

DEVIDO PROCESSO LEGAL E RELAÇÕES PRIVADAS: LIMITES E PORTAS DE ENTRADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO

DUE PROCESS AND PRIVATE RELATIONS: LIMITS AND ENTRY POINTS FOR FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE LAW

RAFAEL VIEIRA DE AZEVEDO*

ROBERTO PAULINO DE ALBUQUERQUE JÚNIOR**

RESUMO

O princípio do devido processo legal é analisado pela doutrina em duas diferentes dimensões: a *processual* (ou procedimental) que impõe que a tutela de bens fundamentais (vida, liberdade e propriedade) seja realizada pela via de processos legais e ordenados; e a *substancial* (ou material) que vem militar na proteção destes mesmos bens, mas no campo da elaboração e aplicação das normas que os regulam. Na análise de sua eficácia sobre as relações privadas, adota-se o modelo fraco de eficácia indireta dos direitos fundamentais às relações privadas, por entender-se que é o que confere o tratamento mais adequado a manutenção da autonomia epistemológica do direito privado. Isso porque, consegue conciliar o melhor dos dois mundos, ou seja, a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, sem ferir as especificidades historicamente construídas próprias do sistema de direito privado. Dentre as hipóteses de incidência do devido processo legal nas relações privadas, estão os processos particulares e os contratos.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Legal. Incidência. Direitos fundamentais. Eficácia.

ABSTRACT

The principle of due process is analyzed by the doctrine in two different dimensions: procedural that imposes that the protection of fundamental goods (life, liberty and property) is carried out by means of legal and orderly processes; and the substantial (or material) that comes military in the protection of these same goods, but in the field of the elaboration and application of the norms that regulate them. In the analysis of its effectiveness on private relations, the weak model of indirect effectiveness of the fundamental rights to private relations is adopted, since it is understood that it is what gives the most adequate treatment the maintenance of the epistemological autonomy of private law. That is because it can reconcile the best of both worlds, that is, the effectiveness and effectiveness of fundamental rights, without harming the historically constructed specificities of the private law system. Among the hypotheses that the due process apply in private relations are the private processes and the contracts.

KEYWORDS: *Process. Legal. Incidence. Rights. Fundamental. Effectiveness.*

INTRODUÇÃO

O problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas já foi abordado tanto por publicistas como por privatistas e é um tema longe de um consenso, apesar da notória prevalência na doutrina brasileira da

* Doutor em direito privado (UFPE), professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). E-mail: rafaelazevedo2013@gmail.com.

** Doutor em direito privado (UFPE), professor adjunto da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). E-mail: rpa_jr@yahoo.com.br.

opção pela modelo de eficácia direta. O devido processo legal, na qualidade de norma de direito fundamental e cláusula geral do direito processual, incide nas relações privadas, causando a partir dessa o surgimento de normas jurídicas e, conseqüentemente, situações jurídicas.

Objetivando proceder a um estudo das conseqüências jurídicas advindas da eficácia do devido processo legal nas relações privadas será feita uma análise do referido direito fundamental em suas esferas formal e substancial. Tal tarefa será objeto do primeiro tópico, na qual se abordou também a estrutura normativa do “*due process of law*” e forma como se dá a sua incidência.

No segundo tópico será tratado o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, com ênfase nos modelos de eficácia direta, indireta e na proposta do professor Otávio Luiz Rodrigues Junior. Fixadas as premissas metodológicas e adotando-se o modelo proposto pelo último, os tópicos seguintes abordam as portas de entrada para o devido processo legal no direito privado, sem o objetivo de esgotar as hipóteses, mas sim de enumerar algumas, bem como, dois casos em que ocorrerá a incidência: processos particulares e nos contratos.

1. O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUAS ESFERAS SUBSTANCIAL E PROCEDIMENTAL

Objeto deste estudo, o princípio do devido processo legal é analisado pela doutrina em duas diferentes dimensões: a *processual* (ou procedimental) que impõe que a tutela de bens fundamentais (vida, liberdade, e propriedade) seja realizada pela via de processos legais e ordenados - estatais (judiciais, legislativos e administrativos) ou não; e a *substancial* (ou material) que vem militar na proteção destes mesmos bens, mas no campo da elaboração e aplicação das normas que os regulam¹.

Em estudo relevante sobre a concretização do devido processo legal procedimental na jurisprudência do STF e do STJ, para o qual se remete o leitor para um estudo aprofundado, Lucas Buril de Macedo² concluiu que infelizmente, exatamente como não deveria ser, que o devido processo procedimental vem sendo aplicado, na maioria dos precedentes daquelas cortes, de forma genérica e imprecisa, de modo que não é incomum que o STF ou o STJ, por uma turma, diga que em um caso o *due process* significa algo, e, em um caso semelhante, por outra turma, decida por um significado diferente.

No mesmo estudo³ é identificado que há quem defenda, no entanto, que o devido processo legal seria um princípio apenas de ordem procedimental,

1 BRAGA, 2008, p. 303.

2 2013, p. 387

3 MACEDO, 2013, p. 387.

negando-lhe a natureza substancial. Nesse sentido, entende Humberto Ávila, para o qual não seria correto usar o dispositivo relativo ao “devido processo legal substancial”, pois este serviria como fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, que já tem normatividade reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro e sua proteção seria decorrente dos princípios da liberdade e igualdade, apontando, portanto, que falar-se em devido processo substancial seria desnecessário e redundante⁴. Em sentido contrário, defendendo no direito norte-americano, o devido processo apenas em seu sentido substancial, Ryan C. Willians, para quem o significado original da única das Cláusulas do Devido Processo da Constituição norte-americana - a Cláusula do Devido Processo da Décima Quarta Emenda – engloba uma forma reconhecível de um devido processo substantivo⁵.

