UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

PAULA SARNO BRAGA

APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS PARTICULARES.

Salvador
2007

PAULA SARNO BRAGA

APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS PARTICULARES.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Fredie Didier Junior.

Salvador
2007

B813 BRAGA, Paula Sarno

Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares. Salvador: Universidade Federal da Bahia - UFBa, 2007.
232 p.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do Grau de Mestre em Direito Privado, sob a orientação do Prof° Doutor Fredie Didier Jr.

1. Devido processo legal. 2. Proporcionalidade. 3. Direitos fundamentais. 4. Relação jurídica privada. I. Título. II. Didier Júnior, Fredie - Orientador.

CDD: 342.1152

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Carmen Quintas E. de Lauro

A Rosa e Braga, meus pais e melhores amigos, que sobreviveram à opressão militar e me ensinam, dia após dia, o valor da liberdade responsável.

AGRADECIMENTOS

Bem-aventurados são os que podem contar com tanto apoio para a realização de um projeto almejado. Foram muitos os amigos e colaboradores.

A eles, meus agradecimentos.

Aos Professores, do Programa de Pós-graduação da UFBA, como Roxana Borges e Mônica Aguiar, por seu estímulo e colaboração para a concretização do trabalho.

Aos colegas do Pessoa e Pessoa e aos queridos alunos, funcionários e professores da UNIFACS, por contribuírem com sua tolerância, dando suporte às minhas ausências.

A Carmem Lauro e seus valorosos préstimos na busca de material bibliográfico.

A Professora Elani e seu cuidado ao corrigir este texto.

A Carolina Mascarenhas que gentilmente se dispôs a ler e revisar este trabalho.

A Fernanda Bandeira, querida aluna e estagiária, pela sua disponibilidade sincera e benevolente em ajudar nas pesquisas e revisões.

A Liana Oliva, amiga especial e prestativa, que tanto colaborou nas leituras e traduções.

A Rafael Oliveira, por incentivar meu ingresso no mestrado e amigavelmente acompanhar os primeiros passos deste trabalho.

A Fredie Didier Jr, estimado orientador, não só deste trabalho, mas de toda uma vida acadêmica, por seu zelo, dedicação e paciência e por sua preciosa contribuição na concepção e desenvolvimento desta dissertação.

A Lago, por me ajudar nos momentos reflexão angustiada e exaustão aliviada, por todo seu amor, com todo meu amor.

Aos Familiares e amigos, por seu carinho e compreensão. Em especial, ao meu pai, sempre devoto em sua admiração, e à minha mãe, firme companheira, que, até os últimos minutos, me acompanhou nas leituras e traduções.

E foi assim, com todo esse auxílio e amparo, que este projeto se realizou. Em dias de liberdade e democracia institucionalizadas, um trabalho sobre os excessos do poder privado.

Mas entre abusos de poderes públicos e privados, faço coro com a indignação e alento do "Último Discurso" de Charles Chaplin, traduzido em palavras que jamais perderam sua atualidade, e fico com o *poder* de todos de lutar por um "mundo novo":

"Vós, o povo, tendes o poder de tornar esta vida livre e bela... de fazê-la uma aventura maravilhosa. Portanto - em nome da democracia - usemos desse poder, unamo-nos todos nós. Lutemos por um mundo novo... [...]

Lutemos agora para libertar o mundo, abater as fronteiras nacionais, dar fim à ganância, ao ódio e à prepotência. Lutemos por um mundo de razão, um mundo em que a ciência e o progresso conduzam à ventura de todos nós. [...]

O sol vai rompendo as nuvens que se dispersam! Estamos saindo da treva para a luz! Vamos entrando num mundo novo - um mundo melhor, em que os homens estarão acima da cobiça, do ódio e da brutalidade. Ergue os olhos, Hannah! A alma do homem ganhou asas e afinal começa a voar. Voa para o arco-íris, para a luz da esperança. Ergue os olhos, Hannah! Ergue os olhos!" (O último discurso de "O Grande Ditador")

As violências servem menos aos governos que aos oprimidos; e felizes daqueles povos, capazes de reagir, a que se deparam opressores assaz terríveis para os revoltar e os levar a criar a ordem nova. Durante os vinte e cinco séculos da civilização ocidental, toda a evolução humana consistiu na vitória do espírito contra a força.

Pontes de Miranda.[1]

[1] *História e Prática do Habeas Corpus.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I, p. 50

RESUMO

A presente dissertação teve por objetivo fundamental analisar a possibilidade de incidência da cláusula do devido processo legal nos processos particulares, contendo abuso de poder negocial. Para tanto, necessário foi enfrentar três questões prévias e essenciais. A primeira, a existência de processos particulares, máxime processos de formação e de "adimplemento restritivo" dos negócios jurídicos, conjugando-se premissas da teoria do fato jurídico — notadamente a pontiana —, da teoria do negócio como norma jurídica, e da teoria da obrigação como processo - lançada por Karl Larenz, inspirado no pensamento de Hartmann. A segunda, o transcurso de processos negociais no contexto autonomia privada, enquanto poder negocial que encontra limites nos ditames da ordem jurídica. A terceira, a inserção dos direitos fundamentais dentre os limites impostos à autonomia privada, vinculando os particulares. Só então, pôde proceder-se a um exame atento do devido processo legal formal e material, na qualidade de direito fundamental, para colocá-lo como um dos lindes para o exercício da autonomia privada por via de processos negociais. Encerra-se o trabalho com a análise de processos negociais específicos em que é indispensável o respeito ao devido processo legal e seus consectários: o processo particular exigido para a punição de associados, sócios e condôminos, o processo particular arbitral, e o processo para concessão de consentimento informado e formação dos contratos de prestação de serviços médicos.

Palavras-chave: negócio jurídico; processo; processo obrigacional; processo negocial; boa-fé objetiva; equidade; formação; adimplemento; autonomia privada; relação jurídica privada; direito fundamental; devido processo legal; proporcionalidade.

ABSTRACT

The present dissertation aims basically at analyzing the possibility of incidence of the clause of due process of law in the particular processes, willing to contend abuse of negotiation power. In order to do that, it was necessary to face three previous essential questions. Firstly, the existence of particular processes, principally processes of formation and "restrictive payment" of juridical transactions, conjugating premises of the theory of the juridical fact - especially the *pontiana* -, of the theory of the juridical transactions as rules, and of the theory of the obligation as a process - launched by Karl Larenz, inspired by Hartmann's ideas. Secondly, the course of negotiation processes in the private autonomy context, working as a negotiation power which finds limits in the juridical rules. Thirdly, the insertion of the basic rights amongst the limits established to private autonomy, obligating the particular ones. Only then, it could be done a careful examination of formal and material due process of law, in the quality of basic right, to place it as one of the frontiers for the exercise of private autonomy through negotiation processes. Finally, it was analyzed some of the specific negotiation processes in which the respect to due process of law and its corollaries is indispensable: the demanded particular process for the punishment of associates, partners and joint owners, the arbitrational particular process, and the process for concession of informed assent and formation of contracts of medical services.

Key words: juridical transaction; process; obligational process; negotiation process; objective plain-dealing; equity; formation; payment; private autonomy; private juridical relationship; basic right; due process of law; proportionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ago	Agosto
ap.	Apelação
art.	Artigo
arts.	Artigos
BAG	Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha
BGB	Código Civil da Alemanha
BGH	Tribunal de Justiça Federal da Alemanha
BverfG	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
CC	Código Civil
CC/16	Código Civil de 1916
CC/2002	Código Civil de 2002
c/c	combinado com
CDC	Código de Defesa do Consumidor
Cf.	Conferir
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
cit.	citação
Civ.	Cível
coord.	coordenador
CPC	Código de Processo Civil brasileiro
Dec.	Decreto
DIMED	Divisão de Vigilância Sanitária de Medicamentos do Ministério da Saúde
DF	Distrito Federal
E.	Egrégio
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
ECAD	Escritório Central de Arrecadação e Distribuição
ed.	edição
etc.	*et cetera*
EUA	Estados Unidos da América
ex.	exemplo
incs.	incisos
j.	julgado
jan.	janeiro
jul.	julho
jun	junho
Larb	Lei de Arbitragem
Min.	Ministro
n.	número
nov.	novembro
org.	organizador
p.	página
p. ex.	por exemplo
rel.	relator
RE	recurso extraordinário
RJ	estado do Rio de Janeiro

RS	estado do Rio Grande do Sul
RT	editora Revista dos Tribunais
SP	estado de São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ss.	seguintes
t.	tomo
v.	volume.

SUMÁRIO

1	**INTRODUÇÃO**	01
2	**BREVE INCURSÃO NA TEORIA DO FATO JURÍDICO**	15
2.1	O MUNDO JURÍDICO E OS PLANOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA	15
2.2	CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS	16
2.2.1	**Quanto à conformidade com o direito: fatos lícitos e ilícitos**	16
2.2.2	**Subclassificação dos fatos lícitos. Quanto à existência ou não de ato humano volitivo no suporte fático**	18
2.3	OS ATOS JURÍDICOS COMPLEXOS. PROCESSOS PARTICULARES	25
2.3.1	**Os atos complexos e compostos**	25
2.3.2	**Os atos complexos como processos estatais de formação de norma jurídica (decisão)**	26
2.3.3	**Os atos complexos como processos particulares de formação e cumprimento de normas jurídicas (negociais)**	28
3	**NEGÓCIO JURÍDICO. SUA FORMAÇÃO E ADIMPLEMENTO**	37
3.1	CONCEPÇÕES VOLUNTARISTAS. NEGÓCIO JURÍDICO COMO ATO DE VONTADE	37
3.2	CONCEPÇÃO ESTRUTURALISTA E NORMATIVISTA	40
3.2.1	**Considerações iniciais.**	40
3.2.2	**Negócio jurídico como ato**	42
3.2.3	**Negócio jurídico como norma**	43
3.3	SUA EXISTÊNCIA DE VALIDADE	48
3.4	A BOA-FÉ OBJETIVA E A EQUIDADE	49
3.4.1	**Noções preliminares**	49
3.4.2	**O papel da boa-fé objetiva e da equidade: controle do abuso de poder privado**	50
3.4.3	**Boa-fé objetiva**	52
3.4.4	**Equidade ou equivalência material**	65
3.5	PROCESSO DE FORMAÇÃO E ADIMPLEMENTO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	68
3.5.1	**Formação dos negócios**	68
3.5.1.1	Noções iniciais	68
3.5.1.2	Fase de puntuação. Negociações preliminares	69
3.5.1.3	Fase de postulação. Proposta	71
3.5.1.4	Aceitação	72
3.5.1.5	Incidentes negociais	74
3.5.1.6	Conclusão do negócio	75
3.5.1.7	Características gerais da formação válida do negócio	77
3.5.2	**Adimplemento “restritivo” dos negócios**	80

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA 83
4.1 AUTONOMIA PRIVADA COMO PODER NEGOCIAL LIMITADO 83
4.1.1 Autonomia privada como poder normativo. Seu reconhecimento como direito fundamental 83
4.1.2 Autonomia privada como poder normativo limitado. A superação do "dogma da vontade" 85
4.1.3 Limites à autonomia privada 88
4.2 DIMENSÃO OBJETIVA E SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 91
4.3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 94
4.4 EXTENSÃO DA SUA EFICÁCIA ÀS RELAÇÕES PRIVADAS 95
4.4.1 Considerações iniciais 95
4.4.2 As principais teorias existentes sobre o tema 97
4.4.2.1 Teoria do *state action* 97
4.4.2.2 Teoria da eficácia mediata ou indireta 100
4.4.2.3 Teoria da eficácia imediata ou direta 104
4.4.2.4 Teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos Direitos Fundamentais 110
4.4.2.5 Teorias alternativas 114
4.4.3 Posicionamento adotado. Visão eclética. Forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas 116
4.4.4 Problema à luz da Constituição brasileira 122
4.4.5 Posicionamento da doutrina e jurisprudência brasileiras 123

5 DEVIDO PROCESSO LEGAL 131
5.1 PAINEL HISTÓRICO 131
5.1.1 Inglaterra. O berço da cláusula do devido processo legal 131
5.1.1.1 O reinado despótico de João Sem-Terra 131
5.1.1.2 A Magna Carta de 1215 134
5.1.1.3 Dr. Bonham's Case. Indícios de um devido processo legal substantivo 139
5.1.1.4 O governo de Carlos I e a Petition of Right 140
5.1.2 Estados Unidos da América 142
5.2 OUTROS PAÍSES. DIFUSÃO AO LONGO DO MUNDO 147
5.2.1 Alemanha 147
5.2.2 Argentina 148
5.2.3 Itália 149
5.2.4 Espanha 149
5.2.5 México 150
5.2.6 Panamá 151
5.3 BRASIL. SUA ACOMODAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO. 151

5.4 SIGINIFICADO E ALCANCE 155
5.4.1 Considerações iniciais 155
5.4.2 Devido processo legal formal e substancial 157
5.4.3 Princípio da proporcionalidade e razoabilidade 163
5.5 DEVIDO PROCESSO LEGAL APLICADO AOS PROCESSOS ESTATAIS. LIMITE AO PODER ESTATAL 167

6 EFICÁCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÒES PARTICULARES 177
6.1 EFICÁCIA NOS PROCESSOS NEGOCIAIS EM GERAL 177
6.1.1 Considerações iniciais 177
6.1.2 Fase pré-negocial 178
6.1.3 Fase de execução do negócio 179
6.2 EFICÁCIA EM ALGUNS PROCESSOS PARTICULARES ESPECÍFICOS 180
6.2.1 Notas preliminares 180
6.2.2 Processos arbitrais 180
6.2.3 Processos punitivos de associados, sócios e condôminos 186
6.2.4 Processo de formação dos contratos de prestação de serviços médicos 197
6.2.4.1 Considerações gerais 197
6.2.4.2 Direito fundamental ao consentimento informado 198
6.2.4.3 Sua incidência no processo de formação do contrato de prestação de serviços médicos 204
6.2.4.4 A aceitação (consentimento) informada (negócio jurídico unilateral) e seu conteúdo 211

7 CONCLUSÃO 214

REFERÊNCIAS 215

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, com o presente trabalho, demonstrar a possibilidade de vinculação dos particulares à cláusula do devido processo legal, máxime em seus processos negociais (fases pré-negocial e de execução).

Para o adequado desenvolvimento do tema, imprescindível abordar questões outras, cujo enfrentamento serve de premissa para que se chegue a uma conclusão.

O primeiro passo consiste na investigação da existência de processos particulares, máxime negociais, à luz da teoria do fato jurídico.

O segundo e inevitável passo perpassa pelo estudo da autonomia privada como um poder negocial e seus limites – máxime as leis e os direitos fundamentais. Firma-se, assim, uma importante premissa: a existência de processos particulares, em que atores privados exercem um poder (autonomia privada) limitado, inclusive, por direitos fundamentais.

Passa-se, então, sem hesitações, para o próximo passo, que é o enfrentamento do devido processo legal como um direito fundamental que confina o poder de particulares.

Nesse contexto, impõe-se a elaboração de um panorama do instituto do devido processo legal, partindo da sua concepção originária de garantia de proteção aos bens jurídicos mais fundamentais do homem – vida, liberdade, propriedade e igualdade material - contra o abuso de poder estatal, para chegar ao seu momento de maior desenvolvimento, em que é usado, também, como arma contra o abuso de poder dos particulares – máxime no âmbito negocial.

Para cumprir a meta anunciada, a princípio será analisado o nascimento da cláusula do devido processo legal, no seio do feudalismo inglês, sucedido do seu progressivo desenvolvimento nas colônias norte-americanas. Em seguida, será feita uma exposição da difusão do instituto ao longo do mundo, invadindo países como a Alemanha, Itália, Espanha, México etc., até a sua acomodação lenta e gradual no ordenamento jurídico brasileiro.

Já como passo derradeiro, tem-se um ponto crucial da pesquisa: a delimitação do significado e alcance da cláusula do devido processo legal.

Frente a frente com a árdua tarefa de atribuir significado ao devido processo legal, instituto em si amplo, indefinido e historicamente dinâmico, serão analisadas as suas duas facetas, a formal (processual) e a material (substancial) – bem como consectários desta última, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Em remate, para se desincumbir do mister assumido, fala-se do alcance da garantia do devido processo legal: Estaria ela voltada para conter arbítrios, tão-só, dos agentes públicos, ou também dos particulares?

Eis, em breves termos, o teor desta pesquisa científica.

2 BREVE INCURSÃO NA TEORIA DO FATO JURÍDICO

2.1 O MUNDO JURÍDICO E OS PLANOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA[2]

O fenômeno jurídico, em toda sua complexidade, envolve diversos momentos, interdependentes, que podem ser condensados em três diferentes planos: plano de existência, plano de validade e plano de eficácia.

Em linhas gerais, no plano de existência, observam-se três momentos distintos: *i) o momento abstrato***,** que se dá pela descrição da hipótese fática pelo enunciado normativo (definição hipotética do fato jurídico pela norma); *ii) o momento de concreção,* que se configura pela incidência da hipótese normativa sobre fato ou complexo de fatos da vida; *ii)* momentos estes que resultam no *momento de nascimento* do fato jurídico, no qual se verifica que, juridicizado o fato (ou complexo de fatos) pela previsão normativa, passa ele a existir no mundo jurídico — ingressa no plano de existência do universo do direito.

Em seguida, visualiza-se a travessia dos fatos jurídicos lícitos que têm a vontade humana como elemento nuclear (ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico), e só deles, pela dimensão da validade, quando se verificará a existência ou não de defeitos no preenchimento de seu suporte fático aptos a conduzir à cominação da sanção da invalidade.

Enfim, o fato jurídico atinge (ou não) o plano de eficácia, para gerar situações jurídicas ativas e passivas.

Existir, valer e ser eficaz são posições distintas, que não podem ser confundidas, sendo possível encontrar hipóteses em que o fato jurídico:

> [...] (a) existe, é válido e é eficaz (casamento de mulher e homem capazes, sem impedimentos dirimentes, realizado perante autoridade competente), (b) existe, é válido e é ineficaz (testamento de pessoa capaz, feito com observância das formalidades legais, antes da ocorrência da morte do testador), (c) existe,é inválido, e é eficaz (casamento putativo, negócio jurídico anulável, antes da decretação da anulabilidade), (d) existe, é inválido e é ineficaz (doação feita, pessoalmente, por pessoas absolutamente incapazes), (e) existe e é eficaz (nascimento com vida, a pintura de um quadro, o dano causado a bem alheio) ou, excepcionalmente, (f) existe e é ineficaz, porque a validade é questão que diz respeito, apenas, aos atos jurídicos lícitos[3].

---

[2] A este respeito, conferir MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Tomo II. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 114 et seq; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

[3] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 95.

A vida dos fatos jurídicos, em todos os seus aspectos, desenvolve-se nesse contexto.

O fato (ou complexo de fatos) da vida, ao sofrer incidência da hipótese normativa, juridicizando-se, passa a existir, ingressando no plano de existência (plano do ser)[4]. A existência do fato jurídico é premissa para tudo o mais que possa ocorrer no mundo jurídico, inclusive para criação de situações jurídicas (produção de efeitos jurídicos). E o plano de eficácia é exatamente a parte do mundo jurídico em que os fatos jurídicos existentes (mas não necessariamente válidos) produzem conseqüências jurídicas, instituindo situações jurídicas — dentre elas, a relação jurídica[5].

Conclui-se, assim, que o plano de existência diz respeito aos fatos jurídicos, ao tempo em que o plano de eficácia está relacionado às situações jurídicas — sendo a relação jurídica a mais importante delas. Ou seja, primeiro o fato jurídico é, existe, e, somente se existente, pode produzir efeitos (situações jurídicas)[6].

2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS

2.2.1 Quanto à conformidade com o direito: fatos lícitos e ilícitos

A classificação dos fatos jurídicos deve ser feita de forma a se individualizar as suas espécies levando-se em conta elementos essenciais e distintivos de cada uma delas — que sejam exclusivos e invariáveis. São eles: “a) a conformidade ou não do fato jurídico com o direito (licitude ou ilicitude); b) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica”[7].

Quanto à sua conformidade com o direito, os fatos jurídicos podem ser: lícitos, que são aqueles que se concretizam em conformidade com as prescrições normativas, constituindo-se em afirmação à ordem jurídica; e ilícitos, que são aqueles que se concretizam

---

[4] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Tomo II. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 77.

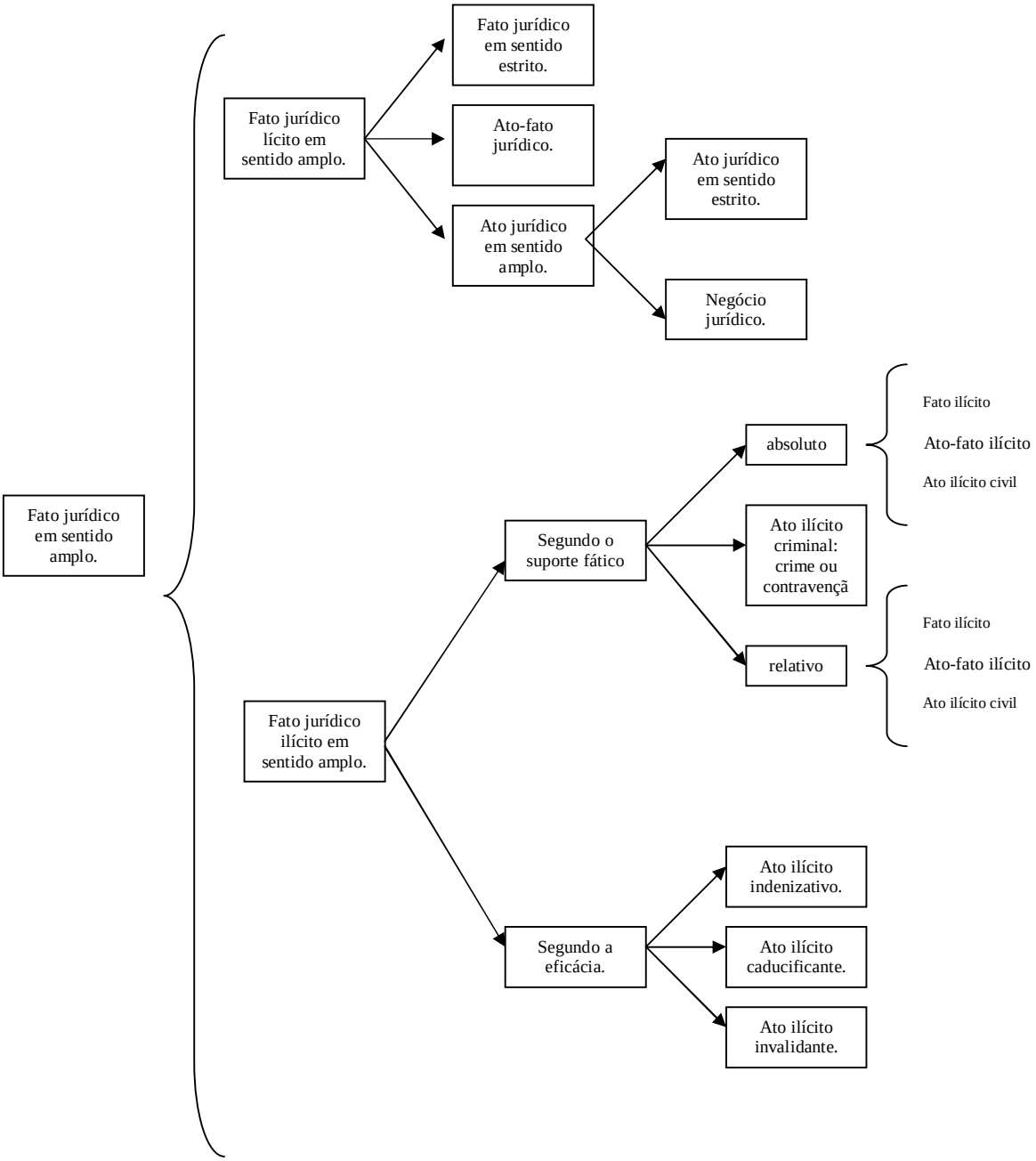
[5] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 95 et seq.

[6] DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. O juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11 et seq.

[7] MELLO, Marcos Bernardes de. *op.cit.*, p. 111-112. Trata-se da classificação mais técnica e coerente, inspirada na doutrina germânica, sempre consultada por Pontes de Miranda – autores como Kipp, Von Tuhr, Klein, Biermann.

violando prescrições normativas (fatos contrários ao direito), constituindo-se em negação à ordem jurídica[8].

É possível, ainda, partir para uma subclassificação dos fatos lícitos e ilícitos, considerando-se presença, ou não, de ato humano volitivo no seu suporte fático. Eis uma esquematização gráfica da classificação proposta por Marcos Bernardes de Mello.



[8] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 113. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Tomo II. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 88 et seq.

Para o presente trabalho, importa, contudo, concentrar-se, tão-só, na subclassificação dos fatos lícitos[9].

2.2.2 Subclassificação dos fatos lícitos. Quanto à existência ou não de ato humano volitivo no suporte fático.

a. Fato jurídico em sentido estrito.

O *fato jurídico lícito em sentido estrito* é aquele cujo suporte fático é integrado por simples fatos da natureza, não exigindo, para sua existência, ato humano. São exemplos a morte, o nascimento, o implemento de idade, o parentesco, a confusão, a produção de frutos, a avulsão, dentre outros [10-11].

É possível que o seu suporte fático esteja ligado a um ato humano — ex.: o nascimento que tem na sua origem a concepção (ato humano), a morte que decorre de homicídio (ato humano). Mas este ato humano não é elemento essencial do suporte fático, é, isso sim, elemento acidental, indireto. Assim sendo, esse dado (excessivo e irrelevante) não altera a sua natureza de fato jurídico *stricto sensu*[12].

b. Ato-fato jurídico.

O *ato-fato jurídico* é aquele cujo suporte fático é integrado por ato humano (conduta humana), sendo juridicamente irrelevante a existência ou não de vontade em praticá-lo. Em outras palavras, trata-se de *ato* humano — que pode ser ou não volitivo, pouco importa —, que resulta em *fato* humano, sendo que é este último que goza de relevância jurídica[13].

---

[9] Sobre os fatos ilícitos, confira-se MELLO Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 219-230;

[10] Importa esclarecer que há autores que entendem não ser possível dar-se sentido jurídico a fato da natureza. Isso em virtude do caráter comportamental do direito. Ele estaria aí para reger condutas humanas. Para maiores detalhes, conferir MELLO, op.cit, p. 128-129.

[11] Alguns Autores os subdividem em fatos ordinários — mais comuns e de maior importância (ex.: morte, nascimento) — e fatos extraordinários — que seria o acaso, tendo por espécies os caso fortuito e a força maior (ex.: incêndio, naufrágio). É o caso de Francisco Amaral (*Direito Civil*. Introdução. 5.ed. São Paulo: Renovar, 2003. p. 344 -345), Felipe Peixoto Braga Netto (*Teoria dos ilícitos civis.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003), Orlando Gomes (*Introdução ao estudo do direito civil.* 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 239) e Renan Lotufo (*Código Civil Comentado.* V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 266).

[12] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Tomo II. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 225-226.

[13] O suporte fático é composto por situação de fato que só pode se materializar se resultante de uma conduta humana, sendo que essa situação fática traz uma mudança permanente no mundo que não pode ser

Há uma relação essencial entre o ato humano e o fato dele decorrente, mas se dá mais importância ao resultado fático decorrente da conduta humana do que a ela mesma.[14] Ex.: caça, pesca, especificação, comistão, achado de tesouro, dentre outros.

Inúmeros civilistas não consideram o ato-fato como categoria jurídica autônoma.[15] Muitos sequer chegam a mencionar a sua existência.[16] Mas Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello os defendem como categoria autônoma, com propriedade[17].

Não dá para ignorá-los. Diferenciam-se, substancialmente, das outras categorias. Por um lado, não existe em seu suporte fático um fato natural, razão por que não podem ser confundidos com fato jurídico em sentido estrito. Por outro, em sendo a vontade humana irrelevante, não se confundem com atos jurídicos em sentido amplo — em que a vontade é indispensável —, motivo por que, inclusive, não há que falar-se em ato-fato defeituoso que possa ser invalidado, sendo difícil imaginar como se invalidar uma prescrição, por exemplo[18].

É de notar que o CC/2002, embora melhor tecnicamente no que tange à regulamentação dos fatos jurídicos, assim como o CC/16 furtou-se em cuidar dos atos-fatos jurídicos.

Mas os atos-fatos estão aí, integrando o cotidiano jurídico. Precisam ser contemplados e analisados.

---

desconsiderada. "Como o ato que está à base do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem" (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130).

[14] "Não se desce à consciência, ao arbítrio de se ter buscado causa a fato da vida do mundo (definição de vontade consciente); satisfaz-se o direito com a determinação exterior" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Tomo II. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 422).

[15] Nessa linha de entendimento, Orlando Gomes (*Introdução ao estudo do direito civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 253 et seq.), Maria Helena Diniz (*Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 232-233), Emílio Betti (*Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 27 et seq.). Também, VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 09; RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. V. 1.Campinas: Bookseller, 1999, p. 310; SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. V. I. 2.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 401; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. III. Tomo II. TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.06; PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil.* 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 356-357.

[16] É o caso de Francisco Amaral que se limita a mencionar que alguns autores incluem atos-fatos como espécies de ato jurídico em sentido estrito (AMARAL, Francisco. *Direito Civil.* Introdução. 5.ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 344-345). Sequer cogitando-os, LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. V.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 266 et seq.; MANES, Humberto de Mendonça. *Legitimação Negocial.* Premissas Básicas. Rio de Janeiro: Editora Líber Juris, 1982, p. 24 et seq.

[17] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 136-137. Ainda com esse posicionamento, PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. V. I. São Paulo: Saraiva: 2002. p. 296 et seq.; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil.* Teoria Geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 379, 385-386.

[18] Cf. THEODORO JÚNIOR, op.cit, p. 14 -15.

c. Ato jurídico em sentido lato.

Como terceira e última espécie de fato jurídico lícito, tem-se o *ato jurídico em sentido amplo*, que é aquele cujo suporte fático é integrado por ato humano (conduta humana), sendo que a vontade em praticá-lo não só é relevante, como é indispensável para a sua configuração (compõe cerne do suporte fático). É fato jurídico que tem no âmago de seu suporte fático a exteriorização de uma vontade consciente no intuito de obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido.

São seus elementos constitutivos: i) um ato humano volitivo que represente uma exteriorização de vontade; [19] ii) a vontade consciente; iii) que se dirija à obtenção de resultado protegido ou não proibido pelo direito, e que seja possível — apto a promover uma alteração na situação jurídica dos interessados[20].

Como subespécies do ato jurídico em sentido amplo, têm-se o *ato jurídico em sentido estrito* e o *negócio jurídico*[21-22].

---

[19] A vontade, ao se exteriorizar, toma forma: a) de simples manifestação, que se revela através de meros comportamentos, que devem ser concludentes; b) ou de declaração, que é manifestação de vontade qualificada. Distinguem-se pela forma (modo) como a vontade se exterioriza. "Se alguém lança no lixo um par de sapatos, manifesta sua vontade de abandoná-lo (=derrelição); se, diferentemente, diz às pessoas da casa que vai lançar os sapatos no lixo, *declara* sua vontade de derrelinquir (abandonar), não somente a manifesta". Assim, declaração e manifestação são elementos completantes do suporte fático do ato jurídico, a despeito de não estarem no seu cerne. Completam o núcleo do suporte fático, sendo indispensáveis à sua concreção. Se a norma exige que a exteriorização se dê por declaração, por outra forma não poderá se dá, sob pena de inexistência do ato. Já se exige por manifestação, nada impede que ela se dê por declaração (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.139-140).

[20] Não há unanimidade na doutrina acerca de seus elementos constitutivos, razão pela qual o autor estabelece precisões conceituais (MELLO, op.cit, p. 139 et seq.).

[21] Adotando classificação semelhante, o baiano FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil.* Teoria Geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 379.

Optando, neste particular, por sistematização diferenciada: BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 27 et seq.; RÁO, Vicente. *Ato Jurídico.* 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 28; PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil.* 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 354; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 352; RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil*. V.1. Campinas: Bookseller, 1999, p. 311-313; SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil,* V.I, 2.ed. Rio de janeiro: Livraria Freita Bastos, 1957, p. 386, 400-401; MANES, Humberto de Mendonça. *Legitimação Negocial.* Premissas Básicas. Rio de Janeiro: Editora Líber Júris, 1982, p. 24-25.

[22] De acordo com o Código Civil de 1916, os fatos jurídicos se classificavam em duas categorias: 1) fatos da natureza, que ocorrem independentemente da vontade humana; e 2) fatos do homem, que decorrem da vontade humana. E os fatos do homem submetiam-se à seguinte subclassificação: 2.1.) atos jurídicos, em que a vontade e seus efeitos encontram amparo na lei; e 2.2.) atos ilícitos, contrários ao direito, que geram responsabilidade civil para o agente. Essa classificação era muito criticada pela doutrina, porquanto "irreal e incompleta". De um lado, porquanto o ato jurídico pode ser ilícito; de outro, por excluir a categoria dos atos jurídicos não-negociais (atos jurídicos em sentido estrito).

O Código Civil de 2002 acolheu as críticas para adotar uma sistematização dos fatos jurídicos mais satisfatória e um pouco mais próxima daquela ora proposta, subdividindo-os em: 1) fatos jurídicos em sentido estrito, que são os fatos naturais; 2) atos jurídicos em sentido lato, que são aqueles que decorrem da vontade humana e podem ser classificados em lícitos ou ilícitos. Por fim, os atos jurídicos lícitos em sentido amplo se subdividem em atos jurídicos e negócios jurídicos.

d. Subespécies: atos e negócios

Autores clássicos fizeram a distinção, afirmando que o ato jurídico em sentido estrito seria manifestação de vontade cujos efeitos estão pré-definidos em lei, e o negócio jurídico seria declaração de vontade cujos efeitos seriam desejados e escolhidos pela vontade.[23].

Sucede que a forma de exteriorização da vontade (manifestação ou declaração) e a possibilidade de escolha dos seus efeitos são critérios falhos para a diferenciação das espécies citadas.

O negócio jurídico pode advir de mera manifestação de vontade, ainda que tácita, e não de uma vontade declarada[24] – ex.: quando um passageiro sobe em um ônibus, revela sua vontade de selar contrato de transporte. E o ato jurídico em sentido estrito pode decorrer de vontade deliberadamente declarada – ex.: reconhecimento espontâneo de paternidade. Além disso, os negócios jurídicos também produzem efeitos jurídicos decorrentes de lei, independentemente da vontade dos envolvidos.

Diante da precariedade dessa distinção, autores mais modernos passaram a defender que não existiria diferença essencial entre as espécies. Não vislumbraram a existência de critério de diferenciação próprio e adequado para extremá-las, incorrendo em equívoco.

A despeito dos avanços, uma importante categoria foi esquecida nessa classificação, como já dito, a dos atos-fatos. Para Humberto Theodoro Junior, a solução para essa omissão é considerar que os atos-fatos estão inseridos dentre os atos jurídicos em sentido estrito, não se aplicando a eles, porém, o art. 185, CC/2002 (Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil.* V. III. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 04-05, 12 e 16; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil.* Parte Geral. V. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 157).

[23] Nesse sentido, por exemplo, AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico.* Existência, Validade e Eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19; PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil.* 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 355; AMARAL, Francisco *Direito Civil.* Introdução. 5.ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 373.

Sobre o tema, conferir MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano de existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185 et seq.; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 447 et seq.

[24] Ou até mesmo do silêncio, em algumas circunstâncias. Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 212-223; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* V. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 483-484; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil.* Parte Geral. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 387 e 388; SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*, V.I, 2.ed. Rio de janeiro: Livraria Freita Bastos, 1957, p.415- 416.

Note-se que o CC/16 colaborava para isso, pois não diferenciava ato jurídico e negócio jurídico, adotando, assim, a teoria monista do Direito Francês[25]. Mas, no CC/2002, essa falha foi corrigida. Adotou-se a concepção dualista que distingue as duas espécies, reservando-se um título inteiro para a disciplina dos negócios jurídicos (arts. 104 ss., CC/2002)[26] e um único dispositivo para os atos jurídicos lícitos (art. 185, CC/2002). Ao que tudo indica, a inspiração foi germânica (na adoção da categoria negócio jurídico) e portuguesa (que, em seu Código Civil de 1966, traz uma sistematização de atos e negócios quase idêntica)[27].

Cumpre, pois, estabelecer a diferença entre ato e negócio. O traço distintivo entre ambos revela-se, em verdade, na amplitude da vontade na prática do ato e do poder de escolha da categoria jurídica e seus efeitos.

O *ato jurídico em sentido estrito* (ato não-negocial) configura-se quando a vontade exteriorizada se limita a compor o suporte fático de uma categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem seus efeitos previamente definidos pela norma. Seus efeitos são invariáveis e inafastáveis pela vontade do interessado. Por isso, diz-se que seus efeitos são necessários[28].

Tome-se como exemplo o estabelecimento de residência com ânimo definitivo (fato jurídico = constituição de domicílio), cujo efeito jurídico necessário (art. 70, CPC) é considerar-se aquele seu domicílio — não sendo possível afastar, modificar, ampliar ou restringir esta conseqüência legal. Imagine-se, ainda, a título exemplificativo, o reconhecimento de filiação não decorrente de casamento, o perdão, a interpelação, a escolha de prestações alternativas, a interrupção de prescrição, dentre outros.

Há, aqui, a vontade livre e consciente na prática do ato, mas não se exige, contudo, a vontade da produção de um resultado eleito. "Não se reclama, todavia, o direcionamento necessário de sua vontade para a conseqüência passível de ser juridicamente imputada a sua conduta. O enlance é imposto pelo direito objetivo"[29].

O *negócio jurídico* ou ato negocial subsiste quando a vontade exteriorizada não se limita a integrar o suporte fático de uma categoria jurídica predeterminada (com efeitos

---

[25] "Note-se que, até hoje, em França, os manuais de direito civil simplesmente ignoram o conceito de negócio jurídico, dando-se por satisfeitos com a operacionalização apenas do de atos jurídicos" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil.* V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 284).

[26] Por serem mais complexos, envolvendo mais elementos e requisitos.

[27] Sobre o tema, *cf.* VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico***.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 04-16.

[28] Vide MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.159.

[29] PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 68- 69.

necessários). A vontade manifestada compõe o suporte fático (como elemento nuclear), atribuindo-se ao sujeito, dentro de limites pré-fixados pela lei, o poder de escolha da categoria jurídica e de regramento dos seus efeitos (oscilando em sua amplitude, surgimento, permanência e intensidade)[30-31].

De relevo, neste particular, as lições de J. J. Calmon de Passos, para quem se reclama, "na espécie, não só a vontade do ato como a vontade do resultado prático, conscientemente perseguido". Aqui se exige não só a vontade livre e mentalmente sã na prática do ato, mas também que o resultado prático a ser alcançado corresponda àquele pretendido pelo sujeito no exercício de sua autonomia privada[32].

Quais seriam os limites desse poder de escolha e regramento? O ordenamento, ao dispor sobre o conteúdo eficacial de uma relação jurídica, pode regulá-lo de forma exauriente, quando só resta espaço para a escolha da categoria jurídica em que se quer enquadrar — há vontade na categoria, mas não na regulação dos efeitos, quando se está no âmbito da cogência (ex.: casamento, renúncia a direito etc) —, ou pode deixar ao livre arbítrio do sujeito a escolha da categoria jurídica e dos efeitos a serem irradiados — há vontade na categoria e na regulação de efeitos (em amplitudes variadas), quando se encontra no âmbito da dispositividade (ex.: compra e venda).

No primeiro caso, há negócios regidos por normas cogentes[33] e, no segundo, negócios regidos por normas dispositivas. E mesmo naqueles negócios firmados no campo da

---

[30] Vide MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000, p. 502-503; SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio Jurídico.* Nulidades e Medidas Sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 33, 34-36; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil. Direito Civil.* Teoria Geral. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 387-388; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.184). Com concepção semelhante, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República.* V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 210-211; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil.* V. III. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 07; VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico***.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 10; TUHR, A. Von. *Tratado de Las Obligaciones.* Tomo I. Madrid: Editorial Reus S.A., 1999, p. 110-111; MANES, Humberto de Mendonça. *Legitimação Negocial.* Premissas Básicas. Rio de Janeiro: Editora Líber Júris, 1982, p. 26.

[31] Marcos Bernardes de Mello identifica como traço diferencial de ambos "a particularidade de que no ato jurídico *stricto sensu* [...] o poder de escolha da categoria jurídica é, praticamente, inexistente, enquanto no negócio jurídico [...], esse poder existe sempre, embora com amplitude que varia conforme seus tipos" (MELLO, op. cit, p. 150).

Zeno Veloso compara os atos jurídicos em sentido estrito aos atos vinculados do Direito Administrativo e os negócios jurídicos aos atos discricionários – visto que há espaço para escolha, embora dentro das normas legais *(op. cit,* p. 21-22).

[32] *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 68-69.

[33] Em sentido semelhante, Couto e Silva, apontando que a "liberdade de concluir negócio jurídico é a faculdade que tem cada um de decidir se quer, e com quem quer, realizá-lo. Tal liberdade pode, excepcionalmente, ser restringida, a ponto de transformar o negócio em ato de cogência". E termina por exemplificar com contratos ditados (também chamados de contratos necessários) (SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 19- 20).

dispositividade, a autonomia privada não é ilimitada. O ordenamento traça limites para o poder de escolha de categorias eficaciais[34] e, além disso, sempre existem efeitos invariáveis, que necessariamente se produzem[35].

O poder de auto-regulamentação não é ilimitado. Não se define pela simples exteriorização de vontade, mas, sim, pela declaração de vontade autorizada pelo ordenamento, quanto à sua forma, ao seu conteúdo, à capacidade e à legitimidade do sujeito[36].

Dessa forma, não procedem os argumentos de que não existiriam diferenças entre atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos.

Não se justificam, também, aquel'outros de que não haveria utilidade prática nessa distinção, porquanto se aplique a mesma disciplina legal dos negócios jurídicos, por analogia, aos atos jurídicos[37]. Primeiro, porque nem todo o regramento dos negócios é aplicável aos atos (art. 185, CC/2002, inspirado no art. 1.324, do Código Civil Italiano); segundo, porque aquelas normas que se aplicam não incidem por analogia, mas sim pelo fato de negócios e atos comporem o mesmo gênero (ato em sentido amplo)[38].

Subsistem, por fim, os *atos jurídicos mistos*[39].São fatos jurídicos que combinam ato jurídico em sentido estrito com negócio jurídico. "Na interpelação para constituir do devedor em mora (ato jurídico em sentido estrito reclamativo), nada impede que o credor não se limite a pedir o pagamento no dia ajustado, mas conceda prazo maior ao devedor para pagar (negócio jurídico)". Não são considerados enquanto categoria específica de ato jurídico, mas, tão-somente, a combinação de categorias já existentes[40].

---

[34] Desse modo, se o sujeito quer transferir a propriedade de um bem para outro, pode lançar mão de categorias como a doação ou compra e venda, por exemplo; mas não pode, contudo, doar todos os seus bens sem reservar para si parte suficiente para sua mantença (art. 548, CC/2002), nem pode alienar para tutor ou curador bem que esteja sob sua administração (art. 497, CC/2002).

[35] Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 176-177; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil.* V. III. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 09- 10.

[36] "[...] a manifestação de vontade, pura e simplesmente, não tem, por si, a força de gerar aquisição, modificação ou extinção de direitos. Apenas a vontade que estiver de acordo com o ordenamento jurídico pode gerar os efeitos jurídicos desejados pelo sujeito, capaz e legitimado, que a declara. A manifestação de vontade, isoladamente, não tem valor jurídico; só o terá se estiver de acordo com a Constituição, as leis, a ordem pública, e, como sustenta a maior parte da doutrina, conforme a moral e os bons costumes". (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54).

[37] Humberto Theodoro Junior registra que as regras do negócio jurídico incidirão, "no que couber", senão retornaríamos ao regime ultrapassado do Código Civil anterior, em que não se diferenciava ato e negócio. Mas ressalva que, aos seus olhos, a aplicação das regras dos negócios jurídicos terminará por ser ampla e só se excluirá a parte relativa às modalidades de negócio e seus elementos acidentais (arts. 121 a 127) (*Comentários ao Novo Código Civil.* V. III. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 15-16).

[38] MELLO, op. cit, p. 188.

[39] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000, p. 85.

[40] MELLO, op. cit, p. 151.

2.3 OS ATOS JURÍDICOS COMPLEXOS. PROCESSOS PARTICULARES (SOBRETUDO NEGOCIAIS)

2.3.1 Os atos complexos e compostos.

É imprescindível tratar dos atos jurídicos complexos e compostos**.**

Segundo Marcos Bernardes de Mello, ambos são atos de direito público para cuja realização se exige a prática de uma série de atos e deliberações: há o ato final que define sua natureza e sua denominação, e o(s) ato(s) condicionante(s) do ato final, "todos relacionados entre si, ordenadamente no tempo, de modo que constituem partes integrantes de um processo, definido este como um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim". Cada um dos atos tem seus próprios pressupostos de existência, requisitos de validade e condições de eficácia. A nulidade de um deles macula os que lhes são posteriores, e invalida todo o ato complexo/composto — mas não afeta, jamais, sua existência.

E mais. "A diferença existente entre eles [ato complexo e ato composto] residiria na circunstância de que, no primeiro [...], o conjunto de atos e deliberações que o integram seriam praticados por órgãos integrantes de um mesmo poder do Estado ou entidade administrativa autônoma, enquanto o segundo [...] se comporiam de atos e deliberações praticados por órgãos de Poderes ou entidades diversos"[41].

Assim, o processo jurisdicional, o processo legislativo e o processo administrativo (como a licitação ou um procedimento disciplinar) são, em regra, atos jurídicos complexos[42-43]. Os processos, em geral, são atos complexos. E as principais manifestações doutrinárias, nesse sentido, encontram-se dentre aqueles autores que falam dos processos jurisdicionais[44-45].

---

[41] *Teoria do fato jurídico*. Plano de existência. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 154-156.

[42] Vide DIDIER JÚNIOR, Fredie. . *Pressupostos processuais e condições da ação*. O juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14 et seq.

[43] Vicente Ráo traz uma distinção própria de atos simples e complexos, sustentando que: "Simples se consideram os atos produzidos pela declaração de vontade de um só agente, ou de dois ou mais agentes constituídos em partes reciprocamente opostas. Dizem-se complexos, em sentido amplo, os atos resultantes do concurso de várias vontades paralelas. Costuma-se atribuir a construção da doutrina do ato complexo a Gierke [...], embora sua origem possa ser encontrada nas fontes mais remotas dos princípios reguladores das declarações conjuntas e unitárias de múltiplas vontades. [...] No ato complexo desse modo conceituado, vários elementos se encontram, tais: a) o concurso de vontades; b) sua atividade homogênea; c) o exercício do mesmo poder ou faculdade; d) a perseguição do mesmo fim, ou seja, de um fim comum. A complexidade pode caracterizar-se, também, nas declarações de ciência, ou de reconhecimento ou de certificação" (RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 57).

Logo em seguida, define o autor o ato jurídico de formação sucessiva - que apresenta características semelhantes ao que ora se chama de ato jurídico complexo -, extremando-o do seu conceito próprio de ato jurídico complexo: "Atos jurídicos existem que somente se aperfeiçoam mediante a verificação de outros, intercorrentes, cujos efeitos reciprocamente se integram. O ato jurídico assim, afinal, formado, só começa a produzir os seus efeitos próprios quando todos os atos necessários para sua constituição houverem sido praticados [...] Uma vez, porém,

2.3.2 Os atos complexos como processos estatais de formação de norma jurídica (decisão).

Indo além e desenvolvendo a reflexão dos autores citados, sugere-se o acréscimo de outro dado característico aos processos estatais (atos complexos): todos eles resultam em uma decisão, típico ato jurídico de natureza normativa.

O *processo jurisdicional* culmina em uma decisão judicial, que nada mais é do que norma jurídica, em regra concreta, que regulamenta a situação jurídica trazida a juízo pelas partes interessadas. Trata-se, portanto, de ato decisório que se particulariza e se distingue dos demais pela sua peculiar vocação à imutabilidade (coisa julgada)[46].

Os *processos administrativos* têm por desenlace usual uma decisão administrativa, que incorpora norma jurídica, não raro concreta, que rege uma situação específica existente entre Estado e Servidor(es), entre Estado e administrado(s), ou, até mesmo, entre

---

praticado o último ato constitutivo, seus efeitos retroagem até ao ato inicialmente praticado que, por isso, tal seja a hipótese, ato principal se denomina [...] Caracteriza-se, nesses casos, uma *complexidade constitutiva e sucessiva*, por multiplicidade objetiva de declarações de vontade de mesmo ou mesmos agentes, ou de atos tendentes à produção do ato final visado, ao passo que nos atos complexos propriamente ditos ocorre uma *multiplicidade concomitante de elementos subjetivos* da qual emanam declarações paralelas, como ficou dito acima" (*Ato Jurídico*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999,p. 59- 60).

[44] Scarance Fernandes (FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 31-33) reconhece subsistirem diferentes concepções de processo, mas nenhuma delas, diz, nega tratar-se de uma realidade unitária de formação sucessiva.

E essa sua perspectiva una e seriada decorreria das características do próprio procedimento, que seria seu elemento essencial de coesão interna.

O procedimento é tido como "entidade unitária" composta por uma sucessão de atos jurídicos distintos, porém concatenados e coordenados, legislativamente, para alcançar um mesmo resultado. Todos eles são predispostos funcionalmente para a obtenção de um ato final, que, no processo jurisdicional, é a sentença.

Sua nota característica e peculiar, na opinião do autor, é a relação de causalidade e interdependência existente entre os atos singulares que o compõe. Cada ato isoladamente considerado é conseqüência do anterior e pressuposto do posterior. Cada ato só tem em si mesmo o valor de preparar atos subseqüentes, todos eles voltados para um escopo final. Um ato processual nada produz de prático sem a realização de atos subseqüentes e tem sua perfeição e validade dependente da realização regular dos atos precedentes.

J. J. Calmon de Passos (*Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 83-88) adota premissas afins para chegar a conclusão em tudo semelhante. Em seu "Esboço para uma Teoria das Nulidades", uma de suas obras mais aplaudidas, enquadra o processo ou o procedimento como "tipo complexo de formação sucessiva do tipo procedimento". É um procedimento regulado, diz. E com base na doutrina de Giovanni Conso, caracteriza-o como uma série de atos e efeitos (preparatórios), encadeados e ligados por relação de causalidade, todos eles voltados para um efeito final (conclusivo).

[45] Egon Bockmann Moreira, malgrado traga conceito semelhante dos processos estatais em geral, entende que não seriam atos complexos. Em que pese o ato complexo constituir-se por atos distintos voltados a um fim único, distingue-se pela fusão das vontades dos agentes, por ser necessariamente unânime (não admite dissenso) e indivisível (não sendo susceptível de fragmentação as manifestações de vontade dos envolvidos, para fins de validade do ato final) (MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 59-60).

[46] Afinal, uma das características essenciais da jurisdição é a sua definitividade, conforme clássicas obras de GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.136; CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 13- 14.

administrados, como nos casos das decisões das agências reguladoras - não sendo predisposta à imutabilidade. É o caso da solução (decisão) dada a um processo para apuração de falta disciplinar de servidor público; a um processo de solicitação de licença de construção; ou a um processo em que se requer a incorporação de uma gratificação à pensão percebida pela viúva de um servidor, dentre outros.

Pelo *processo legislativo*, outrossim, produzem-se as leis (em sentido lato), isto é, atos jurídicos normativos gerais e abstratos elaborados pelo Poder Legislativo, que disciplinam, em tese, os mais variados tipos de situação jurídica.

Em todos esses casos, o Estado-Juiz, o Estado-Legislador e o Estado-Administrador conduzem processos estatais voltados para a produção de uma dada norma jurídica (ato estatal normativo)[47]. Todos eles são processos de escolha: dentre as inúmeras possibilidades com que se depara, é compelido a optar por uma (ou algumas), tomando, assim, uma decisão de cunho normativo.

A título ilustrativo, o Estado-Legislador, ao elaborar uma lei que fixa a maioridade penal a partir dos 18 anos, faz uma opção legislativa, tomando uma decisão; o Estado-Juiz, ao proferir uma decisão judicial reconhecendo a paternidade do réu, condenando-o a pagar alimentos no valor de três salários mínimos, faz uma opção, adotando uma decisão; o Estado-Administrador, ao emitir um pronunciamento dispondo que a viúva não tem o direito de incorporação de uma dada gratificação à pensão que percebe pela morte de seu cônjuge, faz uma opção, assumindo essa decisão. E todas essas decisões estatais são produzidas para regular situações jurídicas concretamente existentes ou abstratamente consideradas. Materializam, em seu bojo, normas jurídicas.

Tércio Sampaio Ferraz Junior, com sua concepção pragmática, visualiza toda norma jurídica como uma decisão que se refere a um "conjunto de alternativas que surgem da diversidade de interesses" – no enfoque dos interesses, das condições etc –, impedindo a continuação desse conflito jurídico. É o caso da lei, da norma constitucional, da decisão judicial.

Mas a decisão (norma jurídica), ao consagrar a opção por uma (algumas) das alternativas, não elimina o conflito, apenas o transforma, pois, decidir "é um ato de uma série que visa a transformar incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, mas que, num momento seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores". Deste modo, estabelecida uma lei (norma jurídica), se desrespeitada, pode surgir um conflito

---

[47] Assim, PASSOS, J. J. Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57 - 59.

de interesses entre sujeitos que, levado a juízo, será objeto de uma nova decisão (também norma jurídica). E nem mesmo a decisão transitada em julgado elimina o conflito com sua solução cristalizada, o que faz é resolvê-lo, pondo um fim à possibilidade de rediscuti-lo. "Pôr-lhe um fim não quer dizer eliminar a incompatibilidade primitiva, mas trazê-la para uma situação, onde ela não pode mais ser retomada ou levada adiante (coisa julgada)". É uma exigência de segurança jurídica[48]. Eis o que diz o autor, reconhecendo um aspecto procedimental no discurso normativo, e ilustrando suas lições com bom exemplo:

> Partamos, como exemplo, do seguinte texto: 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal'. [...]
> Normas jurídicas são decisões. Através delas, garantimos que certas decisões serão tomadas. Elas estabelecem assim controles, isto é, pré-decisões, cuja função é determinar outras decisões. Embora isso não signifique, como veremos, uma redução da norma à norma processual, o ponto de vista pragmático não deixa de ressaltar esse aspecto procedimental do discurso normativo. No exemplo que estamos analisando, podemos levantar uma série de alternativas conflitivas que envolvem decisões a tomar: ser preso ou não ser preso, legalmente ou ilegalmente, por autoridades ou por qualquer um, tendo cometido um delito ou não tendo cometido um delito, em flagrante ou não, pagando fiança ou não pagando, admitindo-se fiança ou não se admitindo etc. Estas alternativas são do tipo incompatível, portanto, conflitivas. A norma cumpre a tarefa de determinar quais as decisões, ou seja, quais as alternativas decisórias devem ser escolhidas[49].

Tomando-se essa premissa, todo processo estatal (ato jurídico complexo) resulta em uma norma jurídica enquanto decisão[50]. Todo processo estatal seria um processo de escolha diante de alternativas conflitivas que resultaria em uma decisão (norma jurídica).

2.3.3 Os atos complexos como processos particulares de formação e cumprimento de normas jurídicas (negociais).

É possível ir mais longe nessa reflexão, pondo em xeque a concepção de que os atos complexos (processos) serão sempre públicos. Por que não falar em processos particulares? Por que não falar em atos complexos de natureza negocial?

Identifica-se, em sede de doutrina, o reconhecimento de um processo particular obrigacional composto por fases de nascimento, de desenvolvimento e de cumprimento da

---

[48] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: um Modelo Pragmático. In: FERRAZ, Sérgio (coord.). *A norma jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 10- 12.
[49] Ibidem, p. 14-16.
[50] Trata normas como decisões, PASSOS, J. J. Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56.

obrigação, e animado por uma relação jurídica complexa e dinâmica que agrega, além do direito/dever de prestação central, uma gama de outros direitos, deveres, faculdades, ônus etc.

Tem por fim, dizem os civilistas, o adimplemento dessa prestação principal.

Confiram-se alguns dos principais posicionamentos sobre o tema.

a) Posicionamento de alguns juristas brasileiros.

Couto e Silva, [51] em sua célebre obra, "Obrigação como Processo", vale-se dessa perspectiva, estudando o processo de nascimento, de desenvolvimento e de adimplemento da obrigação.

Para o autor, a "obrigação como processo" é expressão que denota o caráter dinâmico da relação obrigacional. Revela as diversas etapas que transcorrem, de forma interdependente, com o desdobramento da relação obrigacional.

A obrigação, sob esse seu aspecto processual, constitui-se e desenvolve-se por meio de uma sucessão de atos coordenados, todos eles necessários para que ocorra o adimplemento, satisfazendo-se, assim, os interesses do credor.

Considera o civilista, contudo, imprescindível diferenciar as fases contidas nesse processo. É uma imposição dogmática, diz. Assim, distingue os "planos" de nascimento, de desenvolvimento e de adimplemento da obrigação, que imprimem a marcha obrigacional destinada ao seu ato final, "ou seja, o encadeamento, em forma processual, dos atos que tendem ao adimplemento do dever".

Judith Martins-Costa[52] identifica que a relação obrigacional desenvolve-se, de fato, como um processo "polarizado pelo seu adimplemento, que é o fim que a dinamiza e atrai". Caracteriza-a juridicamente como um vínculo jurídico revestido de complexidade e dinamicidade[53].

Devidamente radiografada a relação obrigacional, constata que para além de crédito e débito, compõe-se de um acervo de situações jurídicas, como direitos subjetivos, deveres jurídicos, poderes, pretensões, ônus jurídicos, sujeições e exceções. E todo esse cabedal de situações jurídicas ativas e passivas não se queda imóvel, cravado, isolado no bojo

---

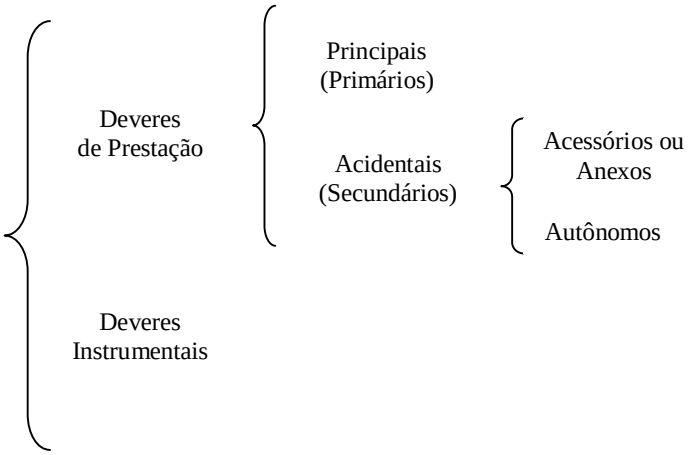
[51] SILVA, Clóvis V. do Couto. *A obrigação como processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10 - 13.

[52] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil.* V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 48; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 394 ss. e 437 ss.

[53] A autora comenta o surgimento da concepção de obrigação como processo, partindo da vetusta visão estática da relação obrigacional – como vínculo que resulta em mera soma de crédito e débito -, oriunda do direito romano (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 383 a 389).

do liame obrigacional. Está sujeito a interferências externas do tempo, do espaço, e todas as circunstâncias advindas do contexto em que se desenrola. Eis sua complexidade e dinamicidade[54].

Em momento distinto da obra, a autora, pautada na melhor doutrina portuguesa[55], diferencia os diversos tipos de deveres existentes no bojo dessa relação obrigacional complexa, que podem ser esquematicamente dispostos da seguinte forma:



Fala, a princípio, nos *deveres de prestação principais (primários) e acidentais (secundários).*

Como epicentro da relação obrigacional[56] tem-se o(s) dito(s) *dever(es) principal(is) ou primário(s)*, cujo adimplemento é o fim último do rito percorrido. São eles que justificam todo o processo obrigacional, razão por que definem o tipo negocial surgido.

Orbitam em seu entorno os chamados *deveres secundários ou acidentais*, que se subdividem em: *i)* deveres meramente acessórios ou anexos; *ii)* deveres autônomos.

Os deveres meramente acessórios (anexos) visam a criar as condições necessárias para que o dever principal seja adimplido. Exemplifica a autora com o dever de embalar e transportar a coisa, com segurança, que viabiliza e prepara o perfeito adimplemento de um contrato de compra e venda.

Já os deveres secundários autônomos seriam substitutos ("sucedâneos") ou paralelos ("coexistentes") da prestação principal. Por exemplo, o dever de indenizar pelo

---

[54] Também assim, VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral.* V. I. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 65 et seq.
[55] Tal como PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da Posição Contratual.* Coimbra: Almedina. 2003. p. 335-340; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações.* 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 63 ss.
[56] Sua "alma", diz a autora.

inadimplemento absoluto é substituto do principal, e o dever de indenizar pela mora é paralelo a ele.

Todos estes deveres de prestação (primários e secundários) visam a concretizar um direito a uma prestação do credor, trazendo-lhe um benefício. Mas ao seu lado, subsistem deveres instrumentais, corolários da boa-fé objetiva, que têm por fim assegurar o adequado adimplemento do negócio, considerando as razões por que foi criado. E o adimplemento adequado é leal, transparente e cooperativo[57].

Judith Martins Costa[58] demarca os diferentes estágios do processo obrigacional – desde sua gênese até o desenlace final, tal como descrito por Couto de Silva -, identificando na fase de nascimento da relação obrigacional, um momento de formação do negócio (pré-negocial, pois), com tratativas e atos preparatórios. Afinal, assevera, nem sempre a relação obrigacional forma-se automaticamente, de imediato. Pode ser constituída de forma gradativa, progressiva, seguindo um rito negocial que avance passo a passo, resultando no aperfeiçoamento do pacto. E tanto o vínculo que se trava instantaneamente, como aquele de formação gradual e sucessiva, merecem a atenção da autora, vez que denotam a complexidade da relação obrigacional e a necessária observância do ditame da boa-fé objetiva[59].

José Cesa Ferreira da Silva, seguindo a doutrina acima citada, fala da obrigação sob essa perspectiva processual, nos mesmos moldes.

Diz, ainda, o autor, que a obrigação, como todo o processo, percorre um caminho, dirigindo-se para um fim (um "algo"), que seria a razão última de sua totalidade e coesão. E a realização de seu fim é o que o justifica, sobrepondo-se, em relevância, ao *iter* processual percorrido, que teria um caráter meramente instrumental.

Por essa razão, o respeito às formas processuais, a perfeita realização de cada ato processual, não é o que mais importa, aduz. A consecução do fim visado – o "fim contratual", o adimplemento - é o que há de mais significativo e relevante, "reduzindo-se assim o espaço para o rigorismo, ou de alguma espécie de formalismo ao estilo do direito romano"[60-61].

---

[57] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil.* V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 34-37. Conferir, ainda, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito.* O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 190 et seq.

[58] MARTINS-COSTA, op. cit., p. 51 et seq.

[59] Judith Martins-Costa, assim como Couto e Silva, ressalva que a idéia de obrigação como processo que tem por fim último o adimplemento, perpassa necessariamente pela premissa de que não há no nosso sistema uma separação absoluta entre Direito das Obrigações e Direito das Coisas. Isso porque, muitas vezes (nem sempre), o adimplemento ocorre no plano do Direito das Coisas (ex.: adimplemento de compra-venda e transmissão de propriedade) (MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., p. 50-51).

[60] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 65- 66.

[61] Sobre o tema, discorre, ainda, SILVA FILHO, op. cit., p. 184 et seq.

O autor parece concluir, com muita propriedade, que o processo obrigacional e suas formalidades existem, mas como instrumento predisposto a alcançar um fim maior que é a realização do ato negocial. Condena os formalismos excessivos, mal que pode acometer todo tipo de processo, com a manipulação irrazoável das exigências formais[62].

Seguindo essa corrente, para reconhecer a obrigação como processo, pode citar-se outros autores brasileiros, como Karina Fritz[63], Camilo Augusto Amadio Guerreiro[64] e Enéas Costa Garcia[65].

b) Posicionamento de alguns juristas estrangeiros.

A obrigação como estrutura ou processo, isto é, como relação complexa, mutável e destinada a um fim, é concepção largamente difundida na doutrina moderna - lançada por Karl Larenz, inspirado no pensamento de Hartmann[66].

Karl Larenz, em seu *Derecho de Obligaciones*, afirma categoricamente que a relação obrigacional compreende uma série de deveres de prestação e conduta, podendo conter direitos de formação - tais como o direito de denúncia e de opção - ou outras situações jurídicas.

Ressalva, porém, que não se trata de um conjunto de fatos e acontecimentos exteriores, perceptíveis pelos sentidos, mas, sim, de conseqüências jurídicas. Em outras palavras, para o autor a complexidade obrigacional seria eficacial - quanto às diversas situações jurídicas assumidas - e, não, existencial - quanto ao fato gerador[67].

Continua o autor sustentando que o vínculo obrigacional é um todo, um conjunto de situações jurídicas ativas e passivas e subsiste como tal ainda que sofra mudanças com o passar do tempo: ainda que alguns direitos de formação tenham sido exercidos, ou tenham caducado, ainda que as partes tenham alterado seu conteúdo, ou a lei tenha imposto conseqüências não avençadas (ex.: direito de indenização). Enfim, contanto que se preserve a

---

[62] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 65-66.

[63] FRITZ, Karina Nunes. A boa fé objetiva e a sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista de Direito Privado,* n. 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 220.

[64] GUERREIRO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. *Revista de Direito Privado,* n. 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 34 et seq.

[65] GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé.* São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 13.

[66] VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. V. I. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 125 et seq.

[67] LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones.* Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37-38.

essência da obrigação, essas mudanças pontuais de seus termos não a condenam ao desaparecimento. Isso porque toda a relação obrigacional desenvolve-se com um fim único, uma "diretriz unitária", que é a mais adequada e plena satisfação da prestação devida ao credor.

Por isso, justifica, pode-se e deve-se considerar a obrigação como um processo, já que caminha predisposta ao alcance de um fim último, o adimplemento[68].

Dentre os abalizados doutrinadores portugueses que abordam a complexidade da relação obrigacional, encontra-se Menezes Cordeiro[69]. Diz o autor que o vínculo obrigacional aninha não só o dever de prestar que corresponde a uma pretensão creditícia, como também uma variedade de elementos jurídicos – como poderes, pretensões, ônus jurídicos, sujeições - que compõe a complexa realidade obrigacional.

É o que chama de complexidade intra-obrigacional, cujo desdobramento revela-se em prestações principais e secundárias, bem como se exprime, em outro plano, totalmente distinto, em deveres acessórios, baseados na boa-fé, que garantem o equilíbrio e fidelidade no desenvolvimento da relação obrigacional, para que se cumpra a prestação de forma adequada e devida.

Nesta linha, Manuel Carneiro da Frada [70], Almeida Costa[71] e Mota Pinto[72].

Antunes Varela[73] diferencia, a princípio, dois tipos de relação obrigacional: a relação *una/simples*, que compreende um direito subjetivo atribuído a um sujeito e um dever jurídico ou estado de sujeição conferido ao outro; e a relação *complexa/múltipla*, que abarca uma gama de direitos, deveres ou estados de sujeição decorrentes do mesmo evento jurídico. Linhas à frente, ressalva, porém, que a doutrina moderna tem defendido que mesmo as obrigações unas ou simples são complexas. A relação obrigacional em geral é complexa traduzindo-se em uma seqüência de deveres secundários e acessórios de conduta que giram em torno do dever (e direito) de prestação principal.

---

[68] LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones.* Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 39.
Não deixa de ressalvar o autor que a satisfação do interesse do credor pode se dar de outras formas que não o cumprimento da prestação. É possível que se implemente, por exemplo, com uma compensação, uma indenização ou com o cumprimento de uma prestação subsidiária aceita pelo credor (Ibidem, p. 39).
[69] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 586- 592.
[70] FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção.* Coimbra: Almedina, 1994, p. 36-40.
[71] COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 63 ss.
[72] PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da Posição Contratual.* Coimbra: Almedina. 2003. p. 335 a 340, 348 ss. e 374 ss.
[73] VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. V. I. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 65- 69.

Feito esse panorama doutrinário, verifica-se que em nível nacional e internacional é consideravelmente difundida a idéia de processo obrigacional.

c) Posicionamento adotado. Outra cisão e estruturação do processo obrigacional

A proposta ora trazida é cindir esse processo obrigacional, visualizando: i) o *processo de formação (aperfeiçoamento) do negócio jurídico*; e ii) *o processo de execução (cumprimento) do negócio jurídico*.

O *processo de formação do negócio jurídico* consiste em autêntica fase de elaboração do negócio na qual há preocupação prioritária com preenchimento de seus requisitos de validade. O ritual exigido para constituição de um negócio – algumas vezes sintético e de difícil visibilidade -, para que seja válido e eficaz, deve ser legítimo, cooperativo e equilibrado.

E o seu ato final, o negócio jurídico, nada mais é que norma jurídica de caráter decisório. Trata-se de ato negocial resultante deste procedimento de escolha dos particulares que, no exercício de sua autonomia privada (poder de auto-regramento de suas relações jurídicas), elegem as disposições negociais adequadas e convenientes aos seus interesses privados – dentro dos limites da lei e da proporcionalidade, é claro.

Não é raro doutrina com visão similar – acerca da existência desse processo -, avultando a lição de Caio Mário da Silva Pereira,[74] Roberto de Ruggiero,[75] Serpa Lopes[76], Von Tuhr,[77] dentre outros.

---

[74] Caio Mário da Silva Pereira subdivide os fatos jurídicos em simples –acontecimento que se exaure em num só evento (ex.: assinar título de crédito) – e complexos –aquele "para cujo desenlace é necessária a intercorrência simultânea ou sucessiva de mais de um fato simples, e não se tem por completo e acabado [...] senão quando se realizam todos os seus componentes" (ex.: aquisição por usucapião). Como exemplo de fato complexo o autor traz o contrato, por demandar, para sua constituição, a emissão de mais de uma vontade. (*Instituições de Direito Civil*, V. I. 20.ed. Rio de janeiro: Forense, 2004, p. 460-461).

[75] Com lições parecidas às de Caio Mário (*Ibidem*, p. 311-312).

[76] Menciona a existência de um processo formativo da aquisição de direitos, constituído por uma sucessão de fatos jurídicos dinâmicos que integram o "fato determinador" do nascimento do direito. E mais: "A complementação dos fatos necessários à criação de um direito pode depender de situações polimórficas. Ou há um processo formativo de um contrato, como a oferta e a aceitação, ou um ato jurídico perfeito para a criação de um direito, como sucede com a promessa de compra e venda [...]"

