absoluta poderiam expulsar os sócios ou associados pelo simples desejo de não querer mais tê-los na entidade.

Admite-se apenas a expulsão, quando houver o descumprimento dos deveres estabelecidos na lei ou no estatuto, sobretudo, a quebra da *affectio societatis*, que embora seja princípio específico do Direito Comercial, pode ser também aplicado às associações. A esse respeito, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 202) preleciona que:

A quebra da *affectio societatis*, por ser este elemento essencial a qualquer associação ou sociedade, pode constituir justa causa para a referida exclusão. A expressão "justa causa" exige demonstração fática, decisão fundamentada, tomada pela maioria, conforme *quorum* estabelecido no estatuto, com respeito ao contraditório e ao direito à ampla defesa.

Vale ressaltar que as premissas do devido processo legal substantivo podem ser aplicadas no controle judicial da exclusão, pois os sócios excluídos têm direito à recorrer ao Judiciário quando julgarem-se injustiçados pelo procedimento extrajudicial, buscando invalidar a decisão do órgão deliberativo. O Poder Judiciário poderá adentrar os aspectos procedimentais da exclusão, bem como no mérito de apreciação da justa causa, conforme preleciona Rubens Requião (2003, p. 463). Neste sentido, o *substantive due process of law* manifesta-se na reapreciação pelo magistrado de valores que o legislador aferiu anteriormente na feitura das leis diante de casos concretos que surgirem.

Quanto à incidência do devido processo legal no seu aspecto procedimental, esta se configura na necessidade de o direito de exclusão ser concretizado através de um procedimento justo e previamente estabelecido, garantindo-se aos excluídos o direito ao contraditório e a ampla defesa, os quais são assegurados pela Constituição Federal aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, com os meios e recursos a eles inerentes, de acordo com o que expõe em seu artigo 5.º, inciso LV.

Neste momento, é importante destacar que quando se fala em contraditório e ampla defesa imediatamente surge a idéia do devido processo legal, entendido este como princípio do qual emana a maioria das garantias processuais. Assim, nos procedimentos em que se assegura o contraditório e a ampla defesa, bem como as demais garantias processuais previstas na lei ou no contrato, consubstancia-se o princípio do devido processo legal.

O procedimento justo e adequado do direito à exclusão é aquele previsto na lei ou no contrato observando-se o quorum de votação, a ciência do membro, e sua defesa.

A aplicabilidade do direito de defesa justifica-se pelo fato de a exclusão acarretar conseqüências patrimoniais aos membros excluídos. Além disso, verifica-

se no procedimento um caráter humilhante, podendo repercutir no seu *status* de sócio ou de associado.

Corroborando com tal entendimento José Waldecy Lucena (2005, p. 741) preleciona que:

Se se exige justa causa para a exclusão e sendo esta medida extremamente grave, que atinge o patrimônio do sócio e, não raras vezes, macula a sua honra, como homem e como cidadão, e compromete seu conceito como empresário e homem de negócios, nada mais justo seja ele no mínimo convocado para tomar conhecimento, de viva voz, das imputações que lhe são feitas, caracterizadoras de justa causa para sua expulsão do grêmio social, facultando-lhe então produzir a defesa que desejar, e que poderá até mesmo convencer seus pares, ou alguns deles, a votarem contra a expulsão, assim não logrando esta obter a votação majoritária necessária.

O pressuposto necessário ao exercício da defesa é a comunicação ao membro da acusação que está lhe sendo imputada com todas as suas especificidades. Não há previsão legal da forma da convocação, cabendo ao estatuto ou contrato estabelecer da forma mais conveniente à entidade a convocação por escrito, através de carta registrada, com aviso de recebimento ou ainda oralmente em reunião ou assembléia.

Acrescenta-se ainda, que a convocação deve ser realizada num prazo razoável, ou seja, deve-se oportunizar a preparação da defesa pelo membro excluendo, pois de nada adiantaria a convocação se esta não estabelecesse um tempo hábil entre a cientificação e a assembléia convocada especialmente para esse fim.