A doutrina processual há muito estabelece como elementos essenciais do devido processo legal o juiz natural, o direito de defesa e a adequação das formalidades do procedimento⁶. Contemporaneamente, não basta a regulamentação da forma como o ato estatal será produzido (o que seria algo inerente ao devido processo legal processual); o devido processo legal material traz balizas para definição do seu conteúdo, vedando a imposição de restrições arbitrárias, desproporcionais e irrazoáveis aos cidadãos, tudo em conformidade com os padrões da Democracia Moderna⁷.

O devido processo legal remete àquela visão de processo formatada ao longo da história, segundo a qual qualquer privação de bens, liberdade e da vida não pode ser uma surpresa para o indivíduo, menos ainda arbitrária. Processo – e o mesmo se diga quanto à cláusula ora explorada – é a noção que se encontra na linha ideária, como uma fase precedente e intermediária, de inicialização, reconhecimento e fruição – e também restrição, ablação – de direitos. Como fase precedente, configura-se em dialética – que tanto melhor será quanto mais dialógica for – realizável e controlável. Por isso, não se aproxima apenas das garantias específicas, mas especialmente dos direitos que ajuda a garantir⁸.

4 ÁVILA, 2008, p. 56.

5 WILLIANS, 2010, p. 408.

6 THEODORO JR, 1991, p. 14.

7 BRAGA, 2008, p. 304.

8 ANDRADE, 2014, p. 87.

2. DIREITO FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA EFICÁCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

2.1. BREVE PANORAMA DOS DIFERENTES MODELOS DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS⁹

O modelo de eficácia direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas é bastante difundido na doutrina brasileira. Neste, as normas constitucionais incidem diretamente nas relações privadas, sem qualquer mediação por parte do legislador ordinário, regulando os interesses em conflito dos particulares¹⁰. Para esta corrente, as normas constitucionais disciplinam as relações pessoais e socioeconômicas, consubstanciando-se em normas de comportamento, idôneas a incidir imediatamente sobre o conteúdo das relações jurídicas, não traduzindo meras regras hermenêuticas. Assim, a norma constitucional pode, sozinha, a despeito da inexistência de norma ordinária que incida no caso concreto, regular determinada relação jurídica de direito privado.

Dentre os defensores do modelo da eficácia direta, há quem entenda¹¹ que está superada a dicotomia entre o direito público e o direito privado, de sorte que as normas de direito público se aplicam às relações privadas e, da mesma forma, as normas de direito privado incidem nas relações a de direito público, tornando-se tal distinção meramente quantitativa, não já qualitativa¹². Como consequência desta concepção, os direitos fundamentais não careceriam de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, assumindo diretamente o significado de vedações de ingerência no tráfico jurídico-privado e a função de direitos de defesa oponíveis a outros particulares, acarretando uma proibição de qualquer limitação aos direitos fundamentais contratualmente avençada, ou mesmo gerando direito subjetivo à indenização no caso de uma ofensa oriunda de particulares¹³.

Em tese de Livre-Docência apresentada ao departamento de direito civil da Universidade de São Paulo, o Professor Otávio Luiz Rodrigues Junior¹⁴ divide o modelo de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre

9 Não há neste tópico qualquer pretensão de esgotar o tema, tampouco de apresentar todas as correntes doutrinárias mais difundidas no Brasil sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas, tão somente, apresentar um breve panorama sobre os modelos que reputamos essenciais para o tratamento adequado da matéria em análise.

10 TEPEDINO, 2011, p.46.

11 Vide nota de rodapé nº 24.

12 TEPEDINO, 2011, p.46.

13 SARLET, 2011, p. 237.

14 2017, p. 503-512.

particulares, adotado por autores brasileiros em três: um modelo forte, um modelo fraco e um modelo sincrético.

O modelo fraco seria aquele defendido por Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵, para o qual: o fundamento da eficácia direta é o art. 5º, §1º, CF/1988; o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais “poderá ser tido como superado” tão somente no que diz respeito ao “reconhecimento da existência (isto é, do “se”) dessa vinculação, “quando se tratar de normas de direitos fundamentais que expressamente têm por destinatário (ao menos também) entidades privadas e os particulares em geral”; dúvidas sobre a vinculação dos particulares só terão cabimento em face “dos direitos fundamentais que não têm por destinatário exclusivo os órgãos estatais”, ressalvando, contudo, que os direitos fundamentais dirigidos exclusivamente ao poder público, não deixam de ter eficácia sobre as relações privadas em razão de vincularem o legislador privado; o dogma da autonomia do direito privado não teria o poder de afastar uma vinculação direta dos particulares; é equivocado limitar a irradiação dos direitos fundamentais à intermediação das cláusulas gerais; o princípio da dignidade da pessoa humana, ao menos como fundamento e medida para uma vinculação direta dos particulares, poderá assumir, portanto, relevância autônoma apenas onde não se estiver em face de uma vinculação desde logo expressamente prevista no texto constitucional; há um dever geral de respeito aos direitos fundamentais que a todos vincula, Estado e particulares; as violações aos direitos fundamentais “decorrem tanto do Estado quanto dos particulares; as agressões dos particulares não podem ser imputadas de modo genérico e exclusivo diretamente ao Estado; não é admissível limitar a “vinculação dos particulares apenas às hipóteses nas quais tenhamos uma situação de inequívoca desigualdade fática (econômica/social); as normas de direitos fundamentais não são homogêneas e têm “diversos graus de eficácia e gerando efeitos peculiares”, de modo que o adequado manejo da eficácia direta na relação entre particulares e a intensidade da vinculação destes aos direitos fundamentais deve ser pautada de acordo com as especificidades do caso concreto”.