O mesmo autor, contudo, ao definir "negócios jurídicos complexos" (que seriam fatos complexos) traz concepção totalmente diversa, e termina por equipará-los, ainda que inconscientemente, aos negócios plurilaterais, porquanto os caracterize pela existência de vontades paralelas dirigidas a um fim comum. (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. V.I. 2.ed. Rio de janeiro: Freitas Bastos, 1957, p. 389-390; 407- 408).

[77] Também admite esse rito de aperfeiçoamento do negócio jurídico, cujas etapas já produzem efeitos próprios e preliminares, como, por exemplo, o ato de formulação de uma oferta, que já vincula o proponente. Eis suas exatas palavras: *"Las condiciones que han de concurrir para la perfección de um negocio jurídico pueden presentarse por orden sucessiva, de tal modo que cada una de las condiciones que concurra represente un*

Já o *processo de execução* do negócio jurídico, que ora interessa, enquadra-se no contexto de sua fase de adimplemento. É o que se denomina de processo de *adimplemento restritivo*, que redunda na imposição de privação de direitos a uma das partes envolvidas.

Implicando o adimplemento do negócio a imposição de restrições de qualquer natureza aos bens jurídicos de um particular, exige a instauração prévia deste procedimento, necessariamente permeado por garantias legais mínimas (contraditório, ampla defesa, produção de provas, igualdade etc.), que deve desaguar, como todo ato jurídico complexo, em uma decisão que venha reger o caso concreto de forma proporcional e moderada.

Imagine-se, por exemplo, o adimplemento de cláusula negocial que impõe a expulsão de um integrante de um clube social por ter desrespeitado seu regulamento interno. Para que se dê cumprimento à dita disposição convencional, afastando, de fato, o associado, é imperioso o prévio transcurso de um processo negocial, no qual se respeitem suas garantias mais basilares, como contraditório, defesa, dentre outras[78].

Seria o caso, ainda, dos processos arbitrais (regidos pela Lei n. 9.307/1996), decorrentes da realização (execução) de um negócio jurídico (convenção de arbitragem). O julgamento do conflito submetido à apreciação do árbitro deve ser precedido de um processo formal, com garantias mínimas – defesa, contraditório, provas etc. -, que culmine em uma decisão arbitral que seja, em seu conteúdo, justa e razoável.

Em termos genéricos, a imposição de qualquer sanção/restrição convencional deve atender aos requisitos estabelecidos no negócio e/ou na lei abstrata, bem assim observar o direito de defesa do infrator (ex. imputação de multa por conduta anti-social de condômino — art. 1.337, *caput* e parágrafo único, do CC), não podendo ultrapassar as raias da razoabilidade/proporcionalidade.

Mutatis mutandis, é possível fazer um paralelo com o processo jurisdicional. O processo de formação do negócio jurídico corresponderia ao processo (ou fase) de conhecimento, assim entendido como aquela etapa em que as partes envolvidas discutem,

---

grado más en la perfección del negocio jurídico, hasta llegar al último y definitivo. El negocio no surte efecto hasta que no se reúnen todas lãs condiciones. Puede ocurrir, sin embargo, que cada uma de estas etapas que se dan en el proceso dercrito tenga sus efecto próprios, que respecto a los del negocio jurídico valen como 'efectos preliminares'. Así, por ejemplo, ya por el mero hecho de formular uma oferta de contrato, el oferente queda obligado a ella, a menos que la revoque antes de llegar a poder del destinatário; éste adquiere, al recibirla, un derecho potestativo que le permite cerrar el contrato aceptando la oferta, aun contra la voluntad del oferente/ Si la adquisición de un derecho no depende de uma declaración de voluntad aún no producida, sino de outro hecho, por ejemplo, del transcurso de um término o del resultado de una condición, el efecto preliminar del negocio consiste en la creación de uma expectativa, que consolida y se convierte en derecho al realizarse el hecho que falta". (TUHR, A. Von. *Tratado de Las Obligaciones.* Tomo I. Madrid: Editorial Reus , 1999, p. 109 et seq.).

[78] Vide DIDIER JR, Fredie. *Curso Direito Processual Civil.* V. 1. 7.ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 27 et seq.

debatem, para que cheguem aos termos da norma jurídica (negocial) que regerá sua situação individual – ou eventualmente coletiva. Chega-se, enfim, a uma decisão. E o processo de cumprimento do negócio, assim como a execução judicial, consiste na fase em que se tomam as medidas necessárias para que ocorra o adimplemento do quanto disposto no ato normativo negocial, na decisão, ou para tratar do seu inadimplemento e suas conseqüências.

Infere-se, assim, que tanto o processo formativo do negócio quanto o seu processo executivo (adimplemento restritivo) devem respeitar o devido processo legal. Em ambos os contextos processuais, os particulares envolvidos têm seus poderes confinados pelas leis e pelos valores constitucionais, devendo seguir um rito legítimo, dialógico, equilibrado e proporcional. O devido processo legal, enquanto exigência de moderação e legalidade no exercício de poderes, incide, também, no âmbito negocial.

Confiram-se os processos negociais citados e seus principais desdobramentos.

3 NEGÓCIO JURÍDICO. SUA FORMAÇÃO E ADIMPLEMENTO

3.1 CONCEPÇÕES VOLUNTARISTAS. NEGÓCIO JURÍDICO COMO ATO DE VONTADE.

A noção de negócio jurídico como ato de vontade (voluntarista) é a mais antiga e, até hoje, a mais comum, na doutrina brasileira e estrangeira[79]. Foi criada e desenvolvida, no século XIX, pelos pandectistas alemães, expandindo-se por todo o continente europeu - a começar pela Itália, Espanha e Portugal[80].

Concebia-se então o negócio jurídico (*Rechstsgeschaft*) como ato humano em que a vontade era permeada pela ampla possibilidade de escolha de seu conteúdo e seus efeitos. A liberdade de auto-regramento estava acima de tudo, o que revelava a sua forte inspiração liberal. Prevaleciam a vontade e a liberdade individuais, quase sem limites frente ao Estado.

Diante desse intenso voluntarismo e individualismo, o negócio era reduzido à mera *declaração de vontade*[81] – vontade esta que chegou ao extremo de ser erigida à condição de *dogma*, o chamado *dogma da vontade*[82].

Comumente, entendia-se que a vontade interna (subjetiva) do sujeito correspondia à vontade por ele declarada (objetiva). Mera ilusão, pois, em muitas situações, havia uma divergência relevante entre o querer interno (real, efetivo, psicológico) e aquele exteriorizado (declarado), o que levou os civilistas a questionarem qual deles deveria prevalecer; qual deles deveria ser reputado relevante e válido juridicamente[83].

Surgiu, então, um sem-número de teorias sobre o tema. Dentre elas, destacam-se: *i)* a *teoria subjetivista*, que faz preponderar a vontade interna[84]; *ii)* a *teoria objetivista*, que, no

---

[79] *Cf.* AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico. Existência*, Validade e Eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 01- 02.

[80] Cf. RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico.* 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41-45. O autor fala, ainda, da evolução do conceito de negócio na Alemanha, destacando a importância da contribuição dos autores alemães e italianos nesta seara. Registra a influência que sofreu, em sua obra, da doutrina germânica – com um excelente apanhado dos principais conceitos de negócio dos doutrinadores alemães -, e seu empenho em adaptá-la à realidade doutrinária e positiva brasileira.

[81] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano de existência.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 163-164; SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio Jurídico.* Nulidades e Medidas Sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 06.

[82] Comentando o dogma da vontade, RAÓ,op. cit., p. 48-49.

[83] Cf. GAINO, Itamar. *A simulação nos negócios jurídicos.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 04.

[84] A *teoria subjetivista* (da vontade real ou da vontade), criada por Savigny, atribuiu relevância e validade jurídica à vontade interna do declarante, enquanto representação da sua verdadeira intenção de selar o negócio. A vontade declarada deveria corresponder à sua vontade interna, porquanto fosse mero instrumento de exteriorização do querer psicológico - revestindo-se, pois, de função secundária.
Daí, concluíram, havendo contradição entre a vontade interna e a vontade declarada, deveria prevalecer a primeira. A vontade psicológica seria, aqui, um dogma absoluto.

extremo oposto, faz prevalecer a vontade declarada[85]; *iii)* e teorias intermediárias - como a teoria da culpa *in contrahendo*, da responsabilidade e da confiança -, que ora dão primazia à vontade interna, fazendo concessões àquela declarada, ora dão primazia à vontade declarada, fazendo concessões àquela internalizada[86].

Perceba-se que essa teoria contribui para a insegurança das relações jurídicas, admitindo amplamente que o declarante postule a invalidação do negócio, sob o argumento de que a vontade declarada não corresponde à sua vontade pessoal. Protege-se, pois, o emissor da declaração, em detrimento do seu destinatário e outros terceiros que tenham confiado na vontade declarada, objetivada.

Sobre a teoria, vide MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 164; AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico. Existência,* Validade e Eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 74 et seq.; GAINO, Itamar. *A simulação nos negócios jurídicos.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 05 et seq.; RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico.* 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 48-49; SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil.* V. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 413-414.

[85] A *teoria objetivista* (ou da declaração), elaborada e desenvolvida no século XIX, na Alemanha, surge como movimento de oposição à teoria subjetivista, visando preservar a segurança e a confiança no tráfico jurídico e nas práticas econômicas. Confere relevância e validade jurídica à vontade declarada - ainda que fictícia -, pregando, assim, um "dogma da declaração".

Por esta razão, contrapondo-se a vontade interna e a vontade declarada, a declaração sempre deve prevalecer. A vontade exteriorizada, justificam os seus seguidores, é a única que pode ser conhecida objetivamente pelos interessados, e reconhecê-la como a legítima formadora do ato negocial é uma forma de proteger o interesse público, a segurança e a boa-fé nas relações negociais.

Olvidam, contudo, a vontade real do declarante, pois: "em primeiro lugar, do ponto de vista jurídico, o que vale é a vontade enquanto explicitação; em segundo lugar, porque o emissor da declaração, em virtude do sentido normal das palavras que a integram, submete-se ao vínculo jurídico por ela instaurado" (SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio Jurídico.* Nulidades e Medidas Sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 08).

Sobre a teoria, vide MELLO, op. cit., p. 164; AZEVEDO, op. cit., p. 74 et seq.; GAINO, op. cit., p. 05 et seq.; RAÓ, op. cit., p. 48-49; SERPA LOPES, op. cit., p. 413-414.

[86] Diante do radicalismo das duas teorias anteriores – que beneficiavam, em extremos opostos, ou o emissor (teoria subjetiva) ou o receptor da declaração de vontade e terceiros (teoria objetiva) -, foram elas objeto de uma revisão crítica, o que fez surgir as chamadas teorias intermediárias. Dentre elas, destacam-se a teoria da culpa *in contrahendo*, a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança (Sobre outras teorias intermediárias, cf. RAÓ, op. cit., p. 167 et seq.).

A *teoria da culpa in contrahendo* parte da teoria subjetivista, admitindo a predominância da vontade sobre a declaração. Mas propugna pela obrigação do declarante de indenizar a outra parte, se: i) dolosa ou culposa a contradição entre sua vontade e a declaração; e ii) houver boa-fé por parte do destinatário da declaração. A indenização visa compensar o destinatário da declaração, lesado com a invalidade do contrato – restituindo-o à situação que se encontraria se não tivesse concluído o negócio (Vide PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil.* 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 468; RAÓ, op. cit., p. 167).

A tese é alvo de duras críticas, pois "a parte a quem se destina a declaração continua desprotegida e corre o risco de ver desfazer o negócio em que legitimamente confiou, apenas porque o emissor da declaração incidiu em erro, ainda que de boa-fé" (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral.* V. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 186).

Assim, a *teoria da responsabilidade*, malgrado admita a predominância da vontade sobre a declaração, ressalva que, se houver contradição entre elas (vontade e declaração)**,** por dolo ou culpa do declarante, o ato será válido. Aceita, pois, ser legítimo que o declarante responda pela aparência exterior de sua vontade, como se tivesse desejado a vontade declarada (Cf. AZEVEDO, op. cit., p. 86-87; RODRIGUES, op. cit., p. 185 e 186; GAINO, op. cit., p. 09).

Já a última das teorias intermediárias comentadas, a *teoria da confiança*, dá prevalência à declaração. Isso porque o declarante deve arcar com o ônus da confiança que a sua declaração gera nos outros. Mas se o destinatário da declaração (ou terceiro) nela confiou indevidamente, maliciosamente (com dolo ou culpa), é necessário que se investigue a vontade interna do declarante, pois ela prevalecerá. Isto é, se o destinatário tinha consciência da divergência entre a vontade e a declaração (dolo) ou, se, atuando com a diligência esperada de um homem-médio, poderia ter dela ciência, não pode valer-se de um engano da outra parte ou de sua própria negligência (Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico.* Existência, Validade e Eficácia. 4.ed. São

No ordenamento jurídico anterior, o art. 85, CC/16, em sua literalidade, adotava a teoria da vontade real, com a seguinte redação: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem". A despeito disso, alguns juristas o interpretavam de forma a dar mais valor à declaração. Mas não é a análise isolada de um dispositivo que permitirá identificar a tese acolhida na ordem jurídica pretérita.

É com uma análise sistemática do seu aparato normativo que se constata que nenhuma das teorias foi adotada de forma absoluta. Na verdade, o direito brasileiro aproximava-se mais da posição equilibrada do direito alemão – e não dos extremos do direito francês e italiano. Em alguns casos, o papel da vontade interna era amplo e intenso, em outros era restrito e brando, o que Antônio Junqueira de Azevedo bem sintetiza, a partir de estudo pormenorizado do CC/16:

> [...] *a posição do direito brasileiro a respeito das influências da vontade sobre a declaração é,a nosso ver, em seu conjunto, uma posição equilibrada*; em cinco questões (declarações não sérias, simulação, interpretação, causa ilícita e erro), a legislação, ora abre largo campo para a pesquisa da vontade interna, ora a restringe. Ainda que sobre as duas questões mais controvertidas (interpretação e erro) se possa dizer que o Código Civil adotou a teoria da vontade, a verdade é que a doutrina e jurisprudência se encarregaram de diminuir os excessos. Diante dos outros direitos da família romano-germânica, o direito brasileiro ocupa, portanto, no tema do papel da vontade sobre a validade e eficácia do negócio,uma posição bastante moderada.[87]

No ordenamento jurídico atual, foi introduzido o art. 112, CC/2002, que consagra uma redação sutilmente diversa, nos seguintes termos: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção *nelas consubstanciada* do que ao sentido literal da linguagem". Fala-se em atender a *intenção consubstanciada* na *declaração* de vontade, e, não, ao querer íntimo do agente[88].

Paulo: Saraiva, 2002, p. 86-87; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral*, V. 1, cit., p. 186; GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 277 et seq.).

Perceba-se que, nessa teoria, há uma desvinculação do dogma da vontade, preocupando-se, seus seguidores, com o atendimento de interesses sociais e da necessidade de segurança jurídica no tráfico negocial. "Em virtude de seu mais apurado senso lógico e de seu efeito de abrandamento dos rigores da teoria da vontade real e da declaração, a teoria da confiança alcançou grande prestígio entre os sistemas jurídicos e doutrinadores modernos, destacando-se especialmente na Itália [...]" (GAINO, Itamar. *Negócio Jurídico.* Nulidades e Medidas Sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 10).

Trata-se da teoria seguida por RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral.* V. 1. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 186. Carlos Alberto Mota Pinto adota a teoria deliberadamente, com as ressalvas da doutrina da aparência eficaz – reconhecendo ser inválido o ato se o declaratário, não notando a divergência entre vontade e declaração, extrai um terceiro sentido (*Teoria Geral do Direito Civil.* 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 469- 470).

[87] AZEVEDO, op. cit., p. 116.

[88] Foi o que deixou claro o responsável pela elaboração pela parte geral do novo Código Civil, Moreira Alves. (ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 108). GAINO, Itamar. *Negócio Jurídico.* Nulidades e Medidas Sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 10; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil.* V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 291- 292.

Embora existam algumas variações, parece prevalecer uma concepção do negócio jurídico que tem por elemento matriz a vontade subjetiva, mas que se implementa com a sua declaração (exteriorização).

Não só. Prestigiam-se, de um lado, o princípio da auto-responsabilidade, que impõe ao declarante a responsabilidade objetiva pela suas declarações (vontade exteriorizada) ou omissões, perante o destinatário de boa-fé, e, de outro, o princípio da confiança, que assegura ao destinatário e terceiros interessados proteção jurídica por crer na honradez e seriedade da declaração que lhe foi dirigida. Revelam-se essas diretrizes no Código Civil de 2002, considerando-se, sobretudo, a expressa adoção do princípio da boa-fé objetiva, como se verá[89-90].

3.2 CONCEPÇÃO ESTRUTURALISTA E NORMATIVISTA

3.2.1 Considerações iniciais.

No que tange à constituição e à interpretação do negócio jurídico, aquelas teorias voluntaristas (individualistas e liberalistas) já estão deveras ultrapassadas.

Em termos éticos e sociais, paradigmas como a função social do contrato, a equidade material e a boa-fé objetiva impõem-se cada vez mais[91].

Em termos técnico-jurídicos, equivocam-se os clássicos ao definirem o negócio como mera *declaração de vontade*[92]. A exteriorização de vontade, por si só, não tem

---

[89] GAINO, op. cit, p. 14-16. Segundo Orlando Gomes, inclina-se poderosa corrente doutrinária pela adoção da teoria da auto-responsabilidade, devendo o sujeito responder pelas conseqüências advindas de sua conduta, sendo que o que prevalece não é a vontade real ou declarada, mas, sim, "o que a declaração suscitou, provocando confiança no destinatário e a crença legítima de que deve se comportar coerentemente" (GOMES, Orlando *Introdução ao estudo do direito civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 282).

[90] Francisco Amaral, discorrendo sobre as teorias citadas, traz conclusão diversa. Entende que o problema do predomínio da vontade ou da declaração revela-se, sobretudo, no campo da interpretação e do erro. Questionando-se sobre qual teria sido a opção do ordenamento brasileiro conclui que, o art. 112, CC/2002, malgrado pareça ter adotada a teoria da vontade real, aos seus olhos, é mais acertado dizer que o sistema vigente, ao tomar como ponto de partida "a declaração de vontade (onde a intenção de consubstancia) e como critério de interpretação a boa-fé e os usos do lugar (art. 113), optou pela concepção objetiva e, consequentemente, pela teoria da declaração. Já em matéria de erro, é dominante a teoria subjetiva" (AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 5 ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 383).

[91] Judith Martins-Costa pondera a importância da concepção de obrigação como processo e como totalidade concreta, bem como da boa-fé objetiva para a superação do dogma da vontade: "A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta põe em causa o paradigma tradicional do direito das obrigações, fundado na valorização jurídica da vontade humana, e inaugura um novo paradigma para o direito obrigacional, não mais baseado exclusivamente no dogma da vontade (individual, privada ou legislativa), mas na boa-fé objetiva". Permite-se que a relação obrigacional seja integrada não apenas "por fatores e circunstâncias que decorrem do modelo tipificado na lei ou os que nascem da declaração da vontade, mas, por igual, fatores extravoluntarísticos, atinentes à concreção de princípios e s*tandards* de cunho social e constitucional" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 394 e 395).

existência jurídica. Necessário é que se enquadre em um suporte fático hipotético, sofrendo incidência de uma norma jurídica, para que ingresse no mundo do direito na qualidade de ato negocial, apto a irradiar efeitos jurídicos[93].

Demais disso, não interessam, aqui, as discussões sobre a natureza da vontade que compõe o suporte fático do negócio: se vontade interna, se vontade declarada. O que importa é que a vontade seja externada – o que nenhuma das teorias dantes citadas nega. E se houver divergências entre elas, o melhor vetor é aquele oferecido pelo princípio da boa-fé objetiva, máxima com assento constitucional. Mas este é um problema atinente à validade e eficácia do negócio, como adiante se verá, e, não, à sua existência.

Pois bem. Existem, basicamente, três concepções relevantes de negócio jurídico na doutrina atual: *i)* as *concepções voluntaristas*, já vistas, que o definem equivocadamente como ato de vontade; *ii)* a *concepção estruturalista*, que, partindo de sua essência e estrutura interna, o define como ato jurídico; e *iii)* a *concepção preceptiva ou normativista*, que o define enquanto ato normativo[94-95].

---

[92] Criticando o dogma da vontade, BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 114 et seq.

[93] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 166.

[94] Antonio Junqueira de Azevedo, em excelente síntese das concepções prevalecentes na doutrina atual, assevera que ou bem se define o negócio jurídico quanto à sua gênese – enquanto ato de vontade (teoria voluntarista) – ou bem se define o negócio jurídico quanto à sua função – enquanto ato normativo (teoria preceptiva), tese esta que adiante se verá. Critica o autor ambas as concepções, afirmando que os doutrinadores olvidam a essência e estrutura própria do instituto, e termina por propor uma teoria estruturalista (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico.* Existência, Validade e Eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 01-02).

Trata-se de observação lúcida e parcialmente correta. De fato, a primeira das concepções (teoria voluntarista), ora comentada, é falha e precária, cegando-se para o que há de substancial no negócio jurídico. O mesmo não se pode falar da segunda (teoria normativista) – que será amplamente analisada em item subseqüente, tamanha a sua importância.

Ressalve-se, contudo, que o autor esposa opinião diversa sobre a concepção estruturalista dos negócios jurídicos, visando demonstrar que "a vontade não é elemento necessário para a existência do negócio (plano de existência), tendo relevância somente para sua validade e eficácia" (AZEVEDO, op. cit., p. 09). Mais adiante conclui que o negócio é "um ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos. *A perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica passa a social.* O negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como declaração de vontade do agente" (Ibidem., p. 21).

Sobre as teorias voluntarista, normativista (preceptiva) e estruturalista – a proposta por Antonio Junqueira, e semelhante à ora adotada -, cf. visão panorâmica e sintética do baiano ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral.* 4 .ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 24-28.

[95] Há autores, como Carlos Alberto Mota Pinto, Roberto de Ruggiero, Vicente Raó, Coviello, Fada, Santoro Passarelli, que sustentam que seria o negócio uma declaração de vontade dirigida a produção de efeitos práticos – como seriam aqueles de cunho econômico, moral, religioso etc. -, porquanto o declarante desconheça, em regra, os efeitos jurídicos que podem dele advir.

Sobre o tema, confira-se PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil.* 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 379-381; RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil.* V. 1. Campinas: Bookseller, 1999, p. 317; RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico.* 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37 e 54; *Apud* AMARAL, Francisco. *Direito Civil.* Introdução. 5 ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 390.

Alguns deles admitem que a vontade seria voltada à produção de efeitos prático-jurídicos (PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 379 e 381), ou simplesmente não negam que irradia também efeitos jurídicos (RAÓ, op. cit., loc. cit).

Adota-se, nesse trabalho, noção de negócio jurídico compatível com o mundo hodierno e atual e que reflita o atual estágio de desenvolvimento do direito. Consideram-se seus elementos essenciais e estruturais, optando-se, pois, por uma concepção estruturalista e normativista.

Por ora, cabe falar do seu aspecto estrutural, reservando-se item posterior para os comentários sobre seu aspecto normativo.

3.2.2 Negócio jurídico como ato.

Estruturalmente, o *negócio jurídico* é ato humano volitivo (exteriorização de vontade consciente), que, juridicizado por norma jurídica, ingressa no mundo do direito. A exteriorização da vontade é indispensável para a sua configuração e diferencia-se do ato jurídico em sentido estrito pelo fato de se atribuir ao sujeito, dentro de limites previamente determinados na lei, o poder de escolha da categoria jurídica e de regramento dos seus efeitos (oscilando em sua amplitude, surgimento, permanência e intensidade)[96].

Dessa forma, caracteriza-o e singulariza-o esse poder de escolha (vontade), a chamada *autonomia privada*, que não é, contudo, ilimitada.

A vontade não pode mais ser tida como um dogma absoluto. Sofre restrições, sobretudo, decorrentes das normas de ordem pública - inclusive aquelas de status constitucional. Impõe-se o respeito à dignidade da pessoa humana, à função social dos negócios, à boa-fé objetiva, à equidade material.

Ocorre que os efeitos práticos e jurídicos do negócio não se confundem. Os efeitos práticos, de regra, não interessam para o mundo jurídico, e os efeitos jurídicos se produzem independentemente deles. Pouco importa se a aquisição de um bem se deu para efeitos econômicos (ex.: para sua valorização e posterior lucro) ou filantrópicos (ex.: para ajudar uma instituição de caridade), por exemplo, e se esses efeitos foram alcançados ou não. Independentemente disso, os efeitos jurídicos poderão se realizar – no caso, a transferência do direito de propriedade.

[96] Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano de existência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 184; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000, p. 502-503; SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio Jurídico.* Nulidades e Medidas Sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 33-34 e 36. Com concepção semelhante, TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República.* V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 210- 211; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil.* V. III. Tomo II. TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 07; VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 10; MANES, Humberto de Mendonça. *Legitimação Negocial.* Premissas Básicas. Rio de Janeiro: Editora Líber Juris., 1982, p. 26.

Prevalece uma concepção social e funcionalizada dos atos negociais – como se vê no art. 1.322, do Código Civil Italiano, nos arts. 405 e 280, do Código Civil Português, e no próprio art. 421 do Código Civil brasileiro[97-98].

3.2.3 Negócio jurídico como norma

Até então, enquadrou-se o negócio jurídico como espécie de fato jurídico, mais especificamente dentro da subespécie ato jurídico em sentido amplo. Subsiste, porém, em sede doutrinária, a concepção normativista, preceptiva ou objetivista do negócio jurídico, propagada por Hans Kelsen[99].

A idéia do negócio jurídico como norma jurídica individual é bem aceita na doutrina em geral e seguida por distintos autores como Larenz[100], Bullow[101], Betti[102], Calmon de Passos[103], Eduardo Zanoni[104], Francisco Amaral[105], Itamar Gaino[106], Zeno Veloso[107], Luigi Ferri[108], Emílio Betti [109] e Humberto de Mendonça Manes[110- 111].

---

[97] Cf. AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5 ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 363 et seq.; FARIAS, Cristiano Chaves de. Id. Ibid., p. 392 et seq.

[98] Representa [...] a função econômico-social, a preocupação com a eficácia social do instituto, e, no caso particular da autonomia privada, significa que o reconhecimento e o exercício desse poder, ao realizar-se na promoção da livre circulação de bens e de prestação de serviços e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes, condicionam-se à utilidade social que tal circulação possa representar, com vistas ao bem comum, à igualdade material para todos, idéia que 'se desenvolve paralelamente à evolução do Estado moderno como ente ou legislador racional [...].

Emprestar ao direito uma função social significa considerar que os interesses da sociedade se sobrepõem aos do indivíduo, sem que isso implique, necessariamente, a anulação da pessoa humana, justificando-se a ação do Estado pela necessidade de acabar com as injustiças sociais [...].

A função social é por tudo isso, um princípio geral, um verdadeiro *standard* jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que não colide nem tornam ineficazes os direitos subjetivos, orientando-lhes o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem comum e a justiça social. E é precisamente o contrato, instrumento da autonomia privada, o campo maior de aceitação dessa teoria [...]". (AMARAL, op. cit., p. 365-368).

Gustavo Tepedino esmera-se, expondo essa transição histórica dos institutos cíveis aqui no Brasil, inserindo-se em uma era mais socializante (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 02 ss.).

[99] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 288 et seq.

[100] *Apud* GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 267.

[101] *Apud* Ibidem, loc. cit.

[102] BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 109 et seq.

[103] PASSOS, J. J. Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56.

[104] ZANNONI, Eduardo A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos.* Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004. p. 02.

[105] AMARAL, op. cit., p. 373.

[106] GAINO, Itamar. *Negócio Jurídico.* Nulidades e Medidas Sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 18 et seq.

[107] VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 11.

[108] FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 62 e 95.

[109] Betti desfere críticas ácidas à teoria do negócio jurídico enquanto ato de vontade (chamada teoria subjetivista). Em uma de suas censuras, considera a vontade, como dado interno e psicológico, e, em si, incompreensível e intangível. A vontade, diz, não é apta a produzir efeitos jurídicos; são eles determinados pelo

Mas nem todos compartilham desse entendimento. Alguns doutrinadores como Pontes de Miranda[112], Marcos Bernardes de Mello[113], Vicente Raó[114], Raquel Schmiedel[115], Orlando Gomes[116], Scognamiglio, Von Tuhr[117], dentre outros, rechaçam a idéia de negócio como fonte de norma, pautando-se, em síntese, nos seguintes argumentos:

i) diz-se que uma característica essencial na norma jurídica é a *incidência*, e o negócio não é norma porquanto não incida sobre fatos, nem crie fatos jurídicos; ele já é em si um fato que resultou da incidência de normas jurídicas;[118]

ii) exatamente por conferir-lhe a natureza de mero fato jurídico, é possível explicar a existência de *negócio nulo* - como explicariam os normativistas os *negócios nulos*, meros fatos sem caráter normativo[119];

---

ordenamento jurídico. A essência do negócio jurídico não está na vontade, para o professor da Universidade de Roma, mas, sim, na autonomia, no auto-regramento de interesses, na condição de fato social. Defende, pois, a concepção normativista, mas com a ressalva de que o negócio jurídico seria preceito social e, não, jurídico – já que a relação jurídica não comporia seu conteúdo, mas seus efeitos, e depende de um reconhecimento pelo ordenamento. (BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 109 et seq; 126 et seq.; 310 et seq.). Isso o tornou alvo da censura de outros doutrinadores normativistas, inclusive Luigi Ferri, que considera o negócio jurídico um preceito jurídico, uma fonte de direito (FERRI, Luigi. *L'autonomia privata.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 92- 96).

[110] MANES, Humberto de Mendonça. . *Legitimação Negocial.* Premissas Básicas. Rio de Janeiro: Líber Juris Ltda., 1982, p. 21-23.

[111] Sobre as teorias preceptivas, cf. SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio Jurídico.* Nulidades e Medidas Sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 14 et seq.

[112] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000, p. 447.

[113] MELLO, Marcos Bernardes de *Teoria do fato jurídico*. Plano de existência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 181-182.

[114] RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico.* 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 51.

[115] SCHMIEDEL, Raquel Campani *Negócio Jurídico.* Nulidades e Medidas Sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 25- 26.

[116] GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito civil.* 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 267-268.

[117] TUHR, A. Von. *Tratado de Las Obligaciones.* Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1999, p. 101-102.

[118] Marcos Bernardes de Mello, por exemplo, combate a teoria fervorosamente com este argumento. Daí entender que "negócio jurídico algum – exceto no campo do Direito Internacional Público – tem ou pode ter o efeito de incidir sobre fatos e criar fato jurídico. O negócio jurídico, em si, é apenas um fato jurídico, resultante, portanto, da incidência de normas jurídicas".

O autor, inclusive, já refuta, previamente, eventuais argumentos de que nos negócios atípicos – ou naqueles em que haja maior liberdade de regulação negocial – a vontade constrói o negócio, regendo os direitos e obrigações que integraram seu conteúdo. Aparentemente estar-se-ia criando norma, diz, mas na verdade só se estaria aplicando normas jurídicas implícitas em nosso sistema – pautando-se naquilo que não é proibido ou é permitido. (MELLO, op. cit., p. 181-182).

Pontes de Miranda também nega a concepção normativa do negócio jurídico (MIRANDA, op. cit., p. 447).

Nessa mesma linha de intelecção, Renata Campani enxerga o negócio, tão-somente, como fato jurídico gerador de relações jurídicas e a autonomia privada como "fonte de relações jurídicas abstrata e genericamente disciplinadas pelo ordenamento jurídico". (SCHMIEDEL, op. cit., loc. cit.)

[119] AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14.

Neste particular, veja-se o que diz Antonio Junqueira de Azevedo: "Ficam, por exemplo, fora das definições preceptivas, que, assim, não abrangem todo o definido, os negócios nulos; de fato, em virtude de sua situação irregular, é preciso cortar sua ligação com a norma superior, isto é, no encadeamento de normas superiores e

iii) também em razão dessa sua reconhecida natureza de fato, o negócio não teria o condão de gerar *preceitos normativos*, mas, tão-somente, de criar relações jurídicas;[120]

iv) e mais, as relações jurídicas por eles criadas são individuais, concretas; assim, distinguem-se das normas jurídicas, porquanto sejam elas *gerais e abstratas*, e os negócios particulares e concretos;[121-122]

v) por fim, batem o martelo, asseverando que os negócios jurídicos não seriam normas, porquanto não tenha o particular *poder normativo*. O ordenamento jurídico não conferiria ao ator privado o poder de impor pauta de conduta obrigatória e vinculante para outrem (ou para si próprio); as partes ao firmar negócio não estão estatuindo norma, pois não há supremacia de um sobre o outro. O que há é uma autolimitação de liberdade chancelada pelo

---

inferiores, deve ser feita, aqui, uma ruptura, para o que seria o último elo normativo não venha prender-se a toda a cadeia; segue-se daí que, para se manter a coerência, os negócios nulos (ou anuláveis, anulados) somente podem ser vistos como não-normas, ou não-negócios. Ora, nessa situação, o negócio nulo somente há de ser visto como simples fato; ele é, se pudermos dizer assim, despido de suas vestes como negócio jurídico, para, desclassificado, jazer, no mundo jurídico, como fato jurídico de outra espécie. Isso, porém, contradiz todo o sistema atual, no qual o negócio nulo, ainda que sem os requisitos de validade (e tirando daí sua nulidade), continua a ser visto e classificado como negócio, seja na doutrina, seja na jurisprudência".

[120] TUHR, A. Von. *Tratado de Las Obligaciones.* Tomo I. Madrid: Editorial Réus, 1999, p. 101-102; SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio Jurídico.* Nulidades e Medidas Sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981, loc. cit.

Antonio Junqueira de Azevedo, seguindo esse posicionamento, acrescenta, com base em lições de Cariota Ferrara, que do negócio só nascem relações jurídicas, e não preceitos normativos. A relação jurídica nunca é normativa (não tem valor normativo), assevera, pois já é efeito de uma norma (AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico.* Existência, Validade e Eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, loc. cit).

[121] Vicente Raó até admite a natureza preceptiva dos negócios jurídicos, mas não os reconhece como normas jurídicas, porquanto sejam particulares e concretos: "Com maior precisão e segundo nosso ponto de vista: os atos jurídicos possuem caráter preceptivo, mas, seus preceitos não constituem *normas jurídicas*, são de natureza privada, vigoram apenas entre os interessados e sofrem as determinações e limitações impostas pelo ordenamento jurídico, que lhes confere eficácia e os protege". (*Ato Jurídico.* 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 51).

[122] Von Tuhr chega a reconhecer que o negócio jurídico pode conter cláusulas que, por seu caráter abstrato e criador de direitos, assemelham-se às normas de Direito Objetivo, mas, ainda assim, esclarece que não há como confundir as categorias (negócio e normas), nos seguintes termos: *"Los negócios jurídicos sólo pueden crear o modificar derechos subjetivos y relaciones jurídicas, pero nunca normas de Derecho objetivo. No importa que en ellos se establezcan reglas abstractas para casos futuros, como son, por ejemplo, lãs condiciones de contratación que los Bancos, Compañías de Seguro y otras Empresas de este género suelen someter a la firma de sus clientes. Estas cláusulas que, por el modo de formularse y por sus forma abstracta, presentan cierta analogía con el Derecho objectivo, no contienen em realidad norma alguna de Derecho, sino que se limitan a crear entre el Banco o la Empresa y sus clientes uma relación jurídica, para que a ellas se atengan también em lo futuro los hechos previstos em las condiciones, e sus efectos. Tampoco los contratos colectivos o de tarifa, engendran, como muchas veces se sostiene, normas de Derecho objetivo, sino simplemente relaciones obligatorias entre las partes contratantes, aunque estas relaciones se refuercen a veces de um modo bastante anômalo, restringiendo la capacidad de obrar de los sujetos a quines afectan. Y outro tanto acontece con los Estatutos de una asociación, los cuales, a despecho de la forma abstracta y la apariencia legislativa que revisten, no envuelven tampoco Derecho objetivo, sino mera reglamentación privada de las relaciones jurídicas de la entidad".* (TUHR, op. cit, loc. cit.).

> ordenamento jurídico, que lhes atribui o poder de regular, na forma por ele autorizada, seus interesses (autonomia privada)[123].

Discorda-se da doutrina citada, a começar pela concepção distorcida que se tem da autonomia privada, que lhe retira a condição de poder normativo e regulamentador.

A autonomia privada, enquanto poder de autodisciplina (normativo) das relações negociais, é acolhida em inúmeros ordenamentos jurídicos estrangeiros, que conferem aos negócios a condição de norma obrigatória e vinculante para as partes pactuantes. O *Código Civil Espanhol* dispõe, no artigo 1.091: *"Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos"*. O *Código Civil Italiano*, no art. 1.372, primeira parte, dita*: "Il contrato há forza di legge tra le parti"*. E o *Código Civil Argentino* estabelece, no artigo 1.197: *"Las convenciones hechas em los contratos forman para las partes uma regla a la cual deben someterse com a la ley misma"*[124-125].

E o ordenamento jurídico brasileiro não fugiu à regra. Proclama, em níveis constitucional e infraconstitucional, a autodeterminação dos particulares, na qualidade de poder a eles conferido de disciplina dos vínculos e liames jurídicos que venham travar no contexto social. É a chamada autonomia privada, decorrente dos arts. 5º, *caput*, XIII, XXII, XXX (liberdade, propriedade, herança, trabalho, dentre outros), 1º, IV, 3º, I, 170 (livre iniciativa), todos da CF/88, e do art. 421, do CC/2002.

Mas esse poder de auto-regramento não é pleno. É, isso sim, confinado por imperativos e ditames da lei (em sentido lato), da ordem pública e dos bons costumes. Ao mesmo tempo em que a ordem jurídica reconhece e assegura a autonomia privada, cerca-a de limites.

O negócio jurídico tem grande relevância nesse contexto. O negócio é o instrumento por excelência para o exercício da autonomia privada. Por meio dele, estatui-se norma jurídica individual (eventualmente geral e coletiva), que estabelece modelos de

---

[123] Assim, Orlando Gomes, acompanhando o pensamento de Scognamiglio exposto em seu *Contributo alla Teoria del Negozio Giuridico* (GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 267-268).

[124] VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 13. Também citadas por AMARAL, Francisco *Direito Civil.* Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 385.

[125] Trata-se de ponto de vista antigo, que remonta ao direito romano, quando "Ulpiano já reconhecia que '*legem enim contractus dedit'* e que '*contractus enim legem ex conventione accipiunt...'* Os canonistas ressaltavam o valor da palavra dada (*pacta sunt servanda*), e antes, entre os comentadores e glosadores, Giovanni D'Andrea já dizia '*Quilibet in domo sua dicitur rex*' e Andre D'Isernia '*in re sua quilibet etiam privatus est moderador et arbiter ut sibi placet*'. No direito medieval, os aforismos da época, *mi palabra es ley, Ein Man, ein Wort, convenances vainquent loys*". (AMARAL, op. cit., p. 384- 385).

conduta que vinculam os sujeitos envolvidos no seu processo de criação. É ele a fonte de preceito normativo.

Mas o comando negocial (em regra, individual) deve respeitar os comandos maiores (de caráter geral), legais e constitucionais, mantendo-se dentro dos seus lindes. Só assim ocorrerá o *fenômeno de recepção*: o negócio estabelecido pelas partes será chancelado pelo direito para ser erigido à condição de norma jurídica individual (ou excepcionalmente geral, como se verá)[126].

A autonomia privada é, pois, um poder normativo, que, como todo poder (inclusive o estatal), sofre as limitações.

E mais. Não se nega que o negócio é ato jurídico. Mas nada impede que um ato jurídico – no caso, negócio jurídico – seja, em si mesmo, norma jurídica e incida sobre novos fatos da vida.

Subsistem *atos* essencialmente *normativos*. Basta pensar nas leis, nas decisões judiciais, nas decisões administrativas.

Ora, as leis são, em si, atos humanos, representantes da vontade legislativa, cuja existência, validade e eficácia são regidas, sobretudo, pelas normas constitucionais; o ato de vontade do legislador subsume-se às normas constitucionais pertinentes, para ingressar no mundo jurídico com aptidão para produzir efeitos *erga omnes*, disciplinando as mais variadas relações jurídicas[127].

Decisões judiciais e administrativas, enquanto normas jurídicas usualmente concretas, são também atos humanos, concretizadores da vontade jurisdicional ou administrativa, que sofrem a incidência de normas e princípios jurídicos das mais diversas naturezas – sobretudo processuais, administrativos e constitucionais -, propagando seus efeitos para os envolvidos no caso.

Tanto as leis quanto as decisões são, a um só tempo, ato e norma. Nascem como ato[128], atuam como norma. São, enfim, atos jurídicos normativos que podem incidir em fatos da vida para gerar novos fatos jurídicos.

O mesmo raciocínio aplica-se aos negócios jurídicos[129]. Ingressam no mundo jurídico como ato, mas dotado de eficácia normativa. "A vontade subjetiva esgota-se no

---

[126] Vide MANES, Humberto de Mendonça. *Legitimação Negocial.* Premissas Básicas. Rio de Janeiro: Líber Juris Ltda., 1982, p. 22; FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 90 e 91.

[127] O negócio jurídico é ato regulado pelo direito e, ao mesmo tempo, contém direito, irradiando eficácia normativa. "As fontes criam normas e são reguladas por normas. A própria lei é ato jurídico, regulada na sua criação e eficácia pela Constituição". (AMARAL, Francisco. *Direito Civil***.** Introdução. 5.ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 385).

[128] Ingressam no plano de existência do mundo do direito como ato: um especial tipo de ato jurídico, o ato normativo.

momento em que o negócio se realiza, mas a normatividade começa quando processo volitivo se acaba”[130].

Os negócios jurídicos regram uma relação jurídica individual, concreta – ou eventualmente, geral e abstrata, como os estatutos de associações e clubes, por exemplo -, sendo que a observância ou inobservância de suas prescrições revela-se em condutas relevantes para o direito, ou seja, em novos fatos jurídicos, dos quais emanam novos efeitos jurídicos. O inadimplemento contratual que gere prejuízo, por exemplo, é fato jurídico decorrente da inobservância da norma negocial que pode ter por efeitos, por exemplo, o dever de indenizar.

Demais disso, nada impede que o negócio jurídico, como norma, seja tido por defeituoso e sofra a sanção de invalidade. Basta pensar que leis inconstitucionais nada mais são que leis inválidas[131].

Finca-se, assim, uma das premissas essenciais desse trabalho: a compreensão do negócio como ato normativo.

3.3 EXISTÊNCIA E VALIDADE.

Já nessa fase do trabalho, interessante é apartar os planos de existência e de validade do negócio jurídico - até para que se compreendam melhor os pressupostos e requisitos a serem preenchidos em seu processo de formação/constituição.

Para que o negócio jurídico exista, é necessário que estejam presentes seus elementos constitutivos, *in casu*, um ato humano volitivo, que exteriorize vontade consciente, no intuito de obter dado resultado – dentro dos limites supracitados à autonomia privada.

Só então poderá atravessar o plano de validade.

---

[129] Sobre leis, sentenças, atos administrativos e negócios, como decisões e normas, PASSOS, J. J. Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56.

[130] AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 387.

[131] Já dissemos, em outra oportunidade que “O juízo de inconstitucionalidade é um juízo de invalidade; invalidar é aplicar uma sanção (a sanção de invalidade); no juízo de inconstitucionalidade, pois, o STF aplica uma sanção; não se pode considerar como meramente declaratória a decisão que aplica uma sanção” (DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). *Ações Constitucionais*. Salvador: Edições Podivm, 2006, p. 334. Também assim, KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 307-308; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 173; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. V. I. Rio de Janeiro: Distribuidora Livraria Bonffoni, p. 389

O negócio jurídico válido é aquele cujo suporte fático é perfeito, concretizando-se despido de vícios e defeitos, de acordo com o ordenamento jurídico. Mas se o ato negocial tem o seu suporte fático formado com imperfeições em seus elementos constitutivos nucleares (como a vontade manifestada por incapaz ou inquinada por vícios como dolo ou erro, por exemplo) ou com a ausência de elemento constitutivo complementar (como a inobservância da forma legal, por exemplo), será contrário ao ordenamento jurídico, e conterá, pois, ilícito. E sua ilicitude será punida com a sanção de invalidade[132].

A invalidade é sanção prevista no ordenamento jurídico para punir determinados atos contrários ao direito (que contenham ilícitos), impedindo que atinjam o fim colimado.

O Código Civil, em seu art. 104, enumera os requisitos de validade do negócio jurídico. Mas essa enumeração do legislador é insuficiente, olvidando outras causas previstas na própria legislação (vide arts. 166, 167 e 171, CC/2002). Assim, sem pretender mergulhar no assunto, uma boa sistematização doutrinária da matéria subdivide os requisitos de validade da seguinte forma: 1) requisitos relativos ao sujeito: a capacidade de agir, a legitimação, os vícios de vontade e sociais (como erro, dolo, coação, simulação, fraude contra credores, lesão, estado de perigo, a boa-fé, a equidade); 2) requisito relativo à causa: licitude do motivo determinante, da causa negocial, comum a ambas as partes; 3) requisitos relativos ao objeto: a licitude (inclusive, fraude à lei imperativa), moralidade, determinabilidade e possibilidade (física e jurídica) do objeto; 4) requisito relativo à forma: exigência de respeito à forma legal e de não emprego de forma vedada por lei[133].

Destarte, no processo de formação do negócio jurídico devem ser preenchidos seus pressupostos de existência e requisitos de validade, para que o ato negocial se constitua validamente.

3.4 A BOA-FÉ OBJETIVA E A EQUIDADE

3.4.1 Noções preliminares

Sobressaem, nos negócios bilaterais e plurilaterais, os princípios da boa-fé objetiva e da equidade, que impõem que os seus processos de formação, aperfeiçoamento e execução sejam cooperativos, dialógicos, equânimes e leais.

---

[132] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano da Validade. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 3- 5.

[133] Baseado em Marcos Bernardes de Mello, mas com diferenças (Ibidem, p. 18 et seq.).

Nem sempre a afronta aos ditos princípios conduzirá à invalidade contratual[134] – como pode ocorrer no caso de celebração de cláusulas abusivas, por exemplo. É possível que o desrespeito às máximas conduza à necessidade de revisão do contrato (ex.: onerosidade excessiva), resolução do contrato (ex.: concorrência desleal), gere um direito de indenização (ex.: transmitir a terceiros informações sigilosas) e/ou simplesmente impeça o aperfeiçoamento do negócio (ex.: violação ao dever de colaboração, embaraçando o selamento do negócio)[135].

Mas sua análise é imprescindível para compreender como se implementam os ritos de constituição válida e de adimplemento restritivo de um negócio jurídico.

3.4.2 O papel da boa-fé objetiva e da equidade: o controle do abuso de poder privado

A boa-fé e a equidade (ou equivalência contratual), juntamente com a função social do contrato, compõem a tríade principiológica contemporânea dos contratos. São os três princípios contratuais típicos do Estado Social. Não eliminaram ou excluíram os princípios individuais, erigidos na fase do Estado Moderno Liberal – a saber, autonomia privada (liberdade contratual), obrigatoriedade (*pacta sunt servanda*) e eficácia relativa às partes -, mas restringiram significativamente seu significado e abrangência[136-137].

---

[134] É o que registra Célia Slawinski. (SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva.* O Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 139).
Teresa Negreiros suscita a discussão: "Será que o princípio da boa-fé, fora do âmbito das relações de consumo, pode levar à declaração de nulidade de uma cláusula contratual?". Segue asseverando como base em abalizada doutrina e jurisprudência que o problema da cogência da boa-fé deveria ter sido solucionado pelo CC. Não esclareceu se suas normas são cogentes ou supletivas. Mas conclui que: "A cogência da norma que impõe aos contratantes atuação com boa-fé parece-nos, contudo, dedutível do substrato constitucional de que é composto o princípio em questão" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato.* Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.138 e 139).

[135] Abordando algumas dessas possibilidades – como a resolução e o direito de indenização -, bem como a exceção do contrato não cumprido, José Carlos Moreira da Silva. Ressalta, o autor, que boa parte da doutrina enquadra como descumprimento contratual, alcunhando-o de "violação positiva do contrato". Segue expondo que essa é uma concepção alemã que não se adapta com perfeição ao nosso sistema, em que a boa-fé objetiva tem formato diverso e pode gerar, inclusive, responsabilidade pré e pós-contratual (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito.* O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 214 et seq.).
Antunes Varela traz, por sua vez, como conseqüências, o direito de indenização e de resolução (VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. V. I. 9.ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 130).

[136] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil.* Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 14; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato.* Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 157 et seq.

[137] Foi determinante para essa nova postura metodológica os vetores constitucionais da dignidade da pessoa humana, igualdade e solidariedade social, porquanto tenham feito o legislador dar primazia a valores existenciais e socializantes em detrimento do anterior voluntarismo patrimonialista.

Na verdade, pode dizer-se que tais princípios, atualmente, são complementares. Estabelecem um certo equilíbrio no seio das relações contratuais entre: o poder negocial (autonomia e liberdade individual) e o poder estatal (que intervém impondo limites legais e constitucionais à dita autodeterminação privada). Explique-se.

Os princípios liberais consolidaram a autonomia privada e a liberdade individual, que precisavam ser tuteladas em face dos excessos do Estado Absolutista, ou seja, vieram como forma de controle do poder estatal, coibindo suas arbitrariedades. E foi assim que veio a lume o reverso da moeda.

Ao se assegurar aos particulares liberdades e individualismos tão amplos, com a possibilidade quase que irrestrita de auto-regramento de suas relações negociais, começaram a ocorrer abusos no exercício deste poder negocial. Nas relações obrigacionais, a parte mais vulnerável ficava, não raro, submetida aos excessos e desmandos da contraparte, que gozava de maior poderio jurídico – e por que não econômico, político e técnico.

E foi com a afirmação dos princípios socializantes dos contratos – dentre eles a equidade e a boa fé -, no contexto do *welfare state*, que surgiu a iniciativa de deter, refrear, os abusos dos poderes privados[138-139].

Os ditos princípios tardaram a invadir a legislação civil brasileira e chegaram em momento em que já se fala em crise e superação do Estado Social. Mas as desigualdades jurídicas, econômicas e sociais perduram e os limites impostos às forças privadas representam, ainda hoje, uma conquista irrenunciável. "Sobretudo quando se assiste ao crescimento da concentração empresarial e de capital e da vulnerabilidade das pessoas que não detêm poder negocial, principalmente ante a utilização massiva de contratos de adesão a condições gerais unilateralmente predispostas"[140-141].

---

[138] Tanto os princípios individuais/liberais, quanto os princípios sociais, foram instituídos no franco intuito de conter e limitar o exercício de um poder jurídico. Isto é, visam combater os abusos de poder dos sujeitos privados ou públicos.

[139] Rui Rosado de Aguiar, em artigo dedicado à boa-fé objetiva no CDC, comenta o art. 4.º, III, e defende que a boa-fé objetiva não serve só para a defesa do débil, mas também para garantir a ordem econômica, razão por que eventualmente pode prevalecer interesse contrário ao do hipossuficiente – no caso, o consumidor; isso, se o interesse social assim o determinar. E exemplifica: "nos contratos de adesão de consórcio para aquisição de bens, a cláusula que delimita a devolução do numerário (devidamente corrigido) somente para o final do plano deve ser preservada, apesar de não satisfazer ao interesse do consorciado em obter a imediata restituição do que pagou, porquanto interesse social mais forte reside na conservação dos consórcios como instrumento útil para a economia de mercado, facilitando a comercialização das mercadorias, e estimulando a industrialização, finalidade esta que não deve ser desviada ou dificultada com o interesse imediatista do consumidor individual que se retira do grupo". Conclui, assim, que a boa-fé é um conceito ético e econômico, porquanto ligado à funcionalidade econômica e social do contrato (AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 22).

[140] Diz Paulo Lobo que: "A vulnerabilidade jurídica vai além da debilidade econômica da parte contratante, pois interessa o poder negocial dominante, ou seja, aquela que se presume em posição de impor sua vontade e seu interesse à outra" e continua defendendo que: "A presunção é definida em lei, como se dá com o consumidor, no

.Eis o papel principal dos princípios da boa-fé e equidade: o controle efetivo do despotismo privado.

3.4.3 Boa-fé objetiva.

a) Da boa-fé subjetiva à boa-fé objetiva. Uma evolução legislativa.

Até meados da década de 1980, os tribunais pátrios só conheciam e empregavam a noção de boa-fé subjetiva, que impregnava a legislação civil então em vigor.

A boa-fé, nessa sua ótica subjetiva, sempre foi tida como um estado psicológico do sujeito que, totalmente despido de malícia e ardil, acreditava estar agindo conforme o direito. É o que se esperava (e ainda se espera), por exemplo, do possuidor de boa-fé (art. 1.201, CC/2002) ou do credor putativo ao perceber pagamento de boa-fé (art. 309, CC/2002)[142].

Mas esse mergulho na consciência interna do indivíduo, em busca de subjetivismos e psiquismos, revelava uma concepção voluntarista e individualista da boa-fé, que não atendia mais às necessidades das sociedades modernas de maior segurança e equilíbrio no seio das relações contratuais[143].

Foi com a expressa adoção pela Constituição de 1988 de valores como a igualdade substancial, a solidariedade social e a dignidade da pessoa humana (conforme indicado em seus Preâmbulo e Título I), que se resgatou um então esquecido princípio jurídico: a boa-fé objetiva, que deu origem a um novo paradigma na formação e execução das convenções[144-145].

CDC, e com o aderente, no Novo Código Civil. A presunção é absoluta e não pode ser contrariada pela consideração do caso concreto. O consumidor e o aderente, ricos ou pobres, são juridicamente vulneráveis, pois submetidos aos poder negocial da outra parte" (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 22). Vislumbram-se outras situações em que subsiste este desequilíbrio presumido de poder negocial. Basta pensar no condômino, em relação ao condomínio, ou no associado de um clube social, ou no acionista minoritário de uma grande sociedade anônima.
Com esse mesmo escólio, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato***.** Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 116.

[141] Sugere-se consultar MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 654 et seq.

[142] Vide MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 101 e 102; SILVA, Agathe E. Schimidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 154..

[143] SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 148.

[144] Cf. LÔBO, op. cit., p. 9-23; NEGREIROS, op. cit., p. 117; LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé contratual. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 36. Couto e Silva já o reconhecia em nosso

A boa-fé vista, agora, sob nova perspectiva, não representa mais um estado anímico do sujeito, uma consciência sua, íntima e pessoal, mas, sim, uma regra de conduta de todas as relações obrigacionais[146-147]. É a exigência de comportamentos que se conformem, objetivamente, com as diretrizes da lealdade, probidade e cooperação, permitindo que o contrato alcance o seu fim social e eticamente desejado.

As partes, na constituição e cumprimento do negócio jurídico, devem atuar da forma como se espera de toda pessoa comum diligente e proba. "O que importa é verificar se o procedimento da parte, quando negociou as tratativas preliminares, quando estipulou as condições do contrato afinal concluído, quando deu execução ao ajuste e até depois de cumprida a prestação contratada, correspondeu aos padrões éticos do meio social"[148].

Perceba-se que a boa-fé objetivada afasta-se completamente do elemento da vontade e de qualquer psiquismo ou intencionalidade[149]. O que importa é se a atitude tomada é compatível com aquela genuinamente advinda de um homem-médio, honesto, zeloso – uma "pessoa de bem". Conta-se com posturas típicas de uma pessoa de padrão valorativo mediano e comum, mirando-se no contexto social em que vive[150].

---

ordenamento antes mesmo da CF/88, como cânone de interpretação e integração dos negócios, bem como regra de instituição de deveres anexos de eticidade. E ressalvava que, a despeito da inexistência no CC/16 de consagração expressa da máxima, o Código Comercial (art. 131, I) já o teria inserido como princípio vigente para as relações obrigacionais, relacionando-o com os usos do tráfico (SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 29 et seq.). Agathe Schmidt da Silva, a seu turno, menciona dispositivos do Código Civil de 1916 em que considera ter sido acolhido o ditame da boa-fé objetiva, como os arts. 109, 112, 1438, 1443 e 1444 (SILVA, Agathe E. Schimidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 155)

[145] Sobre a distinção de boa-fé objetiva e subjetiva, Célia Slawinski, com uma perspectiva mais abrangente, informa que: "Existem duas correntes: uma sustenta a superação da distinção, a outra adota as duas vertentes. A doutrina e a jurisprudência brasileiras se filiam a esta última" (SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva.* O Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 12).

[146] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411 e 412; TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações.* Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33 et seq.

Vale a pena conferir, sobretudo pela sua clareza e objetividade, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato.* Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 122-123.

[147] Sublinhe-se que seu conceito é unívoco para todos os campos jurídicos, assim para o Direito Público e o Privado. Sofre, tão-só, "uma variação de predominância, de uma ou outra norma, consoante a matéria em exame" (SLAWINSKI, op. cit., p. 112- 113.)

[148] THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 17.

[149] Enquanto a boa-fé subjetiva diz respeito a elemento interior (estado de espírito), a objetiva a elemento exterior (regra de conduta) ao indivíduo.

[150] "A lei não define esses padrões, mesmo porque eles são variáveis, no tempo e no espaço. A regra, aqui e nas fontes de direito comparado que alimentaram o Código Civil brasileiro, corresponde ao tipo de norma que a doutrina denomina 'cláusula geral' para indicar preceitos genéricos ou abertos, cujo conteúdo haverá de ser completado e definido casuisticamente pelo juiz". Daí a necessidade de o juiz fazer um cotejo entre o padrão de comportamento encontrado no meio social, baseado nos usos e costumes das pessoas de bem daquela comunidade, e o comportamento adotada no caso concreto (THEODORO JUNIOR, op. cit., loc. cit.).

A boa-fé objetiva representa, assim, o valor da ética das relações jurídicas em geral.

Em nível infraconstitucional, foi o Código de Defesa do Consumidor que trouxe a primeira previsão da boa-fé objetiva, em seus arts. 4º, III, e 51, IV. Mas nos anos que se seguiram a doutrina e a jurisprudência passaram a estender a máxima a outras relações obrigacionais, que não as estritamente consumeristas[151-152].

O Direito Civil contemporâneo, mesmo quando ainda submetido à égide do velho Código — de cunho eminentemente liberal e individualista —, passou a valorizar, nas relações jurídicas, os fundamentos da ética, lealdade, confiança, respeito etc, conforme percuciente anotação de Felipe Peixoto:

> Os valores éticos penetram nas brechas dos seculares institutos civis, dissolvendo-lhes, pouco a pouco, o excessivo teor patrimonialista, e relativizando-lhes, progressivamente, o destacado acento formal. […] Há uma clara passagem, nos dias que correm, do técnico ao ético. A beleza formal das construções conceituais, patrimônio indiscutível da pandectística, teve seu espaço e importância, mas seria francamente despropositado que nós, ainda hoje, nos detivéssemos a discutir filigranas formais e não conteúdos materiais. O direito não perdeu sua dimensão técnica. Apenas acrescentou, a ela, outras dimensões, de maior importância[153].

E hoje já se encontra, no sistema brasileiro, previsão expressa da boa-fé objetiva, na legislação civil, mais precisamente nos arts. 113, 187 e 422 [154], do Código Civil de 2002. Positivou-se na condição de preceito que norteia as relações jurídicas obrigacionais em geral, resguardando a ética e a probidade no contexto social[155].

Nesta esteira, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412 e 413; SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva.* O Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 11et seq.

[151] "[...] o Código de Defesa do Consumidor contribuiu para a concreção do princípio da boa-fé não só por ter tornado desnecessário o rol de extensas justificativas exigidas para a aplicação de um princípio não legislado, mas, também, porque a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, não se limitou a disciplíná-lo nos dispositivos que o prevêem expressamente (art. 4.o, III, e 51, IV), mas, ao contrário, o fez em uma série de outros artigos, esparsamente distribuídos em seu texto". (SLAWINSKI, op. cit., p. 170).

[152] TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações*. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 33 et seq.

[153] A responsabilidade civil e a hermenêutica contemporânea: uma nova teoria contratual?. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de (coord).*A teoria do contrato e o novo código civil.* Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 256.

[154] A boa-fé objetiva de que fala o art. 422 do novo Código civil brasileiro é a mesma que já se previa no §242 do BGB e no art. 1.337 do Código italiano. (THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 15; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 411).

[155] Antes do advento do CC/2002, os tribunais brasileiros manifestavam a tendência de aplicar a boa-fé objetiva, tão-somente, nas relações desequilibradas, no intuito de proteger o hipossuficiente. Isso ocorria na esfera consumerista e cível. O CC/2002, ao consagrar expressamente a máxima em seu art. 422, corrigiu esse equívoco jurisprudencial, deixando claro que a máxima se aplica a todos os tipos de relação obrigacional, sejam elas paritárias ou não (THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense,

b) As funções da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva assume, no ordenamento jurídico, três funções basilares[156]. São elas:

i) *função instituidora de deveres*: que estabelece para os sujeitos da relações obrigacional deveres jurídicos anexos e acessórios de lealdade, informação, cooperação, segurança, dentre outros (art. 422, CC/2002);

ii) *função restritiva:* que delimita o exercício de seus direitos, coibindo condutas abusivas (ex.: cláusulas leoninas) (art. 187, CC/2002) ou a imposição de exigências desarrazoadas para uma das partes.

iii) *função interpretativa:* que atua como referencial na interpretação e colmatação dos negócios jurídicos, para que o operador do direito confira a eles sentido ético e socialmente útil (art. 113, CC/2002)[157].

Doutrina abalizada sugere, com muita propriedade, a redução desta tríplice função a uma *dupla função*: ao lado da *função interpretativa*, a boa-fé teria, tão-somente, uma *função instituidora de deveres*, que já implicaria, em si mesma, a limitação do exercício de direitos (a função restritiva). Isso porque "estes deveres anexos [...] se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato"[158].

No contexto de processos de formação e execução do negócio jurídico, a função instituidora de deveres (que atuam de forma positiva e negativa) assume importância fundamental. E é sobre ela que se discorrerá.

2003, p. 33-35 et seq.). Em que pese uma das funções da boa-fé objetiva ser, exatamente, de reequilibrar as partes do negócio, não é esse seu papel exclusivo ou principal.

[156] Todas elas apontadas pela doutrina germânica (máxime Fraz Wieacker) e incorporadas pela doutrina brasileira (Cf. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações.* Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35).

[157] "Em comum, estas três funções atribuídas à boa-fé compartilham uma mesma concepção acerca da relação contratual como sendo uma relação de cooperação e de respeito mútuo (e não de perseguição egoísta da satisfação individual)". (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato.* Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119).

[158] Cf. TEPEDINO; SCHREIBER, op. cit., p. 37.

Toda relação obrigacional, ao lado do dever principal avençado[159] – de fazer, não-fazer, dar etc –, tem por conteúdo deveres laterais e anexos para as partes[160-161].

Alguns podem constar expressamente em lei ou nas cláusulas negociais. Outros, ainda que não previstos na lei ou no negócio, podem ser extraídos diretamente da regra da boa-fé objetiva, [162] por estarem nela implícitos, "invisíveis"[163-164].

Inviável é apresentar uma lista taxativa de todos esses deveres. Mas é possível, com base em doutrina e jurisprudência atuais, agrupá-los em duas categorias: *i)* dos deveres instrumentais positivos; ii) e dos deveres de proteção, que visam a resguardar o indivíduo de riscos de prejuízos a sua pessoa ou patrimônio, revestindo-se, pois, de caráter negativo[165-166].

---

[159] Relembra-se, como dito em capítulo anterior, que, ao lado do dever principal de prestação, subsistem, ainda, os deveres secundários acessórios e os deveres secundários como prestação autônoma (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 437 – 439).

[160] E aqui que se encontra uma linha divisória entre a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade, segundo Couto e Silva: "Constituindo a boa fé conceito dinâmico, não é possível perceber todas as suas virtualidades, mas apenas estabelecer a linha divisória entre o seu campo e o da autonomia da vontade.

A prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade. Para que a finalidade do negócio seja atingida, é necessário que o devedor realize certos atos preparatórios, destinados a satisfazer a pretensão do credor. Alguns desses atos constituem adimplemento de deveres que nascem da manifestação ou declaração de vontade jurisdicizada.

Outros, porém, surgem desvinculados da vontade, núcleo do negócio jurídico, por vezes ligados a deveres principais e deles dependentes, por vezes possuindo vida autônoma. Os deveres desta última categoria, chamados independentes, podem perdurar mesmo depois de adimplida a obrigação principal.

A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa fé e da proteção jurídica dos interesses" (SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 36- 37).

Também assim, Jorge Ferreira da Silva (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54).

[161] São também chamados de "deveres instrumentais", de forma a enfatizar "a sua serventia como meio para garantir a consecução do fim do contrato" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato.* Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 150).

[162] Ibidem, loc. cit..

[163] Termo utilizado por Pamplona e Stolze (PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil.* V. IV. Tomo I. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 80).

[164] Menezes Cordeiro, em uma das obras mais representativas sobre o tema, identifica a origem histórica destes deveres acessórios na identificação da relação obrigacional como uma relação complexa, bem como na idéia de violação positiva do contrato.

Em páginas anteriores, o autor faz ampla exposição da gênese da violação positiva do contrato, e traz um desfecho no qual demonstra seu interesse e atualidade: "Num prisma dogmático actual, a violação positiva do contrato, sendo, de modo predominante, um conceito descritivo a obter pela negativa, compreende um âmbito não coincidente com o dos deveres acessórios. Deve considerar-se como integrando hipóteses de violação positiva do contrato, os casos de cumprimento defeituoso da prestação principal, de incumprimento ou impossibilitação de prestações secundárias e de violação dos deveres acessórios (...) Nela, a boa fé é chamada a depor em vários níveis: no campo da determinação das prestações secundárias e da delimitação da própria prestação principal, ela age sobre as fontes, como instrumento de interpretação e integração; no dos deveres acessórios, ela tem um papel dominante em sua génese" (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 602).

[165] FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção.* Coimbra: Almedina, 1994, p. 40-41; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil.* V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 38- 39. Desenvolvendo mais a classificação, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito.* O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 208

São exemplos de ambas as categorias, os deveres de lealdade, confiança recíproca, cooperação, cuidado, previdência, segurança, informação, do sigilo e segredo, em certos casos.

De relevo comentar brevemente os deveres instrumentais mais comuns, mais citados, bem como aqueles mais desrespeitados no dia-a-dia negocial: lealdade, cooperação e informação.

Ser leal é agir conforme as expectativas legitimamente despertadas. É agir conforme a vontade manifestada. É ser fiel às promessas feitas, à palavra empenhada, às obrigações assumidas, honrando-as probamente.

A *lealdade* revela-se, enfim, em uma exigência de transparência, de veracidade, de coerência entre o que se diz e o que se faz (ou não se faz). São bons exemplos o dever de não-concorrência, de não-celebração de outros contratos incompatíveis, de segredo de dados obtidos nas tratativas contratuais, cuja revelação seja prejudicial etc.[167].

Os deveres de *informação* e *esclarecimento* impelem as partes ao diálogo. Demandam que se comuniquem, informando-se mutuamente todas as características e circunstâncias do negócio, para que não sejam futuramente surpreendidas com estorvos e intempéries - das quais poderiam ter sido previamente alertadas -, que prejudiquem a formação e o cumprimento da obrigação. "São, portanto, deveres que visam a permitir que as partes tenham, na medida do possível, a exata dimensão das condicionalidades específicas da relação, podendo com isso melhor projetar seus próprios futuros"[168].

E os deveres de *cooperação* e *assistência* exigem, enfim, que as partes colaborem para o regular cumprimento do contrato, e, em contrapartida, não o embaracem ou dificultem.

Os deveres anexos, instrumentais, que se impõem, também, de forma negativa (sobretudo a lealdade), vêm limitar o exercício de direitos oriundos do contrato ou da lei – o que seria, para muitos, a chamada função restritiva de direitos da boa-fé.

---

et seq. Judith Martins-Costa, a propósito, traz um rol extenso de tais deveres (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 439).

[166] Menezes Cordeiro traz uma classificação tripartida, que lhe parece mais satisfatória, falando em: i) deveres acessórios de proteção, que têm o caráter negativo acima referido por Frada e Judith Martins-Costa, porquanto imponham que as partes não provoquem danos recíprocos à sua pessoa e patrimônio; ii) deveres acessórios de esclarecimento, que exigem que as partes se mantenham mutuamente informadas de todos os aspectos do vínculo contratual; iii) e deveres acessórios de lealdade, que parecem ter caráter positivo e negativo, determinando que as partes se abstenham de adotar condutas que frustrem os fins do negócio ou desequilibrem suas prestações. (MENEZES CORDEIRO, op. cit. p. 604-606).

[167] Cf. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 607.

[168] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115-116.

Manifesta-se, essa função limitadora da boa-fé, em inúmeros institutos civilistas. É o caso do *venire contra factum proprium* e do *tu quoque*, institutos decorrentes da teoria dos atos próprios.

A teoria dos atos próprios demanda que o contratante adote uma linha uniforme de comportamento, rechaçando condutas dúplices e opostas que confudam e surpreendam a outra parte. Não tolera que a parte se volte contra seus próprios atos, coibindo comportamentos contraditórios, que quebrem a confiança reinante na relação negocial[169].

O *venire contra factum proprium* é uma exigência de congruência comportamental da parte, que não pode surpreender a outra, valendo-se de uma postura discrepante, divergente, oposta à anteriormente assumida. Essa conduta dissonante apanha de improviso, furtivamente, por fugir da linha comportamental até então adotada. Daí configurar-se a quebra da confiança, com a frustração das expectativas geradas na contraparte.

Mas não é qualquer incoerência postural que se enquadra como *venire contra factum proprium;* "[...] o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé objetiva quando não for justificável e, ainda, quando a reversão de expectativas assim ocorrida gere efetivos prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída"[170].

Finalmente, trata-se de instituto que, para se configurar, "postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo"[171-172].

Diferente é o *tu quoque*. Veda que aquele que desrespeitou as regras convencionais ou legais, contraditoriamente, venha a reclamar que o outro as cumpra. Aquele que incorreu em ilicitude não pode esperar ou exigir licitude do outro. Percebe-se, assim, que o *tu quoque* contém regra muito semelhante à exceção do contrato não cumprido[173].

Fazendo um contraponto entre essas categorias afins, percebe-se que o *tu quoque* e o *venire contra factum proprium* aproximam-se por impor coerência na atitude da parte, e extremam-se pela sua incidência subjetiva e pelo seu caráter positivo/negativo. Enquanto o

---

[169] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato.* Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142-143; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 27.

[170] Ibidem, p. 146-147.

[171] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. . *Da Boa Fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 745.