Outro ponto que também deve ser disciplinado pelas entidades, é a questão do quorum deliberativo do procedimento exclusivo. Quanto ao direito societário a questão é solucionada aplicando-se o mesmo quorum de instalação da assembléia.

Nas sociedades limitadas o quorum legal que representa a maioria absoluta é formado por mais da metade do capital social (art. 1.085, CC). O voto não é por cabeça, mas por quotas que representam o capital.

É importante destacar que o excluendo não tem o direito de votar, mas poderá participar da assembléia e pronunciar-se quando lhe for concedida a palavra,

e apresentar as provas que desejar, conforme preleciona José Waldecy Lucena (2005, 746).

Assim, diante do exposto, percebe-se que o devido processo legal incide nas relações privadas diretamente, devendo as entidades privadas obediência aos direitos fundamentais dos membros na aplicação de penalidades disciplinares, sobretudo, da exclusão do ente social, em virtude do caráter restritivo de direitos do procedimento.

3. 3 Posicionamento dos Tribunais

Os Tribunais Brasileiros vêm aplicando o princípio do devido processo legal nos procedimentos de exclusão de sócios de entidades privadas há um certo tempo. Ressalta-se, contudo, que os doutos juristas não se preocuparam em tecer comentários sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Sendo assim, cumpre neste momento destacar algumas decisões que abordaram a temática.

No julgamento da Apelação Cível nº 196033252 em 08.05.1996, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2008) analisou o caso da exclusão de um sócio de clube de regatas sob a alegação de afronta ao devido processo legal e ao contraditório e a ampla defesa. Segue a ementa da decisão:

Ações consignatórias, cautelar e anulatória. Exclusão de sócio de regatas. É de prosperar ação consignatória de mensalidades proposta por associado e o clube acionado não impugna tais mensalidades ofertadas nem seus valores, limitando-se a sustentar o descabimento da ação, com base em assembléia geral que exclui o sócio, mas que foi considerada nula. Mostra-se nula e ineficaz em relação ao associado, assembléia geral ordinária que decide excluí-lo dos quadros sociais, porém afrontando os estatutos do clube e os mais primários princípios jurídicos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. (APC nº 196033252, Terceira Câmara Cível, TJRS, Relator: Des. Leo Lima, julgado em 08.05.1996).

Pouco tempo depois, a matéria voltou a ser apreciada, desta vez pelo Supremo Tribunal Federal (2008), no RE nº. 158. 215 – RS, aplicando diretamente o direito fundamental ao devido processo legal numa relação privada. O caso versava sobre a exclusão de um membro de cooperativa sem a observância dos preceitos estatutários relativos à defesa. A Suprema Corte proferiu o seguinte entendimento:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa." (RE nº 158.215-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996).

Neste caso, observa-se que já se verifica uma maior repercussão, levando o STF a conhecer e dar provimento ao Recurso Extraordinário, afirmando o relator, o Ministro Marco Aurélio, que "a exaltação de ânimos não é de molde a afastar a incidência do princípio do devido processo legal" (STF, Informativo n. 404/2005).

Seguindo o posicionamento do STF, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2008), em julgamento da Apelação Cível nº. 1998. 001.08148, entendeu que:

Ação ordinária apensada à cautelar. Suspensão imposta associado. Nulidade. Ação distribuída dentro do prazo. Considera-se proposta a ação com a distribuição ou sendo a petição inicial despachada pelo juiz, conforme o art. 263 do CPC. Assim, despachada a inicial dentro do prazo, com a determinação para distribuição por dependência, não importa a data do carimbo do PROGER. Nulidade da decisão da diretoria do clube que impõe pena de suspensão ao associado sem que lhe seja assegurada defesa. O devido processo legal há de ser observado na imposição de pena

administrativa, sob pena de nulidade. Recurso improvido. (APC nº 1998.001.08148, Nona Câmara Cível, TJRJ, Relator: Des. Paulo César Salomão, julgado em 15.09.1998.).