Já o modelo forte¹⁶ seria aquele defendido por, dentre outros, Daniel Sarmiento¹⁷, Paulo Lôbo¹⁸ e Gustavo Tepedino¹⁹. Este modelo se apresentaria de forma difusa em vários textos de direito civil e de direito constitucional, para os quais, em comum, estaria a defesa da eficácia direta sem a necessidade da intermediação legislativa e a vinculação à dignidade humana, tendo como principais fundamentos: a CF/1988, diferente da LF/1949 prevê hipóteses de

15 2017, p. 16.

16 RODRIGUES JUNIOR, 2017, p. 503-512.

17 2006.

18 2008.

19 2011.

eficácia direta em vários dispositivos – direitos trabalhistas – além de ter um sistema mais caracterizado pela socialidade do que o germânico, transmitindo a ideia de vinculação passiva universal das liberdades fundamentais; as desigualdades sociais brasileiras são muito maiores que as existentes em outros países como Alemanha e Estados Unidos da América, o que demandaria uma tutela mais forte dos direitos fundamentais no Brasil; a eficácia direta fortaleceria a autonomia privada, pois, ela só existe em sentido pleno quando a parte é aliviada dos efeitos da desigualdade e dos embaraços materiais a seu exercício; a eficácia direta será possível quando não houver legislação ou a aplicação da lei revelar-se em descompasso com as normas e valores constitucionais; o pós-positivismo introduziu maior elasticidade, dinamismo e riqueza axiológica na interpretação e na aplicação do direito, o que pressupõe flexibilização do conceito de segurança jurídica, algo que não é peculiar às relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado; o princípio da dignidade humana é o centro da ordem jurídica, o que determina a eficácia direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas e a concretização desse princípio no Direito Privado não poderia ser condicionada ou limitada pela vontade do legislador ou pela interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado; a CF/1988 é progressista e suas normas, apesar de algumas exceções, traduzem um generoso projeto de emancipação social dos excluídos; rejeita a ideia de influência recíproca de normas de direito privado e normas constitucionais e de civilização do direito constitucional, defendendo que os princípios e valores constitucionais se estendem a todas as normas do ordenamento e não o contrário, sob pena de quebra da unicidade do sistema; reputa equivocada a corrente teórica que defende o papel de “decodificador” da norma constitucional pelo direito ordinário, pois a norma constitucional deve reger a interpretação do direito ordinário e não o inverso; o conceito de microsistema, ainda que se lhe atribua sentido meramente didático, deve ser rejeitado, por admitir uma visão fragmentada do sistema; a ponderação não deve ficar limitada à colisão de direitos; a diferenciação de eficácias (direta ou indireta) na vinculação aos particulares aos direitos fundamentais apresenta-se talvez como um falso problema.

Para o modelo forte, a compreensão que se tem de constitucionalização do direito civil não o resume à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, que é um de seus aspectos, mas vai muito além. O significado mais importante é o da aplicação direta das normas constitucionais, máxime os princípios, quaisquer que sejam as relações privadas, particularmente de duas formas: a) quando inexistir norma infraconstitucional, o juiz extrairá da norma constitucional o conteúdo necessário para a resolução do conflito; b) quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis. Portanto, as normas

constitucionais sempre serão aplicadas em qualquer relação jurídica privada, seja integralmente, seja pela conformação das normas infraconstitucionais²⁰.

Por fim, o modelo sincrético, por não ter características bem definidas e decorrer muitas vezes de adaptações argumentativas quando se submete alguns dos postulados da eficácia direta a testes de estresse, quando alguns dos argumentos coerentes da eficácia direta conduzem a resultados insustentáveis²¹.

A tese da eficácia mediata desenvolveu-se, a partir da paradigmática formulação de Günther Dürig, que, partindo de algumas premissas comuns, notadamente ao advogar que os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva, com reflexos em todo o ordenamento jurídico, no entanto contesta veementemente os defensores da eficácia imediata²². Para Dürig, em objeção acolhida até hoje por expressiva parcela da doutrina e jurisprudência constitucional, principalmente na Alemanha, o reconhecimento de uma eficácia direta no âmbito das relações entre particulares acabaria por gerar uma estatição do Direito Privado e um virtual esvaziamento da autonomia privada^{23 24}.

Assim, de acordo com a proposta de Dürig, a assim chamada eficácia irradiante das normas de direitos fundamentais, reconduzida à sua dimensão jurídico-objetiva, acabaria por ser realizada, na ausência de normas jurídico-privadas, de forma indireta, por meio da interpretação e integração das “cláusulas gerais” e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais²⁵. Em primeira linha, portanto, constitui - segundo os adeptos desta concepção - tarefa do legislador realizar, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário precípua das normas de direitos fundamentais, a sua aplicação às relações jurídico-privadas²⁶.