[172] Menezes Cordeiro refere-se a duas modalidades de *venire contra factum proprium*: i) o comportamento contraditório comissivo, "quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique"; ii) e o comportamento contraditório omissivo, "quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue" (Ibidem, p. 745).

[173] Conferir, NEGREIROS, op. cit., loc. cit..

venire contra factum proprium é exigência de que a própria parte que agiu bem, licitamente, mantenha uma linha uniforme de comportamento, com uma conduta positiva de coerência; o *tu quoque* é a exigência de que a parte que agiu mal, ilicitamente, adote uma conduta negativa de coerência não postulando que a outra assuma conduta diversa - espera-se uma atitude coerente da parte em relação a contraparte.

Outros institutos desempenham, também, uma função limitadora do exercício de direitos, tais como: o abuso da invocação da exceção do contrato não cumprido; a exigibilidade de um direito que não foi exercido por um bom tempo pelo seu titular, gerando expectativa na contraparte de que não mais o seria (a chamada *supressio*, art. 330, CC/2002); o exercício do direito de resolução contratual, quando a contraparte já adimpliu substancialmente sua prestação, dentre outros[174].

Não convém, contudo, aprofundar em todos eles, o que fugiria ao propósito do presente trabalho. Encerra-se, assim, esse breve panorama dos principais deveres acessórios e laterais que emanam da boa-fé objetiva[175].

c) Aplicação às diferentes fases do negócio: nascimento, conclusão e adimplemento da obrigação.

É de ressaltar que o atendimento a todos esses deveres (positivos e negativos) impõe-se em todo e qualquer momento do fenômeno negocial: na formação, na conclusão e na execução do negócio e, inclusive, na fase pós-contratual. Mas o legislador brasileiro não foi claro o bastante.

---

[174] Cf. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 797; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil.* V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 40-41; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato.* Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142 et seq.

[175] Caracteriza, a todos, o fato de serem regras de conduta imputadas a ambas as partes, credor e devedor, (MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 593), em todo e qualquer tipo de vínculo obrigacional, sendo sua incidência mais facilmente identificável nas relações duradouras.

"Podem existir em qualquer espécie de obrigação, mas é claramente mais visível a sua presença nas relações obrigacionais duradouras, onde, em razão do largo tempo no qual a relação se desenvolve, aumentam as possibilidades concretas para seu surgimento, bem como se revela uma maior intensidade no elo de confiança que se estabelece entre as partes. É preciso observar que grande parte dos contratos nos dias atuais apresenta esta característica [...]. Este é o caso dos contratos de conta-corrente, de cartão de crédito, de fornecimento de energia, de serviços telefônicos e de água, de planos de saúde, de seguro, havendo, ademais, outros não tão significativos ainda, como a televisão a cabo e os provedores de acesso à internet". (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito.* O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 214).

Trata-se de entendimento dantes encontrado na obra de VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral*. V. I. 9 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 129 et seq.

O art. 422, CC/2002, dispõe que os contratantes devem agir de acordo com os princípios da boa-fé e da probidade na *conclusão* e *execução* do contrato. No entanto, ao impor a observância das máximas citadas na conclusão do negócio, parece estar abarcando todo o processo necessário para sua formação (conclusão) e adimplemento – malgrado existam vozes dissonantes que entendem que o legislador não foi abrangente o suficiente[176 - 177].

A verdade é que basta que se interprete de forma ampliativa o dispositivo citado e conforme os ditames constitucionais da solidariedade social, dignidade da pessoa humana, e igualdade substancial, para que se conclua que ele incide em todas as fases de desenvolvimento do liame obrigacional, inclusive nas fases pré e pós-contratual[178].

Trata-se de entendimento já consagrado na Jornada de Direito Civil, realizada em setembro de 2002, em Brasília, e registrado na Conclusão n. 25,[179] e adotado no nível

---

[176] Alguns entendem que o legislador falhou ao prever a incidência do princípio tão-somente na conclusão e execução do negócio, pois deve incidir nas fases pré e pós-contratual. A redação do dispositivo teria sido insuficiente, dizem. Assim, MARQUES, Frederico do Valle Magalhães**.** O princípio contratual da boa fé. O direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Editora Padma Ltda., 2006, v. 25, p.90; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro.* V. III. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 50; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil.* V. I. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88; AZEVEDO, Antônio Junqueira. Projeto de Código Civil – O princípio da Boa Fé nos Contratos. *Revista da Justiça Federal*, n. 09,. Disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br/ >. Acesso em: 24 jan 2007; LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé contratual. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 39; THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 11.
Regis Fichtner Pereira e Carlyle Popp, antes mesmo do advento do CC/2002, já defendiam sua incidência no momento pré-contratual (PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53 e 88; POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial. O rompimento das tratativas.* Curitiba: Juruá Editora, 2001. p. 134 ss.).
Mas já existe um projeto de lei elaborado no intuito de melhorar a regra (art. 422). O Projeto Fiúza n. 6.960 de 2002 propõe que passe a ter a seguinte redação: "Os contraentes são obrigados a guardar assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios da probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade".

[177] Note-se que a legislação consumerista é mais avançada neste particular, pois prevê expressamente a incidência de deveres de informação, clareza, lealdade no momento pré e pós-contratual, como se vê nos arts. 30, 40 e 46. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 20-21).
Célia Slawinski aponta dois dispositivos no CDC, que tratam de responsabilidade pós-contratual: o art. 10, §1.o, que estabelece o dever do fabricante realizar aviso público de fatos no produto que possam prejudicar o consumidor; art. 32, que trazem o dever do fabricante de ter peças de reposição de produtos já vendidos (SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva.* O Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p.141-143).

[178] Cf. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 625 et seq; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações.* 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 100 ss. e 928 et seq.

[179] "O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual".

transnacional, na compilação de princípios contratuais comerciais internacionais da UNIDROIT[180].

Interessa, contudo, comentar a boa-fé objetiva nas fases de formação e de adimplemento restritivo do negócio jurídico – objeto do presente trabalho[181].

Já na fase de constituição do negócio jurídico, marcada por tratativas preliminares, propostas, contrapropostas, devem ser observados os deveres éticos inerentes à máxima da boa-fé[182]. O processo de formação do negócio deve ser, pois, dialógico e cooperativo, impondo-se às partes o dever de informação, lealdade, confiança, sigilo etc, e coibindo-se os abusos nas negociações e no estabelecimento de cláusulas do negócio[183-184].

A concepção de obrigação como processo, que deita suas raízes na teoria sociológica do contato social, explica as razões da imputação de deveres jurídicos quando ainda sequer foi aperfeiçoada a relação contratual[185].

---

[180] SLAWINSKI, op. cit., p. 141-143.

[181] Sobre a sua aplicação no momento pós-contratual, cabem algumas palavras. Independentemente de qualquer previsão legal ou jurisprudencial, muito antes do CC/2002 e do CDC, Couto e Silva já defendia que tais deveres anexos deveriam perdurar até mesmo após o adimplemento da obrigação principal. São os chamados deveres independentes: aqueles que dependem da obrigação principal para o seu nascimento, mas podendo perdurar mesmo depois do adimplemento. Seria o caso, exemplifica, do sócio que deixa a sociedade e permanece com o dever de não prejudicar as atividades da sociedade de que participou, "revelando circunstâncias que só podia conhecer em razão da sua qualidade de sócio". É a situação, ainda, dos médicos e advogado que, mesmo depois de prestado o serviço, devem manter o sigilo profissional. (SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 118-119).
Antônio Junqueira de Azevedo, reconhecendo a necessidade de respeito à boa-fé na fase pós-contratual, traz excelentes exemplos, que dignos de consulta (AZEVEDO, op. cit., p.04).

[182] Karina Fritz faz uma boa análise dos primeiros sinais de reconhecimento de deveres pré-contratuais na jurisprudência alemã (FRITZ, Karina Nunes. A boa fé objetiva e a sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista de Direito Privado*, n.29, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 223).

[183] Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Projeto de Código Civil – O princípio da Boa Fé nos Contratos. *Revista da Justiça Federal*, n. 09. Disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br/ >. Acesso em: 24 jan 2007; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. V. IV. Tomo I. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 88; MORI, Igor. *A Responsabilidade Pré-contratual pela Quebra dos Deveres Acessórios*: Admissibilidade no Direito Brasileiro. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7598&p=6. Acesso em: 24 jan 2007.
Pontes de Miranda e Von Tuhr reconhecem que na fase pré-contratual é possível que uma das partes seja responsabilizada por conceder informações errôneas ou gerar confiança indevida, por exemplo. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 436-437; TUHR, A. Von. *Tratado de Las Obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus S.A., 1999, p. 142-143).

[184] Carlos Alberto Mota Pinto menciona o art. 227.º, do Código Português, que determina a incidência do princípio da boa-fé, tomado num sentido ético, tanto na fase negociatória (tratativas preliminares), quanto na fase decisória (proposta e aceitação) do contrato. Assevera o autor que: "O dano a ser ressarcido pela responsabilidade pré-contratual é o chamado dano da confiança, resultante de lesão do interesse contratual negativo. Quer dizer: deve colocar-se o lesado na situação em que estaria, se não tem chegado a depositar uma confiança, afinal frustrada, na celebração dum contrato válido e eficaz. Coisa diversa seria a reparação do interesse contratual positivo, que consistiria em colocar as coisas na situação correspondente ao cumprimento de um contrato válido" (PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 443-444).

[185] Sobre o tema, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 397 a 403; SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p.

De acordo com a tese, existem diferentes graus de contatos sociais, desde os mais próximos aos mais distantes, variando-se entre tais extremos. E o ordenamento jurídico dá tratamento diversificado a tais contatos (relações), a depender do nível de estreitamento do vínculo: quanto mais forte e estreito o vínculo (ex.: um contrato), mais intensos são os deveres impostos às partes envolvidas; quanto mais fraco e remoto o vínculo (ex.: quando simplesmente convive-se na mesma sociedade), mais brandos, senão inexistentes, são os deveres a elas imputados[186].

Note-se, contudo, que existem situações intermediárias ("contatos especiais"). É o caso das tratativas e negociações preliminares, que se caracterizam pelo estabelecimento de um vínculo de intensidade considerável, porquanto mantenham as partes negociantes laços visíveis e relativamente próximos. E essas ligações revelam riscos de prejuízos e lesões às respectivas esferas de direitos, e, por isso, devem ser tuteladas pelo ordenamento jurídico. Impõe-se, assim, o respeito a deveres recíprocos de boa-fé, reduzindo ao máximo os perigos de danos existentes.

É daí que decorre a chamada responsabilidade civil pré-contratual.

Não são poucos os doutrinadores e julgados que reconhecem a existência dessa fase de gênese do negócio, informada por mandamentos de boa-fé objetiva, que, descumpridos, impõe a responsabilidade civil pré-contratual[187-188].

89- 90; FRITZ, op. cit., p. 220. Ruy Rosado de Aguiar Jr. parece ter adotado a concepção (Cf. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 26 e 27)

[186] Judith Martins-Costa assevera que o declínio do voluntarismo viabilizou novas leituras da relação obrigacional, admitindo que advenha não só da vontade (ex.: contrato) ou da lei (delito), mas, igualmente, de atos existenciais – que se manifestam por "condutas socialmente típicas", que independem do elemento volitivo. Por independerem da vontade, os atos existenciais têm natureza jurídica de ato-fato, diz, e, não, de negócio - malgrado gerem efeitos negociais típicos. É o caso do menor incapaz que compra um lanche na escola, do ato de estacionar um veículo no shopping ou, ainda, daquele desencadeador de responsabilidade civil objetiva. E conclui, a autora, que a boa-fé objetiva impõe deveres instrumentais também para relações advindas de atos existenciais, ainda que despidos de voluntarismo (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 397 a 408).

[187] Tais como PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da Posição Contratual.* Coimbra: Almedina. 2003. p. 350 et seq.; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 50-51; SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 89-90; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 39; AZEVEDO, Antônio Junqueira. Projeto de Código Civil – O princípio da Boa Fé nos Contratos. *Revista da Justiça Federal*, n. 09, Disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br/ >. Acesso em: 24 jan 2007. p. 03; GOMES, Orlando. *Contratos.* 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 61; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações.* 9.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 267 et seq.; FRITZ, Karina Nunes. A boa fé objetiva e a sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista de Direito Privado,* n.29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 220; GUERREIRO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. *Revista de Direito Privado,* n.26, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 34 et seq.; VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil,* v.18, Rio de Janeiro: Padma Ltda., 2004, p. 03 et seq.; RUSSO JR., Rômolo. *Responsabilidade pré-contratual.* Salvador: Jus Podivm, 2006. p. 41-44;

Afinal, as tratativas não são procedimentos totalmente arbitrários, nos quais as declarações são irresponsáveis, egoístas, despidas de força jurídica. As partes em negociação podem ser responsabilizadas juridicamente pelo que dizem, fazem e prometem. É possível, sim, que uma manifestação de vontade vincule, sobretudo, quando é gerada a confiança e expectativa legítima na contraparte de efetiva realização do negócio.

Se uma das partes rompe subitamente o liame contratual que vinham gradualmente atando, sem justo motivo, e isso gera prejuízos para a outra, deverá indenizá-la.

> Esta indenização não corresponde ao valor dos lucros que a parte teria se o contrato tivesse sido concluído, porque concluído não foi e, assim, não poderia ser levado em consideração. A indenização é devida pelo ato ilícito, levando-se em conta os danos decorrentes da interrupção, desmotivada, das tratativas: passagens aéreas, despesas com hotel, divulgação de material, protótipos, maquetes, eventualmente a perda de outros negócios[189- 190].

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 142 et seq.; SILVA, Agathe E. Schimidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 159; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 25 a 27.

[188] A propósito, Igor Mori esmera-se ao coletar julgados paradigmáticos que reconheceram – ou ao menos cogitaram - a incidência do princípio na fase pré-contratual ao longo da história de nossos tribunais, comentando-os: "O primeiro dos casos que vale destacar refere-se a fato levado aos nossos tribunais já no ano de 1959, cuja ementa segue abaixo transcrita: **'**RESPONSABILIDADE CIVIL**.** Ato ilícito. Inexistência. Artista convidada a participar do elenco de certo filme. Contrato que não chegou a ser concluído. Pretendida indenização pelos gastos que teria tido com preparativo de vestuário. Lucros cessantes. Inadmissibilidade. Ação improcedente' [Ap. Civ. 29.193, Tribunal de Apelação de São Paulo, rel. Juiz Tácito M. de Góes Nobre, j. em 20.05.59. São Paulo: RT, v. 289, ano 48, nov/1959, p. 630-633].[...] A decisão não reconheceu a possibilidade de indenização por inadimplemento contratual, tampouco a existência de culpa *stricto sensu*, uma vez que segundo o raciocínio expendido pelo relator do caso, não ocorrera qualquer ato ilícito. Vê-se assim, que sua tese foi mal fundamentada, uma vez que em verdade não se tratava de mero ressarcimento por gastos realizados, mas sim de negociação preliminar com natureza contratual, não havendo portanto nenhum motivo a justificar a ruptura posterior do acordo. [...] Provavelmente influenciado pela experiência havida a partir do julgado anterior, no mesmo ano de 1959, questão envolvendo a responsabilidade pré-contratual chegou à apreciação do STF em acórdão da lavra do Min. Villas Boas, cuja ementa se vê a seguir: 'CULPA IN CONTRAHENDO. CONCEITO. A verificação de responsabilidade dela derivada se faz pela soma dos prejuízos efetivos, diretamente emanados da sua ocorrência, excluídos os lucros cessantes e outras parcelas não compreendidas no denominado "interesse negativo.' Recurso não conhecido, sem embargo do provimento do agravo para a subida dos autos. [RE 43.951/SP, Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Villas Boas, j. em 22.12.59. Disponível em: . Acesso em: 25 ago. 2003]. Nesta decisão vê-se, pela primeira vez, que a delimitação do *quantum* indenizatório refere-se apenas ao *interesse negativo*, de que já tratamos em momento anterior. Apenas relembrando o que já dissemos, por meio dele deve-se entender não como o direito ao cumprimento do contrato, mas tão somente o de não ter o seu patrimônio diminuído por gastos inúteis quanto à um negócio que não irá se realizar. Daí em diante houve diversos outros julgados envolvendo este assunto (MORI, Igor. *A Responsabilidade Pré-contratual pela Quebra dos Deveres Acessórios*: Admissibilidade no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7598&p=6>. Acesso em: 24 jan 2007).

[189] MACHADO, Marcello Lavenère. Formação dos Contratos: Comentários aos artigos 427 a 435 do Código Civil. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 85

[190] Antonio Junqueira de Azevedo traz e analisa casos clássicos e ilustrativos de sua aplicabilidade: "Cito um caso entre a Cica e plantadores de tomate, no Rio Grande do Sul, no qual, em pelo menos 4 acórdãos, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconheceu que a Companhia Cica havia criado expectativas nos possíveis contratantes — pequenos agricultores —, ao distribuir sementes para que plantassem tomates e, depois, errou ao se recusar a comprar a safra dos tomates. Houve, então, prejuízo dos pequenos agricultores, baseado na

Outros exemplos de condutas retas e probas, exigidas na fase de formação do negócio, podem ser enumerados: i) deve atuar com lealdade e probidade o proponente ao expor para o oblato as vantagens e desvantagens de adquirir o seu produto, fornecendo-lhe informações claras, corretas e precisas; ii) deve ser fiel e correto o proponente comunicando ao oblato eventuais dificuldades que tenham surgido para o regular selamento do negócio; iii) deve a empresa, ao anunciar seu produto ou seu serviço, ser fidedigna às suas qualidades, evitando a publicidade enganosa; iv) dados confidenciais obtidos enquanto encetadas as negociações não podem ser repassados onerosa ou gratuitamente a terceiros ou ser utilizados para fazer uma concorrência desleal.

Há que se falar, ainda, da incidência da boa-fé objetiva na fase de execução do negócio – e mais especificamente de seu adimplemento restritivo.

Também no curso da efetivação do negócio impera a exigência da boa-fé objetiva. Devidamente firmado o negócio, é vedado à parte adotar posturas desconformes com a lealdade e cooperatividade, tais como: selar contratos com ele incompatíveis, gerar a incidentes que impeçam seu adimplemento para provocar o desejo de distrato na outra parte, ocultar informação decisiva para o perfeito adimplemento da prestação da contraparte, fazer concorrência desleal, dentre outros.

Mas interessa, nesta fase de cumprimento do negócio, uma situação mais específica, a do chamado "adimplemento restritivo", que redunda na imposição de privação patrimonial a uma das partes. Dá-se quando uma das partes, em posição de primazia contratual, vendo-se diante do inadimplemento da outra, em posição de vulnerabilidade jurídica, pretende impor alguma restrição convencional aos seus direitos (ex.: cláusula penal, multa, resolução ou sanção de qualquer natureza). É o caso do condomínio que pretende

---

confiança despertada antes do contrato, fase pré-contratual. Logo, o caso do art. 421 deveria também falar em responsabilidade pré-contratual ou extensão do comportamento de boa-fé na fase pré-contratual.
Faço um parêntese para exemplificar, transformando em hipótese o que li nos jornais de hoje sobre o caso da Ford com o Governador do Rio Grande do Sul. A Ford, durante os dois anos em que teria procurado montar a sua indústria, certamente teve muitos gastos e, de repente, o negócio não teria sido efetivado. O problema da responsabilidade pré-contratual é justamente esse, qual seja, o dos gastos que se fazem antes do contrato e quando há a ruptura. Se essa hipótese da Ford for pré-contratual — no caso, suponho ter havido algum contrato anterior — mas se não houvesse, e se fosse apenas um problema de negociações, antes de qualquer efetivação do negócio, haveria dois pressupostos da responsabilidade pré-contratual: a confiança na realização do futuro negócio e o investimento na confiança. Faltariam, talvez, outros dois pressupostos: o de poder atribuir uma justificação à confiança que alguém teve e, em segundo lugar, o de que essa confiança tenha sido causada pela outra parte. Assim, poderíamos duvidar se o Governador chegou a criar essa confiança e, portanto, provocou a despesa da indústria; e, ainda, se a indústria não confiou demais e assim por diante. São problemas em aberto, mas de qualquer maneira, o meu primeiro ponto sobre a responsabilidade pré-contratual é que há uma omissão do Projeto de Código Civil, no artigo em causa". (AZEVEDO, Antônio Junqueira. Projeto de Código Civil – O princípio da Boa Fé nos Contratos. *Revista da Justiça Federal*, n. 09. Disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br/ >. Acesso em: 24 jan 2007, p. 03).

sancionar o condômino por violação da convenção condominial; ou do clube social, cooperativa ou associação que tenciona castigar o associado por alguma violação estatutária.

Para que seja possível infligir essa punição contratual restritiva de direitos é necessário que seja garantido à parte potencialmente prejudicada um processo prévio, com garantias mínimas, como o contraditório e a ampla defesa, respeitando-se, inclusive, a boa-fé objetiva. Deve ser ouvido em tempo de influenciar no convencimento da contraparte, não deve ser privado de nenhuma informação, dado ou documento relativo à sua situação (ex.: portarias internas, atas de assembléias condominiais, depoimentos/relatos de seus pares aí registrados etc.), deve ser beneficiado com a *supressio* do poder de punir da contraparte, se não exercido em um tempo razoável, dentre outros.

Deve instaurar-se, pois, um processo dialógico, leal e cooperativo, para que se alcance o fim desejado: o perfeito adimplemento do contrato e/ou a justa apuração da falta convencional com as conseqüências cabíveis, sendo que a decisão daí resultante, acaso conclua pelo descumprimento da avença e pela necessidade de imposição de sanção convencional, deve ser, como já dito, equilibrada e razoável.

3.4.4 Equidade ou equivalência material.

A equidade, também chamada de equivalência material, visa a preservar o equilíbrio efetivo entre os direitos e deveres inerentes ao contrato. Busca garantir uma boa proporção e harmonia no sinalagma contratual.

Essa preocupação existe em todas as fases do negócio, inclusive no seu processo de formação e de execução. O negócio deve ser construído, firmado, e cumprido de forma equilibrada, moderada e paritária, "seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis"[191-192].

As disposições pactuadas não devem promover o enriquecimento indevido de uma das partes à custa da ruína da outra; não devem ser excessivamente benéficas para uma e onerosas para outra. Ao revés. Devem ser justas, equânimes, proporcionais. "O princípio

---

[191] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil.* Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 18.

[192] "Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um nível razoável de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou excessiva discrepância entre as obrigações assumidas, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato.* Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 169).

pacta sunt servanda passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas”[193].

Que fique claro: o que se quer não é uma equivalência absoluta de prestações, mas, sim, um equilíbrio proporcional e eqüitativo, evitando-se desproporções aberrantes entre elas[194].

No âmbito consumerista, a máxima conta com previsão normativa expressa. O Código de Defesa do Consumidor, nos seus arts. 4º, III, c/c 51, IV, dispõe serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais incompatíveis com a boa-fé ou com a equidade. Devem ser conforme a equidade e, portanto, justas, équas e equilibradas.

Verdade seja dita: para que haja equilíbrio contratual, pressupõe-se a existência de boa-fé, antes, durante e depois da conclusão do contrato. Não foi por acaso que a exigência de equidade sucedeu à de boa-fé na redação legal do CDC (arts. 4.o, III, c/c 51, IV)[195].

O Código Civil de 2002 não foi de todo omisso. Encontram-se dispositivos, tal com os arts. 423 e 424, que indiretamente adotam a exigência de equivalência contratual, tal como revela Paulo Luiz Netto Lobo:

> No que toca ao princípio da equivalência material o Código incluiu, de modo indireto, nos dois importantes artigos que disciplinam o contrato de adesão (art. 423 e 424), ao estabelecer a interpretação mais favorável ao aderente (*interpretatio contra stipulatorem*) e ao declarar nula a cláusula que implique renúncia antecipada do contratante aderente a direito resultante da natureza do negócio (cláusula geral aberta, a ser preenchida pela mediação concretizadora do aplicador ou intérprete, caso a caso)[196].

Já Humberto Theodoro Júnior diz ser o art. 478, CPC, a autêntica sede da paridade contratual no Código Civil de 2002[197-198].

---

[193] LÔBO, op. cit., loc. cit.

[194] SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 312-314.
E isso só se faz à luz do caso concreto, tal como pontua José Oliveira de Ascensão sobre a equidade contratual: “A equidade é, na definição clássica nunca superada, a justiça do caso concreto. Só a análise das circunstâncias do caso concreto permite chegar à solução justa. (...) Vemos que desta sorte se não infirma, antes se confirma, que a questão respeita à justiça do conteúdo. É de justiça que se trata; mas de justiça do caso concreto, portanto de equidade” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil.* Rio de Janeiro, Editora Padma Ltda., 2006, v.25, p.112/113).

[195] Fazendo essa associação entre boa-fé e equidade, NEGREIROS, op. cit., p. 116. Entendendo tratar-se de institutos distintos, AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 24; SILVA, Agathe E. Schimidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 157.

[196] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil.* Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 15.

[197] THEODORO JUNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 09.

Mas o fundamento normativo essencial do princípio encontra-se na Constituição Federal. É expressão dos princípios da igualdade substancial[199] e da proporcionalidade (devido processo legal substancial), que impõem que as relações contratuais sejam substancialmente justas e paritárias[200].

De todas essas considerações, podem ser extraídas duas conclusões: i) em sendo a exigência de equidade inerente à máxima da boa-fé objetiva (art. 422, CC/2002), aplica-se, por essa via, a todos aqueles contratos regidos pelas normas cíveis, em que se constatem desequilíbrios substanciais; ii) e mais, necessário é que se vislumbre a exigência de equidade contratual como decorrência dos princípios constitucionais da igualdade substancial e da proporcionalidade/razoabilidade (devido processo legal substancial), para, também por isso, estendê-la à seara cível. Essencial é que se analise o Direito Civil sob a tão aclamada perspectiva constitucional.

Raquel Salles, nessa linha de intelecção, reflete sobre o tema, asseverando que: "O fato é que, embora o Código Civil não tenha chegado ao ponto alcançado pelo Código de Defesa do Consumidor, de certa forma revelou uma preocupação com o equilíbrio da relação obrigacional, mesmo quando os contratantes ocupem, em tese, posições de igualdade". Desequilíbrios substanciais podem ocorrer até mesmo entre pessoas formalmente iguais, entre simples comerciantes, por exemplo. Um olhar mais atento permite encontrá-los (os desequilíbrios), muitas vezes, no âmago do negócio, ainda que velados sob suas estruturais formais ou simplesmente disfarçados em suas entrelinhas. Daí a necessidade reconhecida pela autora de vislumbrar uma unidade no sistema de regulamentação dos contratos – sem setorizar regras consumeristas e cíveis -, tomando como ponto de referência e fonte de valores (igualdade substancial, razoabilidade e boa-fé) a própria Constituição Federal[201].

---

[198] Não se pode negar que a máxima teria, de fato, levado o legislador civil a proteger o contratante da *lesão* (art. 157, CC/2002) – que permite a anulabilidade do negócio por iniciativa daquele que o firmou por inexperiência ou necessidade urgente, contraindo uma prestação desproporcional e iníqua – e da *onerosidade excessiva* (arts. 478 e 479, CC/2002) – que dá ensejo à revisão ou resolução do negócio quando um evento inesperado torna a prestação excessivamente despendiosa para uma das partes e a contraprestação sobremodo benéfica para a outra. Segundo Teresa Negreiros, o ressurgimento do instituto lesão é um símbolo da valorização da equidade contratual e foi decisivo para que ela seja considerada um dos princípios basilares do direito contratual (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato.* Novos Paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 169).

[199] Cf. NEGREIROS, op. cit., p. 158-159; AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro. In: *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil.* Arruda Alvim, Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 207.

[200] Com isso, naturalmente, o art. 127, CPC, que restringe o poder judicial de decidir com base no juízo de equidade às hipóteses em que há expressa autorização legal, perde sua eficácia. A Constituição se sobrepõe. E na jurisprudência já se encontram decisões arraigadas na equidade, independentemente de permissivo legal.

[201] SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 331-332.

Também pregando a visão unificada dos sistemas consumerista e cível, Paulo Luiz Netto Lôbo, *in verbis*:

> Os princípios sociais adotados aproximam, muito mais do que se imaginava, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. A tendência, portanto, é o desaparecimento progressivo da distinção dos regimes jurídicos dos contratos comuns e dos contratos de consumo, ao menos no que concerne a seus princípios e fundamentos básicos[202].

Mas os negócios substancialmente desiguais não devem ser assim, de pronto, eliminados, e fadados à completa ineficácia. O princípio da conservação dos negócios em termos equilibrados e proporcionais, somado às regras da boa-fé objetiva e equidade contratual, determinam a revisão dos ajustes contratuais inquinados por vícios desse estilo, tais como a onerosidade excessiva – que sobrevém já na fase execução do contrato - a lesão, e as cláusulas abusivas em geral – que são congênitas, já nascem com o contrato. Reexaminado o contrato e balanceados equanimemente seus termos, deve-se preservá-lo, mantê-lo vigente entre as partes contratantes[203].

3.5 PROCESSO DE FORMAÇÃO E ADIMPLEMENTO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

3.5.1 Formação dos negócios

3.5.1.1 Noções iniciais

Os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais decorrem de uma seqüência de entendimentos e ajustes travados entre os seus figurantes, muitos deles juridicamente relevantes[204].

É certo que deriva de um encontro de vontades, mas "não nasce ele, entretanto, todo pronto, como Minerva armada da cabeça de Júpiter. É, ao revés, o resultado de uma série de momentos ou fases, que às vezes se interpenetram, mas que em detida análise

---

[202] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil.* Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 15.

[203] SALLES, op. cit., p. 315- 316.

[204] Itamar Gaino vislumbra um processo de formação do negócio anterior, que se aplicaria, inclusive, aos negócios unilaterais: "O negócio jurídico decorre de um processo de formação. Inicia-se com a manifestação de vontade (vontade subjetiva, psicológica) e evolui para a objetivação dessa vontade. O que remanesce no mundo jurídico é a vontade objetiva, ou seja, a manifestada perante o destinatário e os terceiros" (GAINO, Itamar. *A simulação nos negócios jurídicos.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 01). Assim, a própria proposta de contratação (oferta, policitação), enquanto negócio jurídico unilateral – conforme se verá adiante -, decorreria desse processo subjetivo de formação descrito pelo autor, que se daria em um plano meramente fático.

perfeitamente se destacam: negociações preliminares, proposta, aceitação"[205]. Isto é, os contratos em geral advêm de um processo de aperfeiçoamento desencadeado por tratativas preliminares (fase de puntuação ou negociação), que geram uma proposta definitiva (fase de postulação) de uma das partes, a ser aceita ou não pela contraparte (fase de decisão)[206]. Eis o *iter* procedimental básico - puntuação, proposta e aceitação[207] –, que será analisado, em breves termos, para que se visualize a existência de uma trajetória a ser percorrida até a conclusão do ato negocial.

3.5.1.2 Fase de puntuação. Negociações preliminares.

Na *fase de puntuação*[208], as partes encadeiam ajustes e negociações preambulares, verbalmente ou por escrito – quando documentadas em correspondências (epistolares ou eletrônicas), anotações, rascunhos, cartas de intenções, dentre outros[209]. Travam um diálogo negocial.

Nesta etapa, em regra, as partes não se encontram, ainda, vinculadas juridicamente – não há obrigação de contratar. As negociações preliminares não traduzem uma vontade definitiva de contratar. Mas, se já houver uma legítima expectativa de contratação, frustrada por deslealdade, falta de informação ou outro artifício pérfido de uma das partes, deverá ela

---

[205] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* V. III. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 37. Visualizando esse período pré-contratual, PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 43 et seq. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 3. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 59; GOMES, Orlando. *Contratos.* 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 58; MACHADO, Marcello Lavenère. Formação dos Contratos: Comentários aos artigos 427 a 435 do Código Civil. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003, p. 84.

[206] Arnaldo Rizzardo traz essa interessante identificação da fase de decisão como o momento culminante do processo de formação do negócio, que seria constituída por "duas declarações de vontade vinculativas, quer dizer, a proposta e a aceitação" (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos.* 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 43).

[207] Há quem se refira a um momento anterior a todos esses, que seria o período de concepção e elaboração interna e psíquica do contrato (Cf. CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual.* 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 59. RUSSO JR., Rômolo. *Responsabilidade pré-contratual*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 42; GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 18-19; PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 44).

[208] *Purparlers*, para os franceses, e *tratattive*, para os italianos.

[209] Enéas Garcia caracteriza a etapa pelo transcurso de atos preparatórios das mais diversas naturezas (pesquisas, perícias, visitas, intervenções de advogados, dentre outros), mas que estariam vinculados entre si por uma única finalidade; seriam atos que "se coordenam e propiciam a formação daquela situação onde a parte pode deliberar sobre a conveniência e o conteúdo do contrato". Com isso, acaba conferindo à fase um caráter processual (GARCIA, op. cit., p. 22).

responder pelos danos causados (ex.: despesas efetuadas com o negócio, não contratação com um terceiro etc.), em razão da transgressão da máxima da boa-fé objetiva[210-211].

Observe-se que o seu *iter*, devidamente calcado na exigência de boa-fé objetiva, caracteriza-se por atos preparatórios do negócio, em que os pretensos contratantes discutem os seus termos, avaliam sua viabilidade, fazem concessões mútuas para compatibilizar seus interesses contrapostos, eventualmente esboçam suas cláusulas (atentos à forma legal) – na chamada "minuta" -, tudo isso para que se possa apresentar em mesa de negociações uma proposta pronta e acabada.

Assim, ao final de todas as discussões e acertos preludiais, ultima-se a fase de puntuação com uma proposta definitiva de contratação.

---

[210] São reprováveis excessos ou abusos, bem como transgressões aos deveres éticos acessórios e laterais. As partes devem informar, umas às outras, as reais circunstâncias envolvidas no negócio, honrar compromissos assumidos, agir, enfim, cooperativamente e com probidade.

[211] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, V. III. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 38; RUSSO JR., Rômolo. *Responsabilidade pré-contratual.* Salvador: Juspodivm, 2006, p. 39-40; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro.* V. III. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 49; CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual.* 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 142 et seq.

Por isso, responde-se não por inadimplemento contratual – pois contrato não há -, mas, sim, por ilícito civil, com violação à boa-fé objetiva (art. 186 c/c 422, CC/2002). É a chamada responsabilidade pré-contratual (aquiliana), vista em breves termos no capítulo antecedente.

Silvio Rodrigues, a seu turno, reconhece essa responsabilidade pré-contratual, mas, não, como decorrente da boa-fé objetiva. Decorreria, diz, das regras gerais da responsabilidade civil (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil.* V. 3. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 59-60).

Regis Fichtner Pereira entende ser modalidade peculiar de responsabilidade civil, nem contratual, nem extracontratual. Seria pré-contratual. (PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 54 e 55). Já Carlyle Popp (POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial. O rompimento das tratativas.* Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 149 e 150) e Mota Pinto (PINTO, Carlos Alberto Mota. *Cessão da Posição Contratual.* Coimbra: Almedina. 2003, p. 349 a 353) destoam asseverando tratar-se de responsabilidade contratual.

Orlando Gomes faz um bom panorama dos principais argumentos utilizados pela doutrina para justificar esse dever de indenizar: "O dever de indenizar, no caso, explica-se, segundo alguns, pela *teoria da culpa 'in contrahendo'*. Aquele que é ilaqueado em sua boa-fé frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem direito à reparação dos prejuízos sofridos, isto é, *ao interesse contratual negativo* [...] de acordo com a explicação de Ihering. Em síntese: deixando de contratar, age culposamente, o que, até certo ponto, implica reconhecer que, pelo menos em determinadas circunstâncias, as *negociações preliminares* obrigam. Justificam outros a obrigação de ressarcir os danos, nos limites, evidentemente, do interesse contratual negativo, fazendo apelo à teoria do *abuso do direito.* Romper caprichosamente as negociações preliminares seria comportamento abusivo [...]. Não se esclarece, porém, qual o direito exercido irregularmente. Sustenta-se, por último, que a obrigação de indenizar decorre do princípio, expresso em alguns sistemas jurídicos, segundo o qual os interessados na celebração de um contrato devem comportar-se de boa-fé, procedendo com lealdade recíproca. Do contrário, sua conduta considera-se culposa. Aplicam-se, consequentemente, as regras que disciplinam a *culpa extracontratual*" (GOMES, Orlando. *Contratos.* 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 61).

3.5.1.3 Fase de postulação. Proposta.

A proposta (oferta, oblação ou policitação) é negócio jurídico unilateral receptício pelo qual o proponente (ofertante ou policitante) exterioriza sua vontade de celebrar o negócio.

A proposta deve ser séria e consciente, demonstrando efetiva vontade de contratar. Uma vez formulada a proposta, nestes termos, ela vincula o proponente[212], não comportando retratação ou modificação – salvo nas hipóteses dos arts. 427 e 428, CC/2002, em que deixa de ser obrigatória[213-214]. Nada mais justo, considerando-se que o seu destinatário (o oblato) muitas vezes, na expectativa da contratação, realiza despesas, dispensa outras propostas, investe seu tempo e energia em análises mercadológicas. A apresentação de uma proposta é atitude que deve ser encarada com seriedade pelo proponente, que responderá por prejuízos que venha com ela causar.

Faz-se mister salientar que a chamada "oferta ao público"[215], na forma do art. 429, CC/2002, só será vinculante se encerrar os requisitos essenciais do contrato, salvo se o

---

[212] E seus sucessores (sucessão *inter vivos* ou *mortis causa*), salvo se a obrigação for personalíssima.

[213] O CDC, nos seus arts. 30 e 35, prevê, para as propostas dirigidas ao consumidor, o chamado princípio da vinculação, impondo uma obrigatoriedade maior às ofertas formuladas nesse contexto. É o que se extrai do seu texto:
"Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado".
"Art.35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento da oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:
I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; II - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e perdas e danos". Sobre o tema, PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 49 e 59.

[214] "No Código Francês, não há dispositivo expresso acerca da obrigatoriedade da proposta. Entendemos ali que a oferta não tem força vinculante. Em conseqüência, o ofertante pode retirar a proposta até a aceitação. Tal sistema gera insegurança para os interessados. No sistema do Código alemão, a proposta é vinculativa e dever ser mantida sob certo prazo e sob certas condições. Não se confunde a vinculação da proposta com sua revogabilidade. O ofertante pode deixar de realizar o negócio, submetendo-se a perdas e danos. Não poderá fazê-lo se a proposta vier com cláusula de irrevogabilidade". Filiamo-nos, como se pode ver, ao sistema germânico (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.* V. 2. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 516-517).

[215] Caio Mário relembra uma espécie peculiar de oferta ao público, aquela que se exterioriza através de equipamentos automáticos: "Constitui, ainda, um tipo peculiar de oferta a que resulta do processo técnico com a adoção de *aparelhos automáticos*, nos quais a mercadoria é exposta e afixado o preço, formando-se o contrato com a introdução de moeda em uma ranhura; outros contratos, além da compra e venda, celebram-se pelo mesmo sistema, como o transporte em trem subterrâneo, pousada em motéis à margem das estradas, venda de jornais etc. O aparelho automático é que representa, no caso, o proponente; o oblato é o público em geral" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil,* V. III. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 40- 41). Para Pamplona e Pablo Stolze o equipamento não seria representante, mas, sim, núncio, um transmissor da mensagem (PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil,* V. IV, Tomo I. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 103). Não é demais lembrar que é possível oferta ao público através de sítios (*sites*), encontráveis na internet (rede mundial de computadores). Pode ser implementada, pois, pela via eletrônica.

contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Esse mesmo dispositivo, no seu parágrafo único, trata da revogabilidade condicionada deste tipo de proposta. Dispõe que é retratável, desde que: *i)* tenha-se ressalvado a faculdade de retratação no bojo da oferta realizada; e, cumulativamente; *ii)* seja exercida esta faculdade por via do mesmo meio de comunicação em que se divulgou a proposta[216].

Além disso, a oferta deve ser pensada, elaborada e apresentada de forma que, para que reste cerrado o contrato, baste a aceitação do seu destinatário. Deve ser clara, completa e objetiva, dispondo, especificamente, sobre os pontos essenciais do negócio – como seu objeto, quantidade, valores, forma de pagamento etc.[217] -, embora nada impeça que seja indeterminada em pontos secundários. O proponente pode deixar a critério do oblato, por exemplo, o número de produtos que entregará mediante aquele preço proposto por unidade, ou a quantidade de horas/serviço que prestará mediante aquele valor sugerido por hora[218].

Nestes termos, amarrada e oferecida a proposta, cabe à outra parte (oblato) manifestar sua aceitação ou sua recusa.

3.5.1.4 Aceitação.

A aceitação é negócio jurídico unilateral receptício[219] pelo qual o oblato[220] exterioriza sua concordância com a proposta formulada – que pode ser expressa ou tácita (inclusive presumida pelo silêncio), na forma do art. 432, CC/2002[221].

---

[216] Considerando tais condicionamentos para sua retratação, entende-se que esse tipo de proposta é ainda mais vinculante (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República.* V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 45).

[217]É o que assevera Von Tuhr, nos seguintes termos: "[...]la oferta há de ser lo bastante completa y precisa para que de ella se derive con la suficiente claridade l contenido del contrato futuro. La oferta há de contener todos los requisitos esenciales del negocio, los *essentialia negotti* – si, por ejemplo, se trata de compraventa deberán determinase la cosa e el precio –e indicación de los puntos em que el oferente desee apartarse de lãs normas dispositivas del Derecho. Sin embargo, la propuesta puede dejar em el aire, para que los llena la parte contraria, al ace, tarla, o en un momento ulterior, algunos requisitos concretos, e incluso esenciales. Mas para que éstos, al concretarse, obliguen al oferente, es menester que se atengan a los límites tratados en la oferta o se ajusten a la equidad, si tales límites no existen" (TUHR, A. Von. *Tratado de Las Obligaciones.* Tomo I. Madrid: Editorial Reus S.A., 1999, p. 134-135). Segundo Orlando Gomes, "Não deve ficar na dependência de nova manifestação de vontade, pois a *oferta*, condicionada a ulterior declaração do proponente, *proposta* não é no sentido técnico da palavra" (GOMES, Orlando. *Contratos.* 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 62).

[218] GOMES, op. cit., p. 62.

[219] Sobre a natureza jurídica de negócios unilaterais da proposta e da aceitação, que se fundem em negócio bilateral, Pontes de Miranda, que traça um esclarecedor histórico do surgimento de tais figuras jurídicas: "Para se fazerem ver as duas *metades* do negócio jurídico bilateral longo tempo se passou; e ainda hoje os juristas tentam não ver que no negócio jurídico bilateral há dois negócios jurídicos que se soldam *pelos efeitos*. Não tinha o direito romano termos técnicos para a oferta e a aceitação. Usavam-se expressões reveladoras de ter sido e ser *prius* o crédito, e não a dívida [...]. Foi em torno da L. 3, pr., D., de *pollicitationibus*, 50, 12, que a glosa urdiu a teoria e formou a terminologia [...]. Falou-se de ´promissio acceptata"e de "acceptatio promissionis". Só no século XVII temos a expressão técnica "offerta", vinda dos mercadores, primeiramente referindo-se à coisa, à

Ela só conduz à conclusão do contrato se tempestiva e com aderência integral aos termos da proposta. A aceitação intempestiva, com acréscimos, reduções ou alterações será recebida como uma nova proposta (contraproposta), novo ato de postulação (contraproposta), na forma do art. 431, CC/2002 – o que estende um pouco mais o processo de formação do negócio[222].

Sobre a intempestividade da aceitação, uma ressalva.

Chegando tardiamente ao proponente o assentimento do oblato, por circunstância imprevisível, o fato (atraso) deve ser comunicado de imediato ao aceitante, sob pena de responder pelos prejuízos causados – como, por exemplo, eventuais despesas realizadas para adimplemento do pacto, já que contava com o seu aperfeiçoamento. É o que diz o art. 430,

---

mercadoria, ao pagamento [...], e sómente depois ao negócio jurídico [...]. Assim, passou-se a ver na oferta a promessa de prestação com o fim de se concluir o contrato; finalmente, negócio jurídico, primeiro no tempo e lógicamente [...], tendente a, pela aceitação (negócio jurídico de outrem), compor o negócio jurídico bilateral. A oferta é apenas, na paridade com a aceitação, iniciativa. No mais, é manifestação de vontade negocial, como a aceitação. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 418).

Em sentido diverso, Orlando Gomes, que não os considera negócios unilaterais, mas, sim, atos pré-negociais (GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 57).

[220] O destinatário da proposta, o oblato, pode ser um sujeito determinado ou indeterminado (o público) – configurando-se, nessa segunda hipótese, a chamada "oferta ao público". "Pode acontecer, ainda, situação mais complexa, como a *invitatio ad oferendum*. A emitente da declaração, normalmente pessoa jurídica, convida a todos e quaisquer interessados a virem oferecer-lhe proposta concreta de contratação. O convite compreende determinadas condições dentro das quais os interessados deverão enquadrar as suas ofertas. Recepcionadas as ofertas, a interessada decidirá sobre qual mais atende ao seu interesse, realizando, então, o negócio. Exemplos são as concorrências, os concursos, os leilões, etc". (GAINO, Itamar. *A simulação nos negócios jurídicos*, cit., p. 02). Pontes de Miranda menciona as *invitationes offerendum*, esclarecendo que "são convites a que se ofereça, dirigidos a pessoa determinada, ou a pessoas indeterminadas (por anúncio, circulares,prospectos ou editais). Nada se oferece, nem se aceita" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 422). A figura é mencionada, outrossim, por Von Tuhr (TUHR, A. Von. *Tratado de Las Obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus S.A., 1999, p. 135). Já Orlando Gomes, ao mencioná-las, traz interessante exemplo de sua ocorrência que pode se aplicar à esfera particular: "alguém deseja comprar determinada mercadoria que escreve às casas fornecedoras, convocando-as a que façam oferta. Suscita-se a proposta. Quem assim procede fica na posição de oblato, não de *proponente*" (GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 62).

[221] Diz o dispositivo que "Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa". E quais seriam os negócios em que "não seja de *costume* a aceitação expressa", questiona-se. Decerto, aqueles firmados entre sujeitos que dantes já entabularam negócios dessa mesma espécie, abrindo mão de aceitação expressa (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48).

[222] Na verdade, no contexto negocial, quando a contratação é de interesse de ambas as partes, é muito comum que a proposta não seja de imediato aceita ou recusada, mas, sim, dê ensejo a uma contraproposta; que, por sua vez, não seja aceita ou rejeitada de plano, mas, sim, replicada com uma terceira proposta; e assim sucessivamente, até que ambas as partes se satisfaçam com os termos propostos.

Uma ressalva. Nada impede que o proponente formule sua proposta de forma a admitir "mesmo seja em certos pontos modificada pelo aceitante, então, nesta hipótese, as modificações feitas pelo aceitante não necessariamente consubstanciarão uma nova proposta, o que significa que a sua aceitação corresponderá à formação do contrato" (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 47).

Mas entre propostas e contrapropostas é possível, até mesmo, que surja a necessidade de recuar para a fase de negociações preliminares, abrindo-se, mais uma vez, as discussões para a elaboração de uma nova proposta (CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 59).

CC/2002. Traduz, esse dispositivo, mais uma imposição da boa-fé objetiva: o dever de informação e lealdade para o proponente[223].

3.5.1.5 Incidentes negociais.

A fase pré-negocial pode contar, em seus entremeios, com negócios jurídicos bilaterais complementares e incidentais, tais como a opção e o contrato preliminar[224].

Apresentando o ofertante uma proposta séria, consciente, completa e precisa, a tal ponto que a simples aceitação do oblato – um mero "sim" – baste para a conclusão do contrato, é possível que, ao invés de aceitá-lo de imediato, o oblato prefira firmar um instrumento de *opção*. Trata-se de um contrato pelo qual se concede ao oblato o *direito potestativo* de criar, por simples declaração de vontade própria e isolada, a relação jurídica contratual já previamente definida na proposta, em todos os seus termos essenciais; isso, independentemente de qualquer manifestação de vontade do proponente. Atribui-se-lhe o poder jurídico de aceitar, posteriormente, a proposta formulada, nos seus exatos termos, constituindo-se, automaticamente, o vínculo contratual - não restando ao proponente outra possibilidade senão sujeitar-se a ela[225].

Demais disso, ao invés de firmar o contrato definitivo, é possível que as partes terminem por firmar um *contrato preliminar* (pré-contrato ou *pactum de contrahendo*) que impõe, para uma delas (o promitente) ou para ambas, a *obrigação* de firmar o contrato proposto (contrato definitivo). O mais comum é o compromisso de compra e venda (irretratável e irrevogável) ou a mera promessa de compra e venda – embora nada impeça a instituição de outras modalidades[226].

---

[223] Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze bem exemplificam a hipótese: "Imagine-se, por exemplo, que SOUZA houvesse enviado a FRIM uma proposta para a venda de uma tonelada de bananas-da-terra. FRIM, então, dentro do prazo assinado, responde, aquiescendo com a oferta. Ocorre que, por circunstância imprevista, a carta é extraviada e somente chega às mãos do proponente/vendedor (SOUZA) sete dias após o final do prazo de resposta, já tendo o mesmo, inclusive, se comprometido a vender as bananas a um terceiro, GERALDO. Deverá, pois, neste caso, comunicar imediatamente a FRIM o recebimento tardio da sua resposta, sob pena de ser civilmente responsabilizado pelos danos aí resultantes". (PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*, V. IV, Tomo I. São Paulo: Saraiva: 2005, p. 104-105).

[224] Orlando Gomes aborda também o chamado "acordo provisório e preparatório" que tem por fim a fixação irrevogável de cláusulas que figurarão em eventual contrato que venha a ser entre elas firmado. Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*, cit., p. 59 e 60; POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial. O rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 245 et seq.

[225] GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 58-59.

[226] Ibidem, loc. cit.; POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial. O rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 233 et seq.; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. III. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 88-89.

3.5.1.6 Conclusão do negócio.

Independentemente da trajetória negocial percorrida, questiona-se qual o exato momento em que se considera finda, acabada, atingindo-se seu ato final, isto é, em que momento aperfeiçoa-se o negócio jurídico.

Tratando-se de contrato entre presentes (ex.: pessoalmente, por telefone, msn), no momento da aceitação.[227] Tratando-se de contrato entre ausentes – assim considerado aquele em que há mediação de alguma pessoa ou instrumento que não permita comunicação instantânea (ex.: por email[228], telegrama, correspondência epistolar) –, surge a polêmica.

Discute-se se a conclusão do contrato dar-se-ia: *i)* com a declaração de anuência do aceitante (teoria da aceitação ou declaração); *ii)* com a expedição da declaração de anuência do aceitante (teoria da expedição); *iii)* com o recebimento da declaração de anuência do aceitante – efetivo (teoria da percepção, informação ou cognição) ou presumido (teoria da recepção)[229].

Boa parte da doutrina, na vigência do art. 1.086, do Código Civil brasileiro revogado, entendia prevalecer, no Brasil, a teoria da expedição[230].

---

[227] Mas Orlando Gomes faz algumas ressalvas: "Nos *contratos reais*, o momento da conclusão é o da entrega da coisa e nos *contratos solenes* o da declaração da vontade no instrumento exigido para sua validade. Bem é de ver, no entanto, que o acordo das partes é, nas duas hipóteses, essencial. Nos *contratos plurilaterais*, quando possível o conhecimento da aceitação por todas as partes, salvo se a participação de qualquer delas não for substancial, como no seguro de vida. O contrato plurilateral forma-se com a aceitação de todas as partes, se essencial a participação de cada qual" (GOMES, Orlando *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 58).

[228] É possível, e cada vez mais comum, que o processo de formação do contrato dê-se através de equipamentos de informática: cada um dos envolvidos, proponente e oblato, no uso de uma máquina própria (computador), devidamente munida de modem e um *software* de comunicação. Se o envio da proposta e da aceitação se der através de email (utilizando-se o endereço eletrônico dos envolvidos) ou do orkut – o que tem sido cada vez mais comum entre jovens, sobretudo para a negociação de ingressos de festas -, a comunicação não será instantânea. Dificilmente ambos estarão, simultânea e concomitantemente, enviando suas manifestações recíprocas de vontade (como em uma conversa ordinária), razão pela qual, em regra, será um considerado um contrato entre ausentes. Contudo, se essa transmissão mútua de intentos contratuais se der com as partes posicionadas, ao mesmo tempo, em seus respectivos computadores, com uma comunicação interativa, permutando-se de forma imediata mensagens e documentos, o contrato será entre presentes. O mesmo se pode falar do contato via fax. Já o MSN, mecanismo de conversa instantânea, muito comum hoje em dia, que permite uma remessa de informações concomitante, configura, ordinariamente, um contrato entre presentes. Enfim, também é possível a oferta ao público (sujeito indeterminado) de produtos e serviços, através chamados sítios (*sites*), na internet (rede mundial de computadores). (Com algumas informações sobre o tema, vide VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. V. 2. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 525 et seq.).

[229] Carlos Alberto Mota Pinto enumera as quatro teorias sobre o tema, posicionando-se pela doutrina da recepção, acolhida no Direito Português. (PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 390-391).

[230] É o caso de Silvio Rodrigues (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. V. 3. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66).

Pontes de Miranda, ainda na vigência do Código anterior, comentava o momento de conclusão do negócio bilateral, adotando, ao que tudo indica, a teoria da recepção. Mas ressalvava que poderia ela (recepção da declaração de aceitação) ser dispensada pelo proponente (ex.: por escrito ou com o envio imediato da mercadoria) – caso em que a aceitação não é presumida, deve ser provada, ainda que pelo silêncio:

> O destinatário da manifestação de vontade, dita oferta, recebe-a, porque tôda manifestação de vontade, com que se perfaz o contrato, é, de regra, receptícia, mas, além de a receber, aceita-a. Daí a importância do conceito de aceitação. Mas pode ser dispensada a recepção pelo oferente, ou o é, se êsse é o uso. A dispensa pelo oferente pode resultar de manifestação, escrita, oral, ou por fato, de vontade, como se o vendedor, que oferece, remete desde logo a coisa. O momento em que se conclui o contrato é, então, aquêle em que se dá a expressão, em atos, à vontade de aceitar [...] A manifestação em tais espécies não é presumida; é ato que se tem que provar, ainda que pelo *silêncio*. Se as mercadorias foram remetidas e o destinatário crê que são outras, que lhe pertencem, ou a outra pessoa que não o oferente, não se dá conclusão do contrato – a ação, que tem de propor, é a declaratória, e não a de anulação[231].

Sua concepção não implica uma incidência da teoria da aceitação (declaração) nos casos em que se dispensa a recepção; deixa implícito o jurista alagoano que:

> A dispensa da recepção torna a aceitação, para a eficácia, não-receptícia; no mais, tem de ser tratada como se tivesse havido a recepção da aceitação [...] Assim, a aceitação, a que se dispensou a recepção, é manifestação receptícia de vontade a que se cortou a recepticiedade: o mutilado da mão não é o mesmo que o nascido sem mão[232].

Com o advento do novo Código, Pamplona, Pablo Stolze[233] e Carlos Roberto Gonçalves[234] defendem que uma interpretação conjugada dos arts. 433 e 434, CC/2002, permite concluir que, no novo regime, foi adotada a *teoria da recepção*. Ou seja, considera-se concluído o contrato quando a aceitação chega ao conhecimento do proponente – quando ele está em condições de conhecê-la. Parece, contudo, tal como já defendia Pontes de Miranda, que o recebimento de resposta de aceitação, como pressuposto de aperfeiçoamento do pacto, pode ser dispensado pelo próprio proponente.

---

[231] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado.* Tomo II. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 444- 445. Com visão semelhante, TUHR, A. Von. *Tratado de Las Obligaciones.* Tomo I. Madrid: Editorial Reus S.A., 1999, p. 139.
[232] MIRANDA, op. cit., p. 445.
[233] PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil,* V. IV, Tomo I, São Paulo: Saraiva: 2005, p. 107
[234] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro.* V. III. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59-60.

Caio Mário, contudo, mantém-se firme no posicionamento de que a teoria adotada, a partir de uma leitura isolada do art. 434, foi a da expedição, mitigada e perfurada pelas teorias da recepção e da informação (ou percepção)[235].

3.5.1.7 Características gerais da formação válida e eficaz do negócio.

Para que todo esse processo de formação do negócio jurídico se desenvolva validamente e resulte em um negócio perfeito e regular, é necessário que: *i)* os sujeitos sejam capazes, sua vontade seja livre, consciente e de boa-fé; *ii)* a exteriorização da vontade respeite as formas legais; e *iii)* seu objeto seja lícito, moral e possível. E mais, todo o itinerário processual deve pautar-se na eticidade e equidade inerente à boa-fé objetiva, prevalecendo a lealdade, confiança, respeito, informação, diálogo, cooperação, segurança etc. Trata-se, pois, de processo formal e dialógico, marcado pela transparência e probidade.

Ressalte-se, nesse momento, a importância do respeito às exigências e formalidades legais. O rito de constituição do negócio é, muitas vezes, solene, na medida em que a exteriorização da vontade deverá ser revestida de forma especial, impondo-se, em certos casos, o respeito a determinadas solenidades peculiares ou mais rigorosas para que se aperfeiçoe.

Veja-se, por exemplo, o casamento. A lei exige que os nubentes se apresentem diante de, ao menos, 02 (duas) testemunhas, à autoridade competente, na sede do cartório (ou em outro edifício público ou particular), sempre com publicidade, a portas abertas, declarando que pretendem casar por livre e espontânea vontade, momento em que a mesma autoridade deve pronunciar na forma solene prevista no art. 1535, CC/2002, que estão casados. Celebrado o casamento, deve lavrar-se o assento no livro de registro, assinado por todos os interessados, respeitando-se as formalidades do art. 1536, CC/2002.

De uma forma geral, o processo de elaboração de negócios típicos é mais rigoroso, quando sua tipificação legal é definida por norma cogente, atendendo a interesse

---

[235] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, V. III, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 47-48. Parece ser o posicionamento de TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 42.
Mas para Eugênio Kruschewsky, adotou-se, tão-só, a teoria da expedição (*Teoria Geral dos Contratos Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 41). Também assim, VENOSA, ressalvando que as partes podem dispor em sentido diverso (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. V. 2. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 520).

público[236], sobretudo quando são solenes – isto é, atendem a formalidades especiais previstas em lei[237] -, como o pacto antenupcial (arts. 1653 ss., CC/2002) e compra e venda de imóvel (art. 481 ss., CC/2002). Os negócios jurídicos não-solenes - firmados de acordo com as formalidades mais adequadas e convenientes para seus figurantes – são de constituição mais singela.

É importante que se registre que existem negócios jurídicos cujo processo formação é muito rápido e simples, dificultando que se enxergue o seu itinerário tal como descrito – malgrado existente. É o que se dá, por exemplo, com aquisições de produto pela internet (rede mundial de computadores), por equipamentos automáticos (ex.: máquinas de refrigerantes), ou ainda com os contratos de transporte que firmam os passageiros do ônibus.

Em verdade, é o que se observa nos contratos de adesão em geral, na medida em que a fase pré-contratual é bem abreviada e totalmente dominada pelo estipulante, único responsável pelo estabelecimento dos termos do contrato. O aderente, por seu turno, limita-se a aceitar ou não os termos da proposta, sem possibilidades concretas de negociação – mas restam resguardados seus direitos de que a contraparte estipulante aja eticamente, mantendo-o informado dos termos do negócio, contribuindo para o seu aperfeiçoamento, não adotando comportamentos contraditórios, dentre outros. Eis as características da formação do contrato de adesão, bem descritas pelo baiano Eugênio Kruchevscki:

> No contrato por adesão, *verbi gratia*, não há cogitar-se de modificações, adições ou restrições na proposta, não há falar-se em contraproposta, por não ser dado ao aderente influir na elaboração do contrato.

---

[236] Os negócios típicos ou nominados são aqueles que contam com um tipo/modelo legal, são expressamente previstos e regulados por lei. Ex.: locação, mútuo, comodato etc.
O processo de formação de negócios típicos é mais rigoroso, pois "havendo um tipo negocial definido em seu conteúdo, cogentemente, não é possível aos figurantes modificá-lo para furtar-se à incidência legal, sob pena de nulidade. Sendo área regulada por lei dispositiva (= não-cogente), é livre às pessoas dar-lhe a estruturação que julgarem mais adequada" (Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência**.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 212).

[237] Todo negócio jurídico é formal, reveste-se de formalidades (cf. RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 70; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* V. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 487; TUHR, A. Von. *Tratado de Las Obligaciones.* Tomo I. Madrid: Editorial Reus S.A., 1999, p. 168; ZANNONI, Eduardo A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos,* cit., p. 71).
A vontade negocial sempre deverá ser exteriorizada por formas – expressa/tácita, verbal/escrita etc. A forma do negócio jurídico é o "meio técnico, que o direito institui, para a externação da vontade. É a projeção ambiental da elaboração volitiva, a expressão exterior do querer do agente" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* V. I. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 488).
O processo de constituição do negócio sempre é permeado por exigências formais. E essas formalidades podem ser solenes (em maior ou menor grau) ou não.
O negócio jurídico solene é aquele que atende a formalidades especiais previstas em lei. Já o negócio jurídico não-solene é aquele firmado de acordo com as formalidades mais adequadas e convenientes para os envolvidos, sendo indiferente o veículo de exteriorização da vontade empregado (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência**.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 210).

> De toda sorte, não se pode negar que a regras acerca da aceitação, do lugar da proposta e celebração são por igual aplicáveis aos contratos por adesão[238].

Destarte, nem mesmo a simplicidade e brevidade da etapa de formação de alguns negócios excluem sua natureza processual, dinâmica, formal, dialógica e cooperativa[239].

No outro extremo, diante das mudanças sofridas na economia capitalista, acompanhada do intenso movimento de globalização, surgem figuras contratuais de alta complexidade e que demandam um processo de constituição mais demorado[240]. Nesses casos, inclusive, impõe-se uma revisão do rito citado (tratativas, proposta e aceitação). É o que propõe Judith Martins-Costa, com base em doutrina italiana, em reflexão que merece transcrição integral:

> O processo de formação progressiva do contrato recrudesce em face do estágio atual da economia capitalista, caracterizado pela ultrapassagem, por parte das empresas, dos limites territoriais dos Estados nacionais, formando 'campos econômicos' de dimensão mundial. [...] As empresas passam a agir em diversos países, muitas vezes mediante a associação ou coligação entre grandes grupos internacionais e empresas locais, promovendo-se a associação pelos mais diversos meios, seja uma sociedade formalmente constituída, seja através da reunião em uma *joint venture*, seja por parcerias informais, resultantes da prática e legitimadas pelo exercício da autonomia privada.
> Essas associações, em regra, não ocorrem *ex abrupto*. Como assinala Renato Speciale, os variados contratos que disciplinam sempre mais frequentemente vastos projetos de formação e fabricação de sistemas no campo industrial e comercial, têm necessidade, pela sua complexidade, de longas atividades preparatórias.
> Em face deste fenômeno, a praxe negocial, ainda antes da elaboração teórica, criou um sistema de contratação ainda bastante ágil que retoma, atualizando-os, os antigos conceitos de *minuta* e *punctuacão*. Daí a chamada 'formação progressiva' do contrato, expressão que, no dizer de Riciutto, 'com a eficácia própria de cada síntese lexical', designa as hipóteses nas quais as partes alcançam o acordo sobre alguns pontos do regulamento contratual, mas não sobre outros, referindo-se, pois, aos casos nos quais o regulamento contratual vêem a formar-se progressivamente sobre singulares pontos, e 'a aceitação última não se encontra numa única proposta, mas reúne toda uma série de propostas e de aceitações parciais.
> [...] a formação é desenvolvida com base em acordos relativos a determinados elementos do 'todo' ainda não perfeitamente determinado em seus integrais termos, até alcançar, por fim, a completa definição do regulamento contratual, cujo *iter* formativo, portanto, pode resultar variadamente articulado em diversas fases, cada qual com valência e funções diversas [...]
> Alguns acordos inseridos na fase formativa e algumas obrigações aí contraídas poderão ser efetivamente transitórias; outros, porém, terão maior estabilidade, agregando-se, por graus, até a completa definição do regulamento contratual [...] aí convivem figuras heterogêneas, como as 'letters of intent', 'cartas de intenção' entre

---

[238] KRUCHEWSKY, Eugênio. *Teoria Geral dos Contratos Civil*. Salvador: Podivm, 2006, p. 37.

[239] Sobre o tema, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações***.** 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 268-269; RUSSO JR., Rômolo. *Responsabilidade pré-contratual*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 41-42 et seq.; GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 17; POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial. O rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 229 et seq.

[240] Abordando a matéria, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações***.** 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 268-269.

> nós, ou 'intese', no direito italiano, os 'heads os agreement', as 'instructions to proceed', 'os acordos preliminares', acordos de base' ou 'frame agreements' [...]"[241].

A dimensão e o relevo dessas negociações de porte global só ratificam, segundo a autora, a importância da boa-fé objetiva na fase pré-negocial[242]. Mas a verdade é que todo processo de formação de atos negociais, do mais simples ao mais complexo, deve ser pautado na confiança, na comunicação transparente e na cooperatividade exigidas pela máxima da boa-fé objetiva.

Pois bem. Cumprido o rito formal de constituição do negócio jurídico, é imperioso que o ato negocial daí resultante, em seu conteúdo, não contenha restrições abusivas aos direitos dos contratantes, que atentem contra a boa-fé e o equilíbrio contratual.

Como cediço, a autonomia privada, enquanto poder negocial, não pode ser exercida de forma arbitrária, irrazoável por uma das partes, de forma a que se estabeleça uma desproporção substancial na avença ou se imponham limites despóticos a esfera de direitos do outro.

Para que o negócio jurídico resultante desse processo seja legítimo, válido, é necessário que seja, em seu conteúdo e substância, proporcional, equilibrado, justo – em respeito às máximas da boa-fé e da equidade.

3.5.2 Adimplemento "restritivo" dos negócios.

Todo negócio jurídico, enquanto ato e norma, tem por efeito a criação de situações jurídicas – mais especificamente, relação jurídica permeada por direitos e deveres para os sujeitos envolvidos. O ato negocial disciplina, regulamenta essa relação jurídica concreta (em regra).

---

[241] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 58-61. Eis as palavras do doutrinador italiano que serviu de base para as reflexões de Judith Martins-Costa: "Os numerosos contratos (em particular os internacionais) que disciplinam freqüentemente amplos projetos de formação e de fabricação dos sistemas no campo industrial e comercial precisam, pela sua complexidade, de longas atividades preparatórias. Antes do momento da estipulação do contrato pode transcorrer um período de demora tal que pode ser aconselhável fixar os pontos já concordados, evitando vincular-se definitivamente a uma ordem de interesses ainda precária, e de outra parte sem ser ainda em presença de todos os elementos para poder alcançar ao menos uma determinação do conteúdo do acordo (...) A prática negocial, antes ainda da elaboração teórica, criou portanto um sistema de contratações muito ágil que retoma, modernizando-lhe, os conceitos de minuta e puntuação, inserindo-o naquela que é chamada formação progressiva do acordo. As "letters of intent", os "heads of agreement", as "instruction to proceed", e todas as demais declarações de intenções são os produtos desta evolução que atropelou a fase antecedente do contrato (Volfeld des Vertrages)" (SPECIALE, Renato. Il "Vorvertrag" nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contrato. In: *Scriti in onore di vezio crisafulli*. Tomo I. Padova: Edizioni Cedam, 1986, p. 86) (tradução livre).

[242] MARTINS-COSTA, op. cit., p. 61; POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial. O rompimento das tratativas.* Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 228, 229 e 239 et seq.

Incidindo a norma negocial, ou as normas legais pertinentes, sobre um fato vivido pelos figurantes do negócio – ex.: chuvas torrenciais impedem execução obras contratadas, empregado furta equipamento do empregador, condômino adotada conduta socialmente reprovável, sócio de um clube social agride usualmente outro sócios, o produto adquirido possui um vício redibitório, a obrigação de oferecer assistência técnica não foi observada etc. -, nasce novo fato jurídico apto a emanar novos efeitos. Com isso, podem surgir, por exemplo, direitos para uma das partes a uma indenização por inadimplemento, à despedida por justa causa, à resolução do negócio, à imposição de uma sanção convencional, ao cumprimento específico do negócio, dentre outros.

Assim sendo, para se obter o atendimento desses direitos, nem sempre é necessário recorrer-se, de imediato, ao Estado-Juiz e seus processos jurisdicionais. É possível que sejam exercidos ou tutelados extrajudicialmente, na esfera particular, de três diferentes formas: *i)* as partes conciliam-se – por meio de transação (concessões mútuas), submissão (de um à pretensão do outro) ou renúncia (da própria pretensão) –, o que pode ser feito, inclusive, contando-se com a presença de um mediador (catalisador da solução); *ii)* as partes, tendo firmado entre si uma convenção de arbitragem, promovem a instauração de um processo particular arbitral, perante um árbitro de confiança de ambas, que ditará a solução de forma autoritativa, através de decisão particular jurisdicional; *iii)* as partes, encontrando-se em situação de desequilíbrio substancial, decorrente das próprias disposições negociais ou legais, que concedam a uma delas poder de impor restrições a esfera de direitos da outra (ex.: sanções convencionais), recaem na instauração de um processo particular negocial que culminará em uma decisão unilateral, parcial e não-jurisdicional[243].

Interessam, no presente trabalho, os processos arbitrais (*ii)* e os negociais em sentido estrito, de "adimplemento restritivo" (*iii*). São eles atos jurídicos complexos, de

[243]Interessante mencionar a curiosa figura trazida por Orlando Gomes dos negócios coligados de formação sucessiva que formam, em conjunto, um processo negocial sui generis - mas só como mais um possibilidade de processo negocial, já que não serão alvo do presente trabalho: "Dois ou mais negócios podem ser unidos para a obtenção do mesmo resultado econômico-social em uma relação de contemporaneidade ou de seqüência. No primeiro caso, diz-se que há negócios concorrentes; no segundo, negócios de formação sucessiva. [...] Os negócios de formação sucessiva, isto é, o conjunto de negócios unidos numa ordem, de sucessão temporal, caracterizam-se pela circunstância de que cada qual *esgota sua eficácia própria*. Produzem efeitos *em cadeia*, um sucedendo ao outro. Constituem-se pela seqüência de negócios, todos voltados para uma finalidade última, que só pode ser alcançada com a prática seriada de todos. Cada qual pressupõe, necessariamente, o precedente e prepara e anuncia o subseqüente, como diz Betti. O *nexo de continuidade* [decorrente da lei ou da vontade] é tão importante que a supressão de um dos atos impede que seja alcançado o resultado. Do mesmo modo, o defeito de um dos negócios contamina os subseqüentes. Os diversos negócios coligados pelo vínculo de continuidade formam, em conjunto, um *processo*. Por isso alguns denominam-no *ato-processo*" (GOMES, Orlando. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 359-360).
Não se confundem, para o autor, os negócios coligados (mais de um negócio, cada um com efeitos próprios e independentes) com os negócios complexos (um só negócio, com mais de uma declaração de vontade de um ou mais de um sujeito), diz o autor (GOMES, op. cit., p. 357-358).

formação sucessiva, que devem ser legais e constitucionais. Devem transcorrer pautados em garantias mínimas concedidas pelo Estado Democrático de Direito brasileiro – como contraditório, ampla defesa, igualdade, publicidade, direito à prova, decisões fundamentadas, decisões razoáveis etc –, contendo-se possíveis abusos de poder negocial (jurisdicional ou não). Devem resultar, ademais, em uma decisão, consistente em norma jurídica concreta e individual, que deve ser, em seu conteúdo, justa e correta.