Deve-se destacar neste caso, que o Tribunal admitiu a aplicabilidade do devido processo legal na penalidade de suspensão. Se é possível a incidência do devido processo legal em penalidades mais brandas que a exclusão, não resta a menor dúvida acerca de sua incidência no procedimento de exclusão.

Em outra oportunidade o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2008) voltou a apreciar a matéria, agora especificamente no procedimento de exclusão na Apelação nº. 2000.001.12810, pronunciando-se da seguinte forma:

ENTIDADE SOCIAL E BENEFICENTE. PENALIDADES. DEVIDO PROCESSO LEGAL. De acordo com a Constituição Federal e o estatuto social, a expulsão do quadro social, depende da instalação do devido processo legal, no qual se assegura amplo direito de defesa. se tal não for observado, anula-se a penalidade. Recurso improvido. (APC nº 2000.001.12810, Décima Sexta Câmara Cível, TJRJ, Relator: Des. Bernadino M. Leituga, julgado em 07.11.2000).

Em 2005, o Superior Tribunal de Justiça (2008), ao apreciar o caso de dois membros do clube de regatas Vasco da Gama, no julgamento do Recurso Especial nº. 758621-05, proferiu uma das mais importantes decisões acerca da temática posta. A lide teve início com a exclusão dos membros, sendo lhes negado o direito de recurso à Assembléia Geral, sob a alegação de que o artigo 57 do Código Civil (na sua redação original) estabelecia que somente em caso de omissão do estatuto aplicar-se-iam as suas disposições.

Como visto anteriormente, este artigo foi alterado pela Lei n.º 11.127/05, atendendo as premissas do devido processo legal substantivo, de forma a evitar o estabelecimento de regras estatutárias totalmente discricionárias.

No julgamento em primeiro grau, o magistrado reconheceu a procedência do pedido dos sócios, conferindo a estes o direito de recurso à Assembléia Geral. Ao apreciar o recurso impetrado pelo clube contra a decisão proferida em primeira instância, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em decisão manifestamente

contrária ao devido processo legal substancial, entendeu que o referido artigo tem caráter apenas supletivo, não sendo, por isso, obrigatório o direito de recurso dos excluendos, já que o estatuto não previa tal possibilidade.

Ao apreciar a celeuma, o STJ pôs fim a discussão, reconhecendo o direito de recurso aos excluendos, independentemente da existência de normas estatutárias que prevejam o contrário. Pois, de acordo com o relator, o então ministro Humberto gomes de Barros: "o legislador quis deixar sempre e invariavelmente - a decisão final para a Assembléia Geral"(Boletim Informativo – 2005).

Outra decisão de grande importância ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 201819 – RJ, pela Suprema Corte (2008). O caso tratava da exclusão de um associado da União Brasileira de Compositores (UBC), que integra a estrutura do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), sem a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Diante do caso, o STF desproveu o recurso extraordinário, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que reintegrou o associado ao quadro da UBC. Segue a ementa da decisão:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III.

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Como visto no caso em tela, o STF aplicou diretamente o devido processo legal procedimental. No entanto, ao fundamentar a sua decisão no caráter público da União Brasileira de Compositores acabou aproximando-se da doutrina do *state action*, evidenciando que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, apesar das opiniões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicabilidade da eficácia direta, não teve o reconhecimento expresso pelo Supremo, talvez porque a questão de ponderação de princípios constitucionais sempre refletirá na limitação de um deles, gerando uma certa insegurança jurídica.

Por outro lado, ficou evidenciado que as entidades privadas não podem se valer da autonomia assegurada pela Constituição Federal para ignorar os direitos fundamentais dos seus membros. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello (STF, Informativo n.º 404), em seu voto, o qual contrariou o voto da relatora, a Ministra Ellen Gracie, afirmou que:

Não se pode, na verdade, pretender que uma entidade de compositores, em sua vida associativa, adote regras ou formas processuais rigorosas, mas também não se pode admitir que princípios constitucionais básicos sejam descumpridos flagrantemente. Caracterizadas as infrações, ao ver da comissão, o autor tinha de ser, expressa e formalmente, cientificado das mesmas e convocado a apresentar, querendo, em prazo razoável, a sua defesa, facultando-lhe a produção das provas que entendesse cabíveis.