Nesse modelo, os direitos fundamentais não são diretamente oponíveis, como direitos subjetivos, nas relações entre particulares, mas que carecem de uma intermediação, isto é, de uma transposição a ser efetuada precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais, por meio de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais e, eventualmente, por meio de uma integração jurisprudencial de eventuais lacunas, cuidando-se, na verdade, de uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pelo Direito Privado²⁷.

20 LÔBO, 2017, p. 62.

21 RODRIGUES JR, 2017, p. 503-512.

22 SARLET, 2011, p. 237.

23 SARLET, 2011, p. 237.

24 Veja-se que a objeção de Dürig tem razão de ser, na medida em que, conforme citado anteriormente, dentre os defensores da eficácia direta, há aqueles que defendem ter havido a superação da dicotomia existente entre direito público e privado.

25 SARLET, 2011, p. 238.

26 SARLET, 2011, p. 238.

27 SARLET, 2011, p. 238.

Há ainda um chamado modelo fraco²⁸ de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Chamando o modelo anteriormente exposto de eficácia indireta de modelo forte, o modelo fraco conjuga a maior parte dos postulados da doutrina da eficácia indireta, ressaltando, contudo, duas hipóteses de aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais: a existência excepcional de direitos fundamentais cujo perfil normativo foi de tal como concretizador de posições jurídicas, que tornou desnecessária a intermediação do direito ordinário privado (reitere-se o caráter excepcional da existência desses direitos e a vedação a generalizações); a omissão legislativa, mesmo com o uso de cláusulas gerais, permitiria a eficácia direta em razão da proibição da insuficiência²⁹.

Além da abertura à eficácia direta nas situações excepcionais acima expostas, o proposto modelo fraco funda-se nas seguintes premissas³⁰: (a) o sistema de direito privado controla a validade dos negócios jurídicos e de todos os institutos e figuras jurídicas submetidos a seus limites normativos, por meio de técnicas comuns a todos os ramos da ordem jurídica; (b) os mecanismos de controle podem ser denominados de “fatores de correção”; (c) todas as hipóteses de desconformidade ao direito são qualificáveis como espécies de “fatores de correção” do direito, de modo que nelas se enquadram, de acordo com o direito positivo, de categorias que variam entre ineficácia, invalidade e suas variações; (d) o sistema de direito privado, embora autônomo, por força do princípio da constitucionalidade, submete-se aos mecanismos comuns de controle de validade, que recaem não somente sobre normas jurídicas produzidas pelo Estado, mas também sobre atos ou atividades que se vinculem a um sistema de direito privado; (e) um contrato pode apresentar desconformidade em relação a portarias, decretos, leis e à própria Constituição. Essas normas funcionam como fatores de correção internos, portanto, os critérios de controle jurídico do contrato respondem a uma estrutura lógico-formal deduzida internamente no sistema jurídico; (f) o fato de correção do direito privado externa-se primariamente pelas normas e pelos princípios desse sistema, entretanto, a utilização de fatores de correção extrassistemáticos não só é possível como em muitos casos indispensável; (g) a utilização dos fatores de correção internos, mas não privatísticos, pode-se dar pelas formas tradicionais de recurso à

28 Canaris (CANARIS, 2013, p. 19-20) em trabalho recente, admitiu excepcionalmente a incidência direta do direito fundamental de proibição de discriminação quando este serve a proteção da dignidade humana, pois esta, em virtude de sua supremacia absoluta, operaria sempre de modo direto, enquanto o mesmo direito fundamental de proibição de discriminação, tendo como objeto a consecução de fins de outra natureza (social, profissional ou política), a eficácia se daria de modo indireto. Sobre essa mudança de posição também escreveu Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2017, p. 16). A análise detida da teoria de Canaris, incluindo sua possível mudança de posição foge aos objetivos deste trabalho, contudo, ao que parece, o referido autor alemão passou a defender um modelo fraco de eficácia indireta.

29 RODRIGUES JR, 2017, p. 580-581.

30 RODRIGUES JR, 2017, p. 579-580.

constituição e seus princípios para fins de controle de validade de normas e atos, sendo, entretanto, necessária a filtragem dos conteúdos constitucionais quando estes irradiam para o direito privado³¹; (h) quando necessário, diante da colisão de direitos fundamentais, que se refletem em um conflito entre particulares, é possível em *ultima ratio* o emprego de técnicas próprias do direito constitucional para a interpretação do direito ou mesmo para a solução de conflitos.

Adota-se o modelo fraco de eficácia indireta dos direitos fundamentais às relações privadas³², por entender-se que é o que confere o tratamento mais adequado a manutenção da autonomia epistemológica do direito privado. Isso porque, consegue conciliar o melhor dos dois mundos, ou seja, a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, sem ferir as especificidades historicamente construídas próprias do sistema de direito privado.

Fixadas e esclarecidas as premissas metodológicas para análise da incidência do direito fundamental ao devido processo legal nas relações entre particulares, passar-se-á a investigação de algumas possíveis “portas de entrada” ao sistema de direito privado que admitirão a incidência deste direito.

2.2. DO MODELO FRACO DE EFICÁCIA INDIRETA E DAS PORTAS DE ENTRADA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO PRIVADO

O direito fundamental deve ser respeitado, em conformidade com as normas da lei infraconstitucional (eficácia indireta, pois, através de norma infraconstitucional, dos direitos fundamentais, como o CDC), em especial, no caso de lacuna ou necessidade de concretização de cláusulas gerais³³³⁴.