É perfeitamente possível impor tais confinamentos (legais e constitucionais) a procedimentos que transcorram na esfera particular, pelo fato de a autonomia privada, esse poder deferido aos particulares de auto-regramento de suas relações jurídicas, não ser ilimitada. É o que se verá no capítulo seguinte.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA

4.1 AUTONOMIA PRIVADA COMO PODER NEGOCIAL LIMITADO

4.1.1 Autonomia privada como poder normativo. Sua incorporação como direito fundamental

A *autonomia privada* é poder que se atribui aos sujeitos de direito para livremente regrar suas relações jurídicas negociais, definindo seu conteúdo e seus efeitos. Trata-se de poder de estabelecimento de negócios jurídicos. É poder normativo (dispositivo) e o negócio jurídico é a norma (disposição), diz Ferri[244-245].

Assim, a autonomia privada concretiza-se (materializa-se) por meio da celebração de negócio jurídico, que é seu instrumento por excelência[246]. E o instrumento negocial, nesse contexto, é ato de autodeterminação e auto-regulamentação dos interesses próprios do sujeito privado (ou de outrem[247]), expressão de sua autonomia privada[248].

Sucede que a autonomia privada não pode nem deve ser considerada em abstrato, "mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca sua exigência"[249].

---

[244] FERRI, Luigi. *L'autonomia privata.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 224 et seq. e 248. Ferri defende que poder de disposição e autonomia privada são sinônimos e que o negócio jurídico é, por sua natureza, dispositivo/disposição (ato de exercício do poder de disposição). Disposição é, também, comando, norma. Assim, poder de disposição é poder de ditar normas. Inclusive, pontua, incidentalmente, que importantes doutrinadores alemães usam o termo *Verfügungsmacht*, que se traduz como poder de disposição, para se referir à autonomia privada. (FERRI, op cit, p. 224 et seq.).

[245] É poder criador de normas vinculantes, de conteúdo negocial, a ser exercitado nas condições impostas pelo ordenamento, diz José Abreu Filho (ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 41-42).

[246] GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 264.

[247] Luigi Ferri lembra daqueles que pretendem distinguir o poder normativo privado (autonomia privada) do poder normativo estatal quanto a titularidade do poder de dispor, nos seguintes termos: *i)* a autonomia privada seria autêntica "autonomia", pois a titularidade do poder normativo é dos entes destinatários da norma – seria o poder de criar ordenamento para si mesmo (cf. *Santi Romano*), diz; *ii)* o poder estatal seria, ao revés, heterônomo, pois a titularidade do poder normatizador seria de terceiro – seria o poder de criar ordenamento para outros, afirma. Contrapõe-se o autor italiano à distinção proposta para a formação privada e pública do direito. Isso porque, opina, existe poder normativo privado *heterônomo* (ex.: testamento) e poder normativo estatal *autônomo* (FERRI, Luigi, op. cit., p. 248-249). Por isso, conclui-se, é possível exercer autonomia privada para reger, também, interesse de outrem.
Mas a conclusão última do autor é de que toda concessão de direito é vontade objetiva e, portanto, heterônoma; é superior ao obrigado, ainda quando posta por ele mesmo (FERRI, Luigi, op. cit., p. 250).

[248] Sobre esses conceitos, BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 91-92 e 102.

[249] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil.* Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: enovar, 2002, p. 17. Vide BETTI, op. cit., p.184-185; AMARAL, Francisco. *Direito Civil.* Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 350.

No ordenamento brasileiro, a autonomia privada foi erigida à condição de direito fundamental, consagrado no art. 5º, *caput*, XIII, XXII, XXX (liberdade, propriedade, herança, trabalho, dentre outros), art. 1º, IV, art. 170 (livre iniciativa), todos da CF. É um dos princípios essenciais do direito privado[250-251].

Naturalmente, sua incorporação à ordem constitucional só se justifica em razão das suas bases democráticas, que visam ao estabelecimento de uma sociedade *livre* e pluralista, preservando-se a dignidade da pessoa humana[252].

Mesmo cercada por outros valores, a liberdade e a individualidade ainda são consideradas bens jurídicos fundamentais do homem e firmam-se como espaço necessário para a circulação de bens e serviços e para a auto-regência de interesses individuais (inclusive existenciais). Conferem dinamicidade ao tráfico econômico e negocial. É o que analisa Emílio Betti:

> A autonomia privada é um fenômeno logicamente correlativo ao da existência das esferas individuais de cada um. Onde quer que, pelo contrário, não existam essas esferas, por ex., num ordenamento comunista, a necessidade da circulação dos bens e dos serviços terá que ser satisfeita de maneira diversa. Para proporcionar aos indivíduos aqueles bens que se considerem de utilidade individual e, por conseguinte, de seu interesse, deverá, então, proceder-se por atribuição superior e distribuição oficial[253].

A liberdade jurídica assegurada na CF não é meramente formal e negativa, mas substancial e efetiva. Mais do que impedir interferências externas abusivas à esfera de

---

[250] Também assim, AMARAL, Francisco. *Direito Civil.* Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 361; SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (coord.) *Os Princípios da Constituição de 1988.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 222 et seq. e 242 et seq.
Daniel Sarmento ressalva, contudo, que a proteção constitucional é mais intensa no campo das escolhas existenciais do que na esfera econômico-patrimonial (SARMENTO, op. cit., p. 222).

[251] Luigi Ferri enumera grande número de autores italianos que a enquadram como direito subjetivo à liberdade, fundamental, essencial para o homem – muitos identificando sede constitucional. Alguns até colocam autonomia privada e liberdade como sinônimos. Não discorda desses posicionamentos, mas faz a ressalva de que a autonomia privada não é, somente, exercício de direito subjetivo à liberdade – como o "caminhar", o "cultivar" etc. É, antes de tudo, "poder jurídico" de disposição (normativo) – formativo de negócios jurídicos.
Não nega que com a autonomia privada como "poder" possa concorrer o "direito subjetivo" – que se especifica como o "direito ao poder" (o reconhecimento jurídico de sua atribuição) e o "direito ao exercício do poder". O poder, em sua manifestação lícita, é tutelado por um direito subjetivo. Mas isso não anula o poder (FERRI, Luigi. *L'autonomia privata.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 220-222).
A questão parece bem mais simples, porém. Basta que se reconheça a autonomia privada como um direito potestativo que, na sua essência, é um poder jurídico conferido a alguém de criar, alterar ou extinguir situações jurídicas. É um direito potestativo fundamental.

[252] Daniel Sarmento vislumbra autonomia privada como pressuposto da *democracia* - por permitir um debate amplo de idéias e a realização de escolhas – e da *dignidade da pessoa humana* – por permitir que o homem decida como conduzir sua vida privada, realizando-se existencialmente (SARMENTO, op. cit., p. 231).

[253] BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 93. Cf. SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 17; ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 44.

liberdade e autonomia dos indivíduos, a Carta Constitucional garante-lhes as condições materiais necessárias para o seu efetivo desfrute: institui mecanismos econômicos e sociais de tutela dos entes sociais mais vulneráveis, e do bem-estar comum. São as reflexões de Daniel Sarmento:

> Na verdade, a Constituição não toma a liberdade como um dado natural que lhe caiba proteger apenas através da limitação do arbítrio governamental. Ao inverso, ela reconhece que a miséria e a exclusão existentes na esfera social prejudicam a autonomia do cidadão, e por isso considera que a liberdade individual não só é limite, mas também tarefa, cuja persecução envolve deveres estatais comissivos, além de obrigações positivas e negativas impostas aos próprios particulares[254].

E mais. A autonomia privada reina na Constituição Federal, mas não absoluta. Além de esbarrar na esfera de autonomia de outros sujeitos privados, deve conciliar-se com os demais valores constitucionais assegurados pelo Estado Democrático de Direito, como igualdade, solidariedade, segurança, justiça social, autonomia pública (a democracia, cf. art. 1. º, parágrafo único, art. 60, §4. º , II, CF)[255].

Mas nem sempre foi assim.

4.1.2 Autonomia privada como poder normativo limitado. A superação do "dogma da vontade".

Ao longo dos tempos, houve uma verdadeira transição da noção de autonomia da vontade (teorias voluntaristas) – já superada, como visto no capítulo anterior - para a noção de autonomia privada. E isso atinge o próprio conceito de negócio jurídico[256].

Comentou-se, no capítulo precedente, que, para os seguidores das teorias voluntaristas, o negócio jurídico reduzia-se à mera *declaração de vontade*[257] – vontade esta que chegou ao extremo de ser erigida à condição de *dogma*[258]. Prevaleciam a vontade e a

---

[254] SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (coord.) *Os Princípios da Constituição de 1988.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 245.

[255] Ibidem, p. 231.

[256] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50-51; ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, n.27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 280 et seq.

[257] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 163 -164; SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio Jurídico*. Nulidades e Medidas Sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 06.

[258] Comentando o dogma da vontade, RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 48- 49.

liberdade individuais, soberanas, quase sem limites frente ao Estado [259-260]. Nesse contexto, o sujeito privado obrigar-se-ia por meio de simples manifestação de vontade, que teria força o bastante para desencadear efeitos jurídicos.

Equivocaram-se os voluntaristas[261], pois já se viu que a exteriorização de vontade, por si só, não tem existência jurídica. Necessário é que se enquadre em um suporte fático hipotético, sofrendo incidência de uma norma jurídica, para que ingresse no mundo do direito como ato negocial[262-263]. E a declaração de vontade só será legítima e tutelada, quando se inserir na zona de licitude estabelecida pelo ordenamento jurídico – no vasto campo do que é admitido e não-proibido -, sob pena de ser reprovada e combatida.

Com isso, a noção de autonomia privada sobrepõe-se ao dogma da vontade, para esclarecer que a vontade não é soberana nem ilimitada. A vontade não é o único fator que concorre para a formação válida do negócio jurídico. É necessária a sua conformação com os ditames do ordenamento jurídico[264], revelando-se em uma exteriorização de vontade consciente que se dirija à obtenção de resultado possível, protegido ou não proibido pelo

---

[259] Sobre o tema, e com um histórico da transição, ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, n.27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 280-281; SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (coord.) *Os Princípios da Constituição de 1988.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.234 et seq.

[260] A respeito da prevalência da autonomia da vontade, STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico*. Padova: Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1947, p. XIII et seq. Diz o autor que o que prevalecia era a idéia de que o homem se vincula se quiser, proclamando-se que a liberdade individual é pressuposto de toda ação humana. Cabe ao indivíduo decidir se pretende ou não dar vida a uma relação qualquer, obedecendo exigências das quais só ele é juiz. Conservou-se, inclusive, diz o autor, a velha regra do código francês de que o contrato tem força de lei entre as partes, pois é o homem que estabelece como pretende se obrigar — renunciando legislador a exprimir a uma vontade ou um comando. Segue caracterizando a autonomia da vontade, a seu modo, comentando o que dispõem as leis sobre o tema e ressalvando que: "desde que se respeitem a ordem pública e o bom costume […], além de ser soberana no âmbito das relações humanas, a vontade individual é soberana também com respeito ao ordenamento jurídico" (tradução livre) (STOLFI, op. cit., p. XIII-XVI). Vislumbra, pois, alguna importancia na orden jurídica e algum limite para o querer.

[261] Criticando o dogma da vontade, BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 114 et seq.

[262] MELLO, Marcos Bernardes de**.** *Teoria do fato jurídico***.** Plano de existência**.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 166;

[263] Não interessam, aqui, as discussões sobre a natureza da vontade que compõe o suporte fático do negócio: se vontade interna, se vontade declarada. O tema já foi enfrentado no capítulo anterior, expondo-se que o que importa é que a vontade seja externada. E se houver divergências entre elas, o melhor vetor é aquele oferecido pelo princípio da boa-fé objetiva.

[264] Maria Angélica Benetti Araújo anota que, em termos históricos e sociais, foi no final do século XIX que se percebeu que a liberdade plena na declaração de vontades, pautada em uma igualdade meramente formal, favorecia aos desequilíbrios contratuais, porquanto fosse desigual a sociedade. É nesse momento que começa a ser rechaçada a estrutura edificada sobre a concepção de "autonomia da vontade". A autonomia privada "liberta-se do dogma da vontade e se legitima pela atuação econômica em conformidade com o momento historicamente determinado (ARAÚJO, op. cit., p. 282-283).

Também assim, Paulo Lôbo. Comenta, ainda, a autonomia da vontade e suas revisões conceituais ao longo da história, sobretudo com o advento do Estado Social e das sociedades de massa (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.16, Rio de Janeiro, Editora Padma Ltda., 2003). Vide, GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 267 et seq.

direito. E é o reconhecimento da autonomia privada pelo ordenamento jurídico, regrando-a, que eleva as transações e acertos privados à dignidade de negócios jurídicos, revestindo-os da qualidade de regra de conduta intersubjetiva e vinculativa para as partes negociantes[265].

Se para os clássicos teóricos da *autonomia da vontade* (voluntaristas) não havia restrições para o exercício do poder negocial – e esse é o problema central de sua concepção -, para os teóricos da *autonomia privada* esse poder é delimitado pela ordem jurídica posta.

Observa-se, na literatura jurídica, que, para referir-se à liberdade negocial, os civilistas utilizam diferentes expressões. Dentre elas, as mais correntes são *autonomia da vontade* e *autonomia privada*.

Marcos Bernardes de Mello reconhece que inúmeros autores se dividem quanto às terminologias *autonomia da vontade* e *autonomia privada*. Mas revela que, no seu entendimento, não há o que justifique essa distinção, pois em ambos os casos prevalece um voluntarismo semelhante. Defende que a doutrina, malgrado tente diferenciá-las, sempre emprega os termos indistintamente para referir-se ao poder de manifestar a vontade, ou seja, o poder de auto-regulamentação ou autodisciplina dos próprios interesses[266].

Pontes de Miranda, por exemplo, não usa nem uma nem outra. Opta pela expressão "auto-regramento da vontade", pois o emprego da palavra "autonomia" parece-lhe inadequado – visto que etimologicamente significa norma ("nomia") própria ("auto"). Quando muito, utiliza a expressão "autonomia da vontade", logo após a expressão "autonomia privada" e entre parênteses, pois, ainda que se admita o uso impróprio do termo "autonomia", não aceita o uso do termo "privada" (como auto-regramento de direito privado), o que afastaria qualquer regramento da vontade no âmbito do direito público. Para o autor, "o que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se, com êle, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito"[267].

Já Orlando Gomes[268] emprega os termos de forma totalmente diversa. Entende que seria a *autonomia privada* gênero, que teria por espécies: *i)* a *autonomia da vontade*, enquanto poder de criar, modificar e extinguir relações jurídicas, por meio de negócios jurídicos; *ii)* e o *exercício de direitos*, sobretudo na área da propriedade e sua disposição. Em ambos os casos, a autonomia privada é poder, liberdade de agir.

---

[265] BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 92.
[266] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* Plano de existência. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163. Também assim, RAÓ, Vicente. *Atos Jurídicos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 49.
[267] Observações de Marcos Bernardes de Mello (MELLO, op. cit., loc cit). Vide MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 55-56.
[268] GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 265.

Daniel Sarmento[269] também coloca a autonomia privada como gênero amplíssimo, conceituando-se como a "capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual", o que abrange tanto questões e escolhas existenciais, como negociais. Mas reconhece que no direito privado é mais comum atribuí-la conceito mais restrito, colocando-a como sinônimo de autonomia negocial[270].

Distingue as expressões, à sua maneira, Francisco Amaral [271]. Para o autor, *autonomia da vontade* é manifestação da liberdade individual; é princípio do direito privado que confere ao particular a possibilidade de praticar atos jurídicos, determinando seu conteúdo e seus efeitos. Teria conotação subjetiva, psicológica. E a *autonomia privada*, conceito mais restrito, é o poder de criar normas jurídicas nos limites legais, dando para si próprio um ordenamento jurídico – quando usa as clássicas palavras de Santo Romano.

Baseia-se, o autor brasileiro, ao que tudo indica, na diferenciação feita pelo italiano Luigi Ferri, que denuncia o uso promíscuo dos termos "autonomia da vontade", "autonomia privada", "liberdade contratual". A autonomia privada seria algo mais circunscrito que ampla liberdade de agir licitamente; seria manifestação do poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas[272].

Independentemente da terminologia utilizada, o que importa é que, atualmente, prevalece a idéia de que o poder negocial não se define pela simples declaração de vontade, mas, sim, pela declaração de vontade em conformidade com o ordenamento.

A autonomia privada é liberdade (negocial) com limites.

4.1.3 Limites à autonomia privada.

O poder negocial de que são investidos os particulares não é ilimitado, deve ser exercido na forma que lhe foi atribuído e no âmbito que lhe foi conferido.[273] Os entes

---

[269] SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (coord.) *Os Princípios da Constituição de 1988.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 222.

[270] Tal como Ana Prata (*A Tutela Constitucional da Autonomia Privada.* Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 13 et seq.).

[271] AMARAL, Francisco. *Direito Civil.* Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 344-345.

[272] FERRI, Luigi. *L'autonomia privata.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 3-5.

[273] Cf. BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 104-105; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48.

Diz Ana Prata, nessa linha, que é um poder reconhecido pela ordem jurídica ao sujeito para dar caráter jurídico à sua atividade, firmando negócios jurídicos e seus efeitos (PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada.* Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 11). Vide, GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito*

privados podem livremente criar, modificar e extinguir situações jurídicas, escolhendo se, quando, como, o que, e com quem querem negociar e contratar, desde que respeitem os limites formais e materiais que o ordenamento jurídico impõe para o exercício dessas prerrogativas[274].

Como diz Pontes de Miranda, o espaço deixado para a vontade é *interior* "às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como o espaço em branco cercado pelas regras que o limitam". O auto-regramento da vontade não é "mais do que 'o que ficou às pessoas' [...] o que resta"[275-276].

Em sendo negócio típico, as normas a que deve se adequar podem ser: *i)* cogentes, quando sua observância é obrigatória e pouco ou nada se deixa aos interessados para escolher, devendo adotar o modelo tipificado; ou *ii)* supletivas, quando podem ser afastadas pela vontade dos interessados. Em sendo o negócio atípico, basta que se respeitem as normas proibitivas, não invadindo o espaço da ilicitude por elas delimitado[277].

Quando o exercício da autonomia privada vai além dos limites estabelecidos, o negócio produzido não será chancelado e tutelado pela ordem jurídica, será ele: *i) ignorado*, por ser indiferente e *juridicamente irrelevante* – malgrado exista "negócio da vida privada, em sentido social", para Betti; ou *ii) combatido*, por ser contrário às regras jurídicas e, portanto, *ilícito*[278].

O contrato de cessão de útero seria exemplo de *negócio juridicamente irrelevante* – já que há muitas dúvidas sobre o seu reconhecimento, sendo que, para a muitos, não é

---

civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 263 et seq.; GAINO, Itamar. *A simulação nos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18- 19.

[274] Ana Prata esclarece que é comum encontrar dentre juristas clássicos e modernos referências aos limites da autonomia privada em sentidos distintos e, até mesmo, contrapostos. Tanto há quem fale em limites formais, para qualificar situações em que a lei interfere na esfera negocial impondo requisito de forma para a eficácia da vontade contratual; como há quem fale em limites materiais, *verbi gratia*, os contratos de adesão em que uma das partes não tem, substancialmente, poder de negociação (PRATA, op. cit., p. 36-37).

[275] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo III. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 55-56.

[276] Segundo Humberto Manes, o poder jurídico negocial não pertence ao seu titular, mas, sim, ao ordenamento jurídico. Só há poder dentro dos limites em que foi atribuído pelo ordenamento vigente. O poder criador de negócios jurídicos é amplo e irrestrito, diz, "somente quando o agir ultrapasse proibição expressa do ordenamento de direito é que inocorre a atribuição desse poder jurídico aos particulares". (MANES, Humberto de Mendonça. *Legitimação Negocial*. Premissas Básicas. Rio de Janeiro: Líber Juris Ltda., 1982, p. 21-23).

[277] GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito civil*, cit., p. 267. Traçando contornos semelhantes, Marcos Bernardes de Mello assevera que é regra fundamental que a "vontade somente pode ser manifestada quando admitida se sempre em conformidade com as normas jurídicas de natureza cogente. Com isso queremos dizer que, se há o reconhecimento do poder de auto-regramento da vontade, é preciso verificar, ainda, a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, sob pena de sofrer as sanções por ele impostas, que vão desde a inexistência do negócio jurídico – quando se trata de negócio proibido – à sua invalidade (nulidade e anulabilidade) e ineficácia (MELLO, Marcos Bernardes de**.** *Teoria do fato jurídico***.** Plano de existência**.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 179-181). Vide GAINO, op. cit., p. 23.

[278] Com essa visão, BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 106-107. Em sentido semelhante, MELLO, op. cit., p. 180.

tutelado. E o negócio de compra e venda de órgãos seria *negócio ilícito* – nos termos da Lei 9434/97.[279]

Em termos históricos, o advento do Estado Social e das sociedades de massa impôs o estabelecimento de um novo modelo para as relações negociais. Com isso, os negócios não podem mais ser instituídos considerando-se somente os interesses individuais das partes envolvidas, mas o interesse comum e social[280]. "Afinal, qualquer contrato interfere no ambiente social e no tráfico jurídico, ainda que não seja integrante da atividade econômica" [281].

A intervenção estatal no domínio coletivo ou individual, patrimonial ou extra-patrimonial, com a imposição de limites à autonomia privada, dá-se para a preservação de valores sociais consagrados no ordenamento – como a igualdade substancial, a boa-fé objetiva (art. 422, CC/2002), a função social dos contratos (art. 421, CC/2002) etc. -, da economia popular, da livre concorrência, da autonomia e soberania estatais, das liberdades e garantias individuais [282]. E o faz (intervém) de diferentes formas, segundo Maria Angélica Benetti de Araújo:

> Queda-se o Estado, na condição de legislador e juiz, exercendo uma vigilância sobre a liberdade, ora estatuindo normas imperativas e programáticas de política econômica, tendentes a tornar mais igualitário o liame da liberdade contratual entre as partes, ora retirando das avenças concretas a validade, amparado no entendimento de fora abusivo ou anormal o exercício da liberdade contratual. Cediço é que a lei não é hábil a alcançar, casuisticamente, todas as hipóteses em que há desequilíbrio

---

[279] Exemplos trazidos por Roxana Borges que, para justificá-los, faz uma ressalva, *"O maior campo de atuação da autonomia privada é o direito das obrigações, nas relações jurídicas patrimoniais, mas não exclusivamente*". Abrange, também, relações não patrimoniais (situações subjetivas existenciais, não patrimoniais) — como por ex. transplantes, doação de esperma e óvulo etc — e, nesses casos, "*os atos de autonomia privada normalmente estão relacionados com os direitos de personalidade*" (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 49-50). Vide PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 18-19.

[280] Os paradigmas do Estado Liberal da igualdade formal e da liberdade plena revelaram-se fatores de injustiça social, que impediam que os menos afortunados e mais vulneráveis tivessem acesso a todos os bens e oportunidades do trânsito econômico-social. Na transição para o Estado Interventor e Assistencialista, impõem-se limites à liberdade jurídica, buscando-se estabelecer, outrossim, a igualdade real e o equilíbrio entre as forças econômicas e sociais (AMARAL, Francisco. *Direito Civil.* Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 356 et seq.).

[281] Há quem prenuncie o fim do Estado Social, que teria definhado na década de oitenta do século XX. Mas na ótica do direito (sobretudo constitucional), não há sequer crise do estado social. Continua, de forma até crescente, a regulação e ordenação das atividades econômicas e sociais. O "Estado Regulador" que seria seu sucessor, para muitos, nada mais é do que um Estado Social ainda mais intenso em suas atitudes interventivas. "Os serviços públicos, que antes eram prestados diretamente pelo Estado, ao serem transferidos para a iniciativa privada passaram a exigir o aumento da regulação, no interesse social, como ocorreu no Brasil" (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Transformações gerais do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.16, Rio de Janeiro, Editora Padma Ltda., 2003, p. 108 -111). Vide GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 267.

[282] ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, n.27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 285.

> ou abuso no exercício da liberdade contratual, motivo pelo qual se tem, como regra genérica, a figura – a ser coibida – *do exercício abusivo de direito*.[283]

Assim, a liberdade de negociar/contratar é poder do indivíduo de decidir se irá ou não firmar o negócio, de que forma irá fazê-lo, qual será o conteúdo que atenda aos seus interesses, mas tudo nos lindes da ética e juridicidade. Deve conformar-se aos padrões ético-jurídicos contidos no corpo normativo em vigor. Ultrapassados esses limites, configura-se o abuso do poder privado. Há uma vigilância sobre o "abuso contratual daquele que está em melhor posição, ou tem maior poder, diante da outra parte"[284].

Considerando que a finalidade última do princípio do devido processo legal é a contenção de poder estatal – tal como se verá em capítulo subseqüente -, pretende-se, com esse trabalho, ampliar seu alcance para que sirva a contenção do poder privado. Para tanto, é necessário que se demonstre a possibilidade de se vincular os atores privados e seus poderes (autonomia privada) aos direitos fundamentais – no caso, o direito fundamental do processo devido.

4.2 DIMENSÃO OBJETIVA E SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Tradicionalmente, para a doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais eram considerados limites, tão-somente, à atuação estatal. Repercutiam, exclusivamente, nas relações jurídicas públicas — assim entendidas aquelas que têm o Poder Público em um de seus pólos. Eram tidos como direitos subjetivos individuais à autonomia e à liberdade que não podiam ser ameaçados ou lesados por atitude ilegítima do Estado - então detentor de um dever jurídico de abstenção.

Para o constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais eram vistos assim, sob essa ótica estritamente subjetiva e individualista. Visavam resguardar a liberdade dos diferentes entes sociais de intromissões estatais[285]. Mas isso não era o bastante. Essa liberdade individual e social não garantia o bem-estar e a boa ventura dos indivíduos e da comunidade que compunham. Ao revés, muitas vezes dava margem à violência, opressão, desigualdades e disputas injustas no seio da sociedade. Era necessário tomar as rédeas da situação, instituindo-

---

[283] ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado*, n.27, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 285. Sobre o tema, SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (coord.) *Os Princípios da Constituição de 1988.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 247.

[284] ARAÚJO, op. cit., p. 290- 291.

[285] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 238 et seq.

se mecanismos econômicos, políticos e sociais, de disciplina dessas relações jurídicas, protegendo os entes sociais mais vulneráveis, e promovendo a paz, justiça e bem-estar comunitários.[286]

Foi nesse contexto que surgiu o *Welfare State*, o Estado do Bem-estar Social. Com o seu advento, a doutrina constitucional contemporânea aprimorou-se, gradativamente, passando a visualizar os direitos fundamentais com novos olhos – cujo campo de visão é mais extenso e profundo[287].

De um lado, os constitucionalistas ampliaram sua perspectiva dogmática para reconhecer e consagrar, ao lado dos direitos individuais, *direitos fundamentais sociais*, que assegurassem o atendimento às necessidades mínimas da população, tal como educação, trabalho, segurança, saúde – o que permitia o estabelecimento de uma igualdade real entre os atores sociais.

De outro lado, analisando-os com mais atenção e profundidade, identificaram uma outra faceta dos direitos fundamentais, de cunho objetivo. Seria a *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*[288] que os reveste da condição de *valores fundamentais de toda a sociedade*, que devem espraiar-se e difundir-se pelo ordenamento jurídico, contaminando suas regras e preceitos normativos. Tornam-se, assim, a base axiológica da ordem jurídica que se diga democrática, norteando as atividades estatais legislativas, judiciárias e administrativas[289-290].

---

[286] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 240 et seq.

[287] Na Europa, isso ocorreu, sobretudo, na fase que seguiu a Segunda Guerra Mundial, quando a reorganização e reconstrução da sociedade exigiu um Estado mais zeloso, assistencialista e atento. (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 133-134).

[288] Algumas concepções sobre os direitos fundamentais, construídas nos últimos tempos, colaboraram para a superação da sua dimensão estritamente subjetiva. Não cabe, aqui, desenvolvê-las, porquanto extrapolem os lindes do presente trabalho. Mas Jorge Reis Novais, dentre outros doutrinadores, comenta a transição para a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e as principais teorias que participaram dessa jornada. Cita a teoria institucional, a teoria dos valores e a teoria social como aquelas que dão os primeiros passos para o reconhecimento da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, revestindo-os da condição de instituições, institutos ou valores, por exemplo (NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 59 et seq.).

[289] Conferir, MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 114 et seq.; NOVAIS, op. cit., p. 80 et seq.; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 79 et seq.

[290] Com relação ao dever do Estado-Administração de observância dos direitos humanos, Ingo Sarlet, com muita propriedade, ressalva que os efeitos vinculantes de tais direitos alcançam também, da mesma forma, as pessoas jurídicas de direito privado que exercem atribuições tipicamente públicas e pessoas jurídicas de direito público que atuem na esfera privada. Não podem as autoridades administrativas escapar a essa vinculação furtivamente, através de atuações nas formas de direito privado. "O que importa é a constatação de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de guardião e gestor da coletividade" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 347). Sobre o tema, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito*

E mais. Essa teoria contemporânea socializante desdobra a posição do Estado diante dos diferentes entes sociais. Toda essa ampla gama de direitos fundamentais passa a impor para o Estado não só aquele dever negativo da abstenção (de não ofendê-los), como também um dever positivo de proteção (de protegê-los contra ofensas alheias)[291].

Entretanto, não se exaure, aí, o papel do Estado. Deve, ainda, sedimentá-los em toda ordem jurídica, concretizando-os. Cabe ao Estado-Legislador, Estado-Juiz e Estado-Administrador pautar toda sua atuação nesses padrões valorativos da coletividade, observando-os, sobretudo, na criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas[292].

Em que pese os direitos fundamentais continuarem a exigir atividade estatal protetiva (negativa e positiva) e concretizadora, sua tutela e sua efetivação deixam de ser um problema exclusivamente do Estado, para tornar-se uma tarefa de toda a sociedade, que passa a ter instrumentos jurídicos eficazes para, comunitariamente, resguardá-los – como o direito ao voto, greve, associação, ação popular, mandado de segurança, ações de controle concentrado, dentre outros.

Estende-se, ainda, sua eficácia. Se antes os direitos fundamentais incidiam exclusivamente em relações públicas, impondo ao Estado o *munus* de não violá-los, com essa sua nova perspectiva objetiva e socializante, estendem-se para as relações privadas, para exigir respeito, também, dos atores privados, confinando sua liberdade e autonomia privada – o que se verá no item subseqüente. Afinal, além de o Estado "aparecer na vida social metamorfoseado em diversas figuras jurídicas e, cada vez mais, na veste de sujeito privado, as entidades privadas passam a exercer tarefas de interesse colectivo ou determinam em termos fundamentais os comportamentos de indivíduos em diversas áreas sociais"[293].

Constitucional. Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 316-317; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, p. 442.

[291] Conferir, MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114 et seq.; NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 86 et seq.

[292] Interessante consultar escritos de Ingo Sarlet que invoca, como base da eficácia vinculante dos poderes públicos aos direitos fundamentais, constantemente, o art. 5., §1.o, CF. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 343 et seq.

Vide, ainda, no que tange à vinculação das entidades públicas em geral, MIRANDA, op. cit., p. 314 et seq.; CANOTILHO, op. cit., p.438 et seq.

Especificamente sobre esta última função dos direitos fundamentais na ordem jurídica, esclarecedoras as palavras de Daniel Sarmento: "A dimensão objetiva, por outro turno, permite a atribuição de efeitos jurídicos concretos mesmo àquelas normas consagradoras de direitos fundamentais que, pela sua natureza, carecerem de integração legislativa para a criação de direitos subjetivos fruíveis pelos seus titulares. Tais normas, no mínimo, produzirão efeitos hermenêuticos, condicionando a interpretação e integração do ordenamento, vincularão o legislador futuro e servirão de parâmetro para a não recepção de preceitos anteriores, bem como para a decretação de inconstitucionalidade de normas supervenientes que com elas conflitarem". (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 136).

[293] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 240-241.

Com todas essas mudanças, ampliam-se consideravelmente a importância e a incidência dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Dá-se maior abrangência: i) aos seus *titulares* e aos *instrumentos de proteção* de que dispõem, que passam a ter uma perspectiva coletiva e comunitária; ii) aos seus *destinatários*, vinculando, outrossim, os particulares; iii) e aos *deveres* que impõem, que passam a ser, também, *protetivos/positivos e concretizadores*.

4.3 EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

De todas as inovações trazidas para o campo dos direitos fundamentais, com o reconhecimento de sua dimensão objetiva, a mais aplaudida foi a irradiação de sua eficácia valorativa por toda ordem jurídica. O ordenamento jurídico foi invadido e tomado por valores como dignidade da pessoa humana, igualdade substancial, solidariedade e proporcionalidade (justiça), que passam a servir de diretrizes para a instituição, interpretação e aplicação das normas pelo Estado[294].

Todo esse substrato axiológico deve servir de parâmetro para o operador do direito, devendo ser manipulado e empregado no cotidiano jurídico, tanto nas situações mais comuns e triviais, como naquelas mais críticas, em que se revela uma verdadeira "crise no ordenamento" – quando se depara com normas ambíguas, desarmônicas, incompatíveis com o texto constitucional, conferindo-lhes uma interpretação conforme a Constituição.

Vale salientar que a Constituição Brasileira de 1988 assenta-se sob pilares axiológicos socializantes, solidarísticos, humanitários e democráticos. São suas bases fundamentais. E toda a legislação infraconstitucional deverá transpirar esses valores: i) normas legais a serem instituídas devem ser escritas e lidas conforme a constituição; ii) normas legais já instituídas devem ser reescritas ou relidas conforme a constituição. E essa nova perspectiva metodológica deve ser incorporada em todos os ramos do direito – não obstante a especial atenção que vem recebendo no Direito Privado[295].

---

[294] Conferir SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 155; ANDRADE, op. cit., p. 274; SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 356; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 82.

[295] Vide BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: _____. (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 28-30; BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (org.) *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 333, 360-361. Isso se revela, sobretudo, na interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos

E não só com a legislação infraconstitucional de permeio merecerão efetividade os direitos fundamentais. Incidem eles diretamente nas situações concretas, sejam elas públicas ou privadas, independentemente de lei prévia, cabendo ao Estado protegê-los de lesões reais ou iminentes.

Mas deve evitar-se o engessamento constitucional. A Constituição Federal e seus operadores/aplicadores devem estar materialmente abertos às evoluções e involuções que podem ocorrer no seio da comunidade. É imperioso que se preserve uma sociedade pluralista, democrática e aberta ao debate e às novas visões do mundo político e social.[296].

Conclui-se, assim, que, ainda que o legislador tenha suas atividades balizadas por vetores constitucionais, na qualidade de representante do povo, não pode cegar-se para o que dele (povo) emana; "o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, com sua projeção sobre a ordem jurídica, não pode resultar em confisco total da liberdade de conformação do legislador, essencial num Estado que se pretenda democrático"[297].

4.4 EXTENSÃO DA SUA EFICÁCIA ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

4.4.1 Considerações iniciais.

As diferenças e diversidades econômicas, políticas e sociais dão ensejo a vínculos jurídicos substancialmente desequilibrados na esfera privada - em que uma das partes se encontra em situação de vulnerabilidade, submetida aos abusos do poder da contraparte. É situação comum nas relações consumeristas, trabalhistas, entre empresas de porte notoriamente distinto, em contratos de mera adesão, em relações societárias, cooperativas ou condominiais.

Até mesmo nas relações jurídicas mais equilibradas – como uma sociedade empresarial comum, por exemplo -, é possível que um ator privado se exceda no exercício de um poder (autonomia privada) que lhe é conferido, malferindo bem jurídico essencial do outro.

---

indeterminados que permeiam as leis, tais como a boa-fé, os bons costumes, preço vil, interesse público, entre outros, que devem ser preenchidos à luz dos direitos fundamentais. Relembrando a questão, SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 155-158.

[296] BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: _____. (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 35-36, 42.

[297] SARMENTO, op. cit., p. 173.

É, pois, ultrapassado o dogma de que só o Estado pode exasperar-se e atingir abusivamente os direitos fundamentais dos indivíduos. Não só ele os ameaça, agride, oprime. Também os particulares, sobretudo, os munidos de maior poderio, podem espezinhar os mais valorosos bens do seu próximo, razão pela qual sua atuação também deve ser limitada pela exigência de respeito aos direitos fundamentais alheios[298-299].

Mas para a doutrina e jurisprudência existentes nos mais diversos países, a questão não é tão simples. Nem todos admitem francamente a extensão das limitações impostas pelos direitos fundamentais ao âmbito particular. Isso porque os indivíduos também são titulares de direitos fundamentais e têm o poder de autodeterminação de seus interesses.

Assim, a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada, quando admitida, não poderia se dar da mesma forma como se dá na esfera pública.

Toda a discussão começou na Alemanha – onde inicialmente se conceberam as teorias da eficácia direta e da eficácia indireta dos direitos fundamentais[300]. Espraiou-se, empós, por países de sistema romano-germânico, como Espanha e Portugal. E, gradativamente, instalou-se um intenso debate em torno do tema.

No final das contas, sedimentou-se o entendimento de que os direitos fundamentais projetam-se, sim, nas relações particulares, permanecendo, contudo, fervorosas altercações sobre as seguintes questões: *i)* de que forma obrigariam um particular; *ii)* com que intensidade; *iii)* como compatibilizar isso com a autonomia privada; *iv)* qual seria a

---

[298] Lembra Ubillos que a sua qualidade primária e essencial de direitos subjetivos potencialmente oponíveis *erga omnes* não pode ser esquecida, sendo que alguns deles já operavam, antes mesmo de sua constitucionalização, na vida privada. (UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 307).

[299] Justifica, ainda, Vieira Andrade, que os direitos fundamentais, enquanto valores constitucionais (dimensão objetiva), devem irradiar-se por toda a ordem jurídica, não se limitando à esfera pública. Devem alcançar, também, a esfera particular (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 241).

[300] Isso se deu a partir da década de 50, diz Ubillos. A primeira formulação de teoria sobre a aplicação de direitos fundamentais no contexto particular deve-se a Nipperdey, então presidente do Tribunal Federal do Trabalho – o que se deu através de uma sentença de 1954, que reconhece que os direitos fundamentais contêm princípios reguladores da vida social e imediatamente relevantes para o tráfico jurídico privado. Mas a incidência direta dos direitos humanos nos vínculos privados não prevaleceu, optando a doutrina e jurisprudência alemãs, como se verá, pela sua eficácia indireta. (UBILLOS, op. cit., p. 307). Carlos Roberto Siqueira Castro ressalva, contudo, que a eficácia *erga omnes* dessas normas constitucionais já fora debatida sob a égide da Constituição de Weimar, época em que se deparou com resistências e antagonismos dos estudiosos alemães. A discussão continuou quando em vigor a Lei Fundamental de Bonn de 1949, quando já começou a angariar parte dos doutrinadores, atraídos pela nova idéia de vinculação dos particulares aos direitos fundamnetais (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 240).

participação do Estado na tutela do direito fundamental de um particular agredido por outro; e *v)* diante de tudo isso, como se resguardaria a segurança no tráfego jurídico[301].

Nos Estados Unidos, contudo, a problemática tomou contornos distintos. Não se estendeu, a rigor, a eficácia dos direitos fundamentais ao terreno privado[302], mas manteve-se viva a possibilidade de atribuir-se à conduta de ator particular caráter estatal, impondo-lhe o respeito aos direitos fundamentais alheios[303].

Hoje em dia, no direito comparado, existem inúmeras teorias tentando solucionar a questão. Interessa analisar aquelas que ganharam maior visibilidade.

4.4.2 As principais teorias existentes sobre o tema

4.4.2.1 Teoria do *state action*.

A *teoria do state action* nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, por entender que o único sujeito passivo daqueles direitos seria o Estado.

Nasceu em solo germânico, por iniciativa de Mangoldt e Fosthoff, que, pautados no ideário liberal, contrapuseram-se radicalmente à emergente teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais. Sustentavam os autores que os direitos fundamentais consistiam em simples direitos de defesa contra o Poder Público, e desta forma estavam previstos na Lei Fundamental alemã (art. 1.3.). O legislador constituinte sequer teria levantado a possibilidade de extensão da eficácia de tais direitos à esfera particular, o que revelava a vontade legislativa.[304]

---

[301] Mas Daniel Sarmento considera que essas discussões não seriam, ainda, suficientes para dar soluções ao problema: "[...] praticamente toda a discussão que vem sendo travada sobre a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada se restringe aos direitos individuais, ditos de 1.a geração. A questão relevantíssima, concernente à possibilidade de vinculação dos particulares aos direitos sociais não-trabalhistas, aos direitos políticos e aos direitos transindividuais, não despertou, com raras exceções, a merecida atenção da doutrina e jurisprudência nacional ou alienígena. E este silêncio constrangedor sinaliza de certa forma uma posição que parece insustentável, pelo menos à luz da ordem constitucional brasileira: a de que tais direitos não teriam nenhum tipo de eficácia nas relações privadas" (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 225). Considerando que o objeto da presente pesquisa é investigar se e como se aplica o devido processo legal às relações particulares individuais, não será aqui que se suprirá a lacuna apontada pelo autor – tema que merece um trabalho à parte.

[302] Ressalvada a 13.a Emenda que proibiu a escravidão.

[303] Cf. SARMENTO, op. cit., p. 223-226.

[304] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 308 e 318 et seq.; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 226; JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficácia de los Derechos Fundamentales entre Particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000, p. 98.

Ressaltavam, ainda, os riscos que a concepção representava para a autonomia privada[305] – que poderia ser aniquilada, senão totalmente assimilada pelo Direito Constitucional - e para o Poder Legislativo, já que se atribuía um poder exacerbado para o Judiciário.

Mas a teoria foi abandonada na Alemanha e acabou sendo incorporada em alguns poucos países[306]. É, hoje, a concepção que prevalece no direito norte-americano e canadense.

Nos EUA, onde a tese teve maior difusão, prevalece a idéia de que os direitos fundamentais impõem limitações tão-somente ao Poder Público — com exceção da 13.ª Emenda que proibiu a escravidão. Trata-se de axioma aceito por praticamente toda doutrina e tribunais.

Os principais argumentos utilizados para defender que os direitos fundamentais contêm e limitam, exclusivamente, as *state actions* são, em apertada síntese: *i)* o texto expresso e literal da Magna Carta norte-americana, que os faz incidir exclusivamente em relações públicas; *ii)* a necessidade de preservação da autonomia privada; e *iii)* a imposição, decorrente do pacto federativo, de que só os Estados legislem sobre relações privadas e, não, a União – salvo em tema atinente ao comércio interestadual e internacional -, não se admitindo, pois, que tribunal federal faça incidir diretamente direitos fundamentais nas relações privadas, sob o fundamento de estar aplicando a Constituição[307].

Malgrado a Suprema Corte dos EUA tenha superado o último dos argumentos, admitindo que a União produza normas sobre direitos fundamentais – o que a levou a elaborar inúmeras leis a partir da década de 60 do século XX -, os demais continuam servindo de base para a manutenção desta doutrina que recusa qualquer eficácia dos direitos humanos nas relações privadas.

Mas, a partir da década de 40, a Corte Americana traz algumas mitigações à teoria do *state action*, adotando a chamada *public function theory*, pela qual o ator privado que pratica ato que se reveste de natureza estatal, ou que é essencialmente estatal, submete-se à exigência de respeito aos direitos humanos alheios.

Partindo-se de uma visão panorâmica das principais decisões da Corte Suprema, percebe-se que estão abrangidas aí: atividades estatais delegadas, atividades tipicamente

---

[305] Que seria o principal argumento dos seus seguidores (Conforme, MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005, p. 21).

[306] Como diz Benedita Ferreira da Silva, são "cada vez menos autores que negam a relevância dos direitos fundamentais na esfera do direito privado" (MAC CRORIE, op. cit., p. 20-21).

[307] Conferir, SARMENTO, op. cit., p. 228-229.

estatais (ex.: advocacia privada) – ainda que não delegadas -, atividades privadas fortemente ligadas a uma entidade estatal (ex.: restaurante que ocupa espaço alugado pelo Poder Público).

Entende-se, ainda, que o Estado não pode avalizar ou incentivar, de nenhuma maneira, violações a direitos humanos perpetradas por particulares, razão pela qual é defesa a concessão de subsídios e vantagens para aqueles que as promovam[308].

Daniel Sarmento faz este excelente apanhado jurisprudencial para demonstrar como vem sendo aplicada a *public function theory* e constata a existência de grandes oscilações e instabilidades jurisprudenciais, que ora seguem, ora se desviam dos critérios acima expostos. E mais, "manifesta-se na Suprema Corte, desde a década de 70, uma tendência restritiva na aplicação desta teoria, o que contribui para a manutenção de vastos espaços da vida humana ao abrigo da incidência da Constituição dos EUA"[309].

Nos EUA, predomina, em sede doutrinária, a teoria da *state action*. Mas existem algumas vozes dissonantes que, com muita acuidade, combatem essa tendência dos tribunais, tais como os integrantes do *Critical Legal Studies*, e de movimentos feministas, que colocam em xeque esse tratamento diferenciado para as relações públicas e privadas, por falta de justificativa razoável[310].

Destacou-se, outrossim, Erwin Chemerinsky, defendendo que pregar a liberdade de um protagonista da vida privada de ofender o direito de outrem é admitir a violação ao direito desta vítima. Os direitos do ofensor são prestigiados em detrimento dos direitos do ofendido, afirma[311].

Fechando esse escasso quadro de doutrinadores dissonantes, tem-se Nowak e Rotunda, sustentando que a aplicabilidade dessas normas fundamentais nas relações privadas não deve ser excluída em abstrato. Deve ser aferida à luz do caso concreto, com base em um critério de ponderação [312].

Dizem, alguns autores, que o Direito Suíço, malgrado afeito ao modelo romano-germânico, adotou a teoria do *state action*. Essa visão clássica e liberal dos direitos fundamentais seria amplamente aceita em sede de doutrina e jurisprudência.[313] Virgílio

---

[308] "O mesmo, no entanto, não ocorre com as empresas simplesmente sujeitas a algum licenciamento estatal ou a uma intensiva regulamentação de suas atividades pelo Estado, pois tal circunstância, segundo a Corte Suprema, não basta para caracterizar sua atividade como *state action*" (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 233).
[309] SARMENTO, op. cit., p. 231.
[310] *Apud* SARMENTO, op. cit., p. 235-236.
[311] *Apud* SARMENTO, op. cit., p. 235-236.
[312] *Apud* SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 235-236.
[313] SARMENTO, op. cit., p. 227.

Afonso da Silva discorda. Afirma que os ditos autores usam a decisão no caso *Selig* para justificar a adoção da teoria pela jurisprudência suíça, mas esse julgado não refletiria a jurisprudência reiterada e a doutrina do país. Cita outros arestos em que a tese aceita foi a dos efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações privadas e ressalva que, desde a reforma constitucional de 1999, a Constituição Suíça incorporou o art. 35, 3, que expressamente prevê a produção desses efeitos, nos seguintes termos: "As autoridades públicas devem cuidar para que os direitos fundamentais, na medida em que sejam aptos para tanto, tenham eficácia também nas relações entre privados"[314].

No Canadá, a corrente também foi seguida. No julgamento do caso *retail, Wolesale & Department Store Union Local 580* v. *Dolphin Delivery Ltd.*, em 1986, a Corte Suprema Canadense firmou o posicionamento de que os direitos fundamentais só incidem sobre *state actions*, incorporando a doutrina predominante[315].

A jurisprudência da África do Sul ensaiou o acolhimento da teoria ao decidir o *case Du Plessis* v. *De Klerk* – pautando-se na Constituição provisória, que se seguiu ao regime do *apartheid*. Mas a Constituição definitiva de 1997 consagra expressamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, na sua seção 8 (2)[316].

4.4.2.2 Teoria da eficácia mediata ou indireta.

Com uma postura intermediária, encontra-se a *teoria da eficácia indireta e mediata* dos direitos fundamentais na esfera privada (também chamada de teoria dualista[317]).

Coloca-se entre extremos opostos: não nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (como a tese da *state action*), tampouco sustenta a incidência direta de tais direitos no contexto privado (como a tese da eficácia direta).

De acordo com essa doutrina, o legislador deve servir de mediador entre a Constituição e os atores privados. A Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas serve de baliza para o legislador infraconstitucional, que deve tomar como parâmetro os valores constitucionais na elaboração das leis de Direito Privado, e para o juiz que deve interpretar e integrar tais leis conforme as normas constitucionais.

---

[314] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares***.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 82-83
[315] SARMENTO, op. cit., p. 237.
[316] SARMENTO, op. cit., p. 237.
[317] MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 24.

Surgiu na Alemanha, predominando não só lá [318], mas, também, na Áustria[319] e, de certo modo, na França[320].

Algumas notas sobre sua gênese.

Em meados do século XX, o alemão Günter Dürig, em sua obra "Grundrechte und Privatrechtsprechung", desenvolveu a doutrina da eficácia mediata (indireta) dos direitos fundamentais, que se tornou a concepção prevalecente na doutrina e no Tribunal Constitucional da Alemanha.

Diz o autor alemão que o Direito Privado deve estar conectado com a Constituição e seus valores fundamentais. E isso se revela na instituição pelo legislador privado de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que incorporem os direitos fundamentais, cabendo ao juiz, ao preenchê-los e aplicá-los, extrair seu sentido valorativo e constitucional[321-322].

---

[318] O BVerfG alemão acolheu essa tese da eficácia indireta dos direitos fundamentais no famoso caso *Luth*. O Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, *Erich Luth*, coagiu os distribuidores e donos de cinemas para que não expusessem ou propagassem fita de um diretor que filmou enredo anti-semita no período nacional-socialista. Os responsáveis pelo filme (produtor e distribuidor) ajuizaram ação indenizatória em face de *Erich Luth*. O Juízo competente acolheu suas alegações, considerando a conduta do acionado ofensiva à moral e aos bons costumes, configurando-se um boicote. *Erich Luth*, proibido pelo juízo de se manifestar sobre o filme, lançou mão de uma queixa constitucional por violação do seu direito fundamental de liberdade de expressão, o que foi acolhido pelo BVerfG, reformando-se a dita sentença.
Considerou o tribunal que o arcabouço de direitos fundamentais constante na Lei fundamental deveria ser considerado objetivamente, enquanto substrato valorativo que deve servir de norte em todos os ramos do direito. Os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação do direito privado, sobretudo através das cláusulas gerais. "A contenda mantém-se, material e processualmente, uma contenda de direito civil. É o direito civil que é aplicado e interpretado, ainda que essa interpretação deva obedecer ao direito público, à Constituição". Entendeu-se que, no caso em tela, o juízo, ao considerar que a conduta de *Erich Luth* violava os bons costumes, preservado no parágrafo 826°do BGB, não considerou o seu direito fundamental à liberdade de expressão. (Tradução livre das palavras da Corte feita pela portuguesa MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005, p. 26-27).

[319] Na Áustria, é proclamada a necessidade de preservação dos direitos fundamentais nas relações particulares, mas a maior parte da doutrina defende que essa tutela deve ser dada, indiretamente, pelo Direito Civil, máxime através da interpretação e preenchimento das cláusulas gerais (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 242).

[320] Na França, diante da primazia da lei que impera no Judiciário, bem como do zelo pela separação de poderes, não é comum falar-se em incidência de direitos fundamentais no âmbito privado. O que mais se vê é a proteção dos direitos fundamentais através de um controle preventivo de constitucionalidade, quando se evita a penetração de leis que os ofenda no ordenamento jurídico e, ainda, se firmam diretrizes de interpretação daquelas que logram adentrar a ordem jurídica. Mas a verdade é que os tribunais ainda são retraídos no que tange a solução de conflitos privados conforme direitos fundamentais. As poucas vezes em que o fazem, é com a invocação de princípios gerais do direito, dos bons costumes e da ordem pública. Na doutrina francesa encontram-se adeptos da teoria da eficácia indireta e da eficácia direta – ambas correntes reproduzindo os argumentos de cada uma das teorias, já vistos ou a serem vistos a seguir. Mas sua jurisprudência demonstra uma tendência voltada para a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, nos moldes acima expostos (Cf. SARMENTO, op. cit., p. 243-244).

[321] Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 243 MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005, p. 24 et seq.; CRUZ, Rafael Naranjo de La. *Los Limites de los Derechos Fundamentales em las Relaciones entre Particulares:* La Buena Fe. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, Centro de Estúdios Políticos y Constiucionales, 2000, p. 169 et seq.

Não admite, contudo, a eficácia direta dos direitos humanos nas relações particulares, o que fulminaria a autonomia privada[323] e deturparia o papel do próprio Direito Privado, que acabaria se transformando num simples instrumento de efetivação da Constituição. O Direito Privado acabaria sendo tragado pelo Direito Constitucional; não se aplicariam mais leis privadas, mas, sim, leis constitucionais. Com isso, o papel do legislador ordinário seria tomado pelo juiz, que poderia saltar as normas infraconstitucionais, aplicando diretamente aquelas sediadas na Constituição. O Judiciário restaria munido, portanto, de um poder excessivo, submetendo-se a autonomia e liberdade individuais ao livre arbítrio judicial[324].

Daí dizerem os partidários dessa teoria mediatista que cabe ao legislador incorporar os valores constitucionais nas leis privadas. Entre a Constituição e os particulares, coloca-se o legislador, com a incumbência elaborar normas protetivas dos direitos fundamentais, sem desdenhar da autonomia privada. É tarefa legislativa e não judicial harmonizar o direito fundamental de um particular com a autodeterminação do outro, promovendo essa ponderação de interesses no bojo das próprias leis privadas. Dessa forma, sustentam, confere-se maior segurança ao contexto negocial, preservando-se a separação de poderes e a democracia.

E o que resta ao juiz, pergunta-se: aplicar e interpretar as leis privadas e colmatar as suas lacunas, preenchendo suas cláusulas gerais e conceitos juridicamente indeterminados[325]; ou, simplesmente, não aplicá-las se maculadas por vício de inconstitucionalidade, o que cabe, tão-somente, à Corte Constitucional Alemã. Não lhe é dado aplicar diretamente leis constitucionais, notadamente seus direitos fundamentais.

---

[322] Seu ponto de partida é o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Lei Fundamental de Bonn, que impõe para o Estado-Legislador o dever de edificar e formatar a ordem jurídica privada, de forma a que forças privadas sejam impedidas de ofender a dignidade do homem. (JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficácia de los Derechos Fundamentales entre Particulares.* Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000, p. 109-110).

[323] Durig coloca o princípio da liberdade (que abrange a liberdade no tráfico jurídico-privado) como máxima basilar no ordenamento jurídico, que também decorre da dignidade da pessoa humana. E sujeitar os particulares a uma eficácia direta dos direitos fundamentais alheios implica uma restrição e opressão demasiada à sua própria liberdade, afrontando sua dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade, valores previstos a nível constitucional (Cf. JULIO ESTRADA, op. cit., p. 110-111; ANDRADE, op. cit., p. 243; MAC CRORIE, op. cit., p. 25).

[324] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 239.

[325] MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005, p. 24.

Mas alguns autores como Carlos Alberto Mota Pinto[326] e Karl Larenz[327], defendem que, em sendo as leis privadas forem lacunosas, não subsistindo cláusulas gerais ou conceitos indeterminados a serem colmatados, aí, sim, pode o juiz aplicar imediatamente os direitos fundamentais no contexto privado.

Pondera Larenz que só há margem para uma concretização direta dos princípios constitucionais pelos tribunais quando o legislador não tenha feito uso de seu direito preferencial de efetivá-los – especialmente quando as leis contenham lacunas ou sejam tidas por inconstitucionais e inválidas pelo Tribunal Constitucional Federal[328].

Admite-se, assim, subsidiariamente, a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, quando omisso o ordenamento privado sobre o tema[329].

Mas essa teorização não está a salvo de censuras. Tem sido alvo de severas críticas pela doutrina.

Diz-se que a invasão das leis privadas por preceitos constitucionais compromete o princípio da legalidade, gerando insegurança na aplicação das leis – o que parece infundado, considerando que as leis serão, sim, fielmente respeitadas, mas transpirando os valores da Constituição[330].

Além disso, afirma-se que não garante que os direitos fundamentais serão observados no contexto privado, eis que sua incidência fica na dependência de uma iniciativa do legislador[331].

Trata-se de ponderação, também, questionável, levando-se em conta aqueles que defendem que, se a lei for lacunosa e omissa, poderá, sim, o juiz dar aplicabilidade direta aos direitos humanos das contendas privadas.

---

[326] Diz o autor que "em casos absolutamente excepcionais, por não existir cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado adequado, uma norma constitucional reconhecedora de um direito fundamental aplica-se independentemente da mediação de uma regra de direito privado [...]" (PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 74).

[327] LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Jaén: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 100-101.

[328] Ibidem, p. 101.

[329] O que já reconheceu a Corte Alemã (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, cit., p. 242).

[330] Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 244-245.

[331] Segundo Ubillos, a mediação do legislador, ainda que seja altamente recomendável, não pode ser tida como imprescindível, salvo em matéria penal, até porque não cabe no ordenamento espanhol o controle das omissões legislativas. A realização do direito fundamental não pode depender de uma regulamentação pela legislação privada. E mais. A legislação privada não pode prever tudo, contemplar todas as situações. E mesmo assim não são poucos os casos em que o legislador é omisso na regulamentação dos mandamentos constitucionais (UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 310-312).

Acusa-se, enfim, a tese de reproduzir a consolidada hermenêutica constitucional – que prega interpretação conforme a constituição -, denotando sua inteira inutilidade[332]. Este argumento é bem colocado, considerando-se, outrossim, que essa doutrina pouco se afasta daquela que prega a eficácia direta dos direitos fundamentais, afinal admite que o juiz também o faça, desde que silente a lei.

Com efeito, em última instância, tanto legislador quanto juiz tem o poder-dever de conformar direitos fundamentais nas leis e nas decisões. Quando o legislador já realiza, previamente, a ponderação entre o direito fundamental de um indivíduo e a autonomia privada do outro, esvazia-se o papel do juiz. Mas quando o legislador é omisso, cabe ao juiz conformá-los, à luz da situação concreta. Conjugando-se as atividades legislativas e judiciais, a concepção mediatista acaba reconduzindo àquel'outra imediatista, acaba autorizando a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares – com ou sem mediação do legislador[333-334].

Daí dizer Ubillos que a tese alemã é uma verdadeira peripécia especulativa artificiosa, que termina por regressar ao mesmo ponto de partida[335].

4.4.2.3 Teoria da eficácia imediata ou direta.

Para a *teoria da eficácia direta e imediata* dos direitos fundamentais na esfera privada (também chamada de teoria monista[336]), tais direitos têm plena aplicação nas relações particulares, podendo ser invocados diretamente, independentemente de qualquer mediação do legislador infraconstitucional. Privilegia-se, com isso, a atuação do magistrado em cada caso concreto.

---

[332] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 314-315; MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*, cit., p. 63; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, cit., p. 245.

[333] Assim, UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, cit., p. 317; MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005, p. 64

[334] Wilson Steinmetz assevera que as teorias da eficácia mediata e imediata não são incompatíveis. Na verdade, complementam-se. "Onde termina (ou não há) a possibilidade de viabilização da primeira inicia a segunda. Ambas são exigências da (e garantem a) eficácia dos direitos fundamentais como princípios objetivos de todo ordenamento jurídico" (STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 266). Também assim, GRAU, Maria Venegas. *Derechos Fundamentales e Derecho Privado*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2004. p. 201- 203, 231- 232.

[335] UBILLOS, op. cit., p. 315-316.

[336] Cf. MAC CRORIE, op. cit., p. 21.

Mas os adeptos da tese reconhecem a existência de especificidades na incidência dos direitos fundamentais em terreno privado, máxime a necessidade de ponderá-los, sempre, com a autonomia da vontade, também ela um direito fundamental.

A teoria foi desenvolvida inicialmente por Hans Carl Nipperdey, presidente do *Bundesarbeitsgericht* (BAG),[337] na Alemanha, em meados do século XX. Defendia o jurista que alguns direitos da Lei Fundamental alemã vinculavam, exclusivamente, o Estado, mas existiam aqueles que incidiam igualmente sobre os particulares, de forma direta e imediata. E isso decorreria do conteúdo concreto, da função, da substância do próprio direito fundamental e, não, de uma concepção historicamente construída sobre ele. Tais direitos teriam, pois, eficácia *erga omnes*[338].

Walter Leisner partiu dessa doutrina, indo além, para sustentar que a ordem jurídica alemã deve ser vista global e unitariamente, não sendo admissível a marginalização do Direito Privado, privando-o da incidência direta das normas fundamentais. Entende que está cada vez mais forte a tese de que os direitos fundamentais incorporam subvalores decorrentes de um valor central que é a dignidade da pessoa humana – que, por sua vez, assegura uma tutela abrangente o bastante (universal) para incidir, também, no contexto privado, na mesma medida[339].

Reinhold Zippelius[340], ainda nessa linha, afirma que existem formas diferentes de incidência dos direitos fundamentais na esfera privada. Pode conferir-se eficácia direta – citando, como exemplo, o art. 9, parte 3, da Constituição Bohn, que toma por nulas avenças privadas que atentem contra o direito de coligação dos partidos políticos –, mas sem excluir a possibilidade da prévia eficácia indireta, com a utilização dos valores constitucionais como

---

[337] O que se refletiu na posição inicial adotada por esse tribunal ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado, em 1957, no caso *Lernpflegerin* – malgrado depois tenha optado pela adoção da aplicação mediata, como se viu. Na verdade, a posição do autor "não suscitou especial entusiasmo entre os constitucionalistas, nem tão-pouco por parte do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), que declarou que o BAG foi demasiado longe" (Cf. MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 21- 23).

[338] Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 244 UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 22.
É a conclusão que se impunha com a opção constitucional alemã pelo *welfare state*. Também os poderes sociais e particulares oprimem os direitos fundamentais alheios, devendo, pois, ser contidos.

[339] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.). *A Constituição Concretizada*. Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 121-122; MAC CRORIE, op. cit., p. 23 et seq.

[340] ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971, p. 173-174.

diretrizes de interpretação das outras leis. A ordem de valores constitucionais, diz, deve nortear e impulsionar a legislação, administração e judicatura.

Malgrado existam julgados alemães nesse sentido, a verdade é que a teoria não foi bem aceita no país. Não foi acolhida pela doutrina e jurisprudência dominantes[341]. Prevaleceu, isso sim, na Espanha, Portugal, Itália e Argentina.

Na Espanha, não há dispositivo expresso na Constituição adotando a teoria, mas muitos dos seus doutrinadores a acolheram, tais como, Juan Maria Ubillos[342], Antonio-Enrique Perez Luño[343], Rafael Naranjo de La Cruz[344] e Maria Venegas Grau[345].

Cada autor traz seus próprios argumentos em defesa da tese, mas quase todos são enfáticos ao dizer que a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera particular deve ser ponderada com a autonomia privada.

Os julgados espanhóis revelam a mesma tendência, mas a discussão acabou ganhando uma conotação processual, girando em torno do cabimento do recurso de amparo[346]. É o que esclarece, em poucas palavras, Daniel Sarmento:

> O recurso de amparo é um instrumento processual de defesa dos direitos fundamentais, que foi previsto apenas nos casos de violação ou ameaça de direitos constitucionais por parte dos Poderes Públicos. Mas, para justificar a admissibilidade do amparo em questões envolvendo a violação de direitos humanos nas relações privadas, elaborou-se a construção de que a ofensa tutelada não é proveniente da conduta do particular, mas sim do Poder Judiciário, quando este não estiver protegido adequadamente tais direitos na prestação jurisdicional. Através deste engenhoso artifício, foi possível levar ao Tribunal Constitucional da Espanha demandas envolvendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais[347].

---

[341] Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 246.

[342] Juan Maria Bilbao Ubillos pontua que subsistem direitos fundamentais que se referem às relações particulares, devendo sobre elas incidir - isso sem olvidar a necessidade de ponderá-los com a liberdade e autonomia negocial. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 316 et seq. e 332 et seq.

[343] Diz autor que a superação do dogma da igualdade meramente formal fez com que se enxergasse, nas sociedades neocapitalistas, a existência de relações privadas substancialmente desequilibradas, compostas por centros de poder em um dos seus pólos – não menos opressores que o poder estatal. Isso determinou a necessidade de revisão da eficácia dos direitos fundamentais, então restrita ao contexto público. Era imprescindível estendê-la para todo o ordenamento jurídico, inclusive para o âmbito privado. Foi o que se impôs com a transição do Estado Liberal para o Estado Social (LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales.* 8 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 22-23).

[344] CRUZ, Rafael Naranjo de La. *Los Limites de los Derechos Fundamentales em las Relaciones entre Particulares:* La Buena Fe. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, Centro de Estúdios Políticos y Constiucionales, 2000, p. 210 et seq..

[345] GRAU, Maria Venegas. *Derechos Fundamentales e Derecho Privado.* Madrid/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2004, p. 201- 203, 231-232.

[346] Cf. CRUZ, op. cit., p. 206 et seq..

[347] SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 248-249. É essa visão que se encontra, por exemplo, na obra de Antonio Cano Mata: "¿Es jurídicamente posible el ejercicio del recurso de amparo, frente a violaciones realizadas por particulares? […] Creemos, sin embargos, que la

Também os portugueses optaram por essa teoria, contando, inclusive, com expressa consagração constitucional (art. 18.1 da Constituição[348]).

Em nível doutrinário, ainda assim, perdura uma discussão[349]. Parte da doutrina perfilha a teoria da eficácia direta, contando com nomes como Vital Moreira, Canotilho[350], Ana Prata[351], José João Nunes Abrantes, dentre outros. Outra parte, a despeito da literalidade da Constituição, segue a linha da eficácia indireta, revelando-se em autores como Mota Pinto[352], Jorge Reis Novais[353], Menezes Cordeiro e Flávio Lucas Pires. E há aqueles que

---

solución negativa se impone, puesto que – indubitadamente, en nuestra opinión – el artículo 41.2 de la LOTC ha venido a configurar el amparo, única y exclusivamente, frente a las violaciones de derechos, provocadas por la actuación de los poderes públicos y no por particulares. En estepeñito, nos parece impecable la tesis mantenida por JAVIER SALAS, quien entiende que, frente a violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas por parte de particulares y entes privados, la única garantía judicial es la representada por la jurisdicción ordinaria, a través de los cauces previstos en la legislación procesal común o en las normas especiales sobre protección de los derechos fundamentales de la persona. Agotada dicha vía judicial – sigue diciendo el autor citado – no cabe acudir al Tribunal Constitucional, a menos que se den los supuestos del artículo 44.1 de la LOTC. Pero en este caso – añadiremos nosotros - el amparo es posible por presuntas violaciones de derechos públicos, por parte de los particulares, sino porque esta violación es imputable – de modo inmediato y directo – a una acción u omisión de los órganos judiciales" (MATA, Antonio Cano. *El Recurso de Amparo (Doctrina del Tribunal Constitucional)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1983, p. 14-15).

[348] "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas".

[349] Vieira de Andrade, seguido por Benedita Ferreira da Silva, esboça um excelente panorama dos diferentes posicionamentos da doutrina portuguesa sobre o tema, exposto a seguir, destacando que todos acabam por concordar em dois pontos fulcrais: *i)* "os sujeitos privados poderosos não podem ser tratados como quaisquer outros indivíduos"; *ii)* "devem ser consideradas ilícitas nas relações privadas as diferenças de tratamento ou restrições que atinjam a dignidade da pessoa humana", não podendo, no entanto, destruir-se a autonomia pessoal e a liberdade negocial (Cf. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 253; MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 62).

[350] Canotilho e Vital Moreira, co-autores dos "Fundamentos da Constituição", registram sua opinião incisiva de que os direitos fundamentais aplicam-se às relações privadas tal como se aplicam nas relações públicas. São, pois, *erga omnes* (CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 121 et seq.).

Mas J.J. Gomes Canotilho, no seu célebre "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", diferenciando a teoria da eficácia direta e a teoria da eficácia indireta, sustenta a necessidade de se compatibilizar direitos fundamentais, com a proteção à autonomia privada e aos princípios fundamentais do Direito Civil (*Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, p. 448 e 1287-1288). Demonstrou, assim, mais sensatez e ponderação.

Em obra mais recente, o autor já não se mostrou tão convicto e propôs-se a maiores reflexões (Cf. SARMENTO, op. cit., p.251). E, no último estudo encontrado, sem abandonar a idéia de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, o constitucionalista português comenta as possibilidades de aplicação dos direitos fundamentais mediadas pelo Estado – propondo posturas diferenciadas a serem adotadas pela figura do "provedor de justiça" neste intento (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 90 et seq.).

[351] PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 137-140.

[352] Malgrado admita, em casos extremos (de omissão legislativa), a aplicabilidade imediata (PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 72 a 75).

[353] O autor dedica páginas e páginas a duras críticas dirigidas à tese da eficácia direta dos direitos fundamentais e defende, ao que parece, a teoria dos deveres de proteção do Estado, o que o aproxima mais da teoria da eficácia indireta. Impõe ao Estado o dever de proteção dos bens fundamentais dos particulares contra ameaças de terceiros, graduando esse dever na medida das necessidades e carências de tutela observadas, o que se revela à

optem por posições intermediárias, admitindo, de uma forma geral, incidência direta de direitos fundamentais em questões privadas, desde que ponderada com a autonomia e liberdade negocial, tais como Jorge Miranda[354], Vieira de Andrade [355], Miguel José Faria[356], Vasco Pereira da Silva[357] e Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie[358].

---

luz do caso concreto. A proteção deve se dar na medida da situação de vulnerabilidade e debilidade em que se encontra o indivíduo. E nada disso dispensa a mediação do Estado, ainda que, em casos extremos, através do julgador, o que se resume na seguinte fórmula: "o que temos, a final, é uma relação jusfundamental entre o Estado e o indivíduo que nasce da intervenção restritiva decidida pelo juiz. Donde que uma tese que procurava escapar à mediação do Estado (traduzida no dever de protecção dos direitos fundamentais em questão) recorrendo, para isso, à construção da oponibilidade directa do direito fundamental ao outro particular, acaba por reconduzir o problema para o plano das relações Estado/indivíduo" (REIS, Jorge Novais. *Direitos Fundamentais*. *Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 95).