O problema ocorrente encontra enquadramento em norma constitucional que foi descumprida pela ré. Dispõe a nova Carta Magna da República, no artigo 5º, inciso LV, que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo (...), são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Ou seja, ninguém pode ser punido, mesmo em associação de caráter privado, sem que tenha tido a oportunidade de exercer o direito de defesa. (...). O direito de defesa é sagrado, regra essa também da Declaração Universal de Direitos Humanos. Não basta que tenha havido comissão de inquérito ou delegação no modo referido. Seria preciso que o autor fosse intimado pela ré para produzir sua defesa, e, aí sim, depois, em procedimento contraditório, poderia ser punido do modo como o foi. A punição em tela foi nula de pleno direito por afrontar a Constituição Federal.

Destarte, considerando que a União Brasileira de Compositores (UBC) integra a estrutura do ECAD, é incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, ela assume posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seu associado.

Logo, as penalidades impostas pela recorrente, ao recorrido, extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF).

Ainda no que se refere ao caso em análise, cabe destacar o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes (STF, Informativo n.º 404) que baseado na doutrina e jurisprudência alemã afirmou que:

O tema versado nos presentes autos tem dado ensejo a um relevante discussão doutrinária e jurisprudencial. (...) Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados. Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço que, tal como destacado, a singular situação da sociedade associativa, integrando o sistema ECAD, que, como se viu na ADIN nº 2.054 – DF exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernetes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.

Pela análise das decisões acima destacadas percebe-se que os Tribunais reconhecem a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. No entanto, o tema ainda não foi questionado no âmbito das sociedades.

Porém, ante o exposto, observa-se que a aplicação do devido processo legal é perfeitamente cabível no procedimento das sociedades, haja vista que nestas entidades poderão ocorrer violações aos direitos fundamentais dos envolvidos. O que conduzirá a aplicação da analogia, como mecanismo de efetividade do referido princípio nas citadas entidades privadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que os direitos fundamentais são ricos em nuances e possuem um significado amplo, não se restringindo às relações entre o Poder Público e os particulares. São normas que irradiam valores para todo o ordenamento jurídico e toda a sociedade, o que justifica sua incidência nas relações jurídicas privadas.

Através da exposição dos argumentos das teorias que tratam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, pôde-se constatar que as doutrinas do *state action* e da eficácia mediata ou indireta não tutelam efetivamente tais direitos por restringir a sua aplicação na esfera privada. A primeira admite apenas a incidência dos direitos fundamentais nas citadas relações quando as entidades privadas desempenharem atividades de caráter público. Já a segunda deixa nas mãos do legislador a delimitação de quais os direitos e a forma como estes incidirão nas relações entre particulares.

Desta forma, vê-se que a doutrina que melhor apresenta uma tutela mais efetiva aos direitos fundamentais nas relações privadas é a Teoria da Eficácia Direta, haja vista que apresenta argumentos suficientes para comprovar que a aplicabilidade dos direitos fundamentais deve ocorrer de forma direta, pois o estabelecimento de limitações quanto à incidência acarretaria sérias violações aos mesmos.

Sendo assim, demonstrou-se que não existe nenhuma norma expressa no ordenamento jurídico pátrio que estabeleça a forma de incidência de tais direitos. Porém, ficou evidenciado que somente as circunstâncias do caso é que vão determinar a forma e a extensão da incidência.

Bem como, evidenciou-se que tal incidência far-se-á através do estabelecimento de parâmetros que devem ser observados pelo magistrado diante de casos concretos, destacando-se a desigualdade fática dos particulares, pois embora os sujeitos das relações privadas mereçam e reclamem a mesma proteção deve-se observar a existência de um grau de superioridade de uma parte sobre outra.

Dentre os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, o devido processo legal apresenta-se como um dos principais atores a ensejar a discussão

em tela, tendo em vista que este postulado possui uma abrangência muito grande, incidindo também nas relações entre particulares.