As portas de entrada tradicionalmente utilizadas pelo modelo da eficácia indireta dos direitos fundamentais são as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Estes também são denominados de modelos jurídicos abertos³⁵, quais sejam, aquelas estruturas normativas cuja estatuição, ou consequência, ou ambos, tem baixo grau de determinação, como se dá com o art. 187 e também, em tema de interpretação contratual, o do art. 113 do Código Civil. Tais modelos abertos podem se apresentar tanto na forma de princípios, como na forma de regras, pois, a distinção entre estas estruturas, como visto no

31 Noutra parte da mesma obra (RODRIGUES JR., 2017, p. 590), o autor admite, ao contrário do modelo forte de eficácia indireta, outras portas de entrada dos direitos fundamentais nas relações privadas, que podem se dar inclusive por cláusulas e regras fechadas, não se limitando às cláusulas abertas e aos conceitos jurídicos indeterminados.

32 Dado aos objetivos e limites deste trabalho, não será efetuada a sobrecarga argumentativa que seria necessária à justificação da adoção do modelo referido em um trabalho mais robusto.

33 MARQUES, 2014, p. 509.

34 A autora citada defende, entretanto, que no caso do direito fundamental a dignidade da pessoa humana, a eficácia se dá de forma direta (MARQUES, 2014, p. 509).

35 MARTINS-COSTA, 2015, p. 72.

capítulo primeiro, não reside no seu grau de determinação, mas sim, se possuem suporte fático reflexivo (princípios) ou voltado para solução do caso concreto (regras). A cláusula geral da boa-fé resta abrigada em um princípio, enquanto o conceito jurídico indeterminado dos “bons costumes” ocupa suporte fático de algumas regras³⁶. O próprio devido processo legal é, em si, uma cláusula geral abrigada em um princípio.

O direito fundamental é norma a ser respeitada pelo Estado (eficácia vertical), mas também impõe valores a serem respeitados nas relações entre dois iguais, dois privados (eficácia horizontal). As cláusulas gerais, como normas abertas que são, necessitam de uma concreção utilizando os direitos fundamentais, daí que são vetores da aplicação dos direitos fundamentais. Assim, quando hoje se concretiza a boa-fé, não podemos deixar de considerar a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais³⁷.

Em relação ao devido processo legal, cumpre destacar que, segundo o modelo fraco de eficácia indireta adotado neste trabalho, não se enquadra no rol dos direitos fundamentais cujo perfil normativo foi de tal como concretizador de posições jurídicas, que tornou desnecessária a intermediação do direito ordinário privado, pois, seu enquadramento como cláusula geral e como princípio pressupõe, necessariamente, baixo grau de concretização³⁸. Assim, salvo nos casos de total omissão legislativa (incluindo aí os modelos jurídicos abertos), que permitiria sua aplicação direta pelo princípio da proibição da insuficiência, a cláusula geral do devido processo legal incidirá de forma indireta nas relações entre particulares.

Nos tópicos que se seguem, passar-se-á a abordar algumas hipóteses de incidência do devido processo legal nas relações entre particulares, sem a pretensão, dado aos limites desse trabalho de esgotá-las, até porque, por ser uma cláusula aberta, não há como delimitar *a priori* todas as suas hipóteses de incidência, ainda que de modo indireto. Pode-se citar, entretanto, algumas portas de entrada, a exemplo da cláusula geral da boa-fé objetiva para incidência nos negócios jurídicos e relações entre associados (sentido amplo³⁹) de uma pessoa jurídica, a função social para as relações jurídicas de direito real, além da própria sistemática do direito obrigacional e do apoio na tomada de decisão da pessoa com deficiência, que se estruturam como processo, conforme será mais detalhado nos tópicos seguintes.

36 O arts. 13, 122, 187, inciso IV do art. 1.336 e inciso III do 1.638 do CC/02.

37 MARQUES, 2014, p. 510.

38 Assim como a cláusula geral da boa-fé, o devido processo legal já foi tão exaustivamente trabalhado pela doutrina que existem diretrizes claras a respeito de sua concretização em inúmeras hipóteses, isso, contudo, não lhes retira a natureza essencial de normas de baixo teor de concretização.

39 Abarcando sócios, associados e todos aqueles que, de alguma forma, tiverem relação jurídica com uma pessoa jurídica.

3. ALGUNS CASOS DE INCIDÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

3.1. DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA APLICAÇÃO NOS PROCESSOS PARTICULARES

Os processos particulares são atos jurídicos que comportam em seu suporte fático um procedimento⁴⁰ em contraditório – concebido este como ato complexo de formação sucessiva, ou seja, vários atos que compõem o tipo normativo sucedem-se no tempo⁴¹. Estes terão eficácia sucessiva quando em seu suporte fático houver outros fatos jurídicos completos, e terão eficácia imediata quando em seu suporte fático, mesmo prevendo uma sequência sucessiva de fatos para sua concretização, não houver fatos jurídicos.

São exemplos, não exaustivos, de processos particulares aqueles por meio dos quais se decide os representantes de uma pessoa jurídica de direito privado (sociedade, cooperativa, associação ou fundação) ou de entes despersonalizados (condomínio), ou aqueles que ocuparão algum de seus órgãos e os processos para aplicar sanções disciplinares no âmbito desses mesmos sujeitos de direito.