[354] Jorge Miranda não se posiciona diante das teorias citadas (direta e indireta), indica que os resultados práticos de ambas as teorias parecem-lhe próximos. Limita-se a defender que a solução correta deve se dar com a ponderação de interesses, caso a caso, sem deixar de pré-fixar alguns critérios e parâmetros de composição. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 320-327).

[355] Vieira de Andrade entende que, malgrado seja expressa a Constituição portuguesa sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, nada diz sobre a forma como deverão incidir: se direta, se indiretamente. Considerando que a Constituição preocupa-se, a um só tempo, com a justiça social e a autonomia privada, defende que, toda vez que for manifesto o desequilíbrio de poderes na esfera privada, a parte vulnerável deve ser considerada titular de direito fundamental em face daquel'outra dotada de maior poderio (pessoa coletiva ou, excepcionalmente, um indivíduo) – que, por sua vez, também é detentora de direitos fundamentais, a serem considerados em maior ou menor medida, a depender do caso, o que impõe uma harmonização, uma ponderação. Mas nada se resolve em abstrato, diz o autor português. Só à luz do caso concreto é possível definir de que forma e em que medida os poderes sociais serão confinados pela exigência de respeito aos direitos fundamentais dos particulares. Diz ainda que, nas relações desiguais, os direitos humanos operam em sua dimensão subjetiva, enquanto direitos subjetivos fundamentais oponíveis contra terceiros. Já nas relações comuns, mais equilibradas, operam em sua dimensão objetiva, enquanto valores constitucionais, a serem realizados pelo legislador ordinário – quando possuiriam, pois, uma eficácia indireta. No contexto das relações equânimes, defende que, havendo uma norma legal que discipline a situação, deve o julgador aplicá-la, presumindo-se que o legislador já fez a necessária harmonização dos valores contrapostos – o que não exclui a possibilidade de afastá-la, por inconstitucionalidade, ou interpretá-la conforme a Constituição. Não subsistindo uma norma específica para a questão, deve o juiz interpretar e integrar os conceitos vagos de direito privado (ex.: boa-fé, bons costumes, dentre outros), de acordo com os valores constitucionais, ou decidir o caso conforme os princípios gerais do direito. Isto é, nas relações paritárias a eficácia dos direitos fundamentais seria, a princípio, indireta, incidindo em sua dimensão estritamente objetiva – não constituindo, pois, direitos subjetivos. Vendo-se diante do choque entre um direito fundamental e a autonomia privada, o operador do direito deve, a princípio, dar primazia à autonomia privada, salvo se estiver em grande risco a dignidade da pessoa humana – por ser princípio basilar que dá unidade e coesão ao sistema de direitos fundamentais da Constituição Portuguesa. É a solução adotada pelo autor: "aceitar a *liberdade* de actuação individual, mas só desde que não se prejudique intoleravelmente a ideia de dignidade da pessoa humana" (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 251, 254, 257 e 260-267).

[356] O autor traz lições que se assemelham às de Vieira Andrade, mas não menciona a necessidade de ponderação do direito fundamental com a autonomia privada (FARIA, Miguel José. *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem.* V. I. 3 ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001, p. 139-140).

[357] Com lições bem semelhantes às do português Vieira Andrade, tem-se seu conterrâneo, Vasco Manuel Pereira da Silva. Assevera que nas relações particular/poder, há uma vinculação direta, decorrente da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais (que impõem um "dever ativo de cooperação" dirigido a entidade poderosa); já nas relações particular/particular, em que não há assimetria, os protagonistas privados estão sujeitos a uma eficácia externa dos direitos fundamentais alheios (que impõem mero "dever geral de respeito", oponível *erga omnes*), que incidem em sua dimensão estritamente objetiva (PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, n. 82, 1987, p. 47-51).

Segundo Canotilho, a jurisprudência portuguesa é vacilante – o Tribunal Constitucional sequer se manifestou sobre essas teorias antagônicas -, não existindo um posicionamento definitivo a ser apontado[359].

Já Benedita da Silva afirma que a jurisprudência dos tribunais ordinários portugueses se tem manifestado pela vinculação direta, porém não absoluta, dos particulares aos direitos fundamentais – ponderando a possibilidade de adoção de soluções diferenciadas em cada caso. Não desafiam, porém, a polêmica que existe sobre o tema em torno do mundo[360]. No Tribunal Constitucional, contudo, não encontrou muitas decisões que enfrentem o problema, mas pôde citar alguns acórdãos como os de n. 31/84, 198/85, 93/92, dentre outros, dos quais se extrai que se estendem às relações particulares, de forma direta e imediata, os seguintes direitos fundamentais - todos eles direitos que não deixam dúvidas sobre sua incidência direta no contexto particular.: *i)* de participação dos trabalhadores na construção da legislação laboral; *ii)* de sigilo de correspondência; *iii)* de greve. Mas no Acórdão 185/2003 é reconhecida a eficácia direta de outros direitos fundamentais não tão óbvios como "gestão democrática de partidos, liberdade de expressão, direitos de reunião e manifestação e de participação dos cidadãos na vida política através de partidos políticos"[361]. Pondera a autora que o tribunal não justifica a extensão de tais direitos ao âmbito particular, tampouco esclarece se outros direitos fundamentais também seriam horizontalmente estendidos, razão por que a vinculação de entidades particulares aos direitos fundamentais é questão que não recebeu resposta ampla e definitiva deste tribunal[362].

A Corte Constitucional Argentina já reconheceu a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, desde a década de 60, no caso paradigmático de *Samuel Kot*[363].

Na Itália, a questão não é tão simples. A Constituição italiana (Art. 2º) não foi clara, mas parece ter adotado a teoria da eficácia direta. A sua opção constitucional por um Estado Social só ratifica isso. A doutrina italiana a que se teve acesso, direto ou indireto,

---

[358] Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie adota posição similar à ora adotada, conjugando uma eficácia imediata dos direitos fundamentais – não absoluta, ressalva – com a imposição de deveres de proteção para o Estado. Propõe uma confluência das teorias. (MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 86-91).

[359] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 1292.

[360] MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 86–89.

[361] MAC CRORIE, op. cit., loc cit.

[362] MAC CRORIE, op. cit., loc cit.

[363] Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 251.

segue essa linha de intelecção. É o que se vê na obra de Vezio Crisafulli, Alessandro Pace[364] e Pietro Perlingieri[365]. Falam na eficácia *erga omnes* dos direitos fundamentais, que também vinculam os atores privados, sobretudo, nas situações iníquas[366]. E existem registros doutrinários de que a sua Corte Constitucional teria seguido essa mesma construção teórica[367].

Em que pese sua grande acolhida em todos esses países de origem latina, no seu berço, a Alemanha, a doutrina foi deixada para trás, optando-se pela tese a seguir.

4.4.2.4 Teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos Direitos Fundamentais.

Mais recentemente, na Alemanha, foi criada a *teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais*, destacando-se, dentre seus seguidores, Joseph Insense, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris. Mereceu acolhida, ainda, no Tribunal Constitucional Alemão[368].

Baseia-se na idéia de que ao Estado não basta abster-se de violar direitos fundamentais, deve, outrossim, protegê-los de lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive, particulares. É o que sintetiza, com propriedade, Vieira Andrade:

> Os preceitos relativos aos direitos fundamentais dirigir-se-iam *em primeira linha* às relações entre os particulares e os poderes públicos, mas estes, para além do dever de os respeitarem (designadamente de se absterem de os violar) e de criarem as condições necessárias para sua realização, teriam ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares[369].

Seus partidários [vanglor]iam-se da construção por eles mesmos proposta, porquanto: i) mantenha intocada a autonomia privada, já que opõe o dever de respeito e preservação dos direitos fundamentais, tão-somente, ao Estado, mais especificamente ao Estado-Legislador; ii)

---

[364] Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 256.

[365] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11- 12.

[366] Também confirma sua aceitação na Itália, CRUZ, Rafael Naranjo de La. *Los Limites de los Derechos Fundamentales em las Relaciones entre Particulares:* La Buena Fe. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, Centro de Estúdios Políticos y Constiucionales, 2000, p. 186.

[367] Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 256.

[368] Como informa Claus Canaris, em obra exclusivamente destinada a analisar a problemática à luz da doutrina e da jurisprudência alemãs. (CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Coimbra: Almedina, 2006, p. 56-58). Também com essa informação, SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.). *A Constituição Concretizada.* Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 126.

[369] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 248.

evita o ativismo judicial, vez que mesmo omisso o legislador, não cabe ao juiz suprir a lacuna legal, caso em que a única solução cabível é o controle de constitucionalidade por omissão, pelo Tribunal Constitucional; iii) contêm-se, enfim, excessos e abusos judiciais, para preservar a separação de poderes[370].

Claus Canaris, em trabalho dedicado à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas na Alemanha, faz uma boa exposição sobre a recente tendência doutrinária e jurisprudencial de atribuir-se ao Estado não só deveres negativos de abstenção, como também deveres positivos de proteção. Servem, pois, os direitos fundamentais: *i)* enquanto *proibições de intervenções* e *direitos de defesa em relação ao Estado* (*Eingriffsverbote und Abwehrrechte*), quando se impõem como escudo dos cidadãos contra ilegítimas investidas do Estado em seus bens jurídicos mais fundamentais; *ii)* enquanto *mandamentos de tutela* ou *deveres de proteção* (*Schutzgebote*), quando obrigam ao Estado à proteção positiva de seus cidadãos[371].

Tais deveres de tutela positiva do Estado contra lesões e ameaças advindas, também, de entes particulares decorre do princípio do Estado de Direito e do monopólio do Estado da imposição da autoridade e da força lícita. Não cabe aos cidadãos, de ordinário, fazer justiça com as próprias mãos. É papel do Estado que tomou para si esse múnus[372].

E a problemática central, segundo Canaris, consiste em assentar que o ordenamento jurídico tem a obrigação de defender um cidadão contra o outro – por exemplo, "contra o fato de um banco exigir de um indivíduo sem patrimônio uma fiança em garantia de pagamento de uma dívida elevada, contra o fato de um empregador não estabelecer um vínculo empregatício com um aprendiz por este ter externado a sua opinião em matéria política" e outros[373]. O legislador privado, agente estatal, tem o dever de observar e defender os direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade das leis por ele criadas. Mas os particulares, a céu aberto, não se submetem a esse mesmo ditame, não são sujeitos passivos de

---

[370] Nesta seara, digna de nota a exposição de Alexei Julio Estrada (JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficácia de los Derechos Fundamentales entre Particulares.* Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000, p. 139-141).

[371] CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 235-238.
Enfim, exige-se do Estado tutela negativa (de não ofensa aos seus direitos) e positiva (de proteção efetiva desses direitos contra ofensas alheias).

[372] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 248; MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*, cit., 29.

[373] CANARIS, op. cit., p. 235 a 238.

tais direitos por incidência direta das normas constitucionais; só o serão, por incidência indireta, através de leis ordinárias que veiculem tais direitos humanos[374].

Daí dizer-se que a teoria, em comento, aproxima-se muito da teoria da eficácia indireta, pois ambas reclamam uma mediação do legislador.

Benedita Ferreira da Silva revela que a jurisprudência do BVerfG foi determinante para acolhida da teoria na Alemanha. Os primeiros registros de adoção consciente da tese encontram-se no julgado em que se debate a constitucionalidade da lei que legitima o aborto em solo alemão, excluindo sanções penais. Nessa ocasião, o BVerfG firmou o posicionamento de que o Estado tem o dever positivo de proteger a vida de todo ser humano – enquanto valor objetivo do ordenamento, sem considerações acerca do seu caráter de direito subjetivo -, conforme o art. 2º, n. 2, 1.a parte, da Lei Fundamental. Excluir a pena, por aborto, é deixar os cidadãos malferirem bem fundamental (a vida), que não estaria sendo protegido pelo Estado por meio da legislação penal. A descriminalização do aborto seria um desrespeito ao dever de proteção do Estado. Inclusive, esse dever de proteção da vida é vinculado, em julgado posterior, ao instituto da *proibição da insuficiência* (exigência de tutela mínima) [375], cuja idealização se atribui a Claus Canaris[376].

---

[374] CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Coimbra: Almedina, 2006, p. 53-56.

[375] Canaris, ao pensar o dito instituto (*proibição da insuficiência*), concluiu que ele ajudaria a compreender a teoria da eficácia mediata, dando-lhe um algo mais - tanto que acabou sendo acolhido pelo Tribunal Constitucional Alemão. Concebeu-se como uma vedação constitucional a que o Estado desça abaixo de um patamar mínimo de proteção. Deve-se dar uma tutela mínima aos direitos fundamentais.

Na sua opinião, o *imperativo de tutela* (dever de proteção) conjugado com a *proibição de insuficiência* (proteção mínima) produzem efeitos mais brandos e tênues no seio das relações privadas, o que preserva em maior medida a autonomia privada e a autonomia do próprio Direito Privado. Isso se explica por duas razões: de um lado, porque a tutela estatal é sempre mediada pelo legislador – não podendo o juiz ir além de suas diretrizes; de outro, porque uma omissão tutelar do Estado pode se dar mediante uma fundamentação mais precária, pois inviável é uma justificativa plena de não-utilização de todos os meios de proteção existentes no sistema (CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Coimbra: Almedina, 2006, p. 65-68).

Importante não confundir a *proibição do défice* (*proibição da insuficiência*) – associada ao direito fundamental enquanto imperativo de tutela - com a *proibição do excesso* – ligada ao direito fundamental enquanto direito de defesa e não-intervenção.

A proibição do défice exige que as leis privadas ofereçam uma proteção suficiente, bastante e eficiente dos direitos fundamentais. Mas não define de forma rigorosa como o direito fundamental deve ser realizado e tutelado, deixando ao legislador infraconstitucional ampla margem de atuação. Já a proibição de excesso veda toda e qualquer atitude arbitrariamente destrutiva, ilegitimamente ofensiva a tais direitos. "Isto implica que se é proibido destruir ou afectar algo, está também proibida toda ação que constitua ou provoque uma destruição ou afectação, enquanto que se é obrigatório proteger ou promover algo, não é obrigatória toda e qualquer acção que constitua essa protecção ou promoção" (ALEXY, Roberto. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 20002, p. 447-448; MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005, p. 32-33). Enfim, a proibição de excesso exige o máximo do Estado, é exauriente nas padrões de conduta que lhe impõe – deve abster-se de fazer tudo que ofenda direitos fundamentais -, já a proibição de insuficiência exige o mínimo do Estado – deve fazer só o necessário para tutelar de forma eficiente tais direitos (Sobre o tema, NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 76 e 77).

[376] MAC CRORIE, op. cit., loc cit.

Mas o reconhecimento substancial desta doutrina, em nível jurisprudencial, deu-se no caso *Blinkfuer*. Lá se admite o direito fundamental enquanto imperativo da tutela. Eis o ocorrido. A *Spriger-Verlag*, distribuidora de publicações periódicas, pressionou outras empresas para instalar um boicote da revista *Blinkfuer*, que propagava programas de radiodifusão de emissores da República Democrática Alemã. O editor da *Blinkfuer* propôs uma ação, rejeitada pelo BGH (*Bundesgerichtshof*), cuja decisão foi reformada pelo BVerfG. Entendeu-se que se deve proteger a instituição da livre imprensa e a independência dos seus órgãos em face das pressões econômicas, constitucionalmente previstas[377].

Feito um panorama de toda a gênese da teoria, constata-se ser tese contemporânea, desenvolvida a partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do predomínio da ideologia do *Welfare State*, que atribui ao Estado este dever de tutelar os direitos fundamentais contra ofensas efetivas ou potenciais, perpetradas por atores públicos ou privados. Demanda-se, pois, um Estado ativo, interventivo, que esteja devidamente munido de instrumentos e políticas públicas aptos preservá-los e socorrê-los.

Mas as críticas não tardaram a aparecer. Diz-se ser preconceituoso esse afastamento do particular da incidência dos direitos fundamentais, inadequada a concessão de poderes tão amplos à Corte Constitucional – que pode baralhar-se com categorias de Direito Privado, gerando insegurança -, e inadmissível deixar a proteção dos direitos fundamentais no âmbito privado à mercê da boa vontade do legislador ordinário[378].

Há quem diga, ainda, que produz os mesmos efeitos práticos da teoria da eficácia imediata, havendo poucas diferenças entre elas. Não se impõe diretamente ao particular o dever de respeitar direitos fundamentais do próximo, mas, se desrespeitá-los, a contenda poderá ser levada a um juiz que deverá protegê-lo. Essa possibilidade de controle judicial de seus atos conforme a Constituição, por si só, já faz com que o ator privado busque observar o direito fundamental do outro. Entende-se que vincular o juiz já conduz, naturalmente, à vinculação do próprio particular[379].

No Brasil, ao que tudo indica, ao lado da teoria da eficácia direta, adotou-se esta teoria contemporânea que propugna pela imputação de tais deveres de proteção ao Estado. Não se encontram grandes elaborações doutrinárias ou jurisprudenciais sobre o tema, mas

---

[377] MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005, p.35- 36; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 260-261.

[378] SARMENTO, op. cit., p. 261 et seq.

[379] MAC CRORIE, op. cit., p. 66-67. Confiram-se as críticas a esse posicionamento, que se diz ser simplista e reducionista, na doutrina de Jorge Novais Reis (REIS, Jorge Novais. *Direitos Fundamentais. Trunfos contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 79).

autores, como Daniel Sarmento, sustentam ser indiscutível a aplicabilidade desta teoria ao sistema pátrio, considerando o aparato axiológico da Carta Magna brasileira – que consagra um Estado Democrático de Direito, dando ao Estado o monopólio do uso da força, e o direito fundamental à segurança jurídica (art. 6.o, CF). O autor cita, ainda, precedente jurisprudencial, consistente na Intervenção Federal n. 114 do Mato Grosso[380].

Incumbe, pois, ao Estado brasileiro defender os titulares de direitos fundamentais, combatendo ultrajes efetivos ou iminentes. É o que revela o espírito axiológico da CF/88.

4.4.2.5 Teorias alternativas.

Alguns doutrinadores rejeitam ou relativizam todas as teorias anteriores, construindo concepções intermediárias.

Assim, importa comentar aquelas de maior relevo.

Na década de 70 do século XX, o alemão Jürgen Schwabe criou a chamada "teoria da convergência estatista", que atribui ao Estado, em *ultima ratio*, toda a responsabilidade pela por ofensas a direitos fundamentais no tráfico privado. Isso porque a atuação de todos os particulares pauta-se em uma permissão ou proibição explícita ou implícita do ordenamento estatal – que o autoriza a fazer tudo que não seja vedado por lei. E o Direito Privado que dá ensejo a tais lesões é um direito produzido pelo Estado-Legislador e aplicado pelo Estado-Juiz e Estado-Administrador. Assim, se um indivíduo viola direito fundamental, a responsabilidade é estatal porquanto tenha permitido ou não tenha proibido a postura adotada, por seus agentes legislativos, administrativos e jurisdicionais[381].

---

[380] "Os deveres de proteção podem, por outro lado, ser inferidos caso à caso em relação a inúmeros direitos fundamentais explicitados ao longo do texto magno. Por exemplo, em relação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto do art. 225 do Estatuto Constitucional, a presença do dever de proteção é cristalina, e se evidencia através da leitura das diversas tarefas cometidas ao Estado nos incisos do artigo em questão". (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 168).

[381] Sobre o tema, cf. CRUZ, Rafael Naranjo de La. *Los Limites de los Derechos Fundamentales em las Relaciones entre Particulares:* La Buena Fe. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, Centro de Estúdios Políticos y Constiucionales, 2000, p. 181 et seq; JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficácia de los Derechos Fundamentales entre Particulares.* Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000, p. 131 et seq.; SARLET, Ingo Wolfgang. "Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.). *A Constituição Concretizada.* Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 133 et seq.; SARMENTO, op. cit., p. 263.
Tecendo interessantes considerações sobre a teoria de Schwabe e informando ser seguida, também, mais recentemente, por *Murswiek, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 250; MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, 37 et seq.

A doutrina de Schwabe é duramente criticada por alguns autores, como Vieira Andrade[382], Alexy[383], Alexei Julio Estrada[384] e Daniel Sarmento[385-386]. Afinal, o simples fato de uma conduta não ser vedada pelas leis não implica a concorrência do Estado na sua prática, sendo inviável, pois, sua responsabilização. Até porque não faltam atividades privadas que nada interessem ao Estado, totalmente despidas de interesse e participação pública.

Alexy[387] também concebeu tese própria, defendendo que as três principais teorias até então comentadas (eficácia direta, indireta e deveres de proteção) se equivalem em seus resultados.

Em uma análise superficial, parecem ser dissonantes, mas, na verdade, todas elas partem de premissas comuns e contribuem para uma boa tutela dos direitos fundamentais na órbita privada. Tomam como pressuposto uma característica inafastável das relações privadas: ambas as partes são titulares de direitos fundamentais e é imperioso conformá-los, ponderá-los. Só discrepam quanto à forma como essa harmonização será feita.

---

[382] Vieira Andrade censura a doutrina afirmando que em uma ordem jurídica pautada no princípio da liberdade, os indivíduos não agem por delegação do Estado e são os únicos responsáveis pelas suas próprias atitudes. A omissão estatal, máxime normativa, não valida nem legitima uma atuação lesiva do ente privado – o que se aplica ao contexto contratual e extracontratual. E conclui: "o Estado só pode ser corresponsabilizado na medida em que haja incumprimento de um dever específico, seja de um dever específico de protecção do legislador, seja um dever específico de cumprimento da lei pelo poder administrativo ou judicial". (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 250.)

[383] ALEXY, Roberto. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 20002, p. 442-443.

[384] O autor critica a teoria, mas ressalva que "pese las criticas que se puedan formular, le cabe a Schwabe el mérito de ser el primero en haber puesto de manifesto la vinculación directa del legislador de derecho privado a los derechos fundamentales. Empero el problema decisivo de la eficácia de los derechos fundamentales en el ordenamento jurídico privado, es decir, si un particular puede recurrir a sus garantias constitucionales en sus relaciones com outro sujeto privado, aún no há sido resuelto com ello" (JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficácia de los Derechos Fundamentales entre Particulares.* Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000, p. 133-134).

[385] "Primeiramente, do ponto de vista filosófico, transparece o matiz totalitário desta tese de que a autonomia privada decorre de uma autorização estatal, já que, na verdade, a liberdade humana não é criada pelo Estado ou pela lei, mas os precede. Por outro lado, não parece correto imputar ao Estado toda e qualquer conduta humana, apenas porque ele não a impediu, pois isto significaria atribuir ao Poder Público toda ação não vedada em lei. Ademais, do ponto de vista lógico, não faz sentido atribuir ao Estado uma lesão de direitos fundamentais gerada pela conduta de um particular, sem pressupor que este particular, por sua vez, estivesse vinculado ao respeito daquele direito". (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 263).

Também registra suas críticas, MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005, p. 68.

[386] Segundo Ingo Sarlet a teoria acaba reconduzindo às premissas da teoria do *state action* – que nega eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares –, malgrado não possam ser totalmente equiparadas. "Com efeito, as duas doutrinas não deixam de buscar (e penso que nem poderiam deixar de fazê-lo) uma solução para o problema das agressões aos direitos fundamentais oriundas de particulares ou entidades privadas, mas acabam por equiparar esta atuação à ação (ou omissão) estatal ou esmo imputam ao Estado este comportamento que, na verdade, provém – ao menos no que diz com expressivo números dos casos – da esfera privada" (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: _____ (org.). *A Constituição Concretizada.* Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 135).

[387] ALEXY, op. cit., p. 515-522.

Mas todas as formas propostas podem e devem conviver no seio do ordenamento jurídico, o que o autor propõe através de um sistema de "três níveis de efeitos": a) o *primeiro nível* contaria com a teoria da eficácia mediata, pela qual o legislador deve criar leis conformes com os direitos fundamentais e os juízes devem interpretá-las e aplicá-las em consonância com esses valores constitucionais (seria o nível "dos deveres do estado"); b) o *segundo nível* revela a teoria dos deveres de proteção, impondo-se ao Estado-Juiz julgar contendas privadas de acordo com os direitos fundamentais, preservando-os, sob pena de violar um direito fundamental do indivíduo frente ao Estado (o nível "dos direitos frente ao estado"); e c) o *terceiro nível*, que incorpora a teoria da eficácia imediata tal como descrita pelos seus seguidores, o que não implicaria a anulação da autonomia privada ou o Direito Privado, diz, tudo é uma questão de ponderação de valores, o que demanda ampla fundamentação e argumentação do juiz ao solucionar casos concretos – seja para dar primazia a um direito fundamental em detrimento da autonomia privada, seja para optar por uma norma constitucional afastando as leis privadas (nível das "relações jurídicas entre sujeitos de direito privado").

4.4.3 Posicionamento adotado. Visão eclética. Forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Linhas atrás já foi firmado o posicionamento de que a teoria da eficácia mediata é supérflua. É abrangida, na verdade, pela teoria da eficácia imediata – que prega a aplicação direta dos direitos fundamentais nas questões privadas, com ou sem mediação do legislador -, sendo que esta, por sua vez, deve ser complementada pela teoria dos deveres de proteção[388-389].

Com base nessa concepção eclética, recai sobre o Estado um dever de ampla tutela positiva dos direitos fundamentais: i) cabe ao legislador transpor os valores constitucionais básicos para as leis ordinárias privadas; ii) cabe ao juiz interpretar e aplicar

---

[388] Com opinião semelhante, MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005. Também Vasco Manuel Pereira da Silva pensa que a discussão travada entre os seguidores das teorias não faz muito sentido. Afinal, deve-se aplicar, a princípio, as leis ordinárias concretizadoras dos direitos fundamentais ou preencher seus conceitos vagos de acordo com tais direitos (incidência indireta), sendo que, na sua ausência ou inconstitucionalidade de tais leis, deve-se aplicar diretamente os direitos fundamentais nas questões privadas (PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, n. 82, 1987, p. 46).

[389] Perceba-se que a concepção adotada é muito próxima daquelas esposadas por Daniel Sarmento e Alexy. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 265-266 e 298.

tais leis conforme a Constituição ou, na ausência de leis (ou sendo elas inconstitucionais), aplicar diretamente a Constituição, dando eficácia direta aos direitos fundamentais nas causas privadas; iii) cabe ao legislador, ao juiz e ao administrador público, em todas as instâncias, adotar medidas protetivas dos direitos fundamentais dos indivíduos na seara privada, munindo-se de instrumentos e políticas públicas aptos preservá-los e socorrê-los[390].

Mas, se os particulares têm o dever de respeitar os direitos alheios, com comportamentos positivos ou negativos, não há como se lhes impor o dever de proteger os direitos de outrem – tarefa que cabe, tão-só, ao Estado[391].

E nenhum dos argumentos trazidos pelos censores das teorias acima fundidas[392] é apto a enfraquecê-las ou destituí-las de sua solidez e firmeza. Todos eles foram pontualmente expostos e questionados ao longo do texto, mas serão ora reunidos e consolidados, para corroborar a visão eclética sustentada.

Não há que se falar em comprometimento da autonomia privada[393].

Com efeito, a proteção de um direito fundamental de um particular esbarra na autonomia e liberdade privada do outro – que também é titular de direitos fundamentais. Mas esse choque não implica a aniquilação de um ou de outro. Basta que o legislador ou o juiz os conforme e os harmonize, tomando como diretriz a máxima da proporcionalidade.

Foi o que já se disse na exposição das diversas teorias existentes em torno do mundo.

Ainda assim, há quem diga que para que haja esse confronto é necessário que exista, efetivamente, autonomia privada. Isso porque a situação de flagrante desigualdade entre os indivíduos impede que haja autonomia real, consciente, no exercício de posições jurídicas por ambas as partes.

Bem-vinda é a aplicação dos direitos fundamentais nessas relações iníquas, porquanto venha combater os cerceamentos e tolhimentos de liberdade da parte mais vulnerável, preservando seus direitos mais essenciais. Nesses casos, a eficácia direta dos direitos humanos não ameaça a autonomia privada, mas, sim, a resguarda.

---

[390] Neste sentido, Daniel Sarmento, pontuando que todos esses deveres decorrem dos próprios princípios da supremacia da Constituição e da vinculação do Judiciário, enquanto voz estatal, aos seus direitos fundamentais (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 298 et seq.)

[391] SARMENTO, op. cit., p. 300.

[392] Compilando boa parte das críticas, MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005, p. 70 et seq.

[393] Principal argumento dos opositores da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 308-309).

Na verdade, as *relações particulares desequilibradas* (relações pessoa-poder privado) muito se assemelham às *relações públicas* (relações pessoa-poder público), razão por que a incidência imediata dos direitos fundamentais se impõe e deve dar-se de forma muito similar – e, portanto, intensa. Já nas *relações particulares mais equilibradas* (relações pessoa-pessoa) só se deve aceitar uma vinculação direta dos direitos fundamentais quando estiver em jogo a dignidade da pessoa humana ou uma invasão injusta na esfera da intimidade pessoal[394].

O grau de desequilíbrio existente entre as partes do liame jurídico influencia diretamente na força e intensidade com que incidirão os direitos fundamentais: *i)* se maior o grau de desigualdade, mais veemente e ativa será a tutela do direito fundamental da parte vulnerável, em detrimento da autonomia privada da outra; *ii)* ao revés, se menor o grau de desigualdade, estabelecendo-se relação relativamente equilibrada, menos intensa a proteção de direito fundamental que pode ser alvo de limitações mais graves, em respeito à autonomia privada dos envolvidos[395-396].

No contexto das situações de assimetria, avulta a importância da cláusula do devido processo legal, garantia por excelência de contenção e limitação do poder, que deverá incidir com grande força e intensidade para conter os abusos e desmandos. É o que se analisará no capítulo derradeiro[397], exatamente por ser o principal enfoque deste trabalho.

---

[394] Vide PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, n. 82, 1987, p. 49-50; SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 357-359.

[395] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 334; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 304.
Acompanha-os, MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 102-103. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 188.

[396] É o que sustentam, também, os portugueses Vieira Andrade e Benedita Ferreira da Silva, ao dizerem que nas relações iníquas deverá haver uma vinculação mais intensa da entidade privada dotada de poder e primazia especial aos direitos fundamentais alheios. Até porque, dizem, a razão última dos direitos fundamentais é impor limites ao poder, evitando abusos. E o poder em questão sequer precisa ser jurídico, bastando que seja um poder de fato, objetivo, claro, determinável. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 254 et seq.; MAC CRORIE, op. cit., p. 102- 103).

[397] Para Vieira Andrade e Benedita Ferreira da Silva, nas situações de desequilíbrio negocial, de relevo é, outrossim, o princípio da igualdade – aos nossos olhos intimamente ligados aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, decorrentes do devido processo legal, como se verá -, em detrimento da autonomia privada. Quanto maior for o desequilíbrio, dizem, mais intensa deverá ser a incidência do princípio: "Quando estejam em causa situações em que certas pessoas colectivas, grupos ou indivíduos detenham uma posição de domínio econômico ou social, por gozarem, por exemplo, de uma situação de monopólio, não deve permitir-se que invoquem a liberdade negocial para escolher arbitrariamente a contraparte ou impor a exclusão de terceiros"
Defendem, ainda, que diante de relações desiguais os direitos fundamentais operam enquanto direitos subjetivos de titularidade daqueles mais vulneráveis; já diante de relações eqüitativas funcionam enquanto valores, não se

As restrições à autonomia privada deverão ser mais incisivas, também, quando o bem em jogo for essencial, fundamental, de grande valia – tal como a vida, a saúde e a educação. Se o bem for considerado desnecessário, supérfluo – tal como bens eminentemente econômico-patrimoniais, ligados à necessidade de lazer -, a autonomia da vontade negocial sofrerá pouca ou nenhuma restrição, devendo, pois, ser protegida. A verdade é que "na nossa ordem constitucional, a tutela da autonomia privada no que se refere ao que chamamos de questões existenciais é muito mais intensa do que a conferida às decisões de caráter econômico-patrimonial"[398].

Isto é, quanto mais próxima estiver a relação jurídica em tela de um contexto estritamente privado, de alta disponibilidade – onde não haja interesses públicos, ou sejam estes mínimos (ex.: o pai não está sujeito ao devido processo legal, ao castigar um filho, privando-lhe de um passeio desejado, em razão de uma conduta desobediente)-, menores as chances de exigência de respeito a um direito fundamental, prevalecendo a autonomia *inter privatos*[399]. Mas se o problema pende para um contexto de bens indisponíveis, colocando-se em risco a própria dignidade da pessoa humana, maiores as perspectivas de prevalência do direito fundamental em prejuízo da liberdade negocial[400-401].

Os limites admissíveis à autonomia privada dependem, também, da existência ou não da participação daquele que teve seu direito fundamental atingido (ou ameaçado) da

---

limitando à condição de diretrizes hermenêuticas (ANDRADE, op. cit., p. 245-271; MAC CRORIE, op. cit., p. 57 e 100 ss).
Sobre o tema, conferir CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 246-147.

[398] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 308.

[399] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 189.

[400] Afinal, diz Ubillos, todo ordenamento funda-se no respeito ao valor absoluto da dignidade da pessoa humana, como núcleo intangível e indisponível que deve ser conservado diante de toda e qualquer agressão. E a ofensa à dignidade está ligada, em algumas situações, com uma repercussão pública e social do ato lesivo (UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 334).

[401] Neste particular, Roxana Borges ressalva que a dignidade da pessoa humana é princípio dotado de alto de grau de abstração e indeterminabilidade, cujo conteúdo jurídico é controverso e sempre pode sofrer relativizações casuísticas. A aplicação do princípio como forma de limitar a liberdade e autonomia pessoal só pode ser feita considerando-se e tolerando-se as peculiaridades de cada sujeito concreto: "Diante dessa realidade plural, não uniforme, a diversidade deve ser uma fonte de riqueza, não de pobreza de direitos. Impedir que a pessoa realize os atos que proporcionarão sua própria felicidade, sem a interferência em direitos alheios, é atentar contra a dignidade da pessoa humana, é atentar contra a constituição da própria sociedade e do Estado Democrático". Prega, pois, o direito à diferença, sustentando que "o princípio da dignidade da pessoa humana estará distorcido se for utilizado para impedir que o indivíduo alcance seus ideais íntimos de personalidade ou que se realize enquanto ser racional e volitivo. É preciso perceber a necessidade de respeito à pessoa concreta às suas razões e desejos concretos" (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 139-141).

decisão causadora da lesão. Se não participou do processo de produção desse ato lesivo (ex.: exclusão de clube social, despedida com justa causa, sanção condominial), a autonomia privada daquele que o praticou deve ser alvo de restrições mais severas. Se participou do processo de produção desse ato lesivo, manifestando e consentindo, sobretudo se diante de uma relação paritária (ex.: cumprindo-se cláusula penal de contrato equilibrado, anuindo-se com uma intervenção cirúrgica mal-sucedida), a autonomia privada deve ser prestigiada[402].

Tudo passa, aqui, pelo respeito ao devido processo legal, ao direito de manifestação, diálogo (contraditório, solidariedade social, boa-fé objetiva), como se verá de forma mais profunda no capítulo derradeiro.

Concorrem, enfim, como fator de determinação da medida em que os direitos fundamentais deverão vincular os indivíduos e suas liberdades privadas, a necessidade de respeitar e conservar as especificidades sociais e culturais, sobretudo em nação heterogênea e miscigenada como a brasileira. É o que expõe Jane Reis Gonçalves Pereira, em trecho que merece transcrição literal:

> A incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares não pode conduzir a uma homogeneização da comunidade, ou seja, é preciso preservar a identidade e as peculiaridades dos diversos agentes sociais [...] Para ilustrar o raciocínio, é possível formular alguns exemplos: Pode uma escola islâmica – que siga todos os ritos e costumes da referida religião – ser compelida a acatar matrícula de alunos e alunas não-mulçumanos e, ainda, aceitar seus hábitos (como, por exemplo, admitir que as meninas não usem véu)? Pode uma associação judia ser compelida a aceitar um membro de convicções notoriamente anti-semitas? Em tais casos, a aplicação do comando constitucional de igualdade importaria no aniquilamento da própria essências dessas entidades, já que esvaziaria sua razão de ser, que é precisamente a preservação de determinado valor ou convicção[403].

---

[402] Interessantes, neste particular, as palavras de Daniel Sarmento: "Quando o atingido não participa do ato gerador da lesão ao seu direito fundamental, está em jogo apenas a autonomia privada da outra parte da relação jurídica. Neste caso, o peso atribuído à autonomia privada é menor. Já quando a vítima empresta seu consentimento ao ato, o que se dá sobretudo nos casos envolvendo a aplicação de cláusulas contratuais, torna-se necessário considerar a autonomia da vontade das duas partes envolvidas. Por isso, o peso da autonomia, na ponderação de interesses, tende a ser maior, sobretudo quando se tratar de uma relação paritária, em que não se presume a falta de liberdade real do ato de renúncia ao exercício do direito fundamental. Nesta situação, é possível discutir até que ponto é legítimo que os direitos fundamentais representem uma proteção da pessoa contra ela mesma". (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 311).
Ressalva o autor, em seguida, que a discussão existente sobre a possibilidade de renúncia de direitos fundamentais é controversa e complexa, transbordando dos limites do seu trabalho – assim como extrapola os lindes da presente pesquisa. Mas duas regras seriam incontestáveis: a vontade deve ser livre e a não violação da dignidade da pessoa humana, nem o núcleo essencial do seu direito fundamental – mesmo em relações paritárias. Indica-se leitura de JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficácia de los Derechos Fundamentales entre Particulares.* Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000, p. 200 et seq.

[403] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 189.

Mas independentemente dessas diretrizes genéricas e abstratas de apaziguamento do confronto entre os direitos fundamentais e a autonomia privada, a solução deve ser caso a caso, a depender das concretas circunstâncias que envolvem a situação a ser regrada – inclusive a gravidade da investida contra o direito fundamental e a reversibilidade da situação lesiva (ou potencialmente lesiva) gerada.

As críticas não ficam por aí. Existem, ainda, aqueles que esbravejam que essa construção doutrinária concederia poderes demasiados ao juiz, que acabaria por invadir atividade tipicamente legislativa[404].

Francamente, o legislador tem preferência na proteção de direitos fundamentais, afinal, goza da legitimidade de ter sido eleito pelo povo. Não é à toa que se fala em presunção de constitucionalidade das leis por ele editadas. E aos juízes cabe aplicar esses dispositivos legais. Só poderá deixá-los de lado, se bem demonstrada sua inconstitucionalidade, incumbindo-lhes empregar um bom discurso, e boas técnicas argumentativas[405].

Assim, as atividades legislativa e judicial não se excluem. Complementam-se. Legislador e juiz têm o poder de dar efetividade aos direitos fundamentais nas relações particulares. Tanto o legislador pode fazê-lo em tese, nas leis privadas, quanto o juiz, à luz do caso concreto. Se omisso o legislador, não pode o cidadão ser privado de uma decisão judicial que salvaguarde seus direitos humanos no litígio travado.

E o juiz, ao aplicar diretamente direito fundamental em questão privada, não está ignorando ou desprezando as normas jurídicas. Afinal de contas, a Constituição Federal, que é o abrigo formal de tais direitos, não perdeu sua força normativa[406].

Nem mesmo a tese de que a solução dos conflitos privados com aplicação direta de valores constitucionais (sem intervenção legislativa) gera insegurança, por serem indefinidos e de aplicação imprevisível, soa razoável[407].

Insegurança é o estado em que seriam deixados os atores privados se sujeitos à graça e boa vontade do Estado de legislar preocupado e atento para os seus direitos

---

[404] Cf. sobre o tema, MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 72 et seq..

[405] O juiz só deve aplicar diretamente a Constituição (protegendo direitos fundamentais), se o legislador não os tiver tutelado adequadamente nas leis ordinárias. A atuação direta da Constituição pelo juiz só se dará em *ultima ratio*.

[406] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 304, 309-312 e 316; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 284.

[407] Cf. sobre o tema, MAC CRORIE, op. cit., p. 71 et seq.

fundamentais. Se preteridos os direitos humanos nas leis privadas é dever do juiz acolhê-los em suas decisões, de forma justa e ponderada.

E ainda que existisse lei prévia, isso não geraria resultados certos e previsíveis, pois pode o juiz, tranquilamente, afastá-la, sob o argumento de que não atende aos valores fundamentais da Constituição ou não incide sobre aquela situação concreta que está a julgar, por exemplo.

Isso sem falar da tendência contemporânea – posterior à BGB Alemã, advinda desde o fim do século XIX - de se produzirem leis privadas permeadas por conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, o que, sem dúvidas, intensifica seu nível de imprecisão e indeterminabilidade. Assim, não é impedindo a incidência direta de valores constitucionais nas querelas privadas que se vai garantir estabilidade e previsibilidade na solução dos conflitos.

Muito menos é factível o receio de que o Direito Privado perca sua autonomia e identidade, porquanto invadido pelo Direito Constitucional.

Ora, as leis e institutos privados devem, sim, ser fielmente respeitados, com todas as suas particularidades e idiossincrasias, desde que transpirem os valores constitucionais. E o mesmo ocorre com todos os outros ramos do direito; todos eles devem exalar o sopro axiológico da Constituição Federal. Se, por isso, se cogitasse que todos eles perderiam sua valia e independência científica, o direito se reduziria à esfera constitucional, o que, nem por hipótese, admite-se[408].

E, hoje, a invasão do Direito Privado por preceitos constitucionais é uma realidade imposta pelo próprio constituinte, no momento em que reserva artigos e mais artigos a temas como a família e a propriedade.

Assim, nenhum dos argumentos articulados pelos partidários das outras concepções doutrinárias ora afastadas é forte o bastante para abalar os firmes pilares da teoria ora defendida.

A melhor forma de incidência dos direitos privados no contexto privado é aquela definida pela conjugação das doutrinas da eficácia direta e dos deveres de proteção do Estado. E parece ter sido essa a concepção incorporada no ordenamento jurídico brasileiro.

---

[408] Cf. sobre o tema, MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 78 et seq..

4.4.4 Problema à luz da Constituição brasileira.

A atual Constituição brasileira é de índole intervencionista e social. Funda-se em pilares axiológicos como a igualdade substancial, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, (arts. 3º, CF) incorporando rol extenso de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF), muitos deles necessariamente oponíveis contra particulares – como os direitos trabalhistas[409].

Não se afina, portanto, com a desvinculação ou com a vinculação indireta (mediada pelo legislador) dos particulares aos direitos fundamentais nela insculpidos. Admite, isso sim, uma vinculação direta e imediata; Estado e sociedade são sujeitos passivos desses direitos.

E ao Estado cabe, além do dever negativo de abstenção, um dever positivo de concretização e proteção. Incumbe-lhe a salvaguarda dos direitos fundamentais de lesões ou ameaças de lesões presentes não só no seio das relações públicas, como também das relações privadas.

Como já anunciado, o foco do presente trabalho é abordar o devido processo legal, enquanto direito fundamental, aplicado às relações privadas. E o devido processo legal, enquanto garantia de contenção de poder, terá incidência relevante exatamente nas relações em que há um desequilíbrio perceptível entre as partes, campo aberto para arbitrariedades e abusos daquela parte munida de maior força e poderio.

Ainda assim, a extensão da eficácia direta desse direito fundamental ao processo devido às relações privadas deve ser amoldada às idiossincrasias do Direito Privado, impondo-se, sobretudo, que seja ponderada, nos casos concretos, com o princípio da autonomia da vontade – também consagrado em nível constitucional, no art. 5º, *caput*, XIII, XXII, XXX (liberdade, propriedade, herança, trabalho, dentre outros), art. 1º, IV, art. 170 (livre iniciativa), todos da CF.

É imprescindível que se analise de que forma e com que intensidade incidirá, e qual a função do Estado nesse contexto, tudo à luz da Constituição Federal, da doutrina e da jurisprudência.

Partindo dessas premissas, conclui-se que o devido processo legal, na qualidade de direito fundamental inserto na CF/88, aplica-se às relações particulares, na forma proposta no capítulo subseqüente.

---

[409] Malgrado outros sejam, por natureza, oponíveis, tão-somente, ao Estado, tal como os direitos do preso, ou o direito à assistência judiciária gratuita.

4.4.5 Posicionamento da doutrina e jurisprudência brasileiras.

A tendência da doutrina brasileira, de uma forma geral, é a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, sempre destacando a necessidade de harmonizá-los com a liberdade negocial[410]. É o que se constata a partir das opiniões dos autores citados a seguir.

Ingo Sarlet exclui da discussão todos os direitos que, pela sua própria essência, são oponíveis, tão somente, ao Estado - tal como os direitos políticos, à assistência social, à previdência social. Mas lembra que existem aqueles oponíveis, também, aos entes privados - tal como o direito à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo de correspondência, à indenização por abuso da livre manifestação de pensamento, dentre outros - e, quanto a estes, o autor não tem dúvidas, também vinculam os particulares[411]. Extrai essa conclusão do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF)[412].

Continua suas reflexões, invocando a autodeterminação e livre-arbítrio assegurados constitucionalmente aos atores privados e a necessidade de harmonização, caso a caso, com o direito fundamental posto em risco[413].

É o que diz Maria de Ávila e Silva Sampaio[414].

Também assim, Carlos Roberto Siqueira Castro[415], extraindo esta exigência de sujeição direta dos sujeitos privados aos direitos humanos do princípio da dignidade da pessoa humana. Afinal, diz o autor, o homem cuja dignidade deve-se garantir não é um ser isolado, tampouco convive em sociedade igualitária. Seus bens e valores fundamentais estão expostos a ingerências públicas ou privadas, obrigando, pois, de modo indiscriminado, Poderes Públicos e Sociedade Civil.

---

[410] Dimitri Domoulis e Leonardo Martins, em sentido diverso, entendem ter sido adotada a teoria da eficácia mediata. (DOMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 111-114).
[411] Direta ou indiretamente, diz, a depender da existência de lei ordinário sobre o tema.
[412] SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 355 e 358.
[413] Ibidem, p. 360-361.
[414] SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 135-137.
[415] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 244-247.

Fazendo coro com essa doutrina, Gustavo Tepedino[416], relembrando e invocando a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, III, CF, para conjugá-la com os princípios mais fundamentais da nossa República, constantes nos arts. 3º, III, e 5º, §2º, CF. Aí se define, afirma, uma ordem pública que não pode deixar de incidir sobre as relações particulares. Funcionaliza-se a atividade econômica, que deve absorver os valores existenciais e sociais do tecido constitucional, o que se sedimenta na "interpenetração dos espaços público e privado". O desenvolvimento de novas tecnologias e a abertura de mercados caminham para um processo de despersonificação e desumanização do indivíduo, predominando uma mentalidade estritamente mercantil e econômica, assevera. E tudo isso faz com que seja ainda mais urgente a exigência de respeito aos direitos fundamentais do próximo no seio das relações jurídicas privadas.

Wilson Steinmetz[417] perfilha a linha de entendimento dos doutrinadores já citados. Entende que o ordenamento brasileiro adotou a teoria da eficácia imediata, o que seria uma exigência decorrente da máxima da dignidade da pessoa humana, bem como do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais (art. 1º, III, e art. 5º, §1º,CF). Mas assim como a maior parte dos doutrinadores brasileiros, entende que a dita eficácia não é absoluta, por duas razões: *i)* o julgador só deve aplicar diretamente um direito fundamental se não houver lei infranconstitucional legítima dispondo sobre a matéria, afinal, deve respeitar-se o princípio democrático e da separação dos poderes; *ii)* ainda que não haja lei vigente, o julgador, ao apanhar o direito fundamental diretamente do acervo constitucional não deve fazê-lo incidir automaticamente no caso concreto, fulminando a autonomia e liberdade da contraparte, deve lançar mão do princípio da proporcionalidade para ponderá-los e conformá-los.

Jane Reis Gonçalves Pereira[418] coaduna-se com a idéia de incidência direta dos direitos fundamentais, desde que ponderada com a autonomia privada – tudo isso como decorrência lógica do padrão hermenêutico pautado na normatividade e unidade da Constituição. Não difere em essência, pois, dos demais autores citados.

---

[416] TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. *Temas de Direito Civil.* 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67-70.

[417] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 271- 274.

[418] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 185-186.

Nesta esteira, Fredie Didier Junior, destacando as mesmas necessidades de ponderação[419]. Confira-se, ainda, Márcia Zollinger[420].

Da mesma forma, Nelson Rosenvald pende para a tese eficácia direta dos direitos fundamentais ponderados com a autonomia privada, mas ressalva que em relações igualitárias deve prevalecer, a princípio, a liberdade. E mesmo nas relações desiguais só seria possível a predominância do direito fundamental em detrimento da autodeterminação, quando em risco a dignidade da pessoa humana[421].

André Ramos Tavares[422] e Walter Claudius Rothenberg[423], a seu turno, consideram que a eficácia imediata dos direitos humanos no contexto privado impõe deveres negativos e, também, positivos para os particulares, de não violação e de concretização de tais direitos. Para André Ramos Tavares a chamada "eficácia horizontal" revela-se estática, e a linha proposta é mais dinâmica, porquanto exija condutas positivas do particular, impondo-lhe deveres fundamentais. É o que se observa, por exemplo, no art. 205, CF, em que se coloca a educação como dever do Estado e da família.

Vírgilio Afonso da Silva[424] afina-se com a idéia de adoção pelo ordenamento jurídico da tese da eficácia imediata – quando não existente norma privada. Mas se extrema, em termos, dos demais doutrinadores, em seus fundamentos. Entende dispensável a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais para que se estenda sua eficácia às relações particulares. Basta visualizá-los como princípios, tal como estudados por Alexy, o que impõe sua expansão pelo ordenamento para que sejam realizados na maior medida possível, bem assim permite que deles se extraiam direitos da proteção (e não deveres como diziam os alemães) em face de terceiros[425].

---

[419] DIDIER JR, Fredie. *Curso Direito Processual Civil.* V. 1. 7.ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 27 et seq.
[420] ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais.* Salvador: Juspodivm, 2006.
[421] ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 155-156.
[422] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 450-452.
[423] ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas Características. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política,* n.29, São Paulo: Revista dos Tribunais , p. 55-65.
[424] SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares.* São Paulo: Malheiros, 2005, p. 146 et seq.
[425] E expõe as vantagens de sua concepção: "Fundamentar os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares com base na idéia de otimização e não na idéia de uma ordem objetiva de valores tem pelo menos duas vantagens: (1) exime o modelo das principais críticas feitas a essa ordem de valores; (2) não implica uma dominação do direito infraconstitucional por parte dos valores constitucionais, pois o próprio conceito de otimização já enuncia que a produção de efeitos é condicionada às condições fáticas e jurídicas existentes". (SILVA, op. cit., p. 146-147).

Daniel Sarmento, como já dito, extrai do nosso sistema não só a aplicação direta dos direitos fundamentais na esfera privada – que abrange a possibilidade de mediação do legislador -, como também os deveres do estado de protegê-los[426].

Almir de Oliveira parece não enfrentar o problema em todas as suas nuances. Mas ao longo de sua exposição, revela-se favorável à incidência dos direitos humanos no contexto privado – sem indicar, contudo, se de forma direta ou indireta -, colocando atores particulares como sujeitos passivos de tais direitos. Insere as relações privadas dentre os diferentes âmbitos em que pode ocorrer violação aos direitos humanos. E especifica-as como ofensas a direitos situados em relações travadas entre pessoas físicas, jurídicas ou coletivas (que chama de "coletividade restrita"), tais como o direito à honra, à intimidade, à propriedade, ao comércio, à indústria, ao salário e outros de natureza sócioeconômica. E mais, continua impondo ao Estado o dever de proteção a tais direitos, com todo seu aparato administrativo, judicial e legislativo[427].

Analisando-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais pátrios sobre o assunto, observa-se que se vêm aplicando os direitos fundamentais individuais, de forma imediata, nas contendas privadas. Furtam-se, contudo, as cortes brasileiras, na maior parte dos casos, de enfrentar as discussões teóricas existentes sobre a possibilidade de vinculação direta de um sujeito privado aos direitos humanos constitucionais.

Já em 1996, no julgado do acórdão proferido no Recurso Extraordinário n. 158215-4/RS, a Corte Suprema reconhecia a necessidade de respeito ao direito de defesa de um associado expulso da cooperativa, expondo que:

> 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[428].

Passam longe, no entanto, os Ministros do debate sobre a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas.

O Supremo, com essa mesma postura, no mesmo ano, no bojo do Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF, reconheceu o direito a um tratamento igualitário de trabalhador brasileiro, a quem deveriam ser assegurados os direitos trabalhistas previstos no

---

[426] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 265-266 e 279.

[427] OLIVEIRA, Almir de. *Curso de Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 58, 63 e 133 et seq.

[428] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Extraordinário n. 158215*, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 30 jul. 2007.

Estatuto Pessoal da Empresa francesa em que trabalhava (Air France), que beneficiavam os trabalhadores franceses, cujo entendimento foi ementado nos seguintes termos:

> Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa [...] 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[429].

A primeira menção jurisprudencial que se encontrou às teorias sob comento, com expressa concordância pela tese da eficácia direta, foi do Ministro Rui Rosado de Aguiar, nos autos do Habeas Corpus n. 12.547/DF, no ano de 2000. Ao se resguardar a dignidade, igualdade e liberdade de um taxista que foi preso por dívida decorrente de contrato de alienação fiduciária de veículo. Diz o Ministro que "a 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", o que ofende a dignidade da pessoa humana igualdade contratual, o direito de ir e vir, aos fins sociais da aplicação da lei e aos bons costumes, todos com assento constitucional[430].

Mas a postura inovadora do Superior Tribunal de Justiça não contaminou os tribunais federais e estaduais. Todos eles produzem um sem-número de acórdãos aplicando direitos fundamentais nas contendas particulares, sobretudo o direito de defesa, o direito ao contraditório, o direito à liberdade de expressão dentre outros, *mas não se referem às teses doutrinárias em questão*.

Confira-se, a título de exemplificação, o acórdão a seguir, relatado pelo Desembargador Luiz Ary Vesseni de Lima, da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 2002, na Apelação Cível Nº 70002714095, em que se debate a exclusão de sócio sem a oportunidade prévia de manifestação e defesa, para concluir-se que: "Independentemente da legitimidade ou não dos motivos que ensejaram a exclusão dos autores do quadro social, percebe-se, com clareza, que estes não tiveram assegurado o direito

---

[429] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Extraordinário n. 161.243*-6, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 07 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 31 jul. 2007.

[430]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. *Habeas Corpus n. 12.547*, da 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Rui Rosado de Aguiar. Brasília, 01 de junho de 2000. Disponível em:<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=12547&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 13 jul 2007.

à ampla defesa, com previsão tanto na Constituição Federal, como no estatuto da entidade demandada”[431].

Interessante, ainda, o acórdão proferido na Apelação Cível nº 70005815204, cujo relator foi o Desembargador Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, da Décima Oitava Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do RS, julgado em 16.10.2003, no qual se discute, também a aplicação de penalidade sem prévio direito de defesa, condenando-a[432].

Também a título ilustrativo, veja-se a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 25 de agosto de 2006, que teve por Relator o Desembargador Eduardo Marine da Cunha, no processo n. 1.0702.98.020799-8/001(1), em que se dá primazia à liberdade de expressão e de informação, em detrimento de qualquer ofensa à honra:

O direito à liberdade de comunicação e informação é garantido nos arts. 220 e 5º, IX, da Constituição, devendo-se, em caso de colisão com outro direito fundamental, aplicar a ponderação de interesses, por meio do princípio da proporcionalidade. Para que se condene alguém ao pagamento de indenização, seja por dano moral, seja pelo de caráter material, é preciso que se configurem os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil, que são o dano, a culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva, e o nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. Tais elementos não se encontram reunidos, no caso concreto, eis que os elementos presentes nos autos não apontam que a ré tenha extrapolado o exercício regular do direito de veicular informações de interesse público, tudo indicando que limitou-se a narrar os fatos objeto de investigação policial, que acabou resultando na prisão temporária do ora autor e no ajuizamento de ação penal. Apelo desprovido[433].

Mas, no mês de outubro de 2005, assistiu-se ao Supremo Tribunal Federal proferir julgado no Recurso Extraordinário n. 201.819/RJ, cuja relatora foi a Ministra Ellen Gracie, comentando as teorias de vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais, para

---

[431] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 70002714095*, da 10.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vesseni de Lima. Porto Alegre, 31 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 13 jul 2007.

[432] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 70005815204*, da 18.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes. Porto Alegre, 16 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 13 jul. 2007.

[433]MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cïvel n. 1.0702.98.020799-8/001(1)*, da 17.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Desembargador Eduardo Marine da Cunha. Belo Horizonte, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0702&ano=98&numeroProcesso=020799&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>. Acesso em: 31 jul. 2007.

decidir que, a imposição de punição convencional a membro de sociedade civil deve ser precedida da oportunidade de defesa, respeitando-se, pois, a garantia de devido processo legal. Confira-se sua longa e explicativa ementa:

> 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)[434].

Para além de reconhecer expressamente a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito privado, o Supremo Tribunal Federal, admitiu, especificamente, a incidência da garantia do devido processo legal, tema-alvo do presente trabalho – razão por que o julgado citado será analisado com maior vagar no capítulo seguinte, que é conclusivo.

---

[434] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Extraordinário n. 201819*, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp >. Acesso em: 28 jun. 2007

5 DEVIDO PROCESSO LEGAL

5.1 PAINEL HISTÓRICO

5.1.1 Inglaterra. O berço da cláusula do devido processo legal

5.1.1.1 O reinado despótico de João Sem-Terra

A conjuntura político-social da Inglaterra, nos idos do Século XI, foi determinante para o nascimento da cláusula do devido processo legal.

Em 1.066, a Inglaterra foi invadida e conquistada pelos normandos (advindos da França), sepultando-se o império dos saxões e instaurando-se o sistema feudalista.

O feudalismo inglês foi erguido sobre uma estrutura político-social peculiar em relação aos demais países europeus, marcada: por um lado, pela existência de uma monarquia forte e centralizada - com controle administrativo e fiscal das mais diversas áreas -, bem como pela instituição de um direito nacional uno e distinto do direito eclesiástico; por outro, pelo estabelecimento de limites ao poder real, por meio das chamadas "cartas", repletas de promessas de implementação de um governo eficiente e reverenciador dos direitos dos barões – que participavam constantemente das questões públicas[435].

Enfim, conviviam lado a lado o monarca soberano e seus poderosos súditos (os magnatas feudais).

Foi nesse contexto que, no final do século XII, o príncipe John Anjou, mais conhecido como John Lackland (João Sem-Terra), assumiu, aos trinta e dois anos, o trono inglês, sucedendo seu irmão, Ricardo Coração-de-Leão, então falecido[436-437].

---

[435] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo:*Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005, p. 3.

[436] Cf. SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.16; SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 96.
Dizem os historiadores que Ricardo recebeu o apelido Coração-de-Leão pela heróica liderança das Cruzadas. Mas não passava de governante imprudente e irresponsável, afeito somente a guerras e combates. Chegou ao trono depois de rusgas e desentendimentos com seu pai (Henrique II) e seus irmãos, e já no governo só se interessava por embates belicosos e pela caçada ao misterioso Santo Graal. Abandonado, o país beirou a falência, obrigando-o a aumentar os impostos, o que só fomentava sua impopularidade e má-fama perante os ingleses. (SUANNES, op. cit., p. 96-97).

[437] A sucessão de reis não se deu sem discórdia: "Quando Ricardo ingressou na Guerra Santa declarou seu sobrinho, Arthur, o duque da Britânia, como seu sucessor; e por um feito formal, deixou de lado, em favor do sobrinho, o título de seu irmão João, que era ainda mais novo que Geoffrey, o pai do príncipe. Mas João muito pouco se submeteu a este destino, e assim que ganhou domínio do Ministério Inglês, através da expulsão de Longchamp, o chanceler e grande judiciário, ele induziu todos os barões ingleses a jurarem que ele manteria o

Já na cerimônia de sua coroação, na festa de Ascensão, em 27 de maio de 1.199, John Lackland comprometia-se a fazer um bom governo, com a mesma solenidade e magnificência do rei anterior. Com o passar dos anos, as promessas foram deixadas para trás, apagando-se da memória do governante, que se revelou simulado, inábil e nada arrojado[438].

João Sem-Terra[439] é descrito por historiadores como um déspota, velhaco e mau administrador, perfil que gerava descrédito e insatisfação perante barões, clérigos e populares[440]. E suas atitudes tirânicas e traiçoeiras não passaram sem um registro histórico: para conquistar a coroa, disputou-a com seu sobrinho, tirando violentamente sua vida; já no trono, no curso de seu reinado, impôs tributos elevados e indevidos; foi, ainda, desidioso nas batalhas travadas com outros países, amargando derrotas prejudiciais para os ingleses – quando perdeu Poatu, Normandia e outros países[441]; isso sem mencionar seus desentendimentos pessoais com a Igreja, desencadeados pela sucessão de arcebispos.[442-443]

Em 12 de julho de 1.205, faleceu Huber Walter, arcebispo e conselheiro do rei. Poucos meses depois, John Lackland indicou para o cargo John Grey, bispo de Norwich, rejeitando o arcebispo recentemente consagrado pelo clero local (Stephen Langton).

O Papa Inocêncio III, cientificado da interferência do rei, persuadiu os bispos e monges a elegerem, ainda assim, o bispo Stephen Langton, o que ocorreu[444]. Iniciaram os

---

seu direito à sucessão; e Ricardo, em retorno, não levou a diante qualquer das medidas para restaurar e assegurar a ordem que ele antes havia estabelecido". (tradução livre) (HUME, David; SMOLLETT, Tobias; FAR, E.; NOLAN, F.H. *The History of England.* Volume I. London: J.S. Vitrue & Co, limited City Road and Ivy Lane, p.132)

[438] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p.22-23.

[439] O epíteto "Sem-terra" para uns justifica-se por suas derrotas, para outros por não ter sido contemplado na herança do pai (SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 97).

[440] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo:* Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4. Ressalta sua crueldade, KNAPPEN, M.M. *Constitucional and Legal History of England.* Nova Iorque: Michigan State College, New York, Harcourt, Brace And Company, 1942, p. 93.

[441] MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado).* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I, p. 12.

[442] MARTEL, op. cit., p. 4.

Para uma descrição detalhada dos insucessos que permearam o governo de John Lackland, PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.40-41.

[443] É o que narra Pontes de Miranda, sem qualquer reserva: "Os desastres, cincas e arbitrariedades do novo governo foram tão assoberbantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si-mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência, então, de toda Inglaterra. Atuou sobre todas as camadas sociais; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e humildes, ameaçava desnervar a energia nacional, que se revoltou". (MIRANDA, op. cit., p. 11).

[444] "As provisões que as Constituições de Clarendon determinaram para que fosse preservada a substância do controle real em tais assuntos foi para permitir a proteção desta contra o sacerdócio protestante. Eles eram autorizados a eleger, todavia, deveriam fazê-lo na capela da Corte Real. Considerando que poucos sacerdotes eram corajosos o suficiente para desafiar a vontade do rei enquanto cercados por seus cúmplices, os candidatos

preparativos para que Stephen Langton assumisse o posto eclesiástico, a despeito da discordância do monarca. Esta recusa real em aceitar o novo arcebispo, somada a outras arbitrariedades, culminou na excomunhão do rei João Sem-Terra pelo Papa, em 1.209.

Daí por diante, inúmeras rixas e desavenças marcaram a relação entre o monarca e a Igreja, até que, ameaçado de destronamento[445], nos idos de 1.213, submeteu-se ao clero e aceitou que Stephen Langton assumisse a dignidade de arcebispo. E mais, "pagou o dinheiro extorquido da Igreja; e, como humilhação à coroa, rendeu seu reino à Roma, recebendo-o novamente, como um vassalo do Papa, sujeito à tributos, e jurando-lhe lealdade e obediência"[446].

Meses se passaram e quando os focos de tensão sóciopolítica pareciam ter-se dissipado, o baronato e o clero se levantaram contra o rei. Afinal, João Sem-Terra, ao subir ao trono, tinha feito inúmeras promessas e vinha demonstrando que não seria fiel à palavra empenhada. Seus desmandos, injustiças e excessos levaram os barões e os clérigos a se insurgir, exigindo que o rei restaurasse as leis, os bons costumes e a liberdade[447]. E um fato em especial intensificou os conflitos e atiçou os ânimos:

> [...] no ano seguinte, uma fracassada tentativa do rei de retomar parte das terras ocupadas pela França elevou o clima de confronto entre o baronato e o soberano. Estrategicamente encarregaram ninguém menos que do que o arcebispo de Cantebury para redigir uma petição dirigida ao rei John, onde era reivindicado o reconhecimento de alguns direitos dos súditos em face dos monarcas[448].

A essa altura o rei John já bradava: "Por que não pedem também minha Coroa?"[449].

Depois de meses de protestos, negociações mal-sucedidas e intrigas, os nobres, em maio de 1.215, marcharam sobre Londres, atraindo boa parcela da população para o movimento. Em menos de um mês (15 de junho de 1.215), em reunião realizada em

---

do rei eram geralmente os escolhidos. No final do século, porém, o papa Inocêncio III sobrepôs o poder papal em um nível bastante alto, e pareceu-lhe possível desafiar esta preponderância real" (tradução livre). (KNAPPEN, op. cit., p. 113). Vide, HUME, David; SMOLLETT, Tobias; FAR, E.; NOLAN, F.H. *The History of England.* Volume I. London: J.S. Vitrue & Co, limited City Road and Ivy Lane, p. 137.

[445] O Papa Inocêncio III determinou, ainda, o cerramento das portas de todas as igrejas do país, privando o povo inglês do cultivo à sua fé. E o descontentamento do povo colaborou para que o rei se submetesse à autoridade papal. (Cf. SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 97; FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: um estudo comparado.* Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 14).

[446] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 23-24. Para mais detalhes, indica-se PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40-42.

[447] LIMA, op. cit., p. 24-26; PEREIRA, op. cit., p. 41-43.

[448] SUANNES, op. cit., p. 98.

[449] MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus* (Direito Constitucional e Processual Comparado). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I, p. 16.

Runnymede, o monarca já acatava as reivindicações da nobreza e do clero, quando aceitou os termos dos "Articles of the Barons"[450] - documento que serviu de substrato para a elaboração da Magna Carta de 1.215, na qual o rei João Sem-Terra apôs seu selo real[451-452].

5.1.1.2 A Magna Carta de 1.215.

A Magna Carta foi expedida originariamente em sessenta e três capítulos, tendo sido redigida em latim[453]. O rei João Sem-Terra, ao selá-la, comprometeu-se a respeitar os direitos e liberdades dos barões feudais, dentre eles, o devido processo legal.

Apesar de existirem autores que enxergam origem mais remota [454], o capítulo 39 da Magna Carta é considerado o berço da cláusula do devido processo legal, dispondo que:

---

[450] Perceba-se que, a princípio, o rei resistiu, recusando-se em apor o selo real no documento produzido pelo eclesiasta. E foi o que desencadeou a marcha "do Exército de Deus e da Santa Igreja em direção à cidade de Londres" (SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 98).

[451] Vide BITAR, Orlando. *Obras Completas de Orlando Bitar*. 2.Volume. Belém: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1951, p. 267; SUANNES, op. cit., p. 97-98; PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41 et seq.; LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 24-26.

Com relato detalhado do ocorrido, Knappen, nos seguintes termos: "Os barões estavam furiosos com as pesadas exigências de João pelo dinheiro e serviços feudais, geralmente ocasionados pelas guerras francesas que ele conduzia, com pouco sucesso. Em uma consulta preliminar, realizada em 1213, a carta de Henry I foi comentada e o sábio Arcebispo Langton produziu-a em um encontro em Londres no ano seguinte. Ele estava muito ansioso por um substituto legal para os meios violentos de solucionar os conflitos e os barões aceitaram a idéia de uma nova carta a ser assinada por João, apesar de eles esperarem empregar forças – ou ameaçar fazê-lo – para assegurar tal fim. Em maio de 1215 eles formalmente renunciaram a sua aliança com o rei, ao apoiarem a teoria feudal que requeria esta ação antes de recorrerem a uma tentativa por meio de batalha. João, apressadamente, fez concessões a Igreja e também aos cidadãos de Londres, na esperança de alcançar seus suportes, mas ambos os grupos posicionaram-se ao lado dos barões. O rei, neste momento, constatou que a resistência militar seria inútil. Em 15 de junho de 1215, ele reuniu-se com os barões em Runnymede (centro de Runny), próximo a Windsor, ao redor de Thames e acima de Londres, e aceitou os termos por eles impostos. Quatro dias depois, a Carta Magna foi editada" (tradução livre). (KNAPPEN, M.M. *Constitucional and Legal History of England.* Nova Iorque: Michigan State College, New York, Harcourt, Brace And Company, 1942, p. 124 -125).

[452] "A teoria tradicional faz da Magna Carta a descendente direta da Carta de Coroação de 1100, emitida por Henry I ao subir ao trono. Mas se a Magna Carta arrancada em Runnymede do Rei John, em 1215, derivou da Carta de Henry I, o fato é que foi muito além do documento anterior, tanto na formulação como nas implicações. Talvez o aspecto mais importante sejam as circunstâncias diferentes em que as duas cartas surgiram. Henry emitiu a Carta da Coroação para conseguir apoio à sua ascensão ao trono; mas o instrumento em si era um ato unilateral da parte do soberano, uma promessa do rei, oferecida como uma concessão, e não em decorrência de uma coação exterior" (SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 13).

[453] "A escrituração latina desse pacto de pacificação da nobreza medieval anglo-saxônica deve-se, segundo o douto Celso Albuquerque Mello, ao objetivo deliberado de fazê-lo inutilizável pela maioria da população como instrumento de proteção dos seus direitos: A Magna Carta nada mais foi do que um dos inúmeros pactos existentes, no período medieval, entre a nobreza e os reis". (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7).

[454] Considerando-a base do *due process*, por exemplo, VIGORITI, Vicenzo. *Garanzie constituzionali del processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 25.

Em sentido diferente, Adhemar Ferreira Maciel: "Se começarmos a espiolhar muito o instituto do devido processo legal [...], veremos que ele se remonta há mais de cinco séculos antes da era cristã. Na 'Antígona' de

"nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer modo destruído (arruinado), nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra"[455-456].