Neste contexto, verificou-se que o devido processo legal nos seus aspectos material e procedimental deve ser obedecido nas relações jurídicas privadas como forma de limitar a autonomia da vontade. Assim, a incidência direta do devido processo legal nos procedimentos de exclusão de membros de entidades privadas não esmaga a autonomia da vontade, como sustentam alguns doutrinadores, haja vista que os membros a quem se imputam condutas não condizentes com os objetivos do ente encontram-se numa situação de inferioridade, devendo ser preservados os seus direitos fundamentais.

Não podem as entidades privadas se valer da autonomia que a Constituição Federal lhes concede para impor procedimentos onde são desrespeitados o devido processo legal estabelecido na legislação civil, que fixa normas de caráter geral que devem orientar a produção de normas internas.

Assim, aplica-se o devido processo legal procedimental nos procedimentos de exclusão, garantindo-se aos acusados o direito ao contraditório e a ampla defesa, de forma a permitir que estes tenham conhecimento da imputação que lhes está sendo feita e que lhes seja dada a possibilidade de participar da assembléia e produzir provas.

Por sua vez, o devido processo legal também se manifesta nos procedimentos de exclusão na medida em que serve de princípio orientador ao legislador e aos órgãos deliberativos das entidades privadas para que estes não violem os direitos fundamentais dos membros ao impor normas de flagrante contrariedade com o texto constitucional.

Para tanto, fora o presente trabalho dividido em capítulos, onde no primeiro capítulo foi realizada uma análise geral sobre os direitos fundamentais, apresentando as teorias que explicam a eficácia destes nas relações jurídicas privadas. De forma a evidenciar que a teoria adotada no ordenamento jurídico pátrio é a da eficácia direta.

No segundo capítulo, abordou-se o princípio do devido processo legal, enfatizando os seus aspectos procedimental e material, de modo a fornecer os subsídios necessários para a demonstração de sua aplicabilidade nas relações jurídicas privadas. Por sua vez, no terceiro capítulo, ao delinear os procedimentos de exclusão de membros das sociedades e das associações, destacou-se a

necessidade do princípio em tela ser aplicado no âmbito interno destas entidades, tendo em vista que o reconhecimento de um espaço onde os indivíduos tenham plena liberdade para gerir seus negócios sem interferência estatal, implicaria na possibilidade dos particulares esmagarem os direitos fundamentais dos sócios excluendos.

Assim, diante da análise dos argumentos apresentados ao longo do trabalho, concluiu-se que o devido processo legal é perfeitamente aplicável aos procedimentos de exclusão de membros de entidades privadas como efetividade da Teoria da Incidência Direta dos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas privadas, sem que isso acarrete qualquer comprometimento aos institutos de Direito Privado, pois diante do caráter irradiante destes postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito não se concebe mais um ramo do Direito que não esteja impregnado dos valores constitucionais, até mesmo o Direito Civil.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ANGERAMINI, Alberto. *Direito administrativo Esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Associações, expulsão de sócios e Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-PAULO-GUSTAVO-GONET.pdf>. Acesso em 28 set. 2008.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988. Vade Mecum*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Código Civil Brasileiro. Vade Mecum*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Lei n.º 6.404/76. Vade Mecum*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Lei n.º 11. 127/05. Vade Mecum*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Lei n.º 9.784/99. Vade Mecum*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. STF. *Recurso Extraordinário n.º 201.819/RJ*, 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 25 out. 2008.

_____. STF. *Recurso Extraordinário n.º 158. 215/RS*, 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 25 out. 2008.

_____. STF. *Informativo n.º 404*, 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 25 out. 2008.

_____. STF. *Informativo nº. 381, 2005*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 25 nov. 2008.

_____. STF. *Recurso Extraordinário nº. 161.246-6, 1997*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 25 out. 2008.

_____. STJ. *Recurso especial nº. 235678, 1996*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 25 out. 2008.

_____. STJ. *Habeas Corpus nº. 12.547, 2001*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 25 out. 2008.

_____. TJRJ. *Apelação nº. 2000.001.12810, 2000*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 25 out. 2008.

_____. STJ. *Recurso Especial nº. 758621-05*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON>>. Acesso em: 25 out. 2008.