Os processos privados, por assim dizer, sofrem a incidência indireta dos direitos fundamentais, dentre eles, o do devido processo legal, tendo como portas de entrada a autonomia da vontade, a boa-fé objetiva e a própria estrutura procedimental que apresenta. Não se pode admitir como de acordo com a boa-fé um processo que aplique uma sanção a um indivíduo que faz parte de um condomínio ou de uma pessoa jurídica de direito privado, sem o respeito ao devido processo legal em todos os seus consectários (contraditório formal e substancial, imparcialidade do julgador, direito de petição, dentre outros). Igualmente, estabelecendo-se que alguns órgãos de determinada pessoa jurídica só serão ocupados por um de seus associados (em sentido amplo) e mediante processo eletivo interno ou mediante verificação de critérios objetivos (colação de grau em curso superior, qualificação técnica específica, etc.), o procedimento deve ser feito de forma transparente, ausente de influências indevidas, oportunizando aos interessados a impugnação de suas etapas e resultados.

Em trabalho específico sobre as associações sem fins econômicos Rodrigo Xavier Leonardo⁴² estabelece que o procedimento de exclusão de associado sofre incidência do devido processo legal, devendo-se observar garantias semelhantes àquela reconhecidas ao réu em processo judicial, tal como: a) direito a uma

40 Há procedimentos particulares que não podem ser qualificados como processos particulares, e, portanto, não sofre incidência sequer indireta do devido processo legal, a exemplo daquele inerente a demissão sem justa causa do empregado pelo empregador (exige-se baixa na carteira de trabalho, dentre outros atos sucessivos), pois, não há neste, a presença do contraditório.

41 DIDIER JR, 2015, p. 31.

42 2014, livro eletrônico não paginado.

comunicação prévia da instauração do procedimento para exclusão do associado, com minudente informação a respeito do teor da acusação que lhe é dirigida; b) direito à comunicação de todos os atos praticados no procedimento instaurado para aplicação da sanção; c) direito de plena igualdade entre acusação e defesa; d) direito ao contraditório, com oportunidade de apresentação de defesa escrita em tempo hábil, apresentação de testemunhas e realização de outras figuras probatórias necessárias à defesa; e) direito de análise e de contestação das provas contraproduzidas pela associação; f) direito de não receber sanções mediante a utilização de provas ilegalmente obtidas; g) direito à transcrição dos atos processuais; h) direito de recurso; i) direito de ser representado por advogado.

Ao enfrentar a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, no *leading case* brasileiro sobre eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, no caso da União Brasileira de Compositores (UBC)⁴³, foi vencedora a tese da eficácia direta das relações privadas, sendo fixado no acórdão que a exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, diante do caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimaram, 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).

Noutro julgado mais recente, também abordando a eficácia do devido processo legal em processo interno de associação civil, dessa vez da APROFARMA (associação das farmácias do município de Jundiá e região), a primeira turma do Supremo Tribunal Federal, apesar de não ter adentrado ao mérito do recurso, por entender que isso demandaria reexame de fatos e provas e interpretação de cláusulas contratuais, novamente foi adotada a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, destacando-se que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada, donde os direitos fundamentais assegurados pela Carta Política vinculam não apenas os poderes públicos, alcançando também as relações privadas⁴⁴.

Apesar do posicionamento da suprema corte no sentido da eficácia direta, o filtro das normas de direito privado é necessário para evitar-se absurdos. Imagine-se barrar a promoção ou demissão sem justa causa de um empregado de uma pessoa jurídica de direito privado, por não ter sido precedida de procedimento com garantia de contraditório formal e substancial. Igualmente, sendo a ocupação de um órgão de uma pessoa jurídica de direito privado, por

43 STF, 2006, Online.

44 STF, 2017, p. 3.

disposição nos atos constitutivos, de livre nomeação e exoneração, a critério do administrador, não se pode considerar inválido o ato deste que substituir o ocupante do cargo de forma imotivada. Nesses casos seria necessária disposição nos instrumentos particulares que regem a pessoa jurídica para aplicação do devido processo legal, sendo, portanto, a autonomia da vontade, a porta de entrada, ou seja, não havendo previsão negocial, não há incidência do devido processo legal.

Afora esses casos, quando a lei prevê expressamente que certos atos só serão praticados por particulares caso respeitado determinado procedimento, têm aí, pela própria natureza do ato, uma porta de entrada para aplicação do devido processo legal. Isso se dá, por exemplo, quando a lei estabelece determinados quóruns para votação de assuntos específicos em entes coletivos, personalizados ou não. Os filtros determinam também quais estruturas normativas decorrentes do devido processo legal serão aplicáveis ou não ao caso. Não se pode entender que a incidência do contraditório e ampla defesa se darão da mesma forma no processo particular disciplinar, e no processo de nomeação de um administrador para um ente coletivo.

3.2. DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA INCIDÊNCIA NOS CONTRATOS

O *due process* formal exige o transcurso prévio de um procedimento pautado em garantias mínimas, como o direito de defesa, produção de provas, a um juiz natural, a uma decisão fundamentada, dentre outros. E o *due process* material estabelece que as decisões que dele (procedimento) dimanem sejam substancialmente justas e razoáveis, não cabendo cominar-se restrições excessivas e desproporcionais para a parte vulnerável⁴⁵.

Quanto aos contratos pode-se enunciar ao menos três portas de entrada para a incidência do devido processo legal, quais sejam, a autonomia da vontade, a boa-fé objetiva e a função social dos contratos. A primeira que abarca as liberdades de contratar (decidir com quem se contrata) e contratual (definição dos termos em que se contrata, seu objeto, sua causa, etc.). A segunda atua como fonte de obrigações recíprocas, além das funções interpretativas e integrativas das disposições contratuais e do comportamento das partes durante a chamada “vida do contrato”. E a terceira, sendo externa ao contrato (art. 421, CC/02), atua como limite a liberdade contratual visando a proteção de interesse jurídico coletivo (*lato sensu*).