Sófoles, peça estreada em Atenas, presumidamente do ano de 441 a.C., já se invocavam determinados princípios morais e religiosos, não-escritos, que podiam ser opostos à tirania das leis escritas.
Édipo – vou apenas recordar -, quando descobriu que seus 4 filhos eram filhos dele com sua própria mãe, num gesto de autopunição, vasou seus olhos e passou a vaguear pela Grécia, guiado pela filha Antígona. Com sua morte, seus dois filhos, vale dizer, irmãos de Antígona, passaram a disputar o poder político de Tebas. Numa batalha, um irmão matou o outro, e um tio deles, Creonte, assumiu o governo. O primeiro decreto de Creonte foi proibir que se desse sepultura a um dos irmãos mortos, Polinices, considerado traidor da pátria. A pena pela desobediência seria a morte do infrator. Antígona, então, após invocar as leis não-escritas, que se perdiam na perspectiva dos tempos, retrucou que acima das leis do Estado, das leis escritas, existiam as leis não-escritas, de cunho universal, que deviam prevalecer sobre as leis escritas, pois se calcavam na natureza do homem.
Pois bem, essa revolta de Antígona é apontada como sendo o germe do direito natural, do qual o direito de resistência seria uma variante.
Alguns anos depois, Aristóteles (384-322 a.C.), na Arte Retórica, ao falar sobre justiça e equidade, invoca essa passagem de Antígona. Séculos depois, Cícero (106-43 a.C.), imbuído do pensamento estóico, busca mostrar que o direito não era só fruto de convenções dos homens, mas estava sobretudo na natureza das coisas.
A idéia do direito natural foi base do pensamento de dois autores ingleses: o juiz Sir Edward Coke (1552-1634) e o filósofo John Locke (1632-1704), cujas obras repercutiram [...]" (MACIEL, Adhemar Ferreira. O Devido Processo Legal e Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Processo, n.85,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 176 -177).
Segundo Ruitember Pereira, a verdadeira origem do *due process of law* remonta o século XI, no reinado de Conrado II, na Alemanha Medieval. O monarca pretendia travar uma relação de estabilidade e lealdade com os condes e vassalos, ainda no modelo feudal. Para tanto, editou, em maio de 1.037, em uma expedição germânica para Milão, o primeiro decreto a registrar por escrito o direito feudal e as práticas relativas à propriedade – preservando os direitos dos senhores feudais. Ali constaria a cláusula do devido processo legal redigida em texto que seria copiado pela Magna Carta de 1.215: "*Nenhum homem seria privado de um feudo sob o domínio do imperador ou de um senhor feudal (mesne lord), senão pelas leis do Império (laws of empire) e pelo julgamento de seus pares (judgment of his peers)*" (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 15-20 et seq..)
O mesmo autor ressalva nas páginas seguintes que o Decreto Germânico-Feudal distingue-se na Magna Carta de 1215 não só por ter nascido em ambiente histórico harmonioso – sem disputas acirradas entre seus atores (barões feudais, vassalos) -, por iniciativa do governo imperial, como também por não se limitar à perspectiva formal do devido processo legal, revelando contornos substantivos – quando visa proteger o direito de posse dos vassalos contra investidas arbitrárias dos senhores feudais ou imperadores (PEREIRA, op. cit., p. 24-25).
O autor identifica, ainda, estritas ligações políticas e familiares entre Alemanha e Inglaterra que permitiram que se reproduzissem em leis inglesas o princípio do devido processo legal (*laws of empire* e *judgment of his peers*) – algumas das leis apontadas, inclusive, anteriores à Magna Carta (PEREIRA, op. cit., p. 28 et seq.).

[455] Em latim, é disposta originariamente nos seguintes termos: "Nullus líber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisietur, aut ultragetur aut exuletur, aut aliquo modo destruatur de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, nec supere um ibimus, nec supere um in carcerem mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam" (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado).* 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I, p. 16-17).

[456] "[...] não asseguravam o direito ao *habeas corpus* ou a um julgamento pelo júri, como alguns advogados mais atuais sustentaram. O verdadeiro direito ao *habeas corpus* não foi desenvolvido até anos depois, e em 1215 o julgamento pelo júri foi apenas um dos métodos testados pelo qual um homem se submeteria a seus companheiros em corte. Todavia, estas cláusulas eram virtualmente equivalentes a cláusula original do devido processo legal na Constituição Americana, e representaram um triunfo de Langton em resolver os conflitos por meios legais e não violentos". KNAPPEN, M.M. *Constitucional and Legal History of England.* Nova Iorque: Michigan State College, New York, Harcourt, Brace And Company, 1942, p. 126).

Assegurava-se, pois, que nenhum "homem livre"[457] seria privado de seus bens jurídicos maiores – vida, propriedade, liberdade -, sem que antes tivessem sido atendidas exigências formais, quais sejam, o julgamento por seus pares (*judgement of his peers*) e o respeito à lei da terra (*law of the land*). Isso significava que os direitos naturais do homem somente poderiam sofrer limitações com respeito aos procedimentos e ao direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais[458]. E foi na expressão *law of the land* que teve origem o princípio do *due process of law* (devido processo legal) - tanto que, com o tempo, os termos passaram (*due process* e *law of the land*) a ser utilizados como sinônimos[459].

Trata-se da mais importante garantia conferida aos magnatas feudais[460]. Bernard Schwartz, visualizando-a como um grande marco histórico, vai mais além e assevera que:

> Nela é que se encontra pela primeira vez, na história inglesa, um instrumento escrito arrancado de um soberano pelo grosso da comunidade politicamente articulada, com o objetivo de impor preceitos compulsórios que nem mesmo o soberano podia violar. É na Magna Carta que se encontra o germe do princípio básico de que há direitos individuais fundamentais que o Estado, por mais soberano que seja, não pode infringir[461].

---

[457] "É verdade que os barões estavam exclusivamente preocupados com suas queixas contra John; Mas quando os Artigos dos Barões originais estavam sendo refinados, as palavras 'qualquer barão' fora mudadas em diversos dispositivos importantes para 'qualquer homem livre'(*líber homo*). Essa mudança de palavras pode ter algo de importância menor na ocasião ('homem livre' era uma expressão técnica feudal com um sentido muito mais restrito do que o que lhe damos hoje), mas posteriormente adquiriu maior importância. É que permitiram que os capítulos essenciais da Magna Carta pudessem se ajustar às necessidades de épocas posteriores, fixando precedentes para resguardar as liberdades que iam se desenvolvendo. Os ataques reais aos direitos dos barões podem ter sido a causa direta da Magna Carta, mas a terminologia usada iria se mostrar, ao longo dos tempos, ampla o bastante para proteger a nação inteira"(SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 15-16).

[458] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

Ada Pelegrini comenta as interpretações dadas à expressão ao longo dos anos: "O exame minucioso do termo *law of the land* e o estudo dos antecedentes históricos da Magna Carta levaram a doutrina mais recente a interpretar a expressão como a necessidade de observância das 'leis do país', para a validade do julgamento, contra o entendimento anterior de que o termo significaria um retorno um retorno às ordálias, em oposição à Justiça do soberano. Mas na frase *by the legal judgement of his peers* não se pode ainda ver, consoante a moderna doutrina, a primeira expressão do *trial by jury*. E quanto à expressão *free man*, que para a doutrina mais antiga abrangia todos os súditos, parece certo que se limita à nobreza, cujos membros eram os únicos que, à época, gozavam daquela condição" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 24).

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 20; SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 105 - 106.

[460] Muitos doutrinadores ressaltam que as garantias ali previstas só beneficiavam a nobreza – como SILVEIRA, Paulo Fernando. (op. cit., p. 17; GRINOVER, op. cit., p. 23) - , uma minoria, contudo, defende que alcançavam a população em geral.

Sobre a polêmica, confira-se: LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 27 et seq.; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo:* Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 7.

[461] SCHWARTZ, op. cit., p. 12- 13.

Ada Pellegrini Grinover a considera, inclusive, um dos precedentes mais importantes das modernas Constituições que, de forma inovadora, submete o soberano aos ditames da lei:

> Vista por muito séculos como garantias solene de direitos individuais, a crítica moderna contribuiu para colocar em seu devido lugar o documento que apesar da forma de outorga de direitos, disfarçou , na realidade, um acordo de vontade entre o monarca e os súditos revoltados. Chegou-se a sugerir que a carta foi ditada exclusivamente para proteger os interesses da nobreza, mas na realidade ela constitui, com os demais pactos medievais, um antecedente das modernas Constituições, no que tange à forma escrita e à proteção de direitos individuais, ainda que de caráter imemorial e destinado a determinados homens. Pela primeira vez a nobreza opõe ao monarca o princípio da supremacia de uma lei que se impõe ao próprio governante, antecipando a idéia fundamental de constitucionalismo do século XVIII[462-463].

A Magna Carta perdurou. Teve história longa e duradoura, atravessando os séculos seguintes – ainda que com alguns remendos. Foi subscrita e ratificada pelos inúmeros monarcas ingleses que se sucederam. Mas logo quando confirmada pelo rei Henrique III [464] –

---

[462] GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 23-24. Cf. VIGORITI, Vicenzo. *Garanzie constituzionali del processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 26.
Também assim, BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003, p. 9. A esse respeito, conferir: SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 14, 16 e 17.
Orlando Bitar tece críticas sobre a visão que se tem do documento de simples "tábua de privilégios" representativa da classe dos barões feudais. Traz outras explicações sobre sua importância para a história constitucional inglesa.
Qualifica-a como o primeiro grande ato público da nação, depois que firmou sua identidade, sendo que, através dela, os barões incorporara m interesses de todo o país.
Em seu teor, apura-se uma "tonalidade democrática"; "o povo comungara de seu movimento preparatório, seu apoio fora imprescindível e tivera na repartição de benesses apreciável quinhão" Os barões não eram fortes o bastante, diz, para enfrentar retaliações reais sem ajuda de outras classes. Há que diga que os barões eram líderes do povo.
Mas são os princípios nela previstos que "justificam sua gloriosa carreira". E seu valor maior está em ter inspirado gerações (BITAR, Orlando. *Obras Completas de Orlando Bitar***.** Vol. 2. Belém: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1951, p. 267-268).
[463] Ruitemberg Pereira não poupa esforços em criticá-la. Diz ser diploma permeado por expressões vagas, regras inexeqüíveis, assistemáticas. Era um instrumento ineficaz (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48 et seq.).
Não goza sequer de importância histórica para o autor, "seja porque não significou a efetivação de direitos humanos, à medida que a maioria notável de suas previsões nunca sai do contrato firmado entre o Rei e os barões (permanecendo mero *flatus vocis*), seja, sobretudo, porque não significa nenhuma inovação ou originalidade no que tange à evolução do princípio do devido processo legal" (PEREIRA, op. cit., p. 53).
[464] Sobre o desastroso governo de Henrique III, que culminou em novo clamor por ratificação dos direitos e liberdades individuais, Pontes de Miranda traz seu relato histórico: "A partir de 1219, Henrique, que tivera a seu lado, até então, graças a seu tutor [...], os barões anteriormente revoltados contra seu pai, governou por si só, aos tropeços, desastrosamente, como fora de esperar-se em príncipe tão inculto e cheio de vícios. Ambicioso, quis retomar os domínios que Felipe-Augusto tirara a João Sem-Terra, e desembarcando, a 12 de maio de 1242, em Royan, com esse intuito, que o espicaçava, fez declarações em tom cominatório; desafiou em 16 de junho a Luis IX, e, embora mal preparado, deixou-se conduzir a luta temerária, porque desigual.[...] A alta de impostos, consequência lógica de tantos erros e baldas políticas, fez com que se sublevassem os barões, recontinuando-se a revolução que sob João-sem-terra reclamara liberdades e garantias. Daí a confirmação da Magna Carta, em 1255, em reunião de prelados, convocados em Westminster, com expressa ameaça de excomunhão contra quem a

filho de João Sem-Terra, que o sucedeu no trono -, em 1.225, foram feitas algumas alterações secundárias: o documento passou a ter 37 capítulos e o princípio do devido processo legal contou com previsão no seu capítulo 29[465].

Só no ano de 1354, mais de um século depois, durante o governo de Eduardo III, que a Magna Carta foi traduzida para a língua inglesa[466]. E com a edição do *Statute of Westminster of the Liberties of London*, no seu Capítulo 29, o vocábulo lei da terra (*law of the land*) foi substituído por *due process of law*, por obra de um legislador desconhecido[467].

Nos séculos XV e XVI a Magna Carta ficou um pouco esquecida – não suscitava mais grandes debates -, pois os ingleses estavam atentos ao fortalecimento do seu Parlamento e à repartição de poderes com o monarca.

Sucede que, no século XVII, criaram-se arestas entre Coroa e Parlamento. Novas arbitrariedades reais geraram sucessivas dissidências entre os poderes estatais[468], o que conduziu a uma releitura da cláusula do devido processo legal[469].

Por reinterpretação de *Sir Edward Coke* (século XVII) e, em seguida, de *Blackstone* (século XVIII), deixava de ser mera fonte de direitos e franquias para senhores feudais, para se tornar garantia de julgamentos conforme o *common law*, de acordo com um processo legal. Sustentavam, por demais, a supremacia da Magna Carta perante todos os poderes do Estado – inclusive o Parlamento[470].

---

violasse' " (MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado).* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I, p. 18).

[465] Ainda, segundo Maria Rosynete Oliveira Lima, só doze anos depois o pacto passou a ser denominado de Magna Carta (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 34).

[466] LIMA, op. cit., loc cit..

[467] GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 24-25; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

[468] Vide, SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 103-104. O Rei "[...] ao se tornar alvo do Parlamento e da autoridade judiciária, que passaram a vigiá-lo, chegando a acusar e processar seus ministros, suspendia discricionariamente os processos já iniciados ou a execução das sentenças, criava normas penais ou elevava tributos, sem aquiescência do Parlamento" (LIMA, op. cit., p. 36).

[469] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo:* Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15.

[470] GRINOVER, op. cit., p. 25.

5.1.1.3 Dr. Bonham's Case. Indícios de um devido processo legal substantivo.

Ainda no contexto do século XVII, no curso do reinado de Jaime I, releva comentar o *Dr. Bonham's Case* (1610), no qual se constatam os primeiros indícios do nascimento do devido processo legal em seu sentido substantivo[471].

O Estatuto da Academia Real de Medicina, editado pelo Parlamento, dispunha que nenhuma pessoa poderia exercer a medicina sem licença concedida pela Academia, sob pena de sofrer a imposição de uma multa – sendo seu valor revertido, em parcelas iguais, para o rei e para a Academia -, cujo inadimplemento conduziria à decretação de aprisionamento do infrator. A competência para imposição das penalidades (multa e prisão), a propósito, era atribuída à própria Academia Real de Medicina.

Dr. Bonham exercia medicina sem a licença exigida, contrariando, com sua conduta, o Estatuto da Academia Real de Medicina. Como punição, a Academia citada impôs a sanção pecuniária prevista no estatuto. Inadimplida a multa, a mesma instituição imputou-lhe a pena de aprisionamento. *Dr. Bonham* foi encarcerado.

Propôs-se, então, uma ação judicial cujo processamento ficou a cargo de *Sir. Coke* e outros julgadores, que entenderam que a penalidade era inválida, assim como o estatuto que a previa – norma editada pelo Parlamento, a propósito -, pois permitia-se que a Academia julgasse litígio que a tinha como parte, cominando pena pecuniária que lhe favoreceria. Nenhum homem pode ser juiz em causa própria, diziam.

O ato parlamentar, asseverou Coke, ia de encontro ao *common law* (direito comum) e com a razão. Com isso, *Sir Coke* e seus pares perfizeram, ainda que despretensiosamente – sem intenção de construir uma nova doutrina constitucional[472] -, um controle de validade dos atos estatais, com base em argumentos que no mínimo se aproximam da cláusula do devido processo legal substantivo. O julgamento, infelizmente, tornou-se caso

---

[471] As informações sobre o caso foram extraídas da obra MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo:* Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23- 28.

[472] Analisando as exatas palavras registradas por *Sir Coke* na decisão do caso, Bernard Schwartz informa que: "Incontáveis estudiosos têm debatido o sentido exato dessas palavras. O consenso moderno é de que a passagem formula um cânone de interpretação ao invés de uma teoria constitucional. Coke não tencionava afirmar a teoria de um direito consuetudinário fundamental concedendo aos tribunais o poder de anular estatutos; tencionava apenas que a base da lei estatuída, como direito consuetudinário fundamental concedendo aos tribunais o poder de anular estatutos fosse a razão e a justiça e que era dever dos tribunais interpretar estatutos a fim de pô-los em conformidade com os princípios legais aceitos" (SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 60).

isolado na Inglaterra[473]. Isso porque a estrutura política da Inglaterra é marcada pela posição de supremacia do Parlamento. A máxima do devido processo legal, em solo inglês, não assegurava um controle do teor de sua legislação. O *due process of law* implicava a limitação dos poderes do rei e, não, dos parlamentares[474].

5.1.1.4 O governo de Carlos I e a Petition of Right.

Também no século XVII, na fase do reinado de Carlos I - mais um déspota na história inglesa - [475], outro evento de monta contribuiu para a afirmação definitiva do princípio do devido processo legal.

Constam, em registros históricos, que o monarca ordenou a prisão sumária dos cinco nobres (Hampden, Darnel, Cobert, Heveningham e um outro) que se negavam a pagar o empréstimo compulsório por ele instituído no intuito de financiar as guerras então travadas. Os fidalgos providenciaram então a impetração de habeas corpus, obtendo êxito na concessão

---

[473] O que não impediu que ecoasse em solo norte-americano, tempos depois: "As palavras de Coke no Dr. Bonham's Case não estavam, porém, destinadas ao esquecimento. Mais de um século depois, essa decisão povoaria o espírito dos colonos ingleses na América do Norte, levando-os a reproduzir as palavras de Coke para argüir inconstitucionalidade de atos do Parlamento inglês regulatórios da liberdade e da propriedade nas colônias. Mas não se sabe ao certo se aquela decisão influenciou a aceitação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, ou se teve papel definitivo na trajetória da versão substantiva do devido processo legal. Como oferece margem a variadas leituras, pode-se apenas situá-la como mais um indício componente do enigma que é o surgimento do devido processo legal substantivo". (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo:* Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 28).
Mas Bernard Schwartz ressalva que: "Durante o conflito que levou à Revolução, os americanos cada vez mais encararam literalmente a sentença do *Dr. Bonham's Case*, como uma declaração de que havia uma lei fundamental limitando os poderes parlamentares. Lord Coke não concluíra, argumentavam entre si, que um Ato do Parlamento contrário à lei fundamental deve ser considerado sem efeito? Isso não significava que os atos do governo britânico em relação às colônias contrários ao direito consuetudinário e à razão não devem igualmente ter qualquer força legal?" (SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 60-61).
[474] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 39.
[475] Algumas notas sobre o falado governante: "Sob Carlos I, monarca mal aconselhado, que pretendia governar sem leis e sem nobreza, a campanha dos povos ingleses recomeçou. A velha ambição de liberdade incendiou novamente o ânimo daquele povo e as novas opressões ainda mais acentuaram a gravidade do momento histórico. Tido pelos súditos como perigoso papista, devido às práticas, convicções e exigências culturais de sua mulher, Henriqueta de França, e malquisto pela confiança do duque de Buckingham, favorito de seu pai e fidalgo frívolo e odioso, que escandalizava o povo com o grande luxo, Carlos foi se tornando aos poucos detestado e suspeito. Contra ele congregaram-se cavaleiros, classe inferior dos conquistadores, que sempre se ligava às comunas para fazer oposição à alta nobreza.
No meio de todas essas dificuldades, com que o temperamento do rei não sabia arrostar, dissolveu ele quatro vezes, sucessivamente, o Parlamento, porque lhe recusava subsídios e lhe fazia justas reclamações; e pretendeu impor ao povo nova liturgia estabelecida pelo arcebispo Laud. [...]
Quando se lançou, então, sem autorização parlamentar, certo imposto geral e sistemático, o *ship-money*, desencadeou-se, [...] a reação nacional [...] Os homens do povo, quando se recusavam a contribuir, eram levados à forca pelo serviço da marinha. Os nobres eram constrangidos a comparecer perante o conselho, de onde às vezes os remetiam para as prisões. Entre os que assim foram tratados, acharam-se, certa vez, cinco fidalgos, Hampden, Darnel, Cobert, Heveningham e um outro". (MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I , p. 46).

da medida. Mas os guardas do cárcere se recusavam a cumprir o mandado de soltura, vez que a prisão teria se dado por ordem especial da Coroa. Esse era o desejo do rei[476].

A atitude do soberano chamou a atenção do Parlamento, estimulando muitos debates internos, afinal, perguntavam-se, uma ordem real, sem motivação explícita ou aparente, era o suficiente para se restringir o direito de liberdade dos ditos fidalgos? "As atenções incidiram sobre o caso. Alvoroçaram-se os juristas. Todos sabiam que a detenção era o recurso e o castigo de que, em seu prurido de coação, ou seu disfarce de medida repressiva, lançavam mão os conselheiros para impor o imposto arbitrário. Urgia uma solução"[477].

As discussões culminaram, pois, na elaboração de um documento pelos opositores do rei, liderados por Sir. Coke, em que pleiteavam o reconhecimento da força normativa do direito comum e dos direitos, franquias e liberdades conquistadas nos últimos séculos, sobretudo pela Magna Carta[478].

Carlos I, em busca de colaboração do Parlamento na obtenção de fundos, assinou a petição, então alcunhada de *Petition of Right* (1.628), cuja origem, concepção e repercussão são bem descritas por Bernard Schwartz:

> A Petição de Direitos de 1628 é o antecedente documental seguinte da Declaração de Direitos americanos. Uma parcela considerável de sua criatividade emana da mente do homem que desempenhou um papel fundamental em sua elaboração, Sir Edward Coke. Sob muitos aspectos, Coke é uma espécie de precursor jurídico dos homens que fizeram a Revolução Americana. James Otis, John Adams e Thomas Jefferson, para indicar apenas alguns, foram todos acalentados pelos escritos de Coke e pelo exemplo de sua carreira tripla, cada uma deixando a sua marca indelével nas Constituições inglesa e americana. Como autor e juiz, Coke proporcionou uma base doutrinária para o edifício constitucional americano[479].

Tratava-se de documento de reafirmação e, não, de inovação. E porquanto espezinhada a garantia do devido processo legal nas últimas ações reais, foi ratificada no texto

---

[476] "Impetrada a ordem de habeas corpus, Hampden e seus companheiros a obtiveram. Apresentada, porém, ao carcereiro, esse respondeu que os cinco fidalgos se achavam presos em virtude de ordem especial do conselho privado do rei, negando-se a dar informações, porque o conselho não lhe dissera os motivos particulares que possuía par a aquelas detenções. Tratava-se, portanto, de 'vontade especial' de Sua Majestade" (MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I , p. 47).
Válido conferir, PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 90 et seq.

[477] MIRANDA, op. cit., p. 48.

[478] Válido conferir, PEREIRA, op. cit., p. 90 ss. O autor comenta o documento e suas repercussões históricas e jurídicas. Defende, nesse contexto, que a solução para o caso narrado já passou pela cláusula do *substancial due process* (PEREIRA, op. cit., p. 93 et seq..). Sobre as contribuições de Coke e Balckstone, VIGORITI, Vicenzo. *Garanzie constituzionali del processo civile.* Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 28 ss.

[479] SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 18-19.

da Petição de Direitos em duas oportunidades, em capítulos distintos e consecutivos, utilizando-se como sinônimas as expressões *law of the land* e *due process of law*[480].

Os parlamentares comemoraram a conquista, talvez sem atentar para a falta de força coercitiva do documento inglês. Tratava-se de documento meramente declaratório, que não trazia qualquer mecanismo apto a garantir sua observância, sua efetivação. Por essa razão, a carta de direitos foi tratada pelo Executivo com desprezo, como se inexistente fosse. O Judiciário, outrossim, permanecia tendente a chancelar os excessos no exercício do poder pelo monarca, permitindo as prisões arbitrárias[481].

A despeito disso, a partir desse momento, a cláusula do devido processo legal afirmou-se em definitivo em terras londrinas – passando a ser mais utilizada a expressão *due process of law* -, para, em pouco tempo, invadir e se estabelecer em outros territórios[482-483].

5.1.2 Estados Unidos da América.

Ainda no limiar do século XVII, os colonizadores ingleses aportaram nas praias norte-americanas, trazendo consigo o ideário inerente ao *due process o law*[484]. O direito norte-americano recepcionava a cláusula do devido processo legal, como forma de conter abusos dos governantes.

Antes mesmo da independência americana, os colonos já tinham avançado bastante na instituição de declarações de direitos individuais. Nos confins do período colonial, muitas garantias fundamentais já estavam acauteladas expressamente em cartas e outros documentos, dentre as quais avultava "o direito a um devido processo (contido, em termos variáveis derivados da Magna Carta, na maioria dos documentos fundamentais coloniais, começando com a Lei para Liberdades do Povo de Maryland)"[485].

---

[480] Vide BITAR, Orlando. *Obras Completas de Orlando Bitar***.** Vol. 2. Belém: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1951, p. 269; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo:* Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 32- 33.

[481] SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 22-23.

[482] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 37.

[483]"*Blackstone* retoma a idéia de *Sir Edward Coke* na primeira metade do século XVIII, contudo, *a law of the land* passa a oferecer uma série de garantias aos indivíduos sequer imagináveis ao tempo de *Coke.* Elas agora estão previstas no *Habeas Corpus Act de 1679,* no *Bill of Rights de 1689* e no *Act of Settlement de 1701,* as quais unidas, ou inseridas, no Capítulo 39, fizeram dela a garantia fundamental do processo inglês inclusive nos dias atuais". (LIMA,op.cit, loc cit.).

[484] Quando os imigrantes ingleses desembarcavam em solo americano, carreavam consigo todos os direitos, garantias e liberdades asseguradas aos ingleses, o que os levou a reivindicá-las para si mais tarde (SCHWARTZ, op. cit., p. 34).

[485] SCHWARTZ, op. cit., p. 55-56.

Conquistada a independência norte-americana (04.07.1.776), as várias constituições e declarações de direito subseqüentes[486] também consagravam a garantia, só que sob a alcunha originária de *law of the land*, nos moldes da Magna Carta inglesa.

É o que se via, por exemplo, na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1.776 [487]; na Declaração de *Delaware*, de 1.776; na Declaração de Direitos de *Maryland*, de 1.776; Declaração de Direitos da Carolina do Norte, de 1.776; Declaração de Direitos do Estado de *Vermont*, de 1.777; Constituição de *Massachusetts*, de 1.780; o *Bill of Rights*, que inaugurava a Constituição do Estado de *New Hampshire*, de 1.784[488], dentre outras[489].

Assim, a cláusula do *law of the land* foi herdada pelo estado norte-americano - com feição estritamente procedimental, frise-se -, integrando-se ao seu arcabouço jurídico em definitivo.

A expressão *due process of law* ainda não era empregada nessas normas estaduais. Apareceu inauguralmente na Declaração de Direitos do estado de *New York*, de 1777. Depois, foi incorporada na Quinta Emenda à Constituição Americana[490], de 1791 - voltada à

---

[486] No ano de 1776, John Adams já notava a necessidade de cada estado instituir seu próprio governo, e, junto a isso, de se instalar um governo central. Daí, em meados de 1776, o Segundo Congresso Continental expediu uma resolução recomendando que as colônias providenciassem a instauração de um governo local. Isso desencadeou nos anos seguintes a elaboração de constituições estaduais, o que permitiu "que os direitos individuais fossem instalados pela primeira vez numa firme fundação constitucional. Esses direitos não estavam mais contidos em cartas ou concessões por uma questão de graça e revogáveis à vontade do poder concedente, não eram também promulgações legislativas sujeitas a alteração ou revogação a critério do legislativo, não eram também meras declarações e resoluções sem qualquer efeito compulsório legal. Agora, os direitos fundamentais dos americanos podiam ser garantidos em constituições escritas, investidos de caráter de lei suprema e compulsórios para os sucessores americanos tanto da Coroa como do Parlamento" (SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 70).

[487] "O conceito de direitos do homem é basicamente de origem americana. A existência anterior do *Bill of Rights* inglês de 1689 tende a obscurecer esse fato. Exceto pelo nome, no entanto, a lei inglesa de 1689 pouco tem em comum com o documento americano posterior. Em primeiro lugar, a lei inglesa foi aprovada como um estatuto comum pelo Parlamento, sujeita assim permanentemente, em termos legais, a emendas ou rejeições a critério de legislaturas subseqüentes. A noção americana de uma lei de direitos do homem incorpora garantias de liberdade pessoal a um documento constitucional, cujos artigos definem e limitam as áreas de atuação legislativa legitimada. Nesse sentido, a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, foi a primeira lei moderna de direitos do homem, já que foi a primeira a usar uma constituição escrita para resguardar os direitos individuais dos atos nem sempre estáveis da fantasia legislativa" (SCHWARTZ, op. cit., p. 11).

[488] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 9-12.

[489] Estes outros registros de consagração da *law of the land* em constituições de outros estados podem ser conferidos na obra de LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 42 a 44. A autora, em suas pesquisas, encontra historiadores dizendo que somente cinco estados não continham essa referência em suas cartas constitucionais, que seriam *Indiana, Kansas, New Jersey, Ohio* e *Oregon*.
Com um relato mais detalhado da origem e conteúdo dessas declarações e constituições estaduais, tem-se Bernard Schwartz (SCHWARTZ, op. cit., p. 71 et seq.).

[490] Conquistada a independência das 13 colônias norte-americanas, 55 delegados foram por elas enviados à Philadelphia, para revisarem os termos dos "Artigos da Confederação", que instituíam uma estrutura político-governamental precária para os estados – com um poder central enfraquecido. Mas os delegados terminaram redigindo a Constituição Americana de 1787, instituindo um novo sistema governamental – com base nas doutrinas de Locke e de Montesquieu -, uma república democrática representativa, marcada por um sistema

contenção de arbítrios do poder federal -, sendo, em seguida, consagrada na Décima Quarta Emenda de 1868 – para registrar que o poder estadual também restaria limitado pelo ditame do *due process*[491-492].

A Emenda Décima Quarta de 1.868 teve, ainda, o grande mérito de estender os direitos individuais consagrados constitucionalmente a todos os homens. Nessa esteira, a cláusula do devido processo legal veio beneficiar toda a população, protegendo-a contra excessos estatais. É o que comenta Vicenzo Vigoriti:

> No primeiro inciso da Emenda XIV, sem dúvidas a mais relevante das normas acrescentadas, distinguem-se duas partes. A primeira estabelece que qualquer indivíduo 'nascido ou naturalizado nos Estados Unidos' tem primeiro de tudo cidadania federal e, depois, aquela do estado em que reside. A segunda parte contém, por sua vez, três disposições que pretendem limitar os poderes dos Estados-membros, em confronto com os direitos que decorrem do novo status. A primeira destas veda 'emanar e fazer aplicar leis que lesam os privilégios e as imunidades ligadas à cidadania federal'; a segunda assegura aos indivíduos a possibilidade de recorrer às Cortes da União quando os Estados violarem os direitos protegidos pelo *due process*; a terceira garante a todos a 'igual proteção das leis'[493].

Até meados do século XIX, a garantia do devido processo legal prevaleceu no ordenamento norte-americano com conotação meramente processual, vedando a restrição a direitos individuais (vida, propriedade e liberdade) sem que antes se assegurasse um procedimento ordenado – tendo por garantias mínimas, a princípio, a notificação e a defesa.

---

federalista – com poder central forte, mas que não anule os estados membros -, e pela repartição do poder político entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Avultava-se, ademais, a atribuição ao Judiciário do poder de controlar atos legislativos e executivos, colocando em posição de destaque dentro de sistema.
O embaixador dos EUA na França, Thomas Jefferson, reprovava a carta constitucional então elaborada pela ausência de um *Bill of Rights*, que assegurasse proteção aos direitos individuais contra abusivas ingerências estatais. Daí sua sugestão enviada aos colegas, Madison e Mason, de que se redigissem emendas à constituição para resguardar essas garantias individuais. As ditas emendas (1 a 10) foram, de fato, aprovadas e inseridas no texto constitucional em 1791. (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 24-26).

[491] Com um bom histórico das mudanças, SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 125-130; LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 44.
Percebe-se, assim, que a "consagração constitucional da cláusula em estudo não teve assento no Texto da Constituição norte-americana de 1787, mas passou a integrá-la por meio do bloco de emendas de 1791, conhecido como *Bill of Rights*, especificamente pela Quinta Emenda, e mais tarde, no ano de 1868, por meio da Décima Quarta Emenda". (LIMA, op. cit., p. 67).

[492] "Ressaltam os jurisconsultos que no final da primeira metade do século XIX, antes mesmo da Guerra da Secessão, não havia meio de requerer apelação à Corte Suprema dos Estados Unidos, através de tribunais estaduais, na base de qualquer das Garantias da Carta de Direitos, no concernente às questões como liberdade de palavra ou imprensa, bem como os direitos dos acusados, onde as partes ofendidas não podiam ir além dos tribunais estaduais, sob a justificativa de que era da competência das Constituições estaduais dispor sobre a proteção dos cidadãos dos respectivos estados. A grande mudança de concepção, afirmam os publicistas, deu-se após a adoção da Décima Quarta emenda à Constituição Norte-Americana em 1868" (FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal:* um estudo comparado. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 20-21).

[493] VIGORITI, Vicenzo. *Garanzie constituzionali del processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 33 e 34 (tradução livre).

Firmada a supremacia da Constituição Americana (no momento de sua aprovação)[494], nos anos seguintes, a Suprema Corte reconheceu seu poder de revisão dos atos normativos inconstitucionais, tendo por parâmetro um caráter substantivo do princípio do devido processo legal[495]. Passaram a ser consideradas inválidas leis infraconstitucionais que restringissem indevidamente (irrazoavelmente) os bens jurídicos mais valiosos da pessoa humana, tutelados constitucionalmente. A partir de então, evolui gradualmente a faceta material do *due process of law* nos EUA[496].

Percebe-se que, nos EUA, a máxima do *due process of law* termina por assumir contornos distintos daqueles traçados na Inglaterra. Os norte-americanos adaptaram-na aos seus anseios e à sua realidade[497].

Na Inglaterra, o reconhecimento do *due process* significava uma vitória dos Barões e, empós, do Parlamento sobre a Coroa, com a possibilidade de contenção do poder

---

[494] No art. VI, 2, da Constituição estadunidense há declaração expressa de sua supremacia hierárquica no ordenamento jurídico (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo:Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*, cit., p. 43 e 44).

[495] Comentando o primeiro sinal da aceitação do controle de constitucionalidade (*Judicial Review*), no ano de 1803, nos Estados Unidos, Letícia Martel informa que: "A aceitação, pela Suprema Corte, desta interpretação da Constituição foi consagrada na *opinion* do *Chief of Justice Marshall*, no caso *Marbury* v. *Madison*. Nela, o *Justice Marshall*, pela *interpretação do texto constitucional*, fazendo uso do *approach* interpretativo compartilhado à época, e com base na argumentação do texto federalista n. 78, declarou inconstitucional um ato do Congresso norte-americano que definia a competência da Suprema Corte. O *Justice Marshall* sustentou ser a Constituição o supremo direito da terra. Em vista disso, asseverou que é função peculiar do Poder Judiciário interpretar a Constituição e recusar-se a aplicar atos governamentais que contrariem seus princípios e suas regras, pois a concordância do Judiciário com esses atos derrubaria, na prática, toda teoria da limitação do poder [...] *Justice Marshall* não inovou, mas traduziu o pensamento de uma grande corrente de intérpretes da Constituição".

Sucede que nessa primeira fase de admissibilidade do *Judicial Review* o julgador só poderia decretar a inconstitucionalidade de um ato estatal se nele se consubstanciasse uma afronta direta e visível à dispositivo constitucional. Não se invoca, em regra, violação ao devido processo legal material como fundamento de inconstitucionalidade (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo:* Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 69-72).

Carlos Augusto Assis, a seu turno, relembra que antes mesmo da aceitação do *judicial review* no célebre caso *Marbury* v. *Madison* (1803) se viam prenúncios da adoção do *due process* substantivo no *case Calder v. Bull*, em 1798, no teor do julgamento do Juiz Chase. O seu desevolvimento maior, contudo, deu-se a partir do fim do século XIX e início do século XX, quando se destaca o caso *Allgeyer v. Louisiana* (1897), em que se invalidou lei estadual por sua irrazoabilidade. (ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 59- 60).

[496] GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 36.

[497] Traçando outras diferenças entre os sistemas de direitos individuais inglês e americano, Bernard Schwartz pontua que: "Não resta a menor dúvida de que, sem o desenvolvimento inglês anterior, os direitos individuais dificilmente teriam evoluído para o nível que alcançaram no direito americano. O desenvolvimento nos Estados Unidos, no entanto, teve uma base diferente do sistema inglês. As cartas de liberdade inglesa, analisadas neste capítulo, são registros da existência de direitos, mais do que estatutos para concedê-los. Estimularam a história americana mais pela fama do que pela substância. A experiência constitucional americana enfatiza a substância das garantias escritas. As constituições americanas e as declarações de direitos são a fonte legal, não meramente os registros, dos direitos básicos. Para se compreender tal desenvolvimento, temos que analisar a experiência americana durante o período colonial" (SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 32-33).

real pelas leis da terra. Nos EUA, a recepção da cláusula representava um triunfo da sociedade perante todo o estado[498].

Enquanto na Inglaterra subsistia uma supremacia do Legislativo (Parlamento) sobre os demais poderes estatais, nos EUA, em razão de uma crescente aversão que se tinha ao tirânico Parlamento inglês[499], consagrou-se uma preponderância do Judiciário. Na América do Norte, tribunais e juízes, além de controlar atos do Executivo, exerciam "a função de declarar o sentido e o alcance das normas jurídicas [...] a ponto de invalidar as regras de direito contrárias à Constituição"[500].

É necessário destacar que a evolução britânica envolveu confronto entre o Parlamento e a Monarquia, com a posterior supremacia do Parlamento, que acabou se tornando o símbolo da democracia na ilha européia. Já na América, o Legislativo era visto com reserva, pois representava ainda a idéia de dominação sofrida pela imposição das leis britânicas, o que fez com que os Estados americanos – recém emancipados – utilizassem dois mecanismos principais para coibirem o abuso legislativo: controle da constitucionalidade das leis e o veto presidencial incidente no processo legislativo[501].

De uma forma ou de outra, a garantia do *due process*, em suas facetas formal e material, já estava enraizada em terreno anglo-americano. E em que pese ter ali nascido e se desenvolvido, desgarrou-se de suas origens para alastrar-se por outros países ao longo do mundo.

---

[498] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 20-21. FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal:* um estudo comparado. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 21.

[499] "Como a Inglaterra estava empobrecida devido às contendas constitucionais do século XVII, quando a estabilidade política apontou, o Parlamento decidiu buscar nas colônias sua fonte de riquezas e recursos, aderindo à crença de que as colônias deveriam pagar pelas despesas da metrópole. Nesse ensejo, o Parlamento inglês editou uma série de medidas controladoras das colônias e constritivas dos direitos dos colonos, mormente a liberdade negocial e a propriedade. Foi contra esses atos parlamentares que os colonos se insurgiram, lançando as bases do que posteriormente viria a ser a doutrina do controle judicial de constitucionalidade". (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo:* Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 61).

[500] CASTRO, op. cit., p. 18.

[501] BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 16.

5.2 OUTROS PAÍSES. DIFUSÃO AO LONGO DO MUNDO.

5.2.1 Alemanha.

A Constituição de Weimar de 1919, em seu art. 114, só consagrava tacitamente a cláusula do devido processo legal. Também a Carta Constitucional Alemã (Lei Fundamental de Bohn de 1949) não conta com previsão expressa da garantia.

Ainda assim, é indubitável tratar-se de máxima constitucional implícita, não só por ser corolário dos princípios de Estado de Direito e da dignidade da pessoa humana, como também por se encontrarem espraiados em todo o texto constitucional dispositivos que consagram seus subprincípios – publicidade, contraditório, juiz natural etc.[502].

Como correspondente direto do devido processo legal, fala-se no *faires Verfahren* (direito a um procedimento justo), assentado no postulado constitucional do Estado de Direito (arts. 1, 20 e 28), que impõe, na esfera jurisdicional, a existência de um processo pautado nos ideais de justiça e equidade.

Trata-se de direito fundamental reconhecido por tribunais alemães, atribuído a todos os sujeitos do processo – partes, testemunhas etc -, na esfera criminal e cível, do qual se extraem outros princípios como a máxima da igualdade e a obrigação de assistência.

Como subprincípios que integram a cláusula do *faires Verfahren*, têm-se: a) juiz natural (art. 101, alínea 1); b) contraditório (art. 103, I), considerado pelas cortes concretização dos princípios do Estado de Direito e da dignidade humana; c) acesso à tutela jurisdicional, a um processo, como decorrência das máximas acima citadas e do próprio direito à liberdade pessoal etc.[503- 504].

Até então se falou do devido processo legal procedimental. Diz-se, contudo, que a "garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais" (art. 19, alínea 2, da Lei de Bonn), que veda ofensa aos direitos fundamentais em sua substância, seria uma expressão do devido processo legal substancial e, por conseguinte, do princípio da proporcionalidade[505-506].

---

[502] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 47.
[503] LIMA, op. cit., p. 48-51.
[504] BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 47.
[505] "A Constituição Alemã não explicita o princípio da proporcionalidade; entretanto, para os autores alemães citados por Willis Santiago Guerra Filho, esse princípio está incrustado no art. 19, 2.ª parte, onde é colocada a intangibilidade dos direitos fundamentais" (GÓES, Gisele Santos Fernandes. *O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 94). Vide, LIMA, op. cit., p. 54-55.
[506] "Merece destaque, não obstante não seja objeto do estudo neste momento, a doutrina desenvolvida pelos tribunais alemães no tocante às provas obtidas ilicitamente, justamente pela influência que vem tendo em outros países, inclusive no Brasil, e por dizer respeito ao devido processo. Dois princípios acabaram sendo aplicados

5.2.2 Argentina.

A Argentina, influenciada pelos estadunidenses, acolhe em seu ordenamento jurídico a garantia do *debido proceso legal* (devido processo legal), em suas facetas processual e material.

A expressão "*debido proceso legal*" não é mencionada explicitamente na Carta Constitucional Argentina de 1853, mas a doutrina e a Corte Suprema do país a extraem de dispositivos esparsos, que trazem fragmentos de seu conteúdo[507].

É o caso do art. 18 da sua Constituição que assegura garantias de um processo prévio, pautado em legislação já existente (anterioridade, reserva legal), no juiz natural, contraditório etc.

Já os arts. 17, 28 e 33, da Carta Constitucional de 1853, consagram o fundamento constitucional do *debido proceso legal* substantivo, também denominado de princípio da razoabilidade, tal como reconhecem amplamente doutrinadores e a Corte Suprema[508].

Maria Rosynete Oliveira Lima, interpretando jurisprudência e doutrina argentina, esclarece que "*debido proceso legal, garantia innominada* ou *razonabilidad,* funciona no ordenamento jurídico argentino como meio de defesa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, já que as decisões judiciais terminam por colocar limites a ação legislativa, ou executiva"[509].

Gisele Góes, nessa esteira, defende que a Constituição Argentina, em seu art. 28, ao dispor que direitos (princípios e garantias) fundamentais não podem ser alterados pela legislação, consagra, implicitamente, o princípio da proporcionalidade, pois "a partir da inviolabilidade dos direitos fundamentais decorre como conseqüência que qualquer alteração produzida pelo legislador, será desproporcional, porque inadequada, desnecessária e excessiva"[510].

---

com respeito à matéria: por um lado, o princípio de que as provas obtidas por meios ilícitos devem ser excluídas, para preservar a pureza do processo judicial; por outro, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual deve ser sopesado o direito à intimidade das pessoas em cada caso em relação à importância da prova obtida e a gravidade da violação da lei que se imputa à pessoa". (BONATO, op. cit., loc cit.).

[507] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 55-62.

[508] Ibidem, loc cit.

[509] Ibidem, p. 63.

[510] GÓES, Gisele Santos Fernandes. *O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 89-90.

5.2.3 Itália.

Na fase de vigência do Estatuto Albertino, observava-se a existência de leis que restringiam as vias recursais para aqueles que viam seus interesses serem lesados por ato da administração pública. Como reação a essa legislação, na Constituição de 1948, foi aposto o art. 113, dispondo que:

> contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interesse legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e ammnistrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti[511].

Subsistem, além disso, outros dispositivos na Constituição italiana que protegem os direitos individuais contra abusos do poder público. São eles o art. 13, que veda qualquer restrição à liberdade pessoal que não decorrente de decisão judicial fundamentada, de acordo com a lei; o art. 24, que garante a todos um amplo acesso à Justiça e a ampla defesa; e o art. 25, que consagra a máxima do juiz natural[512].

5.2.4 Espanha.

A Constituição espanhola de 1978 positivou a cláusula do devido processo legal – denominada como *proceso debido, proceso debido según ley, juicio justo* ou *proceso justo* – nos arts. 1.º, 14, 17, 25, 117, 119, 120, mas, sobretudo, no aclamado art. 24, que dispõe que o processo devido é aquele em que a tutela jurisdicional seja efetiva.[513]

Na Espanha, as Cortes Constitucional e Suprema, bem como a doutrina, não chegaram a um consenso sobre a natureza jurídica e o conteúdo da máxima. Alguns a ela se referem como um elemento integrante da garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, cujo teor é definido pelo art. 24.2 da Lei Constitucional; outros sustentam que o *proceso debido* é sinônimo da garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, consistente no direito a um processo, ao acesso à justiça e à execução da decisão obtida; e, enfim, há aqueloutros que defendem que

---

[511] BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 48.
[512] Ibidem, p. 48.
[513] O art. 24.1 estabelece que: "todas as pessoas têm direito de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa ocorrer falta de defesa".
E o art. 24.2 dispõe que "assim mesmo, todos têm direito ao Juiz ordinário predeterminado pela lei, de defesa e assistência de advogado, de ser informados de acusação formulado contra eles, de um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, de utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, de não declarar contra si mesmo, de não confessar culpa e da presunção de inocência" (BONATO, op. cit., p. 50).

o *debido proceso legal* é princípio geral do direito, corolário do Estado de Direito, que tem por conteúdo mínimo o disposto no art. 24 da Constituição, podendo englobar outras garantias[514].

Pode falar-se, outrossim, na incorporação de um *proceso debido* em sentido material.

Segundo Gisele Góes o art. 9.3 da Constituição, ao instituir a vedação a arbitrariedades estatais, proíbe excessos, o que revela matriz do brocardo da proporcionalidade. Relembra, ainda, que a Corte Suprema Alemã extrai no art. 106.1 da Carta Constitucional, a proporcionalidade como princípio geral do direito, por exigir equilíbrio entre meios e fins[515].

5.2.5 México.

A Constituição mexicana de 1917, em seu art. 14, consagra a chamada *garantía de audiencia.* Mas o teor do seu texto permite concluir que se tem ali verdadeira expressão do devido processo legal, ao dispor que: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la liberdad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente esteblecidos, en el que cumplan lãs formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas com anterioridad al hecho".

Traz valiosa proteção dos direitos fundamentais dos particulares contra atos do Poder Público em geral – não só o Judiciário, como a literalidade do dispositivo dá a entender, como também Legislativo e Executivo; é o que vem decidindo a Suprema Corte local[516].

Mas a leitura e interpretação do dispositivo permitem concluir que a cláusula do devido processo legal foi consagrada, tão-somente, em sua faceta formal, assegurando: "a instauração de processo antes do ato de privação do direito; que este processo tenha curso em tribunais já existentes e competentes para a apreciação dele; que este processo obedeça às formalidades essenciais do procedimento; e que a decisão seja baseada em leis vigentes à época do fato em julgamento"[517].

---

[514] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 64-68.
[515] GÓES, Gisele Santos Fernandes. *O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90.
[516] BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 146, 148 e 149.
[517] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 147.

5.2.6 Panamá

Os panamenhos, desde o primeiro momento de sua vida constitucional, adotaram a cláusula do devido processo legal.

É o que se vê na Constituição de 1904 (arts. 22, parágrafo primeiro, e 29), na Constituição de 1946 (artigos 31 e 32) e, enfim, na Constituição de 1972, ora em vigor, no seu art. 31 - cujo teor foi transferido para o art. 32, com o Ato Constitucional de 1983 -, bem como em outros dispositivos que integram a substância do brocardo do *debido proceso legal* (devido processo legal).

Até os anos 70, o *debido proceso legal* só era previsto e aplicado aos processos de natureza penal. Nos confins desta década, a Corte Suprema do país passa a estendê-lo para outros tipos de processo (civil, trabalhista etc.)[518].

A despeito do texto legal só prever o devido processo legal formal, a doutrina já se arrisca em traçar os contornos de um devido processo legal material, "que proíbe uma limitação irrazoável dos direitos fundamentais do indivíduo"[519].

5.3 BRASIL. SUA ACOMODAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

Analisando-se a evolução constitucional brasileira – que perpassa pelas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988 -, percebe-se que a cláusula do devido processo legal tardou a ser recepcionada.

A primeira carta constitucional brasileira foi outorgada em 1824, pelo imperador D. Pedro I. O seu atraso era visível. Enquanto a Constituição norte-americana já incorporara a Quinta Emenda, consagrando expressamente a máxima do *due process of law*, a Constituição brasileira e a estrutura político-governamental instituída permaneciam imersas em idéias e práticas serôdias, como descreve Paulo Fernando Silveira:

> Sob o comando da Carta Política de 1824 – que, com ligeiras alterações, perdurou até a proclamação da República em 1889 -, o Imperador, encarnando o Poder Moderador, era a chave de toda a organização política, com poderes absolutos, inclusive o de demitir os juízes (art. 98, §7.º). Não havendo Poder Judiciário independente, não há como falar em garantias de direitos individuais ou,

---

[518] BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*, cit., p. 57. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*, cit., p. 150 a 153.
[519] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 155.

> especificamente, da observância do princípio do devido processo legal, que sequer era expressamente mencionado[520].

Ao que parece, não se tinha conhecimento no Brasil, à época, da ideologia libertária inerente ao devido processo legal, mas só uma noção distante da sua existência na seara dos procedimentos criminais[521].

A despeito disso, na Constituição Imperial era possível apontar-se alguns poucos dispositivos que trazem limites ao poder estatal, que são os incisos, VIII, XI, XVII e XXII, do seu art. 179 – positivando a inviolabilidade de direitos civis e políticos, fundados na liberdade, segurança e propriedade, de forma a vetar prisões sem culpa formada, garantir o juiz natural, e a desapropriação mediante indenização[522].

A Proclamação da República em 1.889 foi seguida da promulgação da Constituição de 1.891. A primeira carta política da fase republicana, inspirada na Constituição estadunidense de 1.787, incorporou o federalismo e firmou um Judiciário, em tese, mais independente e baseado em um sistema dualista (repartindo-o em esferas federal e estadual), mas pouco avançou no que tange às garantias individuais do homem.

Limitou-se a preservar as garantias consagradas na Constituição anterior, incorporando algumas outras como a ampla defesa na esfera criminal, liberdade de associação, liberdade de expressão (art. 72), e uma cláusula aberta que admitia a recepção de outros direitos ali não elencados expressamente (art. 78)[523]. Mais uma vez, não se encontrava menção explícita ao devido processo legal.

Com a Revolução de 1930, Getúlio Vargas sobe ao poder. Nessa fase, seguiram-se duas cartas constitucionais.

Primeiro, a Constituição de 1934, que estendeu sensivelmente as liberdades civis, abarcando a liberdade de crença, profissão etc. (art. 113). Demais disso, manteve, no seu art. 114, a possibilidade de acolhimento, pelo sistema, de direitos individuais implícitos[524]. Mas o ordenamento brasileiro segue sem a positivação expressa da garantia do devido processo legal.

Bastaram três anos para que a efêmera Constituição fosse suplantada pela carta política promulgada em 1937, na chamada era do Estado Novo, que transpirava despotismo e tirania, instaurando governo ditatorial. A Constituição de 1937 extirpou do sistema garantias

---

[520] SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 32.
[521] Ibidem, p. 30.
[522] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 159-160.
[523] Ibidem, p. 161.
[524] Ibidem, p.161.

fundamentais conquistadas – como a legalidade e irretroatividade -, comprometendo a efetividade de outras – como o direito de livre manifestação, a intimidade etc. E além de retirar a proteção já existente para estes direitos, ainda legitimou a sua ofensa arbitrária pelo Estado - admitindo a detenção de pessoas, censura de correspondência, restrição à liberdade de reunião, busca e apreensão domiciliar etc.[525].

E o *due process of law*, como se pode presumir, continuou ausente e praticamente ignorado no ordenamento pátrio[526].

A Lei Fundamental de 1946 – a mais democrática de todas, ressalvando-se a CF/88 – reservou o seu Capítulo II (art. 141 a 144) para o regramento de direitos e garantias individuais.

Em seu art. 141, conferiu proteção e inviolabilidade à vida, à liberdade, à propriedade e à segurança. No §4.º deste mesmo dispositivo, inovou, consagrando o direito fundamental de ação. "Esta, e outras garantias e direitos individuais, algumas das quais hauridas na Constituição de 1934, passaram a comandar a nação brasileira no campo dos direitos individuais, inclusive, a aceitação dos direitos e garantias implícitos, sem as reservas da Constituição de 1937"[527]. Mas, ainda assim, manteve à parte a garantia do devido processo legal, furtando-se em mencioná-la expressamente.

Mas Luiz Rodrigues Wambier vislumbra, neste momento, o nascimento constitucional do devido processo legal, no Brasil, como decorrência do direito fundamental de ação (art. 141, §4.º), nos seguintes termos:

> No direito positivo brasileiro, o princípio do devido processo legal somente chegou ao texto constitucional, de modo expresso e claro, na Constituição de 1946, onde veio insculpido em seu art. 141, §4.º. Se bem que, nesse texto, decorre límpido, de fato, apenas o princípio da justicialidade, segundo o qual nenhuma lesão ao direito, de qualquer cidadão, poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário. Da garantia do controle jurisdicional, todavia, deflui tranquilamente a do devido processo legal, por ser inimaginável que se garanta ao cidadão o direito ao controle

---

[525] "Nesse contexto ditatorial, não só o indivíduo foi despojado de seus direitos e garantias básicas, mas o próprio Poder Judiciário perdeu sua plena autonomia (a formal), eis que na prática o Judiciário nunca conseguiu impor sua independência, como ramo governamental autônomo, com capacidade de neutralizar os excessos e desvios dos outros dois poderes". (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 38-40).

[526] Mas Wambier esposa entendimento peculiar, extraindo a máxima dos textos constitucionais existentes até essa data: "Anteriormente a 1946, embora não houvesse reconhecimento, pela doutrina, da adoção expressa do princípio do devido processo legal, nas Constituições, havia, em cada uma delas, determinadas garantias que, interpretadas à luz do conjunto de garantias do cidadão, e do sistema de governo admitido, poderiam dar margem ao entendimento de que, na verdade, o princípio estava adotado e garantido". (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo, n.63,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 60).

[527] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 163-164.

> jurisdicional dos atos, sem que se faça mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico[528].

Com o golpe militar de 1964, vieram à tona as Constituições de 1967 e 1969 – esta última decorrente da Emenda n.º 01/69. Garantias e direitos individuais foram positivados – prevendo-se, inclusive, direito de ação, ampla defesa, instrução criminal contraditória, a adoção de garantias tácitas (art. 150, §35) -, mas, jamais, respeitados. Afinal, neste meio tempo, adveio o AI-5 (Ato Institucional n. º 5 de 1968), responsável pela suspensão dos direitos constitucionalizados e exclusão dos atos subversivos da apreciação do Judiciário.

Só com a aprovação da Emenda n.º 26 de 1985, que reuniu a Assembléia Constituinte responsável pela da Constituição Federal de 1988, o regime ditatorial chegou ao seu fim [529-530].

Com a promulgação da Constituição de 1988, a sociedade brasileira encontra-se diante da carta política mais democrática e avançada de todos os tempos, que dedicou o seu Título II, exclusivamente, à disciplina dos direitos e garantias fundamentais do homem – de cunho individual e coletivo. Colocou-se um ponto final ao período de despotismo do estado brasileiro, que teve seu poder demarcado, sobretudo, com um cerco extenso e preciso de garantias constitucionais:

---

[528] WAMBIER, op. cit., p. 59.

[529] SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 42- 43.

[530]Perceba-se que, neste ponto da história constitucional brasileira, todas as constituições existentes – salvo a Carta Imperial de 1824 – estatuíram a possibilidade de inserção no sistema constitucional de direitos e garantias individuais não previstas explicitamente. Ou seja, o elenco constitucional não era exaustivo.

E essa foi a brecha encontrada por alguns poucos doutrinadores – tais como Frederico Marques, Carlos Alberto Bittencourt e Ada Pellegrini Grinover – e julgados isolados para aclamar o devido processo legal como garantia constitucional implícita (ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 166-167).

Humberto Theodoro Junior, em obra publicada em 1981, reconhecia o devido processo legal como corolário do direito fundamental de ação, então previsto no art. 153, §4.º, da Constituição em vigor. Para o autor, "a garantia constitucional do direito ao processo (direito à tutela jurisdicional) só será efetiva na medida em que se assegurar o recurso ao devido processo legal, ou seja, aquele traçado previamente pelas leis processuais, sem discriminação de parte, e com garantia de defesa, instrução contraditória, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos etc" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo*, n.23, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 179).

Gilson Bonato, com visão mais ampla, defende a subsistência tácita da máxima em nosso ordenamento até o ano de 1988, fazendo a seguinte análise: "Insta salientar e fazer uma distinção básica: o princípio do devido processo legal com a presente locução efetivamente só está expresso na atual Constituição; entretanto, as garantias decorrentes do princípio, especialmente ampla defesa, o contraditório e o juiz natural, já se fizeram presentes nas constituições precedentes" (BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 25).

Daniel André Fernandes, com posicionamento afim, sustenta que durante "todo o período das Constituições republicanas, o instituto esteve presente, porém, na forma de garantia inominada e implícita. De fato, vinha através de normas de garantia do processo e direito de segurança. Eram necessárias, portanto, pesquisas no texto constitucional e construção doutrinária" (FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 24 e 25).

> Os longos anos da ditadura militar impuseram ao país um regime cruel, onde os direitos e as garantias básicas do cidadão foram relegados a segundo plano, ou melhor, foram esquecidos. Diante desse contexto,o constituinte de 1988, verificando a necessidade de restabelecer o equilíbrio entre o Estado e a sociedade, consequentemente procurou conter a força daquele, buscando consagrar expressamente e até de modo exaustivo os direitos e garantias do cidadão, dedicando um título da Carta para este tema[531].

Nesse contexto, a CF/88, em seu art. 5.º, LIV, traz a primeira previsão explícita da cláusula do devido processo legal no ordenamento brasileiro, dispondo que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"[532].

Demais disso, inúmeros outros dispositivos trazem corolários seus, tais como o direito fundamental de ação (art. 5. º, XXXV), juiz natural (art. 5. º, XXXVII), contraditório, ampla defesa (art. 5. º, inc. LV) etc.

Sua incorporação indubitável ao sistema foi recebida com entusiasmo. E na atualidade, ante o teor do dispositivo supracitado, não se questiona mais a existência da garantia do devido processo legal no ordenamento brasileiro, mas, sim, o seu significado e alcance.

5.4 SIGNIFICADO E ALCANCE

5.4.1 Considerações iniciais.

A cláusula do *due process of law*, hodiernamente, por opção da própria doutrina e jurisprudência, é um conceito aberto. É instituto de teor inexato, vago, indefinido.

A própria Suprema Corte norte-americana – cuja jurisprudência influencia inegavelmente os tribunais brasileiros - tem expressado suas dificuldades em determinar o conteúdo do instituto. Há uma preferência em que seu significado seja paulatinamente definido à luz dos casos concretos.[533] Em abstrato, o que importa, dizem, é que se tenha em

---

[531] BONATO, op. cit., p. 23.

[532] "Portanto, com um atraso de quase oito séculos, o direito constitucional positivo brasileiro recepcionou a cláusula milenar do devido processo legal, um dos pilares da liberdade humana [...] A recepção do princípio deu-se sem restrição; ao contrário, o dispositivo constitucional brasileiro é quase uma cópia fiel do americano, adotando, também, a trilogia lockeana, já que vida, não obstante não constar do enunciado específico, foi resguardado no *caput* do art. 5.º da Constituição de 1988". (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 47 e 48).

[533] LEIBAR, Iñaki Esparza. *El principio del processo debido*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995, p. 72-73.

vista a intangibilidade daquilo que é moral e justo pelas forças estatais – o que evidencia as raízes jusnaturalistas do instituto[534].

É o que se extrai dos casos *Twining v. New Jersey*, *Holden v. Hardy* e *Solesbee v.Balkcom*[535].

Entende-se que essa seria uma forma de adaptar-se a noção do *due process* às exigências de cada situação específica e concreta, tutelando-se os direitos fundamentais dos cidadãos de forma mais ampla, justa e adequada[536]. Mas isso não impede que se definam seus contornos, ainda que com linhas tênues e flexíveis, de forma a se apreender o seu real significado. E é esse delineamento que ora se busca traçar.

Como já visto, no ordenamento jurídico brasileiro, o devido processo legal, em termos genéricos, é princípio constitucionalmente aninhado no art. 5.º, LIV, da CF/88, que, através da limitação da atuação do Poder Estatal, visa a tutelar os bens maiores dos cidadãos: vida, liberdade, e propriedade.

As ações estatais (jurisdicionais, legislativas ou administrativas) serão legítimas se implementadas sem atingir ou malferir arbitrariamente estes bens jurídicos mais essenciais do homem. Legislador, administrador e julgador são dotados de poderes confinados pela exigência de respeito a esses valores fundamentais, e qualquer transgressão abusiva a estes limites, configura-se como violação à garantia do devido processo legal.

Reveste-se o *due process* da qualidade de postulado fundamental do Estado Democrático de Direito, que funde, agrega, sedimenta em seu conceito, de forma harmônica, os mais variados princípios constitucionais – como o direito a um procedimento ordenado, ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural, à razoabilidade/proporcionalidade, à igualdade, à publicidade etc -, todos eles oponíveis aos diferentes Poderes do Estado. E é a concretização deste princípio-síntese (*due process*) que assegura ao homem o amplo acesso a uma ordem jurídica justa[537].

---

[534] SILVEIRA, op. cit., p. 239.

[535] MACIEL, Adhemar Ferreira. O Devido Processo Legal e Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Processo*, n.85, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 177-178.

[536] GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 33-35; LEIBAR, Iñaki Esparza. *El principio del processo debido.* Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995, p. 71 e 72.

"Na experiência jurisprudencial norte-americana verifica-se que não há interesse de se estabelecer uma definição precisa ao devido processo legal; percebe-se que hoje, o importante não é delimitá-lo com uma precisão cartesiana (que não é própria da ciência jurídica, muito menos do direito positivo), mas é saber que o devido processo legal influi decisivamente na vida das pessoas e nos seus direitos. (...) a doutrina brasileira também é contrária a confinamentos conceitos do devido processo legal". (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial.* Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6>. Acesso em 20 jul 2007, p. 2- 3).

[537] Sobre o tema, vide LEIBAR, op. cit., p. 76-77.

Note-se que ele é um amálgama, e não mera justaposição, de princípios. Justamente por ser a síntese, enquanto em determinadas situações um dos princípios cede passo em favor de outro, pode dizer-se que o devido processo legal sempre é aplicável em sua inteireza[538].

5.4.2 Devido processo legal formal e substancial.

O princípio do devido processo legal deve ser analisado em duas diferentes dimensões: [539] a *processual* (ou procedimental) que impõe que a tutela daqueles bens jurídicos (vida, liberdade, e propriedade) seja realizada pela via de processos legais e ordenados – estatais (judiciais, legislativos e administrativos) ou não, como se verá; 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[540].

Fala-se, pois, no devido processo legal processual/procedimental (*procedural due process*) e no devido processo legal substancial/material (*substantive due process*). Enquanto aquele (o processual) confina os Poderes Estatais no que tange à *forma* como produz seus atos normativos/decisórios (legislativos, administrativos ou jurisdicionais) – exigindo-se que se siga um percurso pautado nas formalidades legais -, este último (o substancial) restringe o exercício de tais Poderes no que se refere à *substância* (matéria ou conteúdo) de seus atos normativos/decisórios – reclamando resultados essencialmente corretos, justos e razoáveis[541].

Como já visto, nos comentários aos antecedentes históricos do instituto, o devido processo legal, em sua origem (Inglaterra Medieval e Cartas Coloniais), só era concebido em

---

[538] ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 67.

[539] Fernão Borba Franco reconhece a dupla faceta do devido processo legal no direito norte-americano, mas afirma que no Brasil a cláusula só teria sido adotada em seu sentido processual. "No Brasil, apenas no sentido processual há referência ao princípio, afirmando-se ser sua manifestação a igualdade das partes, a garantia do *jus actiones*, o respeito ao direito de defesa e o contraditório [...] O devido processo legal é, em suma, um modelo de processo, constitucionalmente assegurado, que confere validade aos atos jurisdicionais" (FRANCO, Fernão Borba. A fórmula do devido processo legal. *Revista de Processo, n.94,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 94).

[540] "A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio de processo judicial ou administrativo". (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 5.ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 1999, p. 35).

[541] Willis Santiago Guerra Filho comenta o procedimento pautado nas garantias do *due process* formal como instrumento para realização do Direito pelo estado (em todas as suas funções), que permite a necessária ponderação de fatos e hipóteses envolvidos, de forma a garantir racionalidade e objetividade na decisão a ser tomada – o que parece próximo às exigências do *due process* material (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 81.

uma dimensão estritamente processual. Era a exigência de um prévio procedimento, justo e regular, para que se infligisse restrições aos bens essenciais da pessoa humana.

A princípio, foi previsto para processos jurisdicionais, na esfera criminal, atribuindo-se ao acusado uma série de garantias explícitas e implícitas, tais como: o direito a um procedimento prévio, desenvolvido em contraditório, o direito a um julgamento por um júri, que seja imparcial e competente, o direito de não ser julgado duas vezes pelo mesmo fato, o direito a um julgamento público e rápido, direito à produção de provas, direito de ser assistido por um advogado, direito à igualdade de tratamento, dentre outros[542].

Algum tempo depois, a garantia foi estendida para a esfera cível, mais especificamente quando se adota uma perspectiva publicista e constitucional do processo civil. Nesse momento, o devido processo é sintetizado como a garantia de um procedimento em contraditório - de ação e defesa em juízo, em condições substancialmente paritárias[543] - extraindo-se, daí, todos os seus corolários – publicidade, decisões motivadas, juiz natural, provas etc.

Mas não ficou restrito aos processos jurisdicionais. Com o tempo, abrangeu, outrossim, os processos administrativos e legislativos, como adiante se verá.

No Brasil, a evolução iniciou-se séculos mais tarde, mas se deu basicamente nos mesmos moldes. A garantia é inicialmente aplicada aos processos jurisdicionais penais, manifestando-se, sobretudo, através da exigência de respeito ao contraditório e à ampla defesa[544]. Alcança, empós, os feitos cíveis – já se encontrando algumas construções nesse sentido na década de 1940. E, em certo ponto, a constante ingerência e intromissão dos agentes administrativos na órbita particular dos administrados despertou para a necessidade da extensão da garantia para os processos administrativos[545-546].

---

[542] GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 39; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 29-31.

[543] GRINOVER, op. cit., p. 39. Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro: "Sentiu-se, a partir dessa renovadora visão publicista do processo civil, que este exigia a igualdade entre as partes litigantes, pois que o princípio do *due process* protege tanto a posição processual de quem age em juízo em defesa de seus interesses, quanto a daquele em face de quem é dirigida a pretensão de direito material". (CASTRO, op. cit., p. 32-33).

[544] "É importante frisar que a fase de apuração do ilícito penal na delegacia de polícia, materializada no inquérito policial, é, ainda, uma etapa administrativa, que esteve por muito tempo alijada do alcance do devido processo legal, o qual incidia tão-somente sobre os procedimentos na fase judicial. Iniciou-se, porém, uma paulatina inserção do devido processo legal neste procedimento, já que, em muitas das vezes,a restrição à liberdade do indivíduo inaugura o inquérito, ou tem lugar durante o seu processamento" (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 192-193).

[545] LIMA, op. cit., p. 194-195.

[546] FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 24.

O *procedural due process* é tido por muitos como uma expressão do princípio da legalidade, vez que determina que se observe o procedimento traçado na lei (em sentido lato). Mas nem sempre o processo devido é delineado pelo legislador.

A justiça e legitimidade do procedimento não estão condicionadas a uma legalidade estrita. Não podem ser analisadas sob um prisma estritamente positivista. "Os procedimentos estabelecidos em lei é que devem balizar-se pelo modelo processual instituído pela cláusula do devido processo legal"[547].

Nessa linha de intelecção, posiciona-se Luigi Paolo Comoglio, nos seguintes termos:

> In apparente coerenza (ma non sempre in sostanziale armonia) con il contesto normative d'origine, però, l'espressione *lawful judgment* sembra identificare – nelle ricordate tradizioni di *common law* – non certo um processo che, per potersi definirse *lawful*, debba essere necessariamente e compiutamente disciplinato *a priori* da uma spacifica legge del diritto positivo. Non si ravvisa cioè – in tali tradizioni – l'esigenza di una rigida predeterminazione *ex lege* delle forme procedurali del giudizio, secondo quella che, nel linguaggio costituzionale moderno, potremmo defire come 'riserva di legge' (ancor che 'relativa' o tantomeno 'assoluta') in materia processuale. La medesima formula, invece, sembra potersi riferire ad um processo genericamente strutturato e condotto 'con osservanza del diritto prestabilito', o, se vogliamo, ad um processo legalmente disciplinato e regolato, in quanto conforme alla *lex terrae* (intesa, a sua volta, non già quale fonte normativa típica, riconducibile ad una espressione 'statutaria' del potere legislativo, sovrano o parlamentare che sia, bensì quale compendio sostanziale di valori fondamentali de 'legalità'e di 'giustizia', insiti nelle tradizioni consolidate della società da cui la stessa *lex terrae* promanava)[548].

No direito norte-americano, enxerga-se essa desvinculação entre devido processo e legalidade restrita, tal como explicita Vera Scarpinella:

> Isto significa dizer que o cidadão está legitimado para exigir do governo que ele atue conforme o 'devido processo legal' o que, por vezes, pode significar uma conduta que não necessariamente tenha previsão em lei. É comum encontrar decisões determinando a observância de dada forma, ainda que esta forma não esteja expressamente prevista em alguma norma posta pelo legislativo[549].

Enfim, o devido processo legal, sob o enfoque processual, constitui-se nessa garantia de observância de uma seqüência procedimental, com etapas essenciais, que legitima o ato ou decisão estatal invasivo da esfera de direitos fundamentais do indivíduo.

---

[547] FRANCO, Fernão Borba. A fórmula do devido processo legal. *Revista de Processo,* n.94, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 94- 95.

[548] COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "Giusto Processo" Civile Nella Dimensione Comparatistica. *Revista de Process,* n.108, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145-146.