_____. TJRS. *Apelação Cível nº. 196033252, 1996*. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 25 out. 2008.

_____. TJRJ. *Apelação Cível nº. 1998.001.08148*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em 25 out. 2008.

_____. *Estatuto da Associação Brasileira de Divulgação Científica (ABDC)*. Disponível em: <http://www.bjournal.com.br/ABDC.htm>>. Acesso em 01 nov. 2008.

_____. *Estatuto Federal da Associação de Pais e amigos dos Excepcionais (APAE)*. Disponível em: <http://www.apaebrasil.org.br/>>. Acesso em 01 nov. 2008.

_____. *Boletim Informativo – 2005*. Disponível em: <http://www.nacionaldedireito.com.br/boletins/boletim750.htm#jur1>>. Acesso em 02 nov. 2008.

_____. *Jornal O Estado de São Paulo*. Disponível em: www.estadão.com.br. Acesso em 02 nov. 2008.

CABRAL, Nuria Micheline Meneses. *As gerações e a hierarquia dos direitos*. Disponível em: <http://agata.ucg.br/formularios/ucg/institutos/nepjur/pdf/seminarios/geracoes.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Podivm, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 1. Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Vol. 3. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. vol. 3. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENGLAND, *Magna Charta Libertarum*. Disponível em: <http://icitizenforum.com/portuguese/about-site-portuguese>. Acesso em 01 nov. 2008.

ERICSON, Sylvia. *Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.ucam.edu.br/pesquisas/jornada/013.pdf>. Acesso em 20 set. 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Estado de Direito e Devido Processo Legal*. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_11/DIALOGO-JURIDICO-11-FEVEREIRO-2002-LUCIA-VALLE-FIGUEIREDO.pdf. Acesso em 28 set. 2008.

FISCHER, Eduardo Ferreira. *Hermenêutica para vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Disponível em: http://www.unisc.br/cursos/pos_graduacao/mestrado/direito/corpo_discente/2006_dissertacoes/fischer.pdf. Acesso em 25 de setembro de 2008.

GUSMÃO, Mônica. *Direito Empresarial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*. Vol. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA FILHO, José Carlos Cal. *Conteúdo jurídico do Devido Processo Legal: interpretação dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/11565/1/Conte%C3%BAdo%20Jur%C3%ADico%20do%20Devido%20Processo%20Legal.pdf>>. Acesso em 28 set. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Parte Geral*. Vol. 1. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela. *Os direitos fundamentais e sua validade no âmbito das relações privadas*. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie/prima/artigos/n5/direitos.pdf>>. Acesso em 28 de agosto de 2008

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A dimensão processual dos Direitos Fundamentais e da Constituição*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_137/r137-02.pdf>. Acesso em 15 set. de 2008.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. *O Devido Processo Legal*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4749>>. Acesso em 28 out. 2008.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2000.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUCENA, José Waldecy. *Das Sociedades Limitadas*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2005.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Estudos Temáticos de Direito Constitucional*. Fortaleza: Editora UFC, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. Teoria geral do processo*. V. 1: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2001.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MATHIAS, Márcio José Barcellos. *Distinção conceitual entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos sociais*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1456>>. Acesso em 10 de setembro de 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial e de Empresa*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições dos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. São Paulo: Renovar, 2006.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial. Vol. 1*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

RODRIGUES JÚNIOR, Álvaro. *Análise dos conceitos de "affectio societatis" e de "ligabilidad" como elementos de caracterização das sociedades comerciais*.

Disponível em: <<http://jus2.uoi.com.br/doutrina/texto.asp?id=4905>. Acesso em 01 nov. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

UNITED STATES OF AMERICA, *Constituição Americana*. Disponível em: <<http://www.icitizenforum.com/constitution-united-states>>. Acesso em 01 nov. 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Parte Geral*. Vol. 1. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – Uma leitura da jurisprudência do STF*. Atlas, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 8. ed. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.