Os doutrinadores alemães costumam afirmar que as relações obrigacionais são, em verdade, uma “fila” ou uma “série” de deveres de conduta e contratuais (*Reihe von Leistungspflichten und weiteren Verhaltenspflichten*),

45 BRAGA, 2007, p. 180.

vistos no tempo, ordenados logicamente, unidos por uma finalidade, um sentido único (*sinnhaftes Gefüge*) que une e organiza a relação contratual, que é a realização dos interesses legítimos das partes (*vollständigen Befriedigung der Leistungsinteressen aller Gläubiger*), realização do objetivo do contrato e posterior desaparecimento da relação (*Erloschen*)⁴⁶.

Trata-se de um verdadeiro processo que se desenvolve no tempo (*in der Zeit verlaufenden Prozess*), um processo social, um processo jurídico, o contrato, visualizado dinamicamente, irradiando uma série de efeitos jurídicos (*Rechtsfolgen*) durante a sua realização, antes mesmo dela e após⁴⁷.

A depender da natureza jurídica da relação contratual haverá maior ou menor espaço para a incidência das normas de direitos fundamentais dadas as especificidades que cada ramo do direito comporta. Nos contratos com a administração pública haverá maior espaço para aplicação de normas fundamentais de direito público (legalidade estrita, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). No direito privado, a particularidade brasileira está na diferenciação de regimes jurídicos entre os contratos de consumo e os submetidos ao código civil, o que implica em sérios problemas de qualificação jurídica das relações negociais, bem assim a necessidade de identificação da teoria prestigiada nas respectivas leis ordenadoras⁴⁸.

Nas relações de consumo a intervenção na autonomia da vontade dos particulares se dá de forma aguda, abrindo espaço para incidência das normas de direitos fundamentais tendo em vista que todas as normas do CDC são de ordem pública (art. 1º, CDC) e insuscetíveis de terem sua incidência afastada pela autonomia da vontade. Entretanto, nos contratos regidos pelo CC/02, em especial os empresariais, o espaço de incidência das normas de direitos fundamentais é mais restrito pois é igualmente restrita a atuação de normas mitigadoras da autonomia da vontade das partes – a legislação apenas admite essa intervenção de forma limitada, em casos excepcionais (arts. 421 e 421-A do CC/02) ou caso ofenda normas de ordem pública (art. 3º, inciso VIII, da lei nº 13.874/19).

É imperioso destacar, contudo, que mesmo nos contratos regidos pelo CC/02, nos sistemas romano-germânicos (como o nosso) a autonomia privada, embora constitua o esteio da contratação entre particulares, não é fundamento exclusivo da força obrigatória dos contratos. Na verdade, os efeitos do contrato fundam-se também nesses sistemas jurídicos na tutela da confiança: cada contraente deve responder pelas expectativas dignas de tutela jurídica que gerar na contraparte por meio da sua declaração⁴⁹.

46 MARQUES, 2014, p. 225.

47 MARQUES, 2014, p. 225.

48 RODRIGUES JUNIOR, 2014, p. 43.

49 VICENTE, 2016, p. 281.

O devido processo legal incide como garantia do cumprimento dessas especificidades em sentido formal e material. No primeiro, ao determinar a observância dos procedimentos legais fixados para sua formação, revisão e execução. No segundo, ao privilegiar os preceitos de ordem material (revisão excepcional e limitada, proteção da confiança, respeito a interesses difusos, etc.).

Os contratos em geral advêm de um processo de aperfeiçoamento desencadeado por tratativas preliminares (fase de pontuação ou negociação), que geram uma proposta definitiva (fase de postulação) de uma das partes, a ser aceita ou não pela contraparte (fase de decisão)⁵⁰. O contrato estabelecido encerra a fase pré-negocial e é o ponto de referência⁵¹ das expectativas fáticas e normativas das partes, tanto em relação ao cumprimento da prestação acordada, quanto em relação ao regime jurídico a ela aplicável e sua causa.

Nos contratos empresariais (aqueles celebrados entre empresas) todas as partes visam o lucro e são presumidos agentes econômicos racionais nos clássicos padrões dos comerciantes ativos e probos, costumados ao giro mercantil, o que lhes imprime uma dinâmica especial em sua formação⁵². Ela perpassa pela escolha do parceiro negocial, seleção de advogados, alocação de riscos, propostas, redação de instrumentos pré-contratuais e contratuais, além de muitas vezes serem objeto de reiteradas renegociações e revisões. Nestes, eventuais lacunas ou cláusulas com redação confusa integram os riscos do negócio, assumidos integralmente pelas partes celebrantes (art. 421-A, inciso II, CC/02).

O *due process* formal impõe que a etapa formativa do negócio transcorra de modo legítimo conforme os requisitos de constituição válida do negócio jurídico. São eles, em termos gerais, a exigência de que: i) os sujeitos sejam capazes, com vontade livre, consciente e de boa-fé; ii) a exteriorização desta vontade respeite as formas legais; e iii) seu objeto seja lícito, moral e possível⁵³. No direito do consumidor, exige-se que tenham sido prestadas informações adequadas e suficientes, em linguagem acessível, oferta pública, publicidade regular, ausência de práticas abusivas, entre outras. No direito empresarial exige-se o respeito a autonomia das partes na alocação de riscos do negócio, na definição de cláusulas interpretativas, na escolha do parceiro negocial e da livre negociação dos termos do contrato.