[549] BUENO, Vera Scarpinella. Devido Processo Legal e a Administração Pública no Direito Administrativo Norte-americano. Uma Breve Comparação com o Caso Brasileiro. In: FIGUEIREDO, Lúcia do Valle (Coord.). *Devido Processo Legal na Administração Pública.* São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 20.

Com o tempo, a doutrina e jurisprudência norte-americanas foram elastecendo o conceito o devido processo legal, para tutelar de forma mais abrangente os direitos fundamentais do homem.

Assim, sobrevieram, séculos mais tarde, as menções iniciais ao *substancial due process*[550].

Seu surgimento teve como marco inicial a decisão da Suprema Corte norte-americana no caso Calder x Bull, em 1798, com o voto do Juiz Chase, que "firmou o entendimento de que os atos normativos [...] que ferirem os direitos fundamentais ofendem, ipso facto, o devido processo legal, devendo ser nulificados pelo Poder Judiciário"[551]. Aproximou-se, assim, do que se chama devido processo substantivo e da exigência de razoabilidade dos atos estatais.

Mas a faceta material do *due process* começou a se desenvolver, de fato, entre o fim do século XIX – quando se sobressai o *case Allgeyer v. Louisiana* [552] – e o início do século XX.

Até a década de 1930, o ritmo de difusão do *due process* substantivo só acelerava, sobretudo com o controle de constitucionalidade das leis econômicas. Nesse período, foram invalidadas inúmeras leis expedidas dentro da política do *New Deal* – cujo caso paradigmático foi o *Lochner v. New York*, em que se decretou a inconstitucionalidade de lei estadual que

---

[550] Em sentido diverso, Ruitemberg Nunes Pereira, que, além de vislumbrar origem muito mais remota para a cláusula do devido processo legal em geral – no Direito Medieval Germânico, como exposto anteriormente -, sustenta que desde então o princípio já carregava, ao lado de sua faceta processual, aquela substantiva, material. Já se observava naquela época a necessidade de respeito a direitos de ordem material consubstanciados nas normas do *Common Law*, do *Statute Law* ou *Custome of England*. Invoca, para justificar seu posicionamento, sólida doutrina anglo-americana, repleta de novos argumentos, que visam demonstrar que até a Magna Carta incorporou o *due process* substantivo (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 77 et seq.).

[551] LOCKHART, KAMISAR, CHOPER, SHIFFRIN. *The American Constitucion*, p. 246 *apud* NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37.

[552] "[…] julgamento de superlativa importância ocorreu no caso *Allgeyer v. Louisiana*, em 1897, quando se completou o movimento jurisprudencial em direção ao *substantive due process of law*, abrandando-se a concepção puramente adjetiva e estreita do instituto que preponderara no século XIX. Pela primeira vez o órgão de cúpula da justiça americana invalidou uma lei estadual com base na garantia do devido processo legal, reconhecendo em seu enunciado constitucional uma inequívoca dimensão 'substantiva'. A questão envolvia a constitucionalidade da lei local que proibira qualquer pessoa de contratar seguro marítimo com companhia seguradora que não estivesse organizada segundo a legislação do Estado de Louisiana. A Justiça estadual houvera condenado o cidadão Allgeyer pelo fato de haver postado um aviso a uma empresa de seguros de Nova Iorque, noticiando o embarque de mercadorias no porto da Louisiana. Tal condenação foi reformada pelo Tribunal Maior dos Estados Unidos com fulcro na 14.ª Emenda, ao argumento de que a lei estadual privava o réu da liberdade de contratar sem o devido processo legal" (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 54-55).

estipulava a jornada máxima de trabalho para funcionário de padaria, em afronta à liberdade contratual trabalhista.[553]

Mas, passada essa fase de euforia, observa-se um recuo perspectiva substantiva do devido processo na seara econômica, para avançar no campo das liberdades civis - quando é aplicada com mais prudência[554]. Neste contexto, sobressaem os *cases United States v. Carolene Products Co*. (1938) – em que se propunha maior rigor no exame de inconstitucionalidade atinente às liberdades civis – e *Roe v. Wade* (1973) – em que se debatia a constitucionalidade da lei estadual do Texas que criminalizava o aborto[555-556].

A primeira decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, proferida com base na razoabilidade, ainda que de forma implícita – sem menção ao devido processo substantivo[557] - , deu-se no julgamento do Habeas Corpus n. 45232-GB, de 1968, em que se decretou a inconstitucionalidade do art. 48, do Dec.-Lei n. 314 de 67 (Lei de Segurança Nacional). "O ponto fulcral do julgamento foi um despacho judicial, proferido no curso de um processo criminal, em curso na Auditoria da 5.ª Região Militar, que impunha aos denunciados acusados de prática de crime contra a segurança nacional [...], uma medida administrativa consistente

---

[553] Para um relato mais detalhado deste e de outros casos que marcaram a fase, consultar: CASTRO, op. cit., p. 55 et seq. Vide também, SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 133- 134; GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 36-37.

[554] GRINOVER, op. cit., p. 38.

[555] ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 60; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 59 et seq.

[556] Gilson Bonato faz um excelente apanhado dos primeiros casos em que se suscita o devido processo legal substancial (BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 6 et seq.).

[557] Roberto Del Claro, em recente estudo publicado em obra coletiva, traz uma visão crítica sobre a inserção do devido processo legal substancial no sistema brasileiro. Relembra que a cláusula do devido processo legal – da qual se extrai sua faceta substancial – foi incorporada à CF/88 por influência de Carlos Roberto Siqueira Castro. E defende, com a devida vênia, que sua vigência no Brasil é despicienda. E a razão de seu pensamento é retirada de fatores históricos:

"A Constituição americana não dispõe de um imenso rol de direitos fundamentais, tal qual a Constituição brasileira. Assim, a fim de que determinados direitos que são materialmente considerados fundamentais pelos *justices* da Suprema Corte não ficassem desamparados em virtude da ausência de previsão expressa no texto, utilizaram e utilizam-se de 'manobra' antiga que, para o bem ou para o mal, vem sendo usada desde os tempos do caso *Dred Scott*.

Da afirmação acima surge uma pergunta: se a Constituição brasileira tem tal imenso rol de direitos fundamentais, qual a razão para se falar em devido processo legal substancial no Brasil?

Se a resposta for: para instituir uma cláusula de abertura para direitos fundamentais materiais, tal resposta deve ser tomada imediatamente como falsa. Como já demonstrado, não existe qualquer suporte histórico, social ou mesmo normativo que permite tal conclusão. Ademais, para que estabelecer uma cláusula de abertura num sistema que tem uma disposição tal qual a do §2.º do art. 5.º da Constituição da República?". Conclui, enfim, que a intenção não é, como se poderia presumir, a de utilizar o expediente da aferição de razoabilidade de leis empregado pela Suprema Corte americana, mas, sim, "dar uma carta branca ao Judiciário; implementar no Brasil um 'Governo de Juízes'" (CLARO, Roberto Del. Devido Processo Legal Substancial? In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil.* Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2005).

na suspensão de suas profissões e atividades particulares", quando o Ministro Relator Themístocles Cavalcanti suscitou a necessidade de examinar a existência de justa causa e das conseqüências da imposição dessa providência restritiva da vida e liberdade dos pacientes[558].

Anos depois, em meados da década de 70, no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade n. 930-DF, encontra-se nova menção à razoabilidade, só que, agora, invoca-se como fundamento seu a cláusula do *due process* do ordenamento norte-americano.

E daí por diante seguiram-se inúmeros julgados do STF – nas ADIns 958-3-RJ, 966-4-DF, por exemplo - pautados no devido processo, em sua faceta material, e, pois, nos critérios de razoabilidade[559].

Perceba-se que, a princípio, o devido processo legal substancial foi concebido primordialmente para o controle da justiça e razoabilidade de atos legislativos (leis)[560]. Modernamente vem balizar qualquer ato estatal (legislativo, administrativo e jurisdicional), de forma a impedir que violem abusivamente direitos fundamentais do homem[561].

Aqui se regula não a forma como o ato estatal foi produzido (o que seria algo inerente ao devido processo legal processual), mas, sim, o seu conteúdo, vedando a imposição de *restrições arbitrárias, desproporcionais* e *irrazoáveis* aos cidadãos, tudo em conformidade com os padrões da Democracia Moderna. Em *ultima ratio*, é o controle da razoabilidade e proporcionalidade dos atos praticados pelo Estado.

Nas precisas palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

> [...] o devido processo legal diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade. Aliás, a fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional expresso do devido processo legal[562].

Percebeu-se que, ainda que se siga um itinerário procedimental, permeado pelas formalidades minimamente exigidas, o ato estatal daí resultante não poderia despojar o

---

[558] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 202-203.

[559] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 206-207.

[560] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial.* Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6>. Acesso em: 20 jul. 2007, p. 6.

[561] No Estado brasileiro, observamos expressões do devido processo legal substancial no âmbito de controle dos atos legislativos — como é o caso dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade da lei que, em muitos casos, invocam a violação ao devido processo legal substancial como fundamento para declarar a norma inconstitucional —, administrativos — como controle do mérito dos atos administrativos, com base no principio da razoabilidade/proporcionalidade — e jurisdicionais.

[562] LUCON, op. cit., p. 4.

indivíduo arbitrariamente, de forma desproporcional, dos seus bens maiores. A restrição só será legítima, se justa e razoável.

Dessa forma, aos poucos, a faceta substancial do devido processo legal foi sendo acolhida pela jurisprudência e doutrina brasileiras, que começaram a utilizá-la como fundamento para incorporação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade ao sistema.

5.4.3 Princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Fala-se, hoje em dia, em uma identidade entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade — de origem germânica e anglo-saxônica, respectivamente — e o devido processo legal substancial[563]. A doutrina e jurisprudência apontam constantemente o devido processo substantivo como alicerce dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade[564-565].

Maria Rosynete Oliveira, após fazer um bom panorama dos posicionamentos doutrinários nacionais e internacionais sobre o tema, defende que o princípio da

---

[563] "O princípio da razoabilidade não se encontra expresso em nossa Constituição, tendo sido suprimido após figurar em todos os projetos da Lei Maior que passaram pelas Comissões Temáticas" (FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 54).
Figura, contudo, na legislação ordinária, mais especificamente na Lei n.º 9.784/99, art. 2. º

[564] Assim, à guisa de ilustração: ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63-65; LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 274.

[565] Em sentido diverso, Willis Santiago Guerra, citando Paulo Bonavides, entende que a proporcionalidade teria ingressado no nosso sistema com fulcro no art. 5.º, §2. º, como garantia implícita decorrente de princípios já consagrados, como a isonomia. "Ambos os princípios, aliás, acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois como se encontra assente em nossa doutrina, com grande autoridade, o princípio da isonomia traduz idéia aristotélica – ou, antes, 'pitagórica', como prefere Del Vecchio – de 'igualdade proporcional, própria da 'justiça distributiva', 'geométrica', que se acrescente àquela 'comutativa', 'aritmética' meramente formal". (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. *Revista de Processo*, n.82, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 75).
O autor assevera que a essência e a destinação do princípio da proporcionalidade é preservar os direitos fundamentais, o que coincide com o papel de uma Constituição que se insira em um Estado Democrático de Direito (GUERRA FILHO, op. cit., p. 61).
Também com posicionamento discrepante Gisele Góes, sustentando que o "Estado Democrático de Direito é premissa-chave, de onde decorre como conclusão toda principiologia do sistema jurídico, especificamente o princípio dos princípios da proporcionalidade, que conclama o Poder Judiciário, Legislativo e Executivo à sua execução fiel, sob pena de violação da estrutura político-social e jurídica adotada pelo país". Entende que a razoabilidade decorre do devido processo legal e, não, a proporcionalidade. (GÓES, Gisele Santos Fernandes. *O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 77).
J. J. Gomes Canotilho insere as duas máximas (proporcionalidade e razoabilidade) no conteúdo do princípio da proibição do excesso, esclarecendo que para alguns autores seriam decorrências do Estado de Direito e, para outros, estariam relacionados aos direitos fundamentais (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 266-267).
Gustavo Santos, nessa linha, defende que o assento da proporcionalidade é o Estado de Direito e a consagração de direitos fundamentais (SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.* Limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 115).

proporcionalidade abrange a idéia de razoabilidade e que ambos, no ordenamento brasileiro, decorrem da cláusula do *due process*. Confiram-se as suas palavras:

> Razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro. E, repetindo que já se disse sobre os princípios concretizadores, o princípio da proporcionalidade, bem assim o da razoabilidade, são subprincípios concretizadores do devido processo legal, no seu aspecto substantivo [566].

Suzana Toledo de Barros não hesita em empregar proporcionalidade e razoabilidade como sinônimos, citando inúmeros acórdãos do STF que os tratam como derivação do *due process*[567].

Também assim, Fredie Didier Junior[568], Daniel André Fernandes[569], Gilmar Ferreira Mendes[570] e Maria Sylvia Zanella Di Pietro[571], dentre outros.

Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal tem julgado de acordo com critérios de razoabilidade e proporcionalidade, tratando-os como decorrência do princípio do devido processo legal substancial e, portanto, com espeque no art. 5.º, LIV, da CF/88. [572-573]

---

[566] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 287.

[567] Mas a autora vai mais além e elenca outras fontes constitucionais de onde brotariam o princípio: "É haurido principalmente da conjugação dos arts. 1.º, III, 3. º , I, 5.º, *caput*, II, XXXV, LIV e seus §§ 1. º e 2. º, 60, §4. º, IV. Nesse sentido, complementa o princípio da reserva da lei, a ele incorporando-se, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional". (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 91- 100, 126-130, 214-215).

[568] DIDIER JR, Fredie. *Curso Direito Processual Civil.* V. 1. 7.ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 31 et seq.

[569] FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 41- 42.

[570] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 46 et seq.

[571] A autora faz um apanhado de como a doutrina tem se posicionado a este respeito, trazendo sua própria opinião, nessas palavras: "Pelo tratamento dado à matéria, verifica-se que alguns autores, mais influenciados pela jurisprudência norte-americana, ligam o princípio da razoabilidade ao do *devido processo legal* e ao da *isonomia*; é o caso, como se verá, de San Tiago Dantas, Ada Pellegrini, Carlos Roberto de Siqueira Castro, Caio Tácito, Suzana de Toledo Barros. Outros seguem mais a linha do direito francês, espanhol e argentino e identificam a razoabilidade com o princípio da *proporcionalidade entre os meios fins*; é o caso de Diogo Figueiredo de Moreira neto, Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia do Valle Figueiredo. Ver-se-á que, embora a linha de raciocínio possa ser um pouco diversa, o resultado final é o mesmo, pois o que se quer é que haja compatibilidade, relação, proporção entre as medidas impostas pelo Legislativo ou Executivo e os fins objetivados, de forma implícita ou explícita, pela Constituição ou pela lei". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 191).
Também Paulo Henrique Lucon (dentre outros) não vislumbra elemento que justifique a distinção entre razoabilidade, proporcionalidade e devido processo legal substancial (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial.* Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6>. Acesso em: 20 jul. 2007, p. 5).

[572] ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela.* São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63-65.

[573] É o que se verifica, por exemplo, nos seguintes julgados: "[…] Vedação de plantio de eucalipto no Estado do Espírito Santo, exclusivamente quando destinado à produção de celulose. Ausência de intenção de controle ambiental. Discriminação entre os produtores rurais apenas em face da destinação final do produto da cultura, sem qualquer razão de ordem lógica para tanto. Afronta ao princípio da isonomia. 2. Direito de propriedade. Garantia constitucional. Restrição sem justo motivo. Desvirtuamento dos reais

Mas há quem diferencie os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Humberto Ávila, buscando sistematizar quais os critérios implicitamente utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, diferencia-os. Para o autor, enquanto o conceito do princípio da proporcionalidade é embasado em uma relação de causalidade entre meio e fim, o brocardo da razoabilidade não se assenta nessa noção[574].

---

objetivos da função legislativa. Caracterizada a violação ao postulado da proporcionalidade [...]" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2623*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 08 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 28 jul 2007).

"[...] Avaliação periódica das instituições e dos cursos de nível superior, mediante exames nacionais: Lei 9.131/95, art. 3º e parágrafos. Argüição de inconstitucionalidade de tais dispositivos: alegação de que tais normas são ofensivas ao princípio da razoabilidade, assim ofensivas ao "substantive due process" inscrito no art. 5º, LIV, da C.F., à autonomia universitária -- CF, art. 207 -- e que teria sido ela regulamentada pelo Ministro de Estado, assim com ofensa ao art. 84, IV, C.F. II. - Irrelevância da argüição de inconstitucionalidade. III. - Cautelar indeferida" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional e Administrativo. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 1511*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 16 de outubro de 1996.
Disponívelem:<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=proporcionalidade+e+devido+processo+legal&p=3&d=SJUR>. Acesso em: 28 jul 2007).

"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 due 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 de 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 due process 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" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar n. 1407*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 07 de março de 1996. Disponívelem:<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=proporcionalidade+e+devido+processo+legal&p=4&d=SJUR>. Acesso em: 28 jul 2007).

[574] Pela proporcionalidade, diz o autor, o Poder Público deve escolher, para o alcance de seus fins, meios: *i)* adequados, aptos a alcançar o fim colimado; *ii)* necessários, vez que dentre os meios adequados deve-se optar pelo emprego daquele que imponha menos restrições aos direitos dos cidadãos; *iii)* e, enfim, proporcionais em sentido estrito, isto é, pesando e sopesando o fim visado com o ato estatal e o direito fundamental com isso atingido (interesses em confronto), deve-se oferecer proteção àquele interesse mais valoroso, as vantagens na utilização daquele meio (com a prática daquele ato) devem superar as desvantagens.
Nas palavras do autor, o princípio "se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meios menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)".
Já a razoabilidade não implica nessa análise de uma relação de causa/efeito, de uma relação entre os meios e os fins. Quanto ao princípio da razoabilidade, ensina, destacam-se três noções, pelas quais impõem-se três deveres para o Poder Público:
(1) o dever de equidade, pelo qual se impõe a harmonização da norma geral com o caso concreto, sob duas óticas: (1.1) na aplicação da norma, deve-se levar em consideração aquilo que ordinariamente acontece, e não o extraordinário, presumindo-se que os fatos narrados encontram-se dentro da normalidade; (1.2.) em casos visivelmente anormais e extraordinários, a norma geral não deve ser aplicada, vez que se deve considerar as peculiaridades do caso concreto na aplicação da norma geral.

Esposando essa mesma linha de compreensão, Gisele Góes[575], Gustavo Ferreira Santos[576] e Raphael Augusto Sofiati de Queiroz[577].

Na verdade, a idéia central dos princípios da proporcionalidade/razoabilidade – cujos sentidos são convergentes - é, em suma, a proibição dos excessos no exercício do Poder Estatal. Os atos estatais devem ser: *i) substancialmente adequados* para alcançar o resultado pretendido, considerando-se que os meios escolhidos devem ser aptos a conduzir ao fim almejado; *ii) realmente necessários* para obter tal fim, aferindo-se se não haveria outros meios menos gravosos para o cidadão; *iii)* e enfim, *estritamente proporcionais*, ou seja, ponderados os valores em jogo, não se pode malferir aquele de maior valia; as vantagens com a prática do ato estatal devem superar as desvantagens.

Trata-se dos três elementos ou subprincípios inerentes à máxima da proporcionalidade reconhecidos, inclusive, por grande parte da doutrina alemã[578].

---

(2) o dever de congruência, pelo qual se impõe o dever de harmonização da norma com suas condições externas de aplicação, também visto sob duas perspectivas:
(2.1.) a norma jurídica abstrata deve refletir uma realidade fática existente, exige-se sua vinculação com a realidade, sob pena de se impor medidas arbitrárias, violando-se os mais comezinhos princípios do Estado Democrático de Direito; (2.2.) todo discrímen deve ser justificado, deve existir uma relação lógica e congruente entre o critério de diferenciação e a medida discriminatória adotada, sob pena de violar-se, além da razoabilidade, a máxima da igualdade;
(3) e, enfim, o dever de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona, um dever de vinculação entre 02 (duas) grandezas. Ressalve-se, que, neste último, não há relação entre meio/fim, mas, sim, uma relação de equiparação e proporção entre 02 (duas) grandezas. Ex.: não de pode afirmar que o custo do serviço é meio que promove a taxa (fim); pode-se afirmar, isso sim, que deve haver uma equivalência entre o custo do serviço e a taxa cobrada do cidadão (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* Da definição à aplicação dos princípios. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94 et seq.).

[575] A autora pauta sua diferenciação em três critérios: 1) histórico - constatando que, enquanto a razoabilidade tem origem histórica no devido processo legal norte-americano, a proporcionalidade deita suas raízes nos anseios por um Estado de Direito posteriores à Segunda Guerra, tendo por berço o Direito Alemão; 2) dimensional – afirmando que a proporcionalidade é o princípio dos princípios, assentando-se na teoria da argumentação, e dimensionando-se a partir dos elementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, já a razoabilidade é um simples princípio, sendo suficiente para seu exercício que se dê preferência ao razoável, ao mais aceito pelo senso comum; 3) funcional – defendendo que, por um lado, a razoabilidade tem uma função negativa, de simples bloqueio da medida arbitrária, e por outro, a proporcionalidade teria não só uma função negativa, como também positiva, assegurando a concretização da medida mais correta e justa. (GÓES, Gisele Santos Fernandes. *O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55-62).

[576] SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Limites e possibilidades.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 128.

[577] QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de Queiroz. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 40 et seq.

[578] Com este escólio, Suzana Toledo de Barros, cujas lições são fundadas na doutrina alemã (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 76 et seq.).
Válido conferir lições de: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. *Revista de Processo*, n.82, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 78; FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 43-44; SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Limites e possibilidades.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 109 et seq.

Como se pode notar, é essencial para o estudo do princípio do devido processo legal substancial essa sua identificação com o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, vez que permite a melhor compreensão do seu significado e alcance.

5.5 DEVIDO PROCESSO LEGAL APLICADO AOS PROCESSOS ESTATAIS. LIMITE AO PODER ESTATAL.

Como já visto, o instituto do devido processo legal tem por finalidade maior a contenção de poder estatal, e, aqui, encontram-se abrangidos o Judiciário, Legislativo e Executivo[579].

O *procedural due process*, aplicado aos processos jurisdicionais, sedimenta, em seu conceito, todas as garantias processuais deferidas ao jurisdicionado pelo Estado Democrático de Direito, a saber, igualdade, juiz natural, decisões fundamentadas, celeridade, publicidade etc,[580] destacando-se o contraditório, que consiste no direito de informação e manifestação dentro do processo, sempre em tempo de influenciar a convicção do magistrado. Sobre o contraditório, Carlos Alberto Alvaro:

> Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas também faz depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziriam o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial. O mesmo se diga no concernente à formação do juízo de direito, nada obstante decorra dos poderes e ofício do órgão judicial ou por imposição da regra *iura novit cúria*, pois a

---

[579] "[...] não é somente o juiz que tem o dever de tomar decisões imparciais e justas. Impõe-se também ao administrador a atuação segundo a lei, concedendo aos interessados um procedimento sedimentado no contraditório e assegurando aos mesmos a ampla defesa e as demais garantias processuais e constitucionais.
Porém, antes da atuação do juiz e do administrador, o legislador também deve editar normas que respeitem direitos naturais e aqueles já consolidados, para que não se tornem fonte de arbítrio e de injustiças" (OLIVEIRA, Vallisney de Souza Oliveira. Expressões do devido processo legal. *Revista de Processo*, n.106, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 297).

[580] "Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5.º seria absolutamente despicienda. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5.º, C.F., é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações" (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 40).

> parte não pode ser surpreendida por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida dos contraditores"[581].

Assegura-se, com isso, o mais amplo acesso à justiça, para deduzir-se pretensões, defesas, provas, enfim, participar efetivamente do processo.

O devido processo legal formal, no processo civil, tem sofrido um redimensionamento, nos últimos anos, para dar especial atenção às garantias de celeridade e de efetividade na prestação jurisdicional. É o que se tem observado nas inúmeras reformas da legislação processual – que instituíram a antecipação de tutela genérica, o julgamento antecipado da lide, dentre outras inovações. Muitos doutrinadores aplaudiram as mudanças legislativas e o fim por elas perfilhado (efetividade e celeridade), já J. J. Calmon de Passos manifesta seu repúdio, com críticas que se transcrevem literalmente:

> E por que as reformas, em sua dimensão mais pretensiosa, agravam antes de solucionar? Porque exacerbam a litigiosidade e favorecem ao arbítrio. Essas duas coisas, casadas, estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizado, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem. O que pode ter sido pensado com boas intenções, na prática, justamente pela 'viscosidade' da decantada instrumentalidade, transforma-se em arma na mão de sicários, ou , para usar as expressões de um ilustre advogado paulista – faz do direito e do processo, nos dias presentes, a pura e simples arte, ou artimanha, de se colocar o punhal,, com precedência, na jugular do adversário. E ele completava entre o infeliz e irônico: 'Legalidade, dogmática, teoria jurídica, ciência do direito, tudo isso é perda de tempo e elucubração para o nada'. Em resumo – não aliviaram os bons da intolerável sobrecarga que os esmaga e proporcionaram aos maus meios excelentes para se tornarem piores.
> [...] Distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita – quais as causas reais dessa crise – jamais foi formulada. Apenas se indagava – o que fazer para nos libertarmos da pletora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica 'instrumentalidade', a que se casaram outras palavras mágicas – 'celeridade', 'efetividade', 'deformalização' etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e a hora de desencantamento[582].

O devido processo legal formal, na jurisdição penal, abarca algumas garantias que lhes são peculiares. A princípio, sobressai a presunção de inocência, que assegura ao acusado

---

[581] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do Contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 144; Também assim, DIDIER JR, Fredie. *Curso Direito Processual Civil.* V. 1. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 42 et seq.

[582] PASSOS, J. J. Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 66 e 67.

o reconhecimento de sua condição de inocente até que sobrevenha decisão condenatória definitiva e imutável (art. 5.º, inc. LVII, CF). De relevo é, ainda, o regramento das condições legais de aprisionamento (art. 5.º, incs. LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LVI e LXVII). Mas os princípios que mais se invocam na garantia do processo devido são o contraditório e a ampla defesa, nos moldes acima citados. Inclusive, a Súmula 523 do STF é taxativa ao estabelecer que: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu".

E ainda nos processos penais, ressalta Carlos Roberto Siqueira Castro: "Dele [contraditório] defluem inúmeras garantias conseqüentes, como seja, à guisa de exemplo, o direito e o dever do defensor dativo de apresentar defesa prévia e recorrer, bem como o direito de presença do réu preso à audiência para confrontar as testemunhas de acusação, além da obrigatoriedade da apresentação das alegações finais, que constituem o momento-síntese do contraditório"[583].

Destaca-se, ainda, no exercício da função jurisdicional, o *due process* substantivo.

A garantia do devido processo legal preocupa-se não só com a justiça da entrega da tutela jurisdicional como instrumento ou meio (o *procedural due process of law*), mas também como resultado (o *substancial due process of law*).

As decisões judiciais, em seu teor, devem pautar-se nos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Não podem impor restrições arbitrárias ao jurisdicionado.

No processo civil, a máxima deve ser suscitada pelo magistrado em inúmeras situações, como, por exemplo, na escolha da melhor medida para efetivação de prestação de dar coisa distinta de dinheiro (art. 461-A, CPC). Ou no momento em que arbitra o valor da multa a ser aplicada ao litigante de má-fé (art. 18, CPC) ou ao *contemnor*, que prática *contempt of court* - ato atentatório à dignidade da justiça (art. 14, CPC).

Já no processo penal, existem casos típicos de aplicabilidade da máxima, como na dosimetria da pena ou na aferição de admissibilidade de prova obtida por meio ilícito.

Fredie Didier Junior traz um rol de casos em que se aplicam as máximas na seara cível:

> No processo civil, o princípio da proporcionalidade tem aplicação em inúmeras situações: a) fixação do valor das multas processuais; b) concessão de provimentos liminares; c) utilização do poder geral de cautela (art. 798 do CPC); d) utilização do poder geral de efetivação (art. 461, § 5º, CPC); e) quebra de sigilo bancário; f) identificação do meio menos gravoso para o executado (art. 620 do CPC); g) identificação do que seja bem impenhorável (arts. 648/649, CPC, e Lei Federal

[583] CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 296-297.

> 8.009/90); h) admissibilidade da denunciação da lide com base no inciso III do art. 70; i) utilização de provas obtidas ilicitamente; j) decretação de nulidades processuais etc.[584].

Incide, ainda, o *due process* nos *processos legislativos*: tanto na sua forma, como no seu resultado (substância do ato resultante).

Por um lado, o devido processo formal, impõe que se respeite o prévio processo legislativo (art. 59 e ss., da CF), legalmente ordenado, para a elaboração dos atos legislativos (normas, leis) – onde avulta a ilegitimidade das malsinadas medidas provisórias. Por outro, o devido processo substancial que estabelece que as leis editadas, em seu conteúdo, devem ser corretas, justas e proporcionais.

No sistema brasileiro, cabe ao Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, verificar a razoabilidade das leis, o que pode ser feito: *i)* de forma difusa – quando realizado por qualquer juiz ou tribunal; *ii)* ou concentrada - quando feito por um único órgão, com exclusão de qualquer outro, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, máxime através das ações de controle concentrado de constitucionalidade (ADIN e ADC)[585- 586].

Maria Rosynete de Oliveira Lima, nesse diapasão, lembra que "a legislação é uma função de atuação dos direitos e da justiça, totalmente vinculada aos princípios constitucionais; o devido processo legal constitui-se, pois, em referência de constitucionalidade, quando o legislador, a pretexto de conformar determinado direito fundamental, acaba por atingir seu núcleo essencial"[587].

Mas não se podem olvidar seus reflexos nos *processos administrativos.* Os atos da Administração Pública encontram-se, também, circunscritos pelas fronteiras do devido processo legal.

Em termos processuais, diz-se que toda decisão ou ato administrativo restritivo de direitos do administrado deve decorrer de um procedimento administrativo orientado por garantias mínimas (contraditório, ampla defesa, direito a provas, decisões fundamentadas, juiz natural [588] etc).

---

[584] DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil.* Salvador: Jus Podivm, 2005, p. 37

[585] A esse respeito, conferir nossa opinião em: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: Fredie Didier Junior (Org.). *Ações Constitucionais.* Salvador: Podivm, 2006, p. 342-343.

[586] Assim, LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial.* Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6>. Acesso em: 20 jul. 2007, p. 8.

[587] LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 235 e 236.

[588] A máxima se aplica à esfera administrativa, na medida em que os agentes administrativos, quando exercem qualquer espécie de atividade decisória — examinado e julgando infrações disciplinares, recursos interpostos em

Celso Antonio Bandeira de Mello examina os casos em que entende ser obrigatória a instauração de um procedimento administrativo, inclusive as leis ordinárias que os regulamentam – como a Lei n. 9.784/99, que trata do rito administrativo instituído para a Administração Pública Federal -, mas não deixa de explicitar sua razão de ser: contenção de poder estatal. Eis as palavras do autor:

> Seu relevo [do procedimento administrativo] decorre do fato de ser um meio apto a controlar o 'iter' de formação das decisões estatais, o que passou a ser um recurso extremamente necessário a partir da multiplicação e do aprofundamento das ingerências do Poder Público sobre a sociedade. Estas se alargaram e se intensificaram como fruto das profundas transformações ocorridas na concepção de Estado [...] Diante desse fenômeno do agigantamento do Estado e, mais do que isto, do agigantamento da Administração, que passou a intervir avassaladoramente na vida de cada cidadão, a resposta adequada e natural para impedir-lhe o amesquinhamento e buscar preservar, o quanto possível, o equilíbrio entre ambos teria de ser o asseguramento da presença do administrado no circuito formativo das decisões administrativas que irão atingi-lo. [...] Uma vez que a 'vontade' administrativa do Estado é formada na seqüência que se denomina 'procedimento administrativo' discipliná-lo é meio idôneo para mantê-la sob controle[589].

Por exemplo, em 11 de maio de 2005, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça aprovou o verbete da Súmula n.º 312, com seguinte teor: "no processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração". O conteúdo valorativo da Súmula se assenta na máxima do devido processo legal formal. Impõe-se que o Poder Público siga um processo legal e devido para impor punições ao administrados, com garantias mínimas, como contraditório e ampla defesa.

O mesmo se diga, ainda à guisa de exemplificação, dos procedimentos disciplinares para apuração de infrações administrativas cometidas por servidores públicos[590].

---

sede de licitação etc —, não podem ser nomeados *ad hoc*, para julgar um caso específico. Normas gerais e abstratas devem individualizá-los antecedentemente, fixando sua competência com base em critérios gerais e abstratos. Tudo isso, de forma a garantir a justiça material: sua independência e imparcialidade.

É o que diz, em outras palavras, NELSON NERY JUNIOR: "O princípio do juiz natural projeta-se no direito administrativo, no sentido de determinar, por exemplo, que o servidor seja punido por ato da autoridade competente, entendida aqui como sendo aquela a quem o servidor deva subordinação hierárquica e funcional, irrelevante esteja ele prestando serviços a outra autoridade" (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67).

Ainda nesse sentido, Fredie Didier Junior: "Defendemos, na verdade, que a garantia do juiz natural se espraia, inclusive, para o âmbito administrativo: a) em tribunais administrativos, os juízes devem ser determinados com a observância dos critérios aqui apontados; b) em repartições administrativas, as autoridades responsáveis pela decisão de requerimentos também devem ser designadas por critérios objetivos e impessoais" (DIDIER, JR., Fredie. *Direito Processual Civil.* Salvador: Jus Podivm, 2005, p. 88).

[589] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 15. ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 449, 451 e 452.

[590] Sobre o tema (processos administrativos), impende, ademais, fazer uma breve digressão sobre o sistema norte-americano e as contribuições que pode representar para o desenvolvimento do princípio do devido processo administrativo no Brasil.

Vejam-se, ainda, os interessantes casos registrados na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se reconhece a necessidade de respeito ao devido processo legal formal, para que se cominem as sanções previstas na Lei de Licitações e para o cancelamento de licença de localização e funcionamento concedida ao administrado:

> [...] Para imposição das penalidades previstas na Lei das Licitações, por inexecução total ou parcial do contrato, necessária a instauração de procedimento administrativo, onde seja garantido ao particular o direito ao contraditório e a ampla defesa previa. Nulidade do ato administrativo que, sem garantir o direito de prévia defesa através do devido processo legal, aplicou sanções de multa e proibição de contratar[591].
>
> [...] A expedição de licença de localização e funcionamento importa em ato vinculado da administração pública, que reconhece direito de particular, não podendo ser cancelada de forma unilateral, sem fundamento legal, sob pena de ferimento do princípio do devido processo legal. No entanto, não só pode - como também deve - a administração pública invalidar seus próprios atos, quando verificar que estão impregnados de ilegalidade na sua formação. A anulação nada mais é do que o exercício de fato do poder de autogestão da administração[592].

Ainda à guisa de ilustração, identificou-se interessante aresto no Superior Tribunal de Justiça, em que se exige processo prévio, com garantia de ampla defesa, para que se opere o jubilamento de aluno de ensino superior, vez que "[...] O juibilamento não pode ocorrer

---

No início do século XX, muito se debateu nos tribunais americanos a aplicabilidade da cláusula do devido processo legal no âmbito da administração pública. O modo de proceder dos agentes administrativos também deveria ser guiado pelo *due process*, discutia-se.

Viam-se *cases* em que se questionava se autorizações e benefícios públicos poderiam ser alterados ou revogados sem que o particular interessado fosse ouvido; outros em que se altercava se não era necessário um prévio procedimento administrativo, em contraditório, com participação ampla do contribuinte, para que se proferisse decisões administrativas imputando-lhes obrigações tributárias.[590]

Nesse contexto construíram-se dois tipos de procedimentos administrativos: antes da década de quarenta, desenvolveu-se o chamado *administrative adjudication*, voltado para a proteção da esfera de direitos individuais, que só poderia ser atingida com a anterior instauração de um processo com garantias mínimas, como defesa, provas etc; a partir da década de 70, foi-se instituindo o *rulemanking*, dirigido à tutela de interesses coletivos – de toda sociedade -, exigido para a "edição de normas gerais e de eficácia futura por entes da Administração".[590]

No curso dessa trajetória, em 1946, foi publicada uma lei federal norte-americana para a regulamentação dos procedimentos administrativos, tachada de vaga, obscura e demasiadamente genérica, por não dar indicadores mínimos para se definir o que seria necessário para a concretização do *due process* em um caso concreto.

Daí se indaga: e como deve ser esse procedimento? Quais são as exigências mínimas a serem observadas para que se tenha um processo devido? Pois bem, "não existe na legislação ou nos precedentes criados pelo judiciário americano alguma lista que identifique, pormenorizadamente, quais os elementos contidos no aspecto processual da cláusula do devido processo. As soluções dadas pelas cortes variam conforme o caso posto". (BUENO, Vera Scarpinella. Devido Processo Legal e a Administração Pública no Direito Administrativo Norte-americano. Uma Breve Comparação com o Caso Brasileiro. In: FIGUEIREDO, Lúcia do Valle (Coord.). *Devido Processo Legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 17-18, 21- 22).

[591] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Administrativo. *Apelação Cível Nº 70001677921*, da 1.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Henrique Osvaldo Poeta Roenick. Porto Alegre, 20 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 jun 2007.

[592] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Administrativo. *Apelação Cível Nº 70000351825*, da 10.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Paulo Antônio Kretzmann. Porto Alegre, 08 de junho de 2000. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 jun 2007.

unilateralmente. É imprescindível a observância do princípio do devido processo legal”[593] E, em outro excelente julgado, discorre-se amplamente sobre a necessidade de observância do *due process* pelo Poder Público, que deve instaurar um rito prévio, com garantias mínimas, para aplicar sanção fiscal de perdimento, nos seguintes termos:

> [...] Disciplinando o processo administrativo fiscal em casos em que se preveja a aplicação de pena de perdimento, dispõe o Regulamento Aduaneiro: "Art. 544 - As infrações a que se aplique a pena de perdimento serão apuradas mediante processo fiscal, cuja peça inicial será o auto de infração acompanhado do termo de apreensão e guarda fiscal (Decreto-Lei 1.455/76, art. 27) § 1º - Feita a intimação, pessoal ou por edital, a não apresentação de impugnação no prazo de 20 (vinte) dias implica revelia (Decreto-Lei 1.455/76, art. 27, § 1°)" 2. Em conseqüência, o Regulamento Aduaneiro não prevê a intimação postal em instauração de processo administrativo fiscal em que possa ser cominada pena de perdimento. 3. Pelo princípio da Instrumentalidade das Formas, o defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impossível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que cause prejuízo a defesa dos interesses da parte ou sacrifique os fins de justiça do processo, o que, in casu, ocorreu, porquanto não restou provado nos presentes autos que o ora Recorrido, embora tivesse conhecimento da apreensão das mercadorias, teve ciência da instauração do processo administrativo em comento. E, se o ato eivado de ilegalidade não cumpriu sua finalidade, ocasionando prejuízo à parte, deve ser anulado, como anulados devem ser os atos subseqüentes a ele. 4. O Procedimento Administrativo é informado pelo princípio do due process of law. Se o ato eivado de ilegalidade não cumpriu sua finalidade, ocasionando prejuízo à parte, deve ser anulado, como anulados devem ser os atos subseqüentes a ele. A garantia da plena defesa implica a observância do rito, as cientificações necessárias, a oportunidade de objetar a acusação desde o seu nascedouro, a produção de provas, o acompanhamento do iter procedimental, bem como a utilização dos recursos cabíveis. A Administração Pública, mesmo no exercício do seu poder de polícia e nas atividades self executing não pode impor aos administrados sanções que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa, que in casu se opera pelas notificações apontadas no CTB. 5. A sistemática ora entrevista coaduna-se com a jurisprudência do E. STJ e do E. STF as quais, malgrado admitam à administração anular os seus atos, impõe-lhe a obediência ao princípio do devido processo legal quando a atividade repercuta no patrimônio do administrado[594].

Já em acórdão do Superior Tribunal de Justiça de relatoria da Ministra Eliana Calmon, registra-se que o poder público, para anular ou revogar qualquer ato ou contrato administrativo, deve assegurar o prévio contraditório:

> 1. Por decreto, extinguiu o Governador do Paraná acordo de acionistas em empresa de saneamento privatizada há mais de cinco anos. 2. Decreto que foi atacado por mandado de segurança e que só pode ser revogado com efeitos para o futuro. 3. Necessidade de ser examinado o mandado de segurança, pelos efeitos da revogação, que só se operam para o futuro, existindo as conseqüências do período que medeia a

---

[593] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. *Recurso Especial n. 6601*, da 1.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Pedro Acioli. Brasília, 18 de setembro de 1991. Disponível em:<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=6601&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>. Acesso em: 28 jun 2007.

[594] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. *Recurso Especial n. 536463*, da 1.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 de novembro de 2003. Disponível em:<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=536463&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 28 jun 2007.

> data em que houve a extinção, por decreto, de acordo de acionistas, até a data da revogação. 4. A revogação é ato que se opera para o futuro, provindo da conveniência e oportunidade do administrador. A anulação, diferentemente, pressupõe ato nulo e que apaga todos os efeitos desde a origem do ato. 5. Ilegalidade da revogação do acordo de acionistas, feito por vontade do governador, sem observância das regras do contraditório. 6. No direito administrativo moderno, nos Estados democráticos de Direito, não é possível revogar ou mesmo anular um ato ou contrato administrativo de forma singular e solitária, exigindo-se seja percorrido o devido processo legal administrativo[595].

Em uma perspectiva substancial, as decisões e atos administrativos, no seu teor e conteúdo, devem ser equilibrados e proporcionais. Não podem condicionar ou impedir arbitrariamente o desfrute pelos administrados de sua vida, liberdade, patrimônio ou igualdade. Medidas restritivas de direitos devem ser ponderadas, justas, legítimas.

Ganha relevo, dentro da temática, a discricionariedade administrativa.

Para a prática de atos discricionários, a lei atribui ao administrador o poder de escolha da solução mais adequada para o caso concreto, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. O agente administrativo tem o dever de apreciar discricionariamente o caso e fazer opções apropriadas para o alcance da finalidade pública legal, o que deve ser feito com olhos fixos na razoabilidade e proporcionalidade.

Por muito tempo se entendeu que não caberia ao Judiciário fazer qualquer intervenção no mérito dos atos administrativos. E, de fato, não cabe (e nunca coube) ao juiz substituir o administrador e definir, no seu lugar, o que é conveniente e oportuno para a situação concreta. O que gradualmente se foi admitindo, com o crescimento da importância dos princípios no Direito Administrativo, foi o controle da razoabilidade das atividades discricionárias da Administração Pública. Isso porque se concebeu a discrição como "margem de liberdade para atender o sentido da lei e em seu sentido não se consideram abrigadas intelecções induvidosamente desarrazoadas"[596-597]. É por isso que se diz que discricionariedade não pode dar azo para arbitrariadades:

---

[595] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 18769*, da 2.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eliana Calmon. Brasília, 02 de dezembro de 2005. Disponível em:<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=18769&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 28 jun 2007.

[596] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 69- 70.

[597] É o que comenta Lucon: "[...] os juízes vêm colocando um ponto final nessa divisão até então intocável entre os aspectos legais do ato administrativo – que podem ser examinados pelo Poder Judiciário (Súmula 473 STF) – e o mérito do ato – que a previsão constitucional da separação dos Poderes do Estado não autoriza esse exame. A tendência clara de fazer com que os órgãos jurisdicionais cheguem bem próximos ao mérito do ato administrativo (p. ex. nova análise de toda a prova produzida no processo administrativo), ampliando sensivelmente a sua órbita de controle". (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal*

> A discricionariedade no Estado Democrático de Direito não pode, dessa forma, se confundir com arbitrariedade, pois todo ato tem uma vinculação com princípios superiores e está condicionado ao interesse público. Daí a necessidade imprescindível, do princípio da motivação dos atos, como forma de verificação de sua adequação[598].

Tome-se como exemplo de medidas administrativas irrazoáveis, a publicação de um edital para a construção de um estádio com 40.000 (quarenta mil) lugares em uma cidade com 5.000 (cinco mil) habitantes, ou, ainda, a desapropriação de uma extensão de terra muito maior do que a necessária para a construção de estrada.

Não são raros os julgados que reconhecem a razoabilidade como limite à atuação administrativa.

Na aplicação de sanções disciplinares, é comum verificar-se excessos do agente estatal. Impõe-se, não raro, medida punitiva incompatível com a gravidade da infração praticada, o que revela desproporcionalidade e injustiça. E o Superior Tribunal de Justiça reconhece, com certa freqüência, a necessidade de razoabilidade nessas punições. É o que se vê, por exemplo, nos dois acórdãos abaixo citados:

> [...] A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da proporcionalidade , não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, no universo amplo das irregularidades apuradas, em seu todo, consideradas as peculiaridades da espécie. 7. Segurança preventiva concedida em parte, para que se abstenha o impetrado de aplicar a pena demissória, sem prejuízo da possibilidade da aplicação de reprimenda menos gravosa[599].

> [...] O Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo atribui ao Conselho Superior da Magistratura a competência para imposição da pena de censura a Magistrado de primeira instância Todavia a aplicação pelo Órgão Especial do Tribunal a quo de referida punição mais branda foi orientada pelo princípio da razoabilidade**,** que se contrapõe ao apego excessivo às formas. O juiz alterou positivamente o seu comportamento, não merecendo a imposição de punição grave dentre aquelas elencadas na competência do Órgão Especial, sendo desnecessária, ainda, a remessa dos autos ao órgão inferior tão somente para aplicação da penalidade menos gravosa. [...][600].

---

substancial. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6>. Acesso em: 20 jul. 2007, p. 09).

[598] FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 50.

[599] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. *Mandado de Segurança n. 7983*, da 3.ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 23 de fevereiro de 2003. Disponívelem:<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=7983&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>. Acesso em: 28 jun 2007.

[600] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e Constitucional. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11474*, da 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 14 de setembro de 2004. Disponível em:< http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=11474&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=>. Acesso em: 28 jun 2007.

É firme na doutrina e na jurisprudência brasileiras o reconhecimento do devido processo legal como garantia de contenção do poder estatal (jurisdicional, legislativo e administrativo) nas relações jurídicas públicas.

Questiona-se, no entanto, se estaria a cláusula do devido processo legal circunscrita ao setor público. Não seria possível falar no devido processo legal como direito fundamental oponível, outrossim, aos particulares? Não se poderia estender a garantia para as relações particulares? A resposta a essa pergunta, que é a principal a ser respondida neste trabalho, será objeto do capítulo seguinte.

6 EFICÁCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES PARTICULARES. LIMITE AO PODER NEGOCIAL

6.1 EFICÁCIA NOS PROCESSOS PARTICULARES EM GERAL

6.1.1 Considerações iniciais

Nos capítulos anteriores, foram fincadas três importantes premissas.

Demonstrou-se, em um primeiro momento, a existência de *processos particulares*[601]. São eles os processos de formação e de adimplemento restritivo dos negócios jurídicos, bem como o processo arbitral.

Assentou-se, em um segundo momento, que, nesses processos privados, as partes envolvidas atuam no exercício da sua *autonomia e poder negocial*, poder este que não é ilimitado, sofre restrições decorrentes do ordenamento jurídico.

E, em um terceiro momento, constatou-se que os *direitos fundamentais* também podem atuar como limites a essa autonomia privada. Incidem os direitos fundamentais nas relações jurídicas particulares, avultando sua importância, sobretudo naquelas caracterizadas pelo desequilíbrio de poderio social e econômico entre as partes envolvidas, ou que tenham por objeto bem indisponível e essencial para a preservação da dignidade da pessoa humana.

Chega-se, enfim, à análise do devido processo legal formal e substancial, enquanto direito fundamental inserto na CF/88 (art. 5º, inc. LIV).

O *due process of law* atua, séculos a fio, nas relações públicas, confinando e contendo os poderes do Estado (administrador, legislador e juiz) para impedir e banir seus excessos e arbitrariedades. É chegado o momento de incidir, também, nas relações particulares, para limitar os poderes privados - sobretudo nos processos de formação e adimplemento restritivo dos negócios jurídicos, e no processo arbitral.

O devido processo legal, enquanto exigência de moderação e legalidade no exercício do poder, deve vincular os particulares, para deter e reprimir abusos e desmandos privados e negociais.

Resta verificar como e em que medida se dá essa sua incidência – sem dispensar uma sucessiva exposição de casos e exemplos.

---

[601] Na qualidade de atos jurídicos complexos que culminam em ato normativo. São conduzidos por entes privados, cujos poder negocial é confinado pela lei e pelos valores constitucionais, devendo seguir um rito legítimo, dialógico e equilibrado.

6.1.2 Fase pré-negocial

Pode-se analisar sua repercussão, a princípio, na fase pré-negocial.

Já se viu, no terceiro capítulo, que os contratos em geral advêm de um processo de aperfeiçoamento desencadeado por tratativas preliminares (fase de puntuação ou negociação), que geram uma proposta definitiva (fase de postulação) de uma das partes, a ser aceita ou não pela contraparte (fase de decisão). Este é o *iter* procedimental padrão.

Pode ser mais simples ou mais intricado, a depender das formalidades exigidas (mais ou menos rigorosas), dos incidentes processuais ocorridos (ex.: contrato preliminar, a troca recorrente de propostas e contrapropostas) e do nível de complexidade inerente à própria contratação (ex.: negociações de porte global, por grandes grupos internacionais entre si ou com empresas locais). Em alguns casos, a essencialidade e indisponibilidade do bem jurídico em jogo também impõem exigências mais específicas ao rito, tornando-o mais extenso e cauteloso (ex.: consentimento informado exigido em contratos médicos).

Mas todo rito de aperfeiçoamento de negócio, do mais conciso ao mais prolongado, deve transcorrer de acordo com o devido processo legal formal e material, pautando-se na legalidade e razoabilidade[602].

O *due process* formal impõe que a etapa formativa do negócio transcorra de modo legítimo, solidário e cooperativo. E a regulamentação deste processo pré-negocial nada mais é do que a regulamentação dos 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 possível. E mais, toda a trajetória processual deve ser marcada pela transparência e probidade.

Já o *due process* material exige que, ao fim desse percurso processual, o negócio daí resultante seja, em seu conteúdo, equilibrado e proporcional. Deve atender, pois, as máximas da boa-fé objetiva e da equidade contratual.

Assim, também no selamento de negócios jurídicos deve ser observado o *due process of law*.

---

[602] Sobre o tema, DIDIER JR, Fredie. *Curso Direito Processual Civil.* V. 1. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 27 et seq.

6.1.3 Fase de execução do negócio

Firmado o negócio jurídico, na fase de sua execução também existem situações que demandam a observância da máxima do devido processo legal[603]. É o caso do processo de adimplemento restritivo e do processo arbitral.

O processo de adimplemento restritivo é aquele em que uma das partes tem o poder de infligir restrições a esfera jurídica da outra (como sanções convencionais)[604], através de decisão unilateral, parcial e não-jurisdicional.

Entretanto, a imposição dessa decisão privativa ou limitativa de direitos deve ser, necessariamente, precedida de um processo que atenda às regras estatuídas no próprio negócio e na legislação em vigor, sobretudo aquelas decorrentes da cláusula do devido processo legal (formal e substancial).

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 vulnerável.

Tome-se como exemplo de imputação de sanção convencional, o caso em que se expulsa o sócio de uma cooperativa por agir de forma contrária ao estatuto ou, ainda, aquele em que se impõe multa a um condômino por adotar conduta anti-social (art. 1.337, *caput* e parágrafo único, do CC). São situações que em que cabe, sempre, questionar, se houve um rito prévio legal e se a decisão dele resultante foi justa e razoável.

Também por meio de processos arbitrais pode tutelar-se o adimplemento contratual – para atender, por exemplo, direito de indenização por inadimplemento, à despedida por justa causa, à resolução do negócio, e, inclusive, à *imposição de uma sanção convencional*.

As partes negociantes, tendo firmado entre si uma convenção de arbitragem, podem promover a instauração de um processo particular arbitral, perante um árbitro de confiança de ambas, que ditará a solução para a questão relativa ao cumprimento do contrato, através de decisão particular, imparcial e jurisdicional.

---

[603] Sobre o tema, DIDIER JR, Fredie. *Curso Direito Processual Civil.* V. 1. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 27 et seq.

[604] Poder este derivado de uma situação de desequilíbrio que há entre elas, em razão das próprias disposições negociais ou legais.

Também o processo arbitral deve respeitar os ditames do *due process* formal, seguindo um itinerário permeado pelas garantias fundamentais já citadas, e do *due process* material, produzindo decisão essencialmente eqüitativa e proporcional.

6.2 EFICÁCIA EM ALGUNS PROCESSOS PARTICULARES ESPECÍFICOS

6.2.1 Notas preliminares

Viu-se que os processos particulares, em geral, devem ser legais e constitucionais, respeitando os valores mais fundamentais do Estado Democrático de Direito. Com isso, contêm-se possíveis abusos de poder negocial (jurisdicional ou não), limitando-se a autonomia privada.

Mas existem processos particulares específicos cujo estudo mais detido (ainda que breve) revela-se interessante, porquanto aproxime mais o leitor da realidade forense e social. Por isso, optou-se por analisar os seguintes processos particulares, em sua forma devida e legal.

6.2.2 Processos arbitrais

A arbitragem é um meio de solução imparcial dos conflitos que se dá pela imposição de decisão autoritativa (sentença arbitral) por um terceiro (árbitro) escolhido pelas partes, que nele depositam toda sua fidúcia. É o chamado juízo arbitral.

Mas a sentença arbitral, como já dito, deve decorrer de um processo particular ao qual se atribuiu, linhas acima, a natureza jurisdicional. Mas não há consenso sobre a questão.

Alexandre Câmara bem expõe a existência de duas correntes essenciais sobre a natureza jurídica da arbitragem: uma primeira que defende tratar-se de ato privado; e uma segunda, dominante, que defende tratar-se de jurisdição. Discorda de ambas. Acha que não tem natureza privada, vez que função pública - pública, mas, não, estatal. E por não ser estatal, não pode assumir natureza jurisdicional, já que a jurisdição, no seu sentir, é monopólio do estado.

Apesar de entender que a arbitragem não é função jurisdicional, defende, o autor, que é exercida por um autêntico processo - enquanto procedimento realizado em

contraditório[605]. E, com a interpretação que dá ao art. 21 da Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem), parece optar pela necessidade de aplicação do devido processo legal e as garantias a ele inerentes[606].

Também assim, Luiz Guilherme Marinoni[607], em longa exposição.

Para defender sua tese, afirma o autor que a arbitragem é manifestação da autonomia da vontade e a opção por árbitro implica renúncia à jurisdição, tanto que essa escolha só pode ser feita por pessoas capazes e para tutela de direitos patrimoniais disponíveis.

Ressalve-se, contudo, que nada disso exclui a natureza jurisdicional da arbitragem. Lançando mão da arbitragem, o jurisdicionado opta por uma jurisdição privada, porquanto inadequada a jurisdição estatal. E o exercício da jurisdição não é monopólio do estado. Demais disso, ao escolher a arbitragem o indivíduo não está abrindo mão das suas garantias mais básicas e indispensáveis - os corolários do devido processo legal e a segurança jurídica -, porquanto deva o árbitro respeitar todas elas, sob pena de invalidade de sua decisão.

Ao prosseguir em sua argumentação, Marinoni defende que a jurisdição só pode ser exercida por pessoa devidamente investida na autoridade de juiz, sendo indispensável que tenha prestado concurso público - nos termos do art. 93, I da Constituição Federal -, e esse poder é indelegável. Não há possibilidade de delegação de poderes atribuídos pela própria Constituição para um árbitro privado, diz o autor.

Sucede que a jurisdição não é função exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, pois induvidosamente há órgãos do Poder Legislativo que podem exercer funções jurisdicionais (ex.: quando Senado julga o presidente por crimes de responsabilidade, cf. art. 52, I, CF). E não há que se falar em delegação de poderes, pois os árbitros não tomam do estado o exercício da jurisdição pública, mas, sim, exercem um tipo especial de jurisdição privada. Relembre-se, neste particular, que nem todo magistrado investe-se na função jurisdicional por meio de concurso. Ministros de tribunais superiores são, por exemplo, nomeados pelo Presidente da República. A investidura do árbitro dá-se pela sua designação no compromisso arbitral. Não há delegação aí. Haveria se o árbitro, uma vez indicado, delegasse a função a outro sujeito.

Diz o processualista paranaense, ainda, que uma das garantias mais importantes do cidadão frente à jurisdição é o princípio do juiz natural, que assegura a independência e

---

[605] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem.* .3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 13.
[606] Ibidem, p. 78 et seq.
[607] MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 147 et seq.

imparcialidade dos juízes (art. 95, I, II, III, IV e V, e parágrafo único), que devem ser pré-definidos por lei. Ocorre que também a Lei de Arbitragem assegura um juiz natural, no seu art. 21, §2º, o que de resto é garantia constitucional aplicável, também, aos processos arbitrais. Demais disso, o árbitro deve ser pessoa de confiança de ambas as partes – pré-definido por elas mesmas em ato de natureza normativa e negocial (convenção de arbitragem) -, o que faz pressupor que será sujeito independente e imparcial. A competência do árbitro é delimitada pela convenção de arbitragem que, como norma jurídica que é, embora negocial, é a "lei prévia" exigida para garantir a efetividade do princípio do juiz natural.

E nem se diga que o fato de não ter o árbitro poderes de execução retira o caráter jurisdicional da atividade que desempenha. Basta lembrar da execução penal: o juiz da execução não é o mesmo juiz que proferiu a sentença penal condenatória. E o fato do juiz não ter, neste caso, poder executivo, não significa que não esteja investido da função jurisdicional.

E mais. Aduz o autor citado que a arbitragem só serve para tutela de direitos patrimoniais disponíveis, restringindo-se à "classe bastante restrita da população", que pode pagar pelos seus custos, e para a solução de contendas que dizem respeito ao mundo empresarial, repleto de peculiaridades técnicas desconhecidas pelos juízes estatais, mas conhecidas pelos árbitros que escolhem.

Vale salientar, contudo, que esta parece ser uma constatação fática do autor, que não tem maiores repercussões jurídicas. Limita-se a constatar que, na realidade brasileira, a arbitragem tem sido utilizada em larga escala pelas classes economicamente mais fortes e no mundo dos negócios. Mas isso não impede que pessoas economicamente mais humildes utilizem a arbitragem como técnica de solução dos seus conflitos, tanto que é prevista a possibilidade de sua instituição na Lei de Juizados Especiais (art. 24, Lei n. 9.099/95). E se os empresários pagam caro pelos serviços de um árbitro com conhecimentos especializados essa é uma opção sua. Não existe em lei nenhum encargo financeiro envolvido para a utilização da via arbitral, tampouco nenhum condicionamento técnico (cf. art. 13, Larb). Se o árbitro escolhido pode ser sujeito de preparo técnico-especializado, o juiz/tribunal natural pode contar com a figura do perito ou do *amicus curiae* para lhe dar suporte desse estilo. Isso quando não puder pautar-se nos seus próprios conhecimentos, conforme art. 335, CPC.

Assim como a jurisdição é meio de solução dos conflitos, conforme ordenamento jurídico, para garantir estabilidade e paz social, também o é a arbitragem. Tanto o juiz, quanto o árbitro protegem o direito que é digno de tutela, conforme o ordenamento, de forma independente e imparcial, diz a lei (art. 2º, e 13, §6º, Larb).

Some-se a isso o fato de que só podem optar pela arbitragem os sujeitos capazes, titulares de direitos patrimoniais e disponíveis, que desejem fazê-lo. Trata-se de manifestação de sua autonomia privada. Não estão, com isso, fugindo do controle estatal, como diz o autor, querendo dele livrar-se; estão, isso sim, a buscar via mais célere e efetiva de solução do conflito, através de pessoa de confiança. Quem sabe assim, com uma decisão ditada por pessoa que conta com a fidúcia de ambos os contendores, haja uma conformação maior com os resultados do feito, e a harmonia social seja alcançada de forma mais eficaz.

Carlos Alberto Carmona é taxativo e, de forma muito prática e objetiva, expõe sua opinião de que o próprio legislador brasileiro conferiu ao processo arbitral natureza jurisdicional ao dispor que a sentença dele originada tem a mesma força executiva que a sentença judicial. Trata-se de processo desencadeado por ato contratual, mas que se desenrola com esteio na garantia do devido processo legal e culmina em decisão arbitral que produz os mesmos efeitos que uma decisão jurisdicional. Em suas palavras:

> O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para adequar-se a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a velha idéia contratualista do instituto, outros preferindo seguir idéias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas correntes. A verdade, porém, é que o debate adquiriu colorido excessivamente acadêmido e, pior, pouco prático, de tal sorte que não parece útil continuar a alimentar a celeuma. Não há tratado, manual, tese ou monografia – refiro-me agora à bibliografia nacional produzida nos últimos 5 (cinco) anos – que não tenha desafiado o assunto, explorando filão que já se esgotara nas últimas duas décadas do século XX. O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem[608].

Na mesma linha de entendimento, situam-se Joel Dias Figueira Junior[609] e Tarcísio Kroetz[610].

Dinamarco, a princípio, manifestou simpatia às idéias de Carlos Alberto Carmona, ao prefaciar sua obra sobre o tema, mas, recentemente, tem "pensado em uma natureza parajurisdicional das funções do árbitro, a partir da idéia de que, embora ele não as exerça com o escopo jurídico de atuar a vontade da lei, na convergência em torno do escopo social

---

[608] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 46.
[609] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 154 ss.
[610] KROETZ, Tarcísio. *Arbitragem. Conceito de pressupostos de validade.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 76-78.

pacificador reside algo muito forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal". Conclui pontuando que essa proximidade entre processo arbitral e estatal, já é o suficiente para inseri-lo no contexto do direito processual constitucional e acobertá-lo com os mesmos princípios. Aplicam-se, pois, o devido processo legal e seus consectários: [611]

> Quando se pensa no contraditório e na ampla defesa, deve-se pensar na participação dos sujeitos processuais no processo estatal e no arbitral também. Quando enfim se pensa no *due process of law* como princípio tutelar da observância de todos os demais princípios, não se pode excluir o devido processo legal arbitral, como fonte de tutelas jurisdicionais justas e instrumentos institucionalizado de pacificação social[612].

Perceba-se que, malgrado exista discordância entre os autores citados sobre a natureza jurisdicional da arbitragem, nenhum deles dispensa a instauração de um processo para que o árbitro chegue a uma resolução para a contenda, processo este que deve se pautar nos ditames do *due process of law*[613].

A verdade é que não há como se despir a arbitragem de sua natureza jurisdicional. O processo arbitral é um processo jurisdicional de cunho privado, travado entre sujeitos particulares (partes e árbitro), cuja sentença final produz os mesmos efeitos que uma sentença judicial (art. 32 e 33, da Lei 9.307/96).

E mais. A característica mais marcante da jurisdição é a aptidão da decisão jurisdicional para se tornar definitiva, acobertando-se pela coisa julgada[614]. Essa mesma estabilidade é conferida às decisões arbitrais, que não podem ser modificadas ou revistas em seu mérito, sob o argumento de que não fora justo ou correto o julgamento do árbitro. Só são passíveis de invalidação, por vícios formais expressamente enumerados na lei (art. 32 e 33, da Lei 9.307/96)[615].

Por conseguinte, não só com base na tese da eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada, como também na concepção processual e jurisdicional da arbitragem, considera-se irrefutável a necessidade de observância do devido processo legal e seus corolários – como contraditório, ampla defesa, igualdade, e outros.

---

[611] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28- 29.
[612] Ibidem, p. 30.
[613] Considerando indispensável a observância dos consectários do devido processo legal para o transcurso regular do processo arbitral– com ênfase especial no contraditório, FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei de Arbitragem Comentada.* São Paulo: Saraiva, 1997, p. 82 et seq.; RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 150.
[614] GRONIVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136.
[615] Conclusões de DIDIER JR, Fredie. *Curso Direito Processual Civil.* V. 1. 7 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 71-72 e 75.

A própria Larb (Lei de Arbitragem) dá consagração implícita ao princípio (na sua perspectiva formal) ao positivar, no seu art. 21, *caput* e §2º, seus subprincípios (contraditório, imparcialidade, isonomia, e outros).

Nos tribunais brasileiros, encontram-se decisões invalidando sentenças arbitrais por violação aos consectários do devido processo legal formal. Foi o que se assistiu em acórdão relatado pela Desembargadora fluminense Leila Mariano, que anulou decisão arbitral por não ter sido devidamente viabilizado o exercício do contraditório e da ampla defesa - denunciando, inclusive, a abusividade da conduta do árbitro, a ser informada à Corregedoria Geral de Justiça:

> [...] É condição de procedibilidade para sujeição de conflito de interesse ao juízo arbitral que as partes hajam estabelecido expressamente no contrato a cláusula compromissória. Não a supre a assinatura de Termo de Compromisso Arbitral elaborado por aquele Juízo, sem esclarecer as conseqüências da referida opção, dentre elas acatar decisão que será irrecorrível. Gravidade da prática em se tratando o réu de estrangeiro, que não domina o idioma nacional, sendo o compromisso lavrado em português, inexistindo intérprete juramentado presente. Evidente a violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, porquanto não foi viabilizado oferecimento de contestação, seguindo-se audiência para a qual não foi regularmente intimado, não sendo ouvidas suas testemunhas. Conduta abusiva do árbitro a ser informada à Corregedoria Geral de Justiça. Nulidade do título que se reconhece por infração aos incisos I e VIII do art. 32 da Lei 9.307/96, com a conseqüente extinção da execução. Provimento do recurso.[616].

Ainda no contexto do desrespeito ao *procedural due process,* insta citar a existência de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que decretaram nulidade de decisão de árbitro por ausência de fundamentação:

> LEI DE ARBITRAGEM - OBJETO DO LITÍGIO - VALIDADE - LAUDO IMPRESTÁVEL - SENTENÇA - FUNDAMENTAÇÃO. O compromisso arbitral que não contenha os requisitos do artigo 10 da Lei nº 9.307/96 é nulo, assim como o é a sentença arbitral carente dos requisitos do artigo 26 combinado com o artigo 32, inciso III, da mesma lei.”[617].
>
> SENTENÇA ESTRANGEIRA. REPUBLICA FRANCESA. SENTENÇA ARBITRAL. RE NÃO CITADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. I- AINDA SE ALEGUE PRESCINDIR O EXEQUATUR DE CITAÇÃO, EIS QUE

---

[616] RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento, n. 2006.002.27583*, da 2.ª Câmara Cível. Relator: Desembargadora Leila Mariano, Rio de Janeiro, 04 de abril de 2007. Disponível em:<http://srv7.tj.rj.gov.br/inteiroTeor/abrePDF.do?nomeDir=2006002&nomeArq=27583.0001.01.20070404.296&nomeSubDir=27501.28000&path=webacord2>. Acesso em: 30 jul de 2007.

[617] MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível, n.413.094-5*, da 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: José Affonso da Costa Côrtes. Belo Horizonte, 26 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&numeroProcesso=413094&complemento=0&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=arbitragem+fundamenta%E7%E3o&tipoMarcacao=>. Acesso em: 30 jul. de 2007.

> DESVESTIDO DE CARÁTER CONTRADITORIO, NÃO HÁ COMO TORNAR O ARGUMENTO OPONIVEL AO BRASIL, CUJO ORDENAMENTO JURÍDICO DESCONHECE TAL PRATICA. II- DECISÃO QUE SE LIMITA A REVELAR A SANÇÃO APLICADA A RE, SEM DIZER DAS RAZOES QUE ORIENTARAM O ARBITRO, NÃO SE QUALIFICA COMO HABIL A HOMOLOGAÇÃO[618].

Em desfecho, para que não pairem dúvidas, pontue-se: o devido processo legal atua nos processos arbitrais não só em sua faceta processual, como também na material. As decisões arbitrais, em seu conteúdo, não podem impor restrições desarrazoadas e desproporcionais aos direitos dos particulares, sob pena de invalidade.

6.2.3 Processos punitivos de associados, sócios e condôminos

O processo de adimplemento restritivo de direito mais comum e corriqueiro é aquele desencadeado por ente privado (associação, sociedade, condomínio etc.) no intuito de impor sanção convencional a um de seus integrantes (condômino, associado, sócio ou cooperado) por ter incorrido em infração estatutária ou legal.

As associações e as sociedades são pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, CC/2002). Ambas são agrupamentos humanos com objetivos comuns. Assemelham-se por se constituírem pela união de pessoas com um mesmo fim (elemento pessoal). Distinguem-se, dentre outras coisas, pela natureza do fim visado (elemento teleológico): na associação as pessoas organizam-se para a realização de fins não econômicos (art. 53, CC/2002), ditos ideais; já na sociedade agrupam-se para a concreção de fins econômicos e lucrativos (art. 966, CC/2002).

Associações e sociedades são regidas pelo seu estatuto social e pela lei. Nestes diplomas normativos, estão previstas regras de organização e comportamento para a pessoa jurídica e seus membros (arts. 45 e 46, CC/2002). Dentre elas, devem estar previstos os direitos e obrigações dos associados e dos sócios, bem como as penalidades cabíveis para o caso de infrações legais ou estatutárias. São as chamadas sanções convencionais, tais como advertências, multas, suspensão de direitos ou até mesmo a exclusão do quadro social.

Sucede que esses entes associativos não podem punir o associado ou o sócio por transgressão de normas legais ou estatutárias, sem assegurar-lhe um processo prévio pautado na lei e na razoabilidade. Deve ser respeitado o devido processo legal em suas facetas formal e material, seguindo-se um rito permeado por garantias mínimas como contraditório, ampla

---

[618] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Sentença Estrangeira, n.3977*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, 01 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=arbitral&p=2&d=SJUR>. Acesso em: 30 jul. 2007.

defesa, direito a provas, juiz natural, decisões fundamentadas etc. que se encerre com uma decisão equilibrada e proporcional[619].

É o que a legislação constitucional assegura ao consagrar a cláusula do *due process of law* (art. 5º, LIV).

Mas a legislação infraconstitucional não é de todo omissa. Há disposições relevantes sobre a questão.

O art. 57, CC/2002, sem correspondente no CC/1916, cuida da sanção de exclusão do associado dos quadros da associação.

O artigo, em sua redação originária, dispunha que o afastamento do associado só seria possível: *i)* mediante justa causa, respeitado o disposto no estatuto; ou *ii)* sendo omisso o estatuto, se reconhecida a existência de motivos graves por deliberação fundamentada de assembléia especialmente convocada para esse fim. No seu parágrafo único, uma ressalva. Se a decisão fosse proferida por outro órgão interno que não a assembléia geral, caberia sempre recurso dirigido a este órgão deliberativo (assembléia).