Já o *due process* material encontra guarida nos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, de modo que, o simples cumprimento regular das etapas de formação não implicará na regularidade do contrato ou de todas as suas cláusulas. No direito do consumidor a incidência é mais

50 BRAGA, 2007, p. 179.

51 HART, MOORE, 2008, p. 7.

52 FORGIONI, 2016, p. 73.

53 BRAGA, 2007, p. 179.

clara de modo a exigir não só que a informação seja prestada, mas que o seja da forma mais completa possível e em momento que propicie ao consumidor todos os elementos que ele necessita saber antes de sua tomada de decisão. No direito empresarial, apesar de sua incidência mitigada, pode-se suscitar algumas hipóteses: interpretação mais favorável a parte que não redigiu a cláusula; vedação a decisão surpresa de qualquer dos agentes econômicos em dissonância com as legítimas expectativas geradas na fase de formação; cooperação entre as partes para a manutenção e cumprimento do contrato.

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, temos que o devido processo legal, na qualidade de modelo normativo aberto (cláusula geral), estruturado na forma de princípio, incide nas relações jurídicas privadas de forma indireta, tanto no aspecto procedimental, quanto no substancial. Admite-se a aplicação direta no caso de omissão legislativa, não coberta por qualquer das estruturas normativas abertas do direito privado, bem como, nos casos em que a norma de direito fundamental esteja estruturada como regra.

Foi abordada a aplicação do devido processo legal nos processos particulares, e na formação dos contratos. Nos processos particulares, caracterizados como atos jurídicos em cujo suporte fático incluía um procedimento (atos jurídicos complexos de formação sucessiva) em contraditório, são típicas portas de entrada para o devido processo legal a cláusula geral da boa-fé objetiva, a autonomia da vontade e a própria natureza processual de institutos de direito privado. Nos contratos, o devido processo legal índice em sua esfera procedimental para garantir a presença dos requisitos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos e na esfera substancial seja equilibrado e proporcional, respeitadas as especificidades da natureza e da causa de cada negócio.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cássio Cavalcanti. O princípio do devido processo legal: histórico, dimensões e eficácia horizontal. **Revista dos Tribunais**. vol. 948/2014, p. 77 – 113, out. 2014.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**. vol. 163/2008, p. 50 – 59, Set / 2008.

BRAGA, Paula Sarno. Aplicação do devido processo legal a processos particulares: processos punitivos de sócios, associados e condôminos. **Revista de Processo**. vol. 161/2008, p. 301 – 323, Jul, 2008.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares**. Dissertação (Mestrado em direito privado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 201819**, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006, disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>>, Acesso em 13 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário nº 1008625**, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078, DIVULG 18-04-2017, PUBLIC 19-04-2017, disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12751877>>. Acesso em 13 de outubro de 2021.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Considerações a respeito da posição de proibições de discriminação no Sistema de Direito Privado. **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**. Ano 07, n. 22, p. 15-20, Jan.-Mar. 2013.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil**, parte geral e processo de conhecimento. 17ed, Salvador: Juspodivm, 2015.

HART, Oliver, MOORE, John. Contracts as Reference Points. **Quarterly Journal of Economics**, Vol. 123, p. 1-48, 2008.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações sem fins econômicos**. 1ed. em ebook. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do Direito Civil Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional**. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 6ed, São Paulo: Saraiva, 2017.

MACEDO, Lucas Buriel de. A concretização direta da cláusula geral no devido processo legal processual no supremo tribunal e no superior tribunal de justiça. **Revista de Processo**. vol. 216/2013. p. 377 – 398, Fev, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 7ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. Como harmonizar os modelos jurídicos abertos com a segurança jurídica dos contratos? (Notas para uma palestra). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, ISSN 2358-6974, Volume 5, Jul / Set, 2015.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Distinção sistemática e autonomia epistemológica do direito civil contemporâneo em face da constituição e dos direitos fundamentais.** Tese de Livre-Docência apresentada ao departamento de direito civil da Universidade de São Paulo, 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Revisão judicial dos contratos de consumo no Brasil. GOUVEIA, Jorge Barcelar; SILVA, Heraldo de Oliveira. **I Congresso Luso-Brasileiro de direito.** Coimbra/PT: Editora Almedina, 2014, p. 44-77.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In:* MARQUES, Claudia Lima, MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas essenciais de direito do consumidor.** vol. 2, São Paulo: Revista dos tribunais, p. 227 – 285, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado – notas sobre a influência da dogmática alemã dos direitos fundamentais, em especial a contribuição de Claus-Wilhelm Canaris, no direito brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 12/2017, p. 63 – 88, Jul – Set, 2017.

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

TEPEDINO, Gustavo. Aplicação direta dos direitos fundamentais ao regime das associações. *In:* TEPEDINO, Gustavo. **Soluções práticas de direito.** vol. 1, p. 41 – 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil-Constitucional e suas perspectivas atuais. *In:* TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional.** Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 8/2016, p. 275 – 302, Jul – Set, 2016.

WILLIAMS, Ryan C. The one and only due process clause. **The Yale Law Journal.** n. 120. p. 408. New Haven: Yale Law Journal Company, 2010.

Recebido em: 15/04/2020.

Aprovado em: 13/10/2021.