Percebe-se que o art. 57, CC/2002, em seu texto primitivo, não previa a necessidade de assegurar-se ao associado ameaçado de exclusão o direito a um procedimento prévio, pautado no *due process*. Ainda assim, a doutrina[620] e a jurisprudência[621] já

---

[619] Karl Larez, já na década de 1970, falava da necessidade de satisfazerem-se as garantias mínimas de um estado de direito para punir um associado, dentre elas: o direito a um procedimento, em que esteja prevista a concessão de uma audiência ao acusado; e o direito a licitude, adequação e razoabilidade da sanção imposta – que não pode ser excessiva (LARENZ, Karl. *Derecho Civil*. Parte General. Jaén: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 221 e 222). Com esse pensamento, o autor parece defender a necessidade de respeito ao *due process* formal e material.

[620] É o que se via, por exemplo, nas lições de PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional**.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 300-301; LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 162-163; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 144; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 257. Sem referir à questão, DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro de. *Comentários ao* Código *Civil Brasileiro. Parte Geral*. V. I. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 485 et seq.

[621] "Ação Ordinária de Reintegração em sociedade recreativa. Direito de defesa não assegurado. Nulidade do ato. Independentemente da legitimidade ou não dos motivos que ensejaram a exclusão dos autores do quadro social, percebe-se, com clareza, que estes não tiveram assegurado o direito à ampla defesa, com previsão tanto na Constituição Federal, como no estatuto da entidade demandada. Por outro lado, ainda que se pudesse superar o obstáculo formal, a versão apresentada pela ré para a punição aplicada não é consentânea com a realidade, pois, inexistiu cedência exclusiva da área comunitária, em seu favor, por parte da Prefeitura e de particular, de modo que não poderia impedir que as pessoas se organizassem fora de suas regras, para a prática do futebol." (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 70002714095*, da 11.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 jun. 2007).

"É nulo o procedimento de exclusão de associado dos quadros de associação, quando não se observa o devido processo legal nem as garantias dele decorrentes, tais como o contraditório e a ampla defesa, além de serem infringidas outras normas legais e estatutárias. - Os danos morais são presumidos no caso de violação à honra, pois se trata de direito personalíssimo, razão pela qual a negligência na instauração e no desenvolvimento de

interpretavam o dispositivo conforme a Constituição Federal, para exigir, no mínimo, o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Entretanto, a inovação jurisprudencial e legislativa maior veio no ano de 2005.

Até então, malgrado a jurisprudência se inclinasse pela necessidade de respeito ao devido processo legal para punir-se associado, não se encontravam julgados que enfrentassem a problemática de se estar aplicando um direito fundamental (ao processo devido) às relações particulares – no caso, mais especificamente àquelas travadas entre associação e associado. O primeiro acórdão a referir-se à questão foi do Supremo Tribunal Federal.

No mês de outubro de 2005, assistiu-se ao Supremo Tribunal Federal proferir julgado no Recurso Extraordinário n. 201.819, com base nas teorias acerca da vinculação dos atores privados aos direitos fundamentais – vistas em capítulo anterior -, em que se decidiu

---

procedimento de exclusão irregular enseja o direito à indenização de cunho compensatório". (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível Nº 2.0000.00.480020-4/000(1*), da 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponívelem:<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=associado+e+exclus%E3o&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=30%2F07%2F2007&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=30%2F07%2F2007&resultPagina=10&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 30 jul. 2007). "(...)Compete ao Poder Judiciário averiguar a legalidade da exclusão de associado de corporação musical, no que respeita aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, basilares do estado democrático de direito. - Não tendo sido dada oportunidade ao membro de associação privada de defender-se perante a assembléia geral, e não tendo esta apreciado os motivos da sua exclusão, procede seu pedido de reintegração" (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível Nº 434.359-1*, da 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador José Amâncio. Belo Horizonte, 04 de março de 2005. Disponível em: < http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&numeroProcesso=434359&complemento=0&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=associado+e+exclus%E3o&tipoMarcacao=>. Acesso em: 30 jul 2007).

E alguns julgados estendiam a exigência para a imposição de outras sanções convencionais que não a exclusão: "Associação Recreativa. Pena imposta a associados sem que assegurado direito de defesa. Protesto contra a alteração de critérios de classificação no decorrer de torneio de tênis mediante reclamação enviada à comissão organizadora do campeonato e publicação de manifestação na internet. Imposição de pena de suspensão por trinta dias, sob o fundamento de que promovido o desprestígio da entidade. Manifestação pública que constitui exercício regular do direito de livre manifestação do pensamento. Violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório caracterizada. Não se constituindo a aplicação de pena a associado em ato discricionário da diretoria, perfeitamente passível de reexame pelo judiciário referida decisão, nesse abrangida, por óbvio, a valoração da conduta daquele. Recurso provido. Sentença de improcedência reformada. Voto vencido. Posto os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa constituam-se, ante o poder de império do Estado, em garantias do cidadão, erigindo a observância do devido processo legal como pressuposto para a eficácia de qualquer decisão judicial ou administrativa, razão inexiste para que se deixe de estender a aplicação de tais princípios elementares à apuração e sancionamento de faltas cometidas por integrantes de entidades de caráter privado, como associações ou condomínios, especialmente quando, como, na espécie, viabilizada a defesa somente por meio de recurso sem efeito suspensivo. De qualquer modo, a entender-se desobrigadas da observância dos referidos princípios as entidades de caráter privado, jamais a lesão ou ameaça a direito decorrentes da aplicação da sanção assim imposta poderia restar excluída da apreciação do Poder Judiciário, por força de garantia constitucional prevista no inciso XXXV do art. 5º da Constituição (princípio da acessibilidade ampla ao Poder Judiciário)" (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 70005815204*, da 18.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes. Porto Alegre, 16 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 jun. 2007).

que, para impor punição convencional a membro de associação civil, era necessário garantir-lhe o devido processo legal. Confira-se:

> [...] 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). (...) A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição — v. Informativos 351, 370 e 385. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das

> garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa[622].

Mas a lei também sofreu alterações. O art. 57, CC/2002, foi alterado pela Lei n. 11.127/2005, e passou a prever expressamente o direito a um procedimento devido para o associado em risco de exclusão, dispondo que: "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".

Alguns autores, ao interpretar o dito dispositivo, defendem que ele, de forma inovadora, impõe a necessidade de um procedimento prévio (previsto no estatuto) para a cominação da sanção de exclusão (sob pena de nulidade), o que parece muito apropriado[623]. Outros o interpretam de forma ampliativa para sustentar que a imputação de qualquer penalidade convencional – não só a exclusão do quadro social -, depende da instauração desse procedimento prévio, entendimento este, outrossim, bastante adequado e ponderado[624].

Conclui-se, assim, com base nessa doutrina, que o dispositivo em questão deve ser alvo de uma interpretação bem abrangente, para entender-se que assegurou não só a ampla defesa, mas, sim, um autêntico processo prévio orientado por *todas* as garantias inerentes ao devido processo legal – dentre elas, o direito a provas, a publicidade, a um julgador natural, a decisões fundamentadas e razoáveis[625]. E mais, esse processo é exigível não só para a exclusão do associado, como também para infligir qualquer outro tipo de sanção (ex.: multa, suspensão de direitos etc.)[626].

---

[622] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Extraordinário n. 201819*, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp >. Acesso em: 28 jun 2007.

[623] AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo. *Código Civil Comentado*. V. I. Álvaro Villaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2007, p. 147-148; AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5 ed. São Paulo: Renovar, 2007, p. 290; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 257.

[624] VENOSA, op. cit., loc cit.

[625] Álvaro Villaça de Azevedo e Gustavo Nicolau asseveram que toda a segurança que o legislador tentou conferir ao associado para que não seja punido injustamente é meramente aparente. Isso porque o procedimento citado transcorrerá no ambiente cerrado da associação, o que dificulta que a decisão dada pela associação seja minimamente independente e "neutra" – imparcial, ressalvamos. Vícios procedimentais ou até materiais (no mérito da decisão) serão comuns e não poderão ser excluídos da apreciação do Judiciário (AZEVEDO, NICOLAU, op. cit., p. 01).

[626] Em acórdão relatado pelo Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula, já em fevereiro de 2007, ratifica-se esse escólio. Observa-se a exigência de um processo devido para a cominação de pena de suspensão – indo além da letra da lei que só se refere às hipóteses de exclusão: "ASSOCIAÇÃO CIVIL - PENALIDADE DE SUSPENSÃO IMPOSTA A SÓCIO - INOBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ANULAÇÃO DA PENALIDADE [...] Mesmo no âmbito das associações civis, devem ser observados todos os princípios e garantias consagrados

No que tange às sociedades em geral – sejam elas simples, empresárias ou cooperativas -, o CC/2002 não foi tão explícito.

No entanto, o art. 44, §2º, CC/2002, dita que: "As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades [...]". Com isso, incide o art. 57, CC/2002, acima comentado e interpretado, da mesma forma, nas relações entre sócio e sociedade. Para a expulsão do sócio ou aplicação de qualquer outra penalidade é necessário o transcurso de um itinerário processual legítimo e equilibrado, atendendo-se às exigências do *due process* formal e material.

No capítulo relativo às sociedades empresárias limitadas, existe, ainda, um dispositivo que merece especial atenção: é o art. 1.085 (*caput* e parágrafo único), CC/2002. Cuida de hipótese de exclusão de sócio minoritário (mediante alteração contratual), por deliberação dos sócios majoritários, impondo, para tanto, determinados requisitos: *i)* a prática de ato grave pelo (s) sócio(s) minoritário(s) que tenha colocado em risco a continuidade da empresa; *ii)* a previsão no estatuto social da possibilidade de exclusão por justa causa; *iii)* existência de deliberação tomada em reunião ou assembléia convocada especialmente para esse fim; *iv)* e, enfim, o mais importante dos requisitos, que a dita deliberação societária de exclusão seja precedida do exercício do contraditório pelo sócio acusado que deve estar ciente da assembléia "em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa"[627].

Condiciona-se, pois, a licitude da exclusão do sócio minoritário à prévia observância do devido processo legal. Trata-se de regra que deve ser aplicada por analogia a todas as outras modalidades de sociedade, em que cabível[628-629].

---

pela Constituição da República, sob pena de violação dos direitos fundamentais dos associados. Uma vez constatada a inobservância do direito à ampla defesa e ao devido processo legal, a anulação da penalidade imposta pelo clube ao sócio é medida que se impõe. Comprovado o dano, a culpa do agente e o nexo causal entre o ato e o dano, devida é a indenização por danos morais, a qual deverá ser arbitrada com prudência para não aviltar a reparação ou, em contrapartida, enriquecer indevidamente o beneficiário. [...]" (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível Nº 1.0707.00.026162-8/001*, da 14 Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula. Belo Horizonte, 14 de fevereito de 2007. Disponível em:<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=707&ano=0&numeroProcesso=26162&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=associado+e+suspens%E3o&tipoMarcacao=>. Acesso em: 30 jul. 2007).

[627] Art. 1.085, parágrafo único, CC/2002: "A exclusão somente poderá ser determinada em reunião ou assembléia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa".

[628] Interessante observar que o dispositivo em questão (art. 1.085, *caput* e parágrafo único) não constava no Anteprojeto do Código Civil, nem em nenhuma versão do Projeto de Lei n. 634 de 1975, malgrado a doutrina e a jurisprudência já fossem uníssonas ao acolher a tese – de exclusão nesses casos e nesses moldes.

Anos mais tarde, em 1997, o Parecer Final do Relator Geral Josaphat Marinho veio incluir o dito dispositivo, para permitir que sócios majoritários excluíssem sócios minoritários que colocassem em risco o regular desenvolvimento das atividades empresariais, tudo isso no intuito de preservar a empresa. E, nessa mesma

Jurisprudencialmente, o acolhimento da tese é antigo.

No Superior Tribunal de Justiça, já na década de 90 (século XX), encontra-se decisão neste sentido. É o caso do acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n. 50543 que sustenta que a exclusão ou despedida do sócio de sociedade comercial depende de causa que a sustente, bem como da oportunidade de prévia defesa[630].

E a tese perdura nos tribunais até dias mais atuais - sobretudo com a dicção do art. 1.085, CC/2002, acima comentado - tal como se vê no seguinte acórdão mineiro, em que fora invalidada a retirada compulsória de sócio minoritário, porquanto não se tenha respeitado seu direito de defesa:

> EXCLUSÃO DE SÓCIO DE SOCIEDADE LIMITADA. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO CONTRATO SOCIAL. INAPLICAÇÃO DO ARTIGO 1085 DO CÓDIGO CIVIL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1030 DO CÓDIGO CIVIL. NECESSIDADE DE PROVA DOS FATOS. Reconhece-se como inadequada a exclusão societária realizada extrajudicialmente sem assinar, ao sócio excluído, o direito de defesa na reunião realizada para tal fim. Posicionando-se os sócios majoritários no sentido da retirada do sócio minoritário, com a dissolução parcial da sociedade, deverá a questão ser dirimida quanto ao modus faciendi em estrita obediência ao CC/2002. Da interpretação literal do artigo 1085 do Código

---

oportunidade, já registrava o parlamentar que o dispositivo também foi pensado para impedir que sócios majoritários decretassem exclusão de sócio minoritário à sua revelia, causando-lhe surpresa (WALD, Arnold. *Comentários ao Código Civil*, V. XIV, Sálvio Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 559 - 560).

[629] Comentando o dispositivo e ratificando a necessidade de garantir o direito de defesa do sócio minoritário, LUCCA, Newton de; MONTEIRO, Rogério; SANTOS, J. A. Penalva; SANTOS, Paulo Penalva. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Parte Geral. V. IX. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 464 -465; WALD , op. cit., p. 574.

Modesto Carvalhosa destaca-se por traçar um autêntico procedimento a ser seguido para que seja legítima a exclusão do sócio, que deve conter: a) sua cientificação regular, por escrito e mediante prova de recebimento, em tempo hábil para defesa; b) oportunidade (e não dever) do sócio comparecer em assembléia e apresentar alegações em sua defesa, para dissuadir a maioria dos sócios da idéia de exclui-lo; c) a possibilidade do sócio participar das discussões acerca da sua exclusão, não lhe sendo permitido, contudo, participar da votação sobre o tema; d) exarada a deliberação de exclusão, o sócio excluído deve ser dela cientificado; e) por fim, deverá ser feita alteração contratual, que independe de assinatura do sócio excluído, a ser arquivada no Registro do Comércio. O autor invoca, implicitamente, o princípio da instrumentalidade das formas – tipicamente processual -, para sustentar que se não ocorrer cientificação regular do sócio (requisito de validade e eficácia da deliberação societária), mas ainda assim ele comparecer em assembléia, deve-se considerar sanada a falta. Mas a sua ausência ou a sua recusa/inércia na apresentação de defesa não configuram revelia, nem conduzem à produção de seus efeitos típicos (confissão ficta), ressalva (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil*. V. 13. Antonio Junqueira de Azevedo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 315-320).

Arnold Wald vai mais além e defende que o ato de exclusão deve ser justo, não podendo ser abusivo – o que se afina com a exigência de respeito ao princípio da razoabilidade (*due process* material). Admite, inclusive, posterior controle do Judiciário do seu mérito (WALD, op. cit., p. 574). Em sentido semelhante, Modesto Carvalhosa, ao defender que, afora a possibilidade de invalidação da deliberação por vício de forma, é possível invalidá-la por vício de fundo (material), por não ser grave o bastante a conduta que deu ensejo à exclusão. Reconhece, outrossim, a possibilidade de controle do mérito do ato (CARVALHOSA, op. cit., p. 316, 320- 321).

[630] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Comercial. *Recurso Especial n. 50543*, da 3.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, 21 de maio de 1996. Disponível em:< http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp >. Acesso em: 28 jun 2007.

> Civil, denota-se a submissão de sua eficácia à previsão contratual acerca da exclusão por justa causa[631].

No contexto das sociedades cooperativas (arts. 982 e 1.093, ambos do CC/2002), os tribunais assumem posicionamento semelhante. Reconhecem que a eliminação legítima do cooperado depende do respeito ao devido processo legal, sob pena de sua reintegração. É o que se extrai de dois julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, abaixo citados, um anterior (1998) e outro posterior (2007) ao CC/2002:

> Cooperativa. Eliminação de associado. Não compete ao Judiciário imiscuir-se em assuntos de mérito das entidades privadas. Isto e certo e deste norte não se afasta o julgamento. Examinada a questão procedimental, verifica-se que não foi atendido o devido processo legal previsto na norma estatutária. Reintegração do associado determinada [...][632].
>
> [...] Dissolução e liquidação de sociedade. Cooperativa. Exclusão de associado remisso. Não-cabimento na espécie. Inobservância do Devido Processo Legal (ART. 5º, LIV, da Constituição), especificado no Novo Código Civil (arts. 1.004 e seu parágrafo único), diante do silêncio da Lei Nº 5.764/71. [...][633].

Também no ano de 2007, o Tribunal Gaúcho, ratificando sua posição, reconheceu o direito a indenização por danos morais a cooperados excluídos em 1989, reintegrados por ordem judicial do STF (em 1996) [634], mas novamente excluídos, logo em seguida – sem o

---

[631] MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível n. 1.0024.03.165804-0/001*, da 9.º Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador José Antônio Braga. Belo Horizonte, 28 de novembro de 2006. Disponível em:< http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=exclus%E3o+e+s%F3cio+minorit%E1rio+e+sociedade+comercial+e+defesa&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=30%2F07%2F2007&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=30%2F07%2F2007&resultPagina=10&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 30 jul 2007.

[632] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível n. 598030336*, da 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Carlos Alberto Bancke. Porto Alegre, 12 de março de 1998. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 jun. 2007.

[633] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Agravo de Instrumento n. 70007066244*, da 6.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, 22 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 jun 2007.

[634] "[...]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

respeito ao contraditório e a ampla defesa. Os desembargadores condenaram a Cooperativa Mista São Luiz a pagar R$ 7 mil como reparação por danos morais para três cooperados retirados do quadro da cooperativa, sob o fundamento de que teriam sido afastados e humilhados perante mais de 100 (cem) associados[635].

No Supremo Tribunal Federal, é o que prevalece desde 1996, como se pôde extrair do acórdão citado acima. E Corte Suprema continua a exigir, com base nos dispositivos constitucionais, que a despedida de cooperado respeite o *due process* formal:

> [...] Cooperativa: exclusão de cooperado: imposição de observância do devido processo legal: precedente (RE 158.215, Marco Aurélio, 2ª T., DJ 7.6.1996). 3. Recurso extraordinário: descabimento: a invocação do artigo 5º, XVIII, da Constituição, relativo à liberdade de criação e à autonomia de funcionamento de associações e cooperativas, não afasta o fundamento do acórdão recorrido referente à inobservância dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, verificada à luz de normas estatutárias [...][636].

Não é diferente o que ocorre no âmbito das relações condominiais. Confira-se.

O condomínio edilício, no ordenamento brasileiro, não é pessoa física ou jurídica. É um ente *sui generis* e despersonalizado[637].

E ao seu regramento, dedicou o Código Civil de 2002 todo um capítulo, cuidando de sua instituição e funcionamento.

Pois bem. Devidamente instituído o condomínio (art. 1.332, CC/2002), sua existência e funcionamento são regidos pela lei, pela convenção de condomínio (art. 1.333, CC/2002) e pelo regimento interno que a integra.

E de acordo com o art. 1.334, IV, CC/2002, a norma convencional (convenção de condomínio) deve dispor necessariamente sobre “as sanções a que estão sujeitos os condôminos ou possuidores”.

---

cooperativa”(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Extraordinário n. 158215*, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 30 jul 2007).

[635] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível n. 70017848672*, da 9.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 14 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 29 jun. 2007.
Informações extraídas de notícia publicada na Revista Consultor Jurídico, 21 fev. 2007. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/53015,1>. Acesso em: 30 jul 2007.

[636] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 34650.1*, da 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 30 jul. 2007.

[637] Perceba-se que o condomínio, ainda que não seja pessoa, tem aptidão para ser sujeito de direito, titularizando situações jurídicas. É um sujeito de direito não personalizado. Assim como existem sujeitos-pessoas, existem os sujeitos não-pessoas - como o condomínio, que sela contratos de trabalho, contratos bancários etc (DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. O juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116-117).

O próprio Código Civil de 2002 trouxe um sistema graduado de sanções para os condôminos infratores: *i)* o condômino inadimplente (art. 1.336, I, CC/2002) fica sujeito a juros moratórios e multa de até 2% (dois por cento) sobre o débito (art. 1.336, §1.o, CC/2002); *ii)* o condômino que não cumprir deveres insertos no art. 1.336, incisos II a IV, fica sujeito à multa convencional não superior ao quíntuplo do valor das contribuições mensais – cabendo à assembléia fixá-la em caso de omissão estatutária (art. 1.336, §2.o; *iii)* o condômino (ou possuidor) que é renitente no descumprimento de seus deveres (legais ou estatutários) fica sujeito à multa legal não superior ao quíntuplo do valor das contribuições mensais, a ser arbitrada pela assembléia, considerando a gravidade da falta e sua reiteração (art. 1.337, CC/2002); *iv)* e se esse renitente comportamento anti-social do condômino gerar incompatibilidade de convivência comum fica sujeito à multa correspondente ao décuplo do valor das contribuições mensais (art. 1.337, parágrafo único, CC/2002).

Perceba-se que todas as sanções previstas em lei são de natureza pecuniária. Controversa é a possibilidade de o estatuto do condomínio prever penalidades de outras naturezas, até mais gravosas, tais como a expulsão do condômino ou a interdição temporária de faculdades de uso e gozo de sua área[638].

---

[638] A redação ampla do art. 1.334, IV, que dá à convenção condominial espaço para regrar as sanções a serem imputadas aos condôminos, parece autorizar a cominação de outros tipos de punição – que serão, em muitos casos, mais eficazes -, desde que respeitado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF), naturalmente. Defendem a imputação de sanções outras, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald. Acham que o legislador foi tímido e infantil ao pensar que "o pagamento de uma multa é capaz de converter um vizinho anti-social em um santo, como se fosse um dízimo fornecido ao condômino para que todos os pecados sejam purgados!!". Entendem que a reiteração de condutas anti-sociais podem dar ensejo à exclusão do condômino – restringindo, tão-só, o direito de uso do bem – ou à interdição temporária de sua posse (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 532). Em sentido similar, VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao Novo Código Civil.* V. XVI. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 462-463; FRANCO, J. Nascimento. *Condomínio.* 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 198-200. João Batista Lopes, a princípio, não admite outras sanções que não as pecuniárias, mas, quanto à possibilidade de expulsá-lo, deixa a reflexão para os tribunais brasileiros, de acordo com o caso concreto (LOPES, João Batista de. *Condomínio.* 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 89-90, 157-158). Lembra serem admissíveis em outros ordenamentos, mas ressalvando que no ordenamento brasileiro sua cominação soa excessiva, razão por que não se vislumbra solução ideal (Assim, LOPES, João Batista. *Comentários ao Código Civil Brasileiro.* V. X. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 161). Excelente julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com base no princípio da dignidade da pessoa humana – contrapondo-o, implicitamente com a autonomia da vontade -, admite penalidades outras que não a multa, desde que não sejam vexatórias e iníquas: "PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - INADIMPLEMENTO - TAXAS CONDOMINIAIS -RESTRIÇÃO DE DIREITOS DO CONDÔMINO - CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO - INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO DE GÁS - LEGALIDADE - PROIBIÇÃO À UTILIZAÇÃO DOS ELEVADORES - IMPOSSIBILIDADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Não há vedação legal à previsão de penalidades na convenção do condomínio - além de multas já expressamente previstas no Código Civil - passíveis de aplicação ao condômino inadimplente. Tratando-se dos gastos com gás e despesas ordinárias do condomínio, é lícita a penalidade prevista na convenção que determina a interrupção do fornecimento ao condômino inadimplente. A restrição ao uso dos elevadores, ainda que prevista no parágrafo em convenção do condomínio, sem dúvida, lança sobre o condômino devedor punição que, além de vexatória, é também iníqua, haja vista impor ao agravado a penalidade, configurada pela utilização das escadarias do edifício como único acesso à unidade condominial de sua propriedade, ferindo,

Mas, independentemente do tipo de sanção que se admita e se comine, a lei nada falou sobre a necessidade de garantir-se o devido processo legal formal e material ao condômino antes de puni-lo.

A doutrina, contudo, não se manteve em silêncio. Inúmeros doutrinadores suprem a lacuna legal, com base na Constituição Federal (art. 5º, incs. LIV e LV), para impor o respeito ao *due process* formal[639].

Ratificando o entendimento doutrinário, encontram-se julgados invalidando punições imputadas a condôminos por desrespeito ao devido processo legal formal[640], bem

---

portanto, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). V.v.: O fato de o condômino ser inadimplente não gera direito ao agravante de adotar medidas restritivas do direito daquele de usar e fruir das partes comuns, inalienáveis e indivisíveis do condomínio. O recorrente goza de ação própria para compelir o agravado a realizar o pagamento das taxas condominiais" (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Agravo de Instrumento n. 1.0024.05.815263-8/001*, da 17.º Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Lucas Pereira. Belo Horizonte, 08 de novembro de 2005. Disponível em:< http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&numeroProcesso=815263&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=puni%E7%E3o+e+cond%F4mino+e+defesa&tipoMarcacao=>. Acesso em: 30 jul. 2007).

Acórdão das Turmas Recursais do Distrito Federal também não admite restrições ao direito de usar e fruir áreas comuns: "É ilegal norma interna de condomínio, votada em assembléia, que limita direitos subjetivos dos próprios condôminos, no que tange à liberdade de utilizar as áreas comuns. O fato de o condômino estar inadimplente não permite que lhe sejam proibidos alguns direitos relevantes para sua existência. A indenização deve atender ao princípio pedagógico da punição, para coibir atos ilegais. Sentença mantida" (BRASÍLIA. Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Constitucional. *Recurso n. 271329*, da 1.º Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Relator: Juiz Esdras Neves. Distrito Federal, 27 de março de 2007. Disponível em:< http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&numeroProcesso=815263&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=puni%E7%E3o+e+cond%F4mino+e+defesa&tipoMarcacao=>. Acesso em: 30 jul. 2007).

[639] Nesse sentido, LOPES, João Batista de. *Condomínio.* 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 194; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 532-533; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado.* 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 809; VENOSA, Silvio Salvo de. *Direito Civil.* Direitos Reais. São Paulo: Atlas, 2001, p. 254-255. Carlos Alberto Dabus Maluf e Márcio Antero Marques entendem ser imprescindível a garantia do direito de defesa, mas criticam aqueles (como Venosa) que sustentam ser necessária a realização de um processo prévio o que seria medida pouco econômica e desnecessária (MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *O Condomínio Edilício no novo Código Civil.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 90-91). Entendendo ser necessária prévia e regular notificação do condômino, para que apresente defesa em prazo razoável, LOPES, João Batista. *Comentários ao Código Civil Brasileiro.* V. X. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 160.

[640]"[...] É nula a imposição de multa deliberada em assembléia geral ordinária que, modificando a convenção, penaliza o condômino que pendura roupa molhada na parte externa do prédio e respinga a roupa no andar inferior, se a matéria não constou da ordem do dia e se o punido não foi comunicado. A lei não pode amparar o arbítrio, concedendo ao sindico um poder discricionário. A Carta Magna no art. 5., inciso LV, assegura a todos os transgressores de qualquer norma legal, o direito de ampla defesa, estabelecendo-se o contraditório, capaz de permitir a solução adequada para o ato inquinado como atentatório `a lei. (DP)" (RIO DE JANEIRO. Direito Civil Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 1991.001.05096*, da Oitava Câmara Cível, Relator: Desembargador Geraldo Batista. Rio de Janeiro, 20 de agosto de 1997. Disponível em: <http://imgdb.tj.rj.gov.br/EasyAPI/EasyAPIClass.ASP?WCI=Viewer&WCE=Tribunal|336019>. Acesso em: 01 ago 2007).

"[...] Se a punição do condômino não foi antecipada de oportunidade para defesa, verossimilhante é a alegação de sua nulidade, o que permite inferir inviável a suspensão dos direitos do condômino em vista do não pagamento da multa. Recurso manifestamente inadmissível, quanto à gratuidade. Recurso provido, no mais, por

como o Enunciado n. 92, do Conselho da Justiça Federal, que expressamente dispõe que: "As sanções do CC 1.337 não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo".

O *due process* material também deve ser observado na fixação da penalidade (seja pecuniária ou não). A decisão de imposição da sanção convencional deve ser proporcional e compatível com as peculiaridades da conduta adotada pelo condômino[641]. Inclusive, na aplicação da multa prevista no art. 1.337, CC/2002, o legislador exige que a assembléia arbitre a pena atentando para a gravidade do ato e sua reiteração – o que são exigências que denotam a intenção de preservar a razoabilidade e comedimento na imposição da sanção.

6.2.4 Processo de formação dos contratos de prestação de serviços médicos

6.2.4.1 Considerações gerais

Para a formação dos contratos de prestação de serviços médicos (tipicamente de consumo), em especial aqueles que impliquem intervenções e tratamentos de saúde invasivos, o principio da boa-fé objetiva impõe uma exigência especial: o respeito ao chamado processo de consentimento informado.

Desde meados do século XX, é assegurado aos pacientes e enfermos o direito de não serem submetidos a procedimentos médicos de risco, senão mediante sua anuência

---

decisão monocrática". (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Agravo de Instrumento n. 70006801948*, da 18.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Pedro Luiz Pozza. Porto Alegre, 01 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 jun. 2007).

"Aplicação de multa a condômino, por comportamento anti-social. - Para a aplicação sucessiva da multa, de que trata o parágrafo único art. 1337 do Código Civil, são necessárias deliberações da assembléia, caso por caso, permitindo a defesa do condômino diante de cada fato a ele imputado" (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Constitucional. *Apelação Cível n. 2007.001.24277*, da 13.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador José de Samuel Marques. Rio de Janeiro, 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/>. Acesso em: 30 jul. 2007).

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, há jurisprudência no sentido de que o síndico também não pode ser punido sem prévio direito ao contraditório e à ampla defesa: "[...]houve desrespeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório (art. 50, LVI, da Const. Fed. 1988), tornando nula a assembléia em que se votou a destituição. A destituição do síndico somente pode ser fundada em atos por ele praticados no exercício da função, o que, no caso presente, não se aplica porque sequer chegou a assumir o múnus. No Estado Democrático de Direito, ainda em tema de relações privadas, somente é cabível a punição ou sanção caso se assegure o caráter dialético do procedimento punitivo. Provimento do recurso." (RIO DE JANEIRO. Direito Civil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 2006.001.19987*, da Sexta Câmara Cível, Relator: Desembargador NAGIB SLAIBI. Rio de Janeiro, 20 de junho de 2006. Disponível em: <http://imgdb.tj.rj.gov.br/EasyAPI/EasyAPIClass.ASP?WCI=Viewer&WCE=Tribunal|3864960>. Acesso em: 01 Ago 2007).

[641] Com ponderação semelhante, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 531.

consciente e informada - trata-se do direito fundamental ao consentimento informado. E sua decisão de assentimento (ou não) deve resultar, sempre, de um processo cooperativo e dialógico, no qual médico e paciente devem trocar informações e dados sobre suas condições de saúde e o tratamento proposto.

É o que será visto.

6.2.4.2 Direito fundamental ao consentimento informado

Após uma intensa investigação, que durou mais de vinte anos, concluíram os doutrinadores pela existência de três princípios fundamentais que dão alicerce à ética biomédica: **a)** o *princípio da justiça* (ou imparcialidade), que impõe a exigência de conferir-se tratamentos substancialmente igualitários nas políticas e intervenções sanitárias, com uma distribuição equânime de riscos e benefícios; **b)** o *princípio da beneficência ou beneficiação*, que implica a obrigação de cumprir o bem terapêutico do paciente, exaltando-se os benefícios e minimizando-se os riscos – princípio este que vem acompanhado do princípio da não-maleficência, que estabelece o dever de não causar dano ao paciente; **c)** e, por fim, o *princípio da autonomia (ou autodeterminação)*, que prescreve a necessidade de deferência às liberdades e escolhas do outro, donde se extrai o direito fundamental do paciente de consentir (ou não) de forma livre e consciente com tratamentos e diagnósticos a que se pretenda submetê-lo.[642-643]

Mas tais máximas não são absolutas. Trata-se de princípios penúltimos ou *prima facie*, isto é, "nenhum destes princípios deve ser tomado em forma absoluta e separado dos outros, mas, segundo a lógica da complexidade, cada princípio deve ser tecido com o outro para evitar antinomias e efeitos não intencionais"[644].

---

[642] A sua origem está na criação, por um Congresso norte-americano, de uma Comissão Nacional encarregada de identificar princípios éticos basilares. Em 1974, os membros da dita comissão já publicavam o *Informe de Belmont* que continha três princípios: i) princípio da autonomia ou respeito às pessoas, suas opiniões e escolhas; ii) princípio da beneficência, que implica a obrigação de não causar dano e de exaltar os benefícios e minimizar os riscos; e iii) princípio da justiça ou imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios.
Os ditos princípios foram tratados na obra de Tom Beauchamp (membro da comissão e utilitarista) e James Childress (kantiano), do ano de 1979, aos quais se acrescentou o princípio da não maleficência. E a todos eles deu-se uma formulação ampla o bastante para que se aplicassem não só à experimentação com seres humanos, como também às práticas clínicas e assistenciais (ATIENZA, Manuel. Juridicficar la bioética. In: VASQUEZ, Rodolfo (comp). *Bioética e derecho. Fundamentos y problemas actuales.*México: ITAM, 1999,).

[643] BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética:* aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução: Nelson Souza Canabarro. Bauru: EDUSC, 1997, p. 197 - 199.

[644] BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética:* aspectos antropológicos, ontológicos e morais. Tradução: Nelson Souza Canabarro. Bauru: EDUSC, 1997, p. 201- 202.

É possível, por exemplo, que o respeito à autonomia entre em choque com o interesse pelo bem do paciente (de preservação de sua saúde e vida) – como nos casos em que o paciente (ou seu responsável legal) opta pela realização (ou não) de um tratamento médico, em detrimento de sua integridade física e moral. Havendo conflito, deve-se ponderá-los e harmonizá-los à luz do caso concreto[645].

Situações deste estilo devem ser resolvidas com base no princípio da proporcionalidade – corolário do devido processo legal -, tal como adiante se verá.

Hodiernamente, no contexto do princípio da autonomia (autodeterminação), fala-se no direito fundamental do paciente de não ter sua integridade física e moral atingida por atos médico-sanitários, sem a garantia do prévio consentimento informado. Os profissionais de saúde têm obrigação legal de prestar informações claras e precisas sobre os tratamentos e diagnósticos propostos, permitindo que o paciente faça escolha livre e consciente. Não basta lhe conferir a possibilidade de optar; é necessário mais, que se lhe assegure que sua opção seja feita com conhecimento pleno dos riscos que o tratamento implica para sua saúde e sua vida[646].

A exigência da concordância esclarecida é direito fundamental de cunho instrumental, por tratar-se de meio apto a assegurar o exercício da autonomia individual do paciente de forma substancial.

Ressalve-se, contudo, que, ao consentir deliberadamente com a intervenção médica, o paciente jamais terá garantia de êxito em seus resultados. Estará arcando, isso sim, com todos os riscos potenciais daí decorrentes. O que realmente importa é que esteja devidamente ciente e informado dos riscos que está assumindo[647-648].

---

[645] "Este modelo tem larga aplicação na prática clínica em todos os países nos quais a bioética se desenvolve, com resultados muito positivos no que se refere ao respeito pela dignidade do pessoa indivíduo. Todavia, vem também legitimar quase toda a prática desejada pelo paciente ou por ele consentida, incluindo a eutanásia ou o aborto, consideradas moralmente mas à luz de outros princípios". (NEVES, Maria do Céu Patrão. A Fundamentação Antropológica da Bioética. *Portal Médico*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>. Acesso em: 05 jul. 2006, p. 06).

[646] "A proteção desta esfera físico-psíquica está sob a tutela do direito geral de personalidade, designadamente a autonomia, a liberdade e a integridade, formas centralizadas de tutela jurídica da personalidade, entre o mais, no respeito pelas opções do paciente, inclusive pela eventualidade de este não aceitar qualquer intervenção médico-medicamentosa". (RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001, p. 25).

[647] CASABONA. Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 130.

[648] Brunello Stanciolli ressalva que "[...] quando o médico age sem atender à autonomia do paciente, arcará sozinho com todo ônus de sua intervenção. Por outro lado, se a autonomia do paciente é respeitada, há uma repartição do ônus do risco entre médico e seu cliente" (STANCIOLI, Brunello. Sobre a estrutura argumentativa do consentimento informado: revisão sistemática, verdade e risco na relação médico-paciente. In: CASABONA,

Nos idos do século XIX, mais precisamente no ano de 1833, encontra-se o primeiro registro histórico do instituto. Trata-se de um contrato entre pesquisador (médico William Beaumont, fundador da fisiologia norte-americana) e pesquisado (Aléxis St. Martin), pelo qual o pesquisado (paciente) autoriza, expressamente, a realização de experimentação que implicava a observação do interior do seu estômago, por meio de uma abertura feita por um tiro acidental[649]. Eis a manifestação mais remota do consentimento informado.

Mas o seu desenvolvimento recrudesceu, de fato, em meados do século XX, como resposta às experiências que vinham sendo realizadas com seres humanos não só nos campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial, como também em solo estadunidense, na fase da guerra fria.

Culminaram, tais experimentos, na consagração normativa do instituto no Código de Nuremberg de 1947 e, outrossim, nas Declarações da Associação Médica Mundial de 1964 e 1975 (Helsinque I e II). Para invadir o corpo e a moral humana – atingindo sua integridade -, passou a ser exigido o prévio assentimento do indivíduo[650-651].

No Brasil, contudo, demorou a ser reconhecido. Só no início da década de 1980 foi objeto de regulamentação ética, com a expedição da Portaria n. 16/81, pela DIMED – Divisão de Vigilância Sanitária de Medicamentos do Ministério da Saúde, que impunha a subscrição pelo paciente (ou responsável) de um termo de conhecimento de perigo, declarando-se ciente dos riscos inerentes ao tratamento médico. Um ano depois, o Conselho Federal de Medicina editava a Resolução n. 1.081/1982 que exigia, também, o consentimento do paciente para as provas necessárias ao diagnóstico e terapêutica[652].

Mas, atualmente, a doutrina brasileira já extrai o brocardo de outros diplomas normativos, partindo da natureza e das características da relação jurídica travada entre médico e paciente, na fase pré-negocial.

Imprescindível, então, identificar as particularidades e nuanças desse vínculo que enlaça o profissional de saúde e o enfermo.

Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 183- 184).

[649] AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 74.

[650] Ibidem, loc cit.

[651] "A normativa no campo nacional de cada país foi precedida de acirrados debates promovidos nos Tribunais, de início, pelo entendimento de ser omissão negligente a não revelação dos perigos inerentes a uma intervenção cirúrgica – Nova Iorque, 1878 – em seguida, como direito ao próprio corpo, a decisão do paciente submeter-se ao procedimento médico – Nova Iorque, 1914.
Esses precedentes podem ser considerados como origens da doutrina desenvolvida na década de 50, sobre o consentimento informado como hoje se conhece". (AGUIAR, op. cit., p. 75).

[652] AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 76. A autora citada elenca, ainda, outras resoluções que passaram a impor o consentimento informado para situações mais específicas.

O paciente, acometido por enfermidade, vai em busca do profissional médico. Identificado problema e fazendo-se necessário um procedimento ou tratamento invasivo, deve o médico desencadear o procedimento de formação do contrato de prestação de serviços médicos, que, em todas as suas fases, deve ser intensamente dialógico, aberto e cooperativo. Deve o médico travar um diálogo esclarecedor com o enfermo expondo todas as circunstâncias envolvidas na doença, os riscos, as técnicas de tratamentos possíveis (diagnósticas, preventivas ou curativas), para que sua decisão final (de aceitação ou não da proposta) seja consciente e deliberada.

O titular do direito ao consentimento informado é o paciente. Em contrapartida, profissionais da área médica têm o dever legal (acessório e instrumental) de prestar esclarecimentos prévios e só agir com anuência ciente do paciente. Sucede que, como evidencia Carlos Casabona:

> [...] não se trata de uma imposição a mais do ordenamento jurídico ou de uma seqüela dessa recente impregnação ´bioética´ de todo médico, como e pretendesse sobrecarregar a lista de obrigações em geral já muito complexa que os médicos têm que satisfazer. Ao contrário, trata-se de uma espécie de contrapartida do paciente, um dos pressupostos para o exercício da sua própria autonomia em um âmbito de sua vida pessoal que, em muitas ocasiões, pode chegar a ser de extraordinária transcendência para ele e seu entorno[653].

Mônica Aguiar pondera que são "médico e paciente devedor e credor recíprocos. É o *expert* devedor do dever de informar, do qual o paciente é credor. A reciprocidade nessa relação impõe, entretanto, seja o médico credor de uma declaração de consentimento, da qual o paciente é devedor"[654]. E mais:

> Somente quando se exaure, em sua inteireza, essa mutualidade, é que se pode afirmar ter havido consentimento informado, que é dever secundário, anexo ou instrumental, consoante já realçado, em face do principal, de realizar a técnica propriamente dita. Ou seja, há uma relação dialógica entre médico e anuente que, ao consentir, deve confirmar o esclarecimento que obteve[655].

João Vaz Rodrigues vai mais além e fala em um direito de o médico obter informações do paciente que "tem por pressuposto o dever de o esclarecer para que este decida colaborar. Entre as conseqüências da falta de colaboração do doente, ou da sua colaboração deficiente, situam-se a impossibilidade de responsabilizar o agente médico por

---

[653] CASABONA. Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 131.
[654] AGUIAR, op. cit., p. 79.
[655] AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 79.

uma actuação técnica incorrecta e a possibilidade de o médico recusar a asistencia ou a práctica de um acto médico”[656]. Assim, o paciente também tem o dever de informar o médico de suas condições físicas e mentais para ser bem informado sobre o tratamento proposto.

Esse liame médico-paciente tem natureza consumerista, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor e todo seu aparato normativo. E o CDC impõe ao fornecedor o dever de informar o consumidor de forma clara e suficiente de todas as circunstâncias que envolvem o serviço médico a ser prestado (arts. 6º, II, 31 e 39, todos do CDC). Só com base em tais dados e informações, o consumidor-paciente poderá decidir pela contratação ou não do tratamento médico, com plena e exata noção das implicações daí decorrentes[657].

Mais do que isso. O princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC/2002), que norteia relações contratuais de uma forma geral, estabelece deveres de conduta anexos, secundários, acessórios de lealdade, informação, cooperação e segurança, que se aplicam, como já visto, também na fase pré-contratual[658]. É o que ratifica Sandra Lima Montenegro:

> Entre essas regras gerais de conduta encontra-se o dever do médico (clínica ou hospital) de agir com lealdade à confiança depositada pelos usuários das técnicas (consumidores) e também à confiança depositada pelo médico (clinica ou hospital) na lealdade do seu cliente (usuários das técnicas). Vê-se o fortalecimento pela boa-fé objetiva do dever de informar para ambas as partes. Médico e paciente devem se ajudar mutuamente na total realização da vontade racional, que deve se manifestar na celebração do consentimento informado[659-660].

Néri Tadeu Câmara Souza traz à tona, ainda, o art. 15, do CC/2002, que prevê que: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica”. Esse dispositivo, decerto, enfatiza a necessidade do assentimento informado[661].

---

[656] RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001, p. 225.

[657] MONTENEGRO, Sandra Lima Alves. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 195.

[658] “Acresça-se que o dever de informar, como secundário que é, decorre da incidência do princípio da boa fé e seu não cumprimento revela quebra da regra de conduzir-se com lealdade, componente do mencionado princípio” (AGUIAR, op. cit., loc cit.).

[659] MONTENEGRO, op. cit., p. 195-196.

[660] Comentando a incidência do dever de informação, inerente à boa-fé objetiva, no processo de formação dos contratos de prestação de serviço médico, MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 606; SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica Filosófica e Direito.* O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 211.

[661] SOUZA, Nery Tadeu Câmara. *Erro médico e consentimento informado.* Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 337, 9 jun. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5311>. Acesso em: 19 ago. 2004.

Por derradeiro, impende mencionar o Código de Ética Médica (Resolução n. 1.246, de 8 de janeiro de 1988, do Conselho Federal de Medicina), em seus artigos 46, 48, 56 e 59, que: i) vedam a realização de qualquer procedimento médico "sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo em iminente perigo de vida" (art. 46); ii) proíbem que o médico exerça sua atividade de forma a "limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre sua pessoa ou bem estar" (art. 48); iii) impõe o respeito ao direito do paciente de resolver livremente sobre a realização de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em iminente perigo de vida (art. 56); iv) vedam que se deixe de informar ao paciente diagnóstico, prognóstico, riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta lhe possa causar dano, quando deverá ser feita ao seu representante legal (art. 58)[662].

Enfim, a prestação dos serviços médicos invasivos, de acordo com sistema normativo brasileiro, só será legítima se respeitada a autodeterminação do paciente de forma substancial. Isso só se dará se as suas decisões forem pautadas em consentimento livre, consciente, informado.

Importa muito mais do que o ato do médico de informar, o teor e a qualidade da informação transmitida e a sua compreensão real pelo paciente, tal como explica Brunello Stancioli:

> Pode-se afirmar que a grande evolução da doutrina do consentimento informado, no século XX, deu-se nos âmbitos do conteúdo e da qualidade da informação fornecida pelos médicos. Procurou-se abandonar a idéia de se fornecerem informações segundo um standard técnico-médico – em que se almejava o consentimento meramente formal do paciente. Agora deve-se buscar o real exercício da autonomia do paciente. Para tanto, ele deve fornecer seu consentimento informado material para intervenções médico-cirúrgicas. Em outras palavras, o agir médico deve ser voltado para o entendimento por parte do paciente[663].

Trata-se de pressuposto inafastável da licitude do ato médico-sanitário.

Sucede que a concordância informada do paciente, que conduz ao aperfeiçoamento da contratação, é o ato final de um ato jurídico complexo, de um processo de natureza particular. É o que se verá.

---

[662] Ibidem.

[663] STANCIOLI, Brunello. Sobre a estrutura argumentativa do consentimento informado: revisão sistemática, verdade e risco na relação médico-paciente. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 178.

6.2.4.3 Sua incidência no processo de formação do contrato de serviços médicos

Há quem diga que o consentimento informado, no contexto médico-sanitário, não se estrutura da mesma forma que um negócio jurídico, nem respeita os mesmos requisitos, mas que, indiscutivelmente, dele toma alguns elementos[664]. Parece, contudo, inegável sua natureza de negócio jurídico unilateral, vez que nada mais é do a aceitação à uma proposta contratual. O consentimento informado do paciente solda-se à proposta médica para formar o contrato de prestação dos serviços médicos. E, da mesma forma, nasce a partir de um processo dialógico e legal[665].

A concordância informada do paciente é ato final de um ato jurídico complexo, um processo pré-negocial, composto por diversas fases (de informação e manifestação), que resultam em manifestação de vontade do paciente (ou seu representante legal) de assentimento, ou não, com a prática médica. O paciente tem direito a este procedimento prévio e dialógico, orientado pela informação e manifestação, para que sofra invasões médicas de risco. É o que afirma, outrossim, Carlos Casabona:

> Também não é correto pensar que o profissional é o sujeito ativo do consentimento informado, ou o único sujeito; ao contrário, este consiste em um processo cuja transcendência jurídica se manifesta nos diversos momentos ou fases desse processo e que culmina com a manifestação ou manifestações sucessivas de vontade do paciente ou das pessoas que o fazem em seu lugar, e representação, quando assim está previsto normativamente. Ou seja, o médico oferece a informação e o paciente a recebe, e a partir dela e de outros fatores pessoais este decide – outorga eu consentimento – se se submete ou não a uma intervenção ou tratamento diagnósticos, curativos ou preventivos[666].

João Vaz Rodrigues, nessa linha de intelecção, assinala:

> Esta necessária obtenção de consentimento, expresso ou tácito, deverá ser sempre resultante de um processo dialógico de recíprocas informações e esclarecimentos que a relação entre o médico e o paciente incorporam, para que este, numa tomada de posição racional, autorize ou tolere àquele o exercício da arte de prevenir, detectar, curar, ou , pelo menos, atenuar as doenças.
> [...]

---

[664] CASABONA. Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 129.

[665] Nas palavras de João Vaz Rodrigues, "A declaração de consentimento para a prática de um acto médico é uma manifestação da vontade do paciente que consubstancia um acto jurídico, inserindo-se na disciplina geral dos negócios jurídicos, em tudo o que não for objecto de regulamentação especial" (RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001, p. 423).

[666] CASABONA. Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 131.

> Esse processo dialógico comporta fases que, não sendo compartimentos estanques, reciprocamente independentes, podem ser representados pelo seguinte encadeamento: informação – esclarecimento – consentimento – intervenção – informação – convalescença – informação ...[667]

Sandra Montenegro bem assevera: "O paciente deverá tomar a sua decisão somente depois de várias etapas de esclarecimento, que possibilitem que a vontade, expressa na decisão tomada, esteja impregnada fundamentalmente de liberdade, autonomia e racionalidade".[668] E mais, defende que, no Brasil, o papel de construção desse procedimento para o caso específico da reprodução assistida deveria ser desempenhado pelo Comitê de Bioética, nos seguintes termos:

> Também precisamos de uma melhor definição do conteúdo do termo de consentimento informado e do seu procedimento ideal. A definição desse procedimento poderia ser realizada pelo Comitê de Bioética; afinal, a exemplo do cuidado dedicado ao procedimento de adoção, pode ser estabelecido, por meio de regras gerais de conduta, padrão mais adequado de colheita do consentimento informado para a reprodução humana assistida[669].

O médico não atende ao seu dever de informar proferindo um discurso estritamente técnico, sucinto e incompreensível para o homem-médio. As informações prestadas pelo responsável médico devem ser qualificadas pela sua pertinência, precisão e clareza. Devem ser adequadas.

Só se devem transmitir para o paciente os dados necessários e relevantes para que ele preste um consentimento livre e consciente, tais como: "características e natureza da intervenção, fins que se perseguem com ela, efeitos imediatos de segura aparição, efeitos colaterais ou secundários prováveis ou possíveis, conseqüências que terá para a forma de vida o paciente, riscos da mesma, possíveis alternativa à intervenção, etc"[670].

---

[667] RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001, p. 26-28.

[668] A autora traz, ainda, preciosa informação de como se dá esse processo de consentimento informado na França: "Na França o consentimento informado é estabelecido por meio de um processo, acompanhado de uma equipe pluridisciplinar do próprio centro que fará a reprodução humana assistida, podendo haver, se necessário, a participação de profissionais do serviço social. Esse ´processo de consentimento´ é feito em etapas, que estimulam a reflexão, a exemplo de como são feitos no Brasil os processos de adoção". (MONTENEGRO, Sandra Lima Alves. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida, cit., p. 196 e 197).

[669] MONTENEGRO, Sandra Lima Alves. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 205.

[670] CASABONA. Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 155.

Informação adequada não é necessariamente completa (exaustiva). Isso não só por ser exigência de difícil (ou impossível) atendimento, como também por ser desnecessária e inútil – podendo, até mesmo, trazer prejuízos psicológicos para o paciente ou levá-lo a tomar decisões contrárias aos seus interesses.

Essas informações devem ser compreensíveis para seu destinatário, prestadas em linguagem acessível (e não técnica), levando-se em consideração o nível intelectual e cultural do paciente, afinal:

> […] não nos podemos esquecer de que a relação entre médico e paciente é desigual, por força do imenso poder que ao primeiro conferem os especiais conhecimentos técnicos que deverá possuir, bem como pela necessidade e pelo entendimento do paciente, normalmente leigo em asuntos médicos, distante da compreensão da doença e dos meandros da cura.
> […] A confiança e a obediencia caracterizavam a postura ideal do paciente, cabendo ao médico, como reacção, a dedicação e a discrição […] Ainda hoje – incluindo, embora mitigada, a obediencia -, são elementos essenciais do acto médico, contudo, com gradação menor e em convivencia com outras necesidades como seja a conexão com o reconhecimento da autonomia do enfermo e a revelação da naturaza, consequências, benefícios, riscos e alternativas relativas à doença e ao tratamento que lhe é proposto[671].

E a prestação de informações nem sempre se resume a um só ato. Não raro trata-se de processo contínuo, em que as informações são fornecidas gradualmente, seja porque o profissional médico a cada dia tem novos dados a transmitir – decorrentes de novos estudos ou da própria evolução da enfermidade do paciente -, seja pela ocorrência de uma sucessão de atos médicos independentes dos anteriores que não eram seguramente previsíveis no início do tratamento e que demandam consentimento superveniente.

Por derradeiro, não é demais ressaltar a existência de exceções ao dever de informação adequada. São elas: a) a renúncia ao direito de informação por parte do paciente – o que, aconselha-se, deve constar por escrito e ser informado aos parentes e pessoas do entorno do renunciante (ressalvados os casos em que a preservação de sua intimidade seja mais relevante); b) as situações em que falta capacidade ao paciente de compreender as informações e tomar uma decisão – quando as informações devem ser transmitidas aos seus familiares e pessoas próximas; c) os casos de urgência em que o paciente esteja inconsciente

---

[671] RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001, p. 227-228.

ou incapacitado para entender e deliberar e seja impossível contatar seus parentes e pessoas de sua convivência[672].

Brunello Stancioli não se limita à prestação de informações por parte do médico. Vai mais além e comenta, ainda, a possibilidade de maior interação e comunicação entre os sujeitos envolvidos neste processo, o qual será marcado pela sua maior cooperatividade e credibilidade – e, certamente, dotado de melhores resultado -, nos seguintes termos:

> O paciente pode questionar as informações fornecidas pelo médico. O processo ´comunicacional´ instaurado entre médico e paciente pode ser meramente informativo – ou seja, as pretensões de validez das informações fornecidas permanecem quase ingenuamente pressupostas. No entanto, a relação médico-paciente ganha corpo e credibilidade quando se instaura, entre os interlocutores, uma real comunicação em que o paciente pode, a qualquer momento, pôr em causa os fundamentos de validez dos argumentos médicos[673].

Nesse processo de formação do contrato de prestação de serviços médicos, além da preocupação com o diálogo, cooperação, informação, deve atentar-se também para o preenchimento de requisitos legais de validade. Avulta, dentre eles, a capacidade do paciente, porquanto subsistam regras peculiares para o caso em comento.

Em sendo o paciente menor de idade, são, de regra, seus pais que deverão outorgar o consentimento. Os pais, titulares do poder familiar, têm o poder de representação legal dos filhos menores não emancipados. Na legislação espanhola, no entanto, esses poderes não são absolutos, "encontram algumas limitações importantes, impostas pela lei, dentro do princípio geral de que os pais, no referido exercício, devem atuar no melhor interesse e no benefício do menor"[674].

João Vaz Rodrigues faz interessante exposição sobre a problemática envolvida na questão:

> E se os pais não estiverem de acordo sobre a intervenção médica proposta para o menor? Faltando o comum acordo pelo qual os pais devem exercer o poder paternal em relação a todos ou a alguns dos assuntos pertinentes à vida do filho, qualquer deles pode, em questões de particular importância, solicitar judicial solução para o impasse […]
> No extremo oposto residem os casos em que a tomada de posições do pai (por exemplo: motivos religiosos) é a de recusar a intervenção suscitada, e proposta pelo médico, atento o estado de saúde do menor […] Actualmente, sobre esta mesma

---

[672] CASABONA. Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 158.
[673] STANCIOLI, Brunello. Sobre a estrutura argumentativa do consentimento informado: revisão sistemática, verdade e risco na relação médico-paciente. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 184.
[674] CASABONA, op. cit., p. 150.

> questão, a LBS parece admitir, como princípio relativo, a relevância do dissentimento dos representantes legais" […]
> Tem sido entendido, quer no âmbito penal, que civil, poder (e dever) o médico intervir sem o consentimento dos pais, ou contra o expresso dissentimento destes, desde que não existam outros motivos, relacionados com a saúde do menor, justificativos da recusa dos pais, ou, não sendo possível, ou sendo arriscado, recorrer judicialmente ao curador de menores, atento ao carácter inadiável da intervenção, que deverá mostrar-se aconselhada para atalhar, evitar ou suavizar uma doença grave ou sofrimento do menor[675].

Existem menores, defendem os doutrinadores, dotados de um dado grau de maturidade que lhes confere a capacidade necessária para compreender as implicações e riscos do tratamento médico proposto, o que os torna aptos a tomar decisões acerca de sua própria vida e saúde. Nestes casos, sua vontade, sua escolha, deve ser levada em consideração. Impende aplicar, aí, a chamada "teoria do menor amadurecido". "De acordo com esse princípio, a importante questão limiar, quando se avalia a capacidade jurídica de qualquer paciente, deve ser a sua capacidade de decisão, e não algum limite arbitrário de idade"[676]. Com essa visão, Carlos Maria Casabona:

> [...] há anos se aceita de forma unânime que deve ser levada em consideração a vontade do menor para se submeter a qualquer tratamento médico quando possui uma capacidade natural de juízo ou suficiente maturidade para compreender a natureza e transcendência do ato ao qual consente e as conseqüências mais relevantes que se derivarão dele; isto implica valorar tanto essa maturidade que o menor alcançou, como sua atitude para compreender o fato concreto, o que dependerá da complexidade e relevância que apresente o mesmo[677].

Inclusive, o artigo 6.o, da Convenção Européia sobre Direitos do Homem e a Biomédica – diploma normativo aceito e incorporado ao ordenamento de diversos países -, já assegura ao menor com certo grau de maturidade o poder de decisão, ao prescrever que: "Deve-se levar em conta a opinião do menor cada vez mais como um fator determinante, em conformidade com sua idade ou grau de maturidade".

Questiona-se, contudo, como deveria ser valorada a maturidade do menor. Quais são a circunstâncias que determinam que já tem um nível de desenvolvimento psicológico,

---

[675] RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001, p. 210-215.

[676] GIMENES, Nilson Roberto da Silva. *O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue.* Salvador: 2005, 145 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, p. 101.

[677] CASABONA. Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 150.

espiritual e social que lhe permita fazer escolhas determinantes para sua integridade física e moral?

Segundo Carlos Casabona, "a princípio, é previsível que normalmente se alcance essa maturidade a partir dos quinze ou dezesseis anos, mas isto não impede que possa suceder antes ou inclusive mais tarde"[678]. Nilson Roberto da Silva Gimenes, baseando-se na distinção entre criança (aqueles com idade de até 12 anos) e adolescente (aqueles que tenham idade entre 12 e 18 anos) prevista no ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como nos seus arts. 1.o, 2.o, 3.o, 7.o, 15 e 16, sustenta que ao menos o adolescente já se pode presumir ter uma formação completa o bastante para ditar os rumos de sua vida e saúde[679]. E mesmo o menor com menos de doze anos não deve ter excluída, aprioristicamente, sua maturidade. É necessário avaliar sua capacidade concretamente. Afinal, "tomar uma decisão automática pela imaturidade do menor só porque ele é criança é considerar que o indivíduo de um ano é igual ao de dez anos"[680].

Sucede que a melhor solução parece ser sempre a casuística. Cabe a uma equipe multidisciplinar, composta por psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e outros avaliar o grau de desenvolvimento e maturidade do menor, sua aptidão para captar e compreender as circunstâncias que envolvem o tratamento médico - com seus possíveis riscos e implicações -, bem como sua capacidade de resolver se aceita ou não a ele sujeitar-se.

No que tange à forma desse negócio jurídico unilateral, algumas anotações.

Não há regra para a forma de emissão da manifestação de vontade. Pode ser verbal ou escrita[681]. Na verdade, a maior parte dos atos médicos se dá a partir de informações e consentimentos verbais - e, até mesmo, tácitos, como se verá[682].

---

[678] CASABONA. Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 150.

[679] GIMENES, Nilson Roberto da Silva. *O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue.* Salvador: 2005, 145 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, p. 109. Traz, ainda, outros argumentos: "A criança e o adolescente também possuem direitos constitucionais e legais no Brasil. A Constituição garantiu o direito ao voto para o jovem maior de 16 anos e menor de 18 anos (art. 14, §1.o, II, c). Nessa idade o indivíduo é apenas relativamente incapaz e pode ser emancipado (art. 4.o, I; art. 5.o, parágrafo único, do Código Civil). Ora, se o jovem nessa idade pode tomar uma decisão tão importante como a de votar em alguém para representá-lo no legislativo ou no governo de sua cidade, seu estado ou seu país, ele também pode decidir o que deve ser feito com seu próprio corpo. Um jovem dessa idade é amadurecido" (GIMENES, op. cit., p. 108).

[680] GIMENES, op. cit., p. 109.

[681] "O consentimento expresso engloba o consentimento oral, que, por sua vez, poderá ser ainda testemunhado e/ou confirmado; e o consentimento contido em documento, por escrito do paciente a par do escrito por testemunho de terceiro e, por fim, do obtido por outros meios de registro, como sirva de exemplo a gravação da imagem e da voz" (RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001, p. 424).

Mas se a intervenção for invasiva do corpo ou mente do paciente, por exemplo, com riscos conhecidos, em geral, as informações e o consentimento dar-se-ão por escrito por ambos os sujeitos (emissor e receptor) – salvo casos de grande urgência.

Para estes casos, vem ocorrendo uma proliferação de confecção de modelos de declarações e protocolos por sociedades científicas e comitês assistenciais hospitalares; são úteis na orientação de profissionais que se vêem nestas situações, mas não os exime de necessidade de adaptá-los às idiossincrasias do paciente *in concreto*. "A documentação das informações não substitui o contacto pessoal, nem mesmo a repetição das informações de que o paciente necessite para ficar esclarecido"[683-684].

Sandra Montenegro comenta a exigência de consentimento informado também no emprego de técnicas de reprodução assistida, no ordenamento brasileiro, por via de documento formal, preconizando que:

> O consentimento informado pode ser visto como um documento formal, previsto como obrigatório pelo Código de Ética Médico e, para a técnica de reprodução humana assistida, tratado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1358/1992. Nesse termo, as partes e o médico registrarão a troca de informações no intuito de esclarecer as características do procedimento médico e tecer os limites desse procedimento, a fim de que haja a emissão de vontade racional do casal anuindo com a técnica adotada[685].

João Vaz Rodrigues sintetiza os requisitos que devem ser preenchidos para que estas declarações formais e escritas sejam regulares, *in verbis*:

> Para estas declarações, com ligeiras variações – até resultantes da especificidade das intervenções em causa -, indica a doutrina, resumidamente, os seguintes requisitos: primeiro, identificação do paciente, e de quem o represente, se for este o caso, bem como da do médico que informa e do que vai intervir, se forem diferentes, e, se as houver, das testemunhas (este primeiro grupo de elementos poderá denominar-se preâmbulo, onde deverá ainda encontrar-se a referência à instituição hospitalar e ao respectivo serviço); de seguida, a indicação sumariada da informação ministrada, riscos, alternativas, efeitos prováveis e resultados pretendidos (este segundo grupo chamar-se-á o corpo da declaração); depois, segue-se a declaração por parte do

---

[682] "O requisito da redução a escrito de informações a prestar ao paciente pode ser estabelecido como princípio para a generalidade das intervenções ou específicamente para algunas, em relação às quais se pretende maior rigor no processo de obtenção do consentimento". (RODRIGUES, op. cit., p. 245).

[683] RODRIGUES, op. cit., p. 247.

[684] "[...] é inútil pretender encobrir com estes documentos a introdução de cláusulas de exoneração de responsabilidade a favor do profissional. Apesar de constar a aquiescência do paciente mediante a sua assinatura, as ditas cláusulas são nulas de pleno direito, pois indubitavelmente o paciente outorga seu consentimento sobre a prática correta, mas não sobre a negligente,e por isto seria razoável pensar que em realidade não consentiu sobre nenhuma classe de isenção de culpa". (CASABONA. Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 160- 161).

[685] MONTENEGRO, Sandra Lima Alves. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 193.

> paciente de que se encontra esclarecido e consente no procedimento proposto, que, em caso de formulário, poderá estar antecedida de um espaço para observações: e, por fim, o fecho tradicional das declarações, contendo a indicação do local, data e assinaturas do paciente (e/ou representantes), médico(s) e testemunhas[686].

O consentimento pode ser, ainda, *tácito* – quando decorre de um silêncio, uma omissão do paciente diante da clara proposta de tratamento do médico – ou *implícito* – quando pode ser inferido das ações do paciente, da sua postura, tal como no caso em que na autorização para a realização de um procedimento médico entende-se estar subentendida a autorização para outro. Mas nem sempre essas manifestações tácitas ou implícitas devem ser tidas por legítimas, tal como expõem Childress e Beauchamp:

> O consentimento deve se referir às ações e inações próprias do indivíduo. Embora muitas vezes pressuponhamos legitimamente que o silêncio de uma pessoa constitui consentimento ou que seu consentimento está implícito em outras declarações ou ações, tais inferências podem não ser suficientemente garantidas.[687]

Questionam, os autores, a legitimidade dessas formas não-expressas de consentimento em casos como a doação de órgãos ou dos exames realizados em instituições hospitalares para detectar-se se o paciente é portador de HIV[688].

6.2.4.4 A aceitação (consentimento) informada (negócio jurídico unilateral) e seu conteúdo.

No momento da decisão do paciente (ou de seu representante legal), não raras vezes estarão em choque direitos fundamentais: de um lado, seu direito à autonomia privada; de outro, o direito à saúde e vida (e a própria máxima da beneficência).

Em outros termos, será que a autodeterminação do paciente – seu direito de livre escolha informada – poderá conduzir a decisões que afetem perniciosamente sua vida e saúde?

Uma situação corrente é a da negativa do integrante do culto "Testemunha do Jeová" a submeter-se à transfusão de sangue. Neste caso, o exercício da autodeterminação por parte do paciente, fundada em seus princípios religiosos, implica renúncia ao seu direito à vida e saúde.

---

[686] RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001, p. 453-454.

[687] BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Médica*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 146- 147.

[688] BEAUCHAMP; CHILDRESS, op. cit., p. 147.

No Brasil, ante a freqüência com que a situação ocorria, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 1.021/1980, determinando a realização da transfusão em caso de perigo iminente de vida, mesmo havendo recusa do paciente. Dá-se primazia ao direito fundamental à vida e saúde do paciente.

Mas a solução da questão não parece ser tão simples assim. Optando pela intervenção médica forçada, em detrimento da autonomia e escolha do paciente, o profissional de saúde afronta violentamente a liberdade religiosa que lhe é constitucionalmente assegurada. Com isso, conduz o paciente a uma sobrevida marcada pela depressão e pela sensação de indignidade e pudor[689].

Em nome da razoabilidade e dos valores fundamentais erigidos pela Constituição Federal, parece acertada a solução que dá primazia à dignidade da pessoa humana e à tutela do melhor interesse do paciente, preservando sua autonomia e seus princípios morais e religiosos[690-691].

Mencione-se, ainda, o caso, ocorrido em agosto de 2000, das irmãs siamesas unidas pelo tronco, que faleceriam se não fossem cirurgicamente separadas. Realizada a cirurgia, Jodie teria chances de sobreviver (com o inevitável falecimento de Mary). Não realizada a cirurgia, ambas fatalmente morreriam. Sucede que a intervenção médica não foi autorizada pelos seus genitores, pois, como católicos convictos, alimentavam a esperança de que naturalmente uma delas sobrevivesse – somente Deus teria legitimidade para deliberar sobre a morte de suas filhas, pregavam[692].

---

[689] "Hoje se discute se o direito à vida deve ser apreciado como bem apartado do direito à dignidade humana, no sentido de que o paciente sobrevivente, quando conhecedor da transfusão realizada contra sua vontade, prostra-se muitas vezes em grave depressão, exatamente por entender haver sido violado um mandamento que lhe era ditado por forças superiores e a cuja obediência não se podia furtar. Ou seja, garantir a autonomia do paciente seria preservar o pluralismo da fé que a liberdade de crença assegura constitucionalmente". (AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética.* Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 80).

[690] MONTENEGRO, Sandra Lima Alves. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 206.

[691] Nesse sentido, Nilson Roberto da Silva Gimenes concluiu que, com base no princípio da autonomia sobre o corpo, "é um ato de violência impor sangue a alguém só porque está inconsciente, pois atenta contra sua dignidade" - embasando-se, para tanto, em extensa casuística de tribunais estrangeiros e nacionais. (GIMENES, Nilson Roberto da Silva. *O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue.* Salvador: 2005, 145 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia , p. 126). Com opinião diversa, Gabriela Lopes Almeida, sustentando que deve prevalecer a intangibilidade do direito à vida, sacrificando-se a liberdade de religião, pois a vida é bem maior e de ordem pública e decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana (ALMEIDA, Gabriela Lopes de. Direito de recusa a tratamento transfusional em face de convicção religiosa como garantia constitucional. In: Cristiano Chaves Farias (org.). *LeiturasComplementares de Direito Civil.* Salvador: Edições Podivm, 2007, p. 168 e 169).

[692] AGUIAR, op. cit., p. 81.

Colidem, aqui, mais uma vez, o direito de escolha e autodeterminação dos pais, responsáveis legais, com o direito à vida (saúde) de Jodie, que inevitavelmente definharia com a opção feita seus pais. Harmonizando-os, a Justiça Britânica entendeu que deveria prevalecer o direito à vida de Jodie, determinando que a cirurgia fosse realizada[693].

Casos como estes, ora narrados, devem ser solucionados com base na ponderação dos valores em jogo – harmonização de direitos fundamentais; com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade[694]. A decisão do paciente (ou seu representante legal) deve ser, em seu conteúdo, razoável e comedida.

---

[693] AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81.

[694] Também assim, Gabriela Lopes de Almeida. Mas a autora já adianta que, não havendo risco de vida e sendo possível o emprego de outras técnicas de tratamento, a vontade do paciente deve prevalecer; já se houver risco de vida, não. (Direito de recusa a tratamento transfusional em face de convicção religiosa como garantia constitucional. In: Cristiano Chaves Farias (org.). *LeiturasComplementares de Direito Civil*. Salvador: Edições Podivm, 2007, p. 165 et seq.).

7 CONCLUSÃO

Com o reconhecimento da autonomia privada pelo ordenamento jurídico, é conferido aos particulares o poder de livremente dispor sobre seus próprios interesses, criando, modificando e extinguindo relações negociais.

A autonomia privada é poder normativo e o negócio é norma. E as normas negociais são ordenamentos jurídicos privados que os particulares instituem para si mesmos. Dentre elas, inserem-se os contratos e as decisões negociais restritivas de direitos (ex.: imposição de sanção convencional), inclusive as arbitrais.

Sucede que aqueles que participaram do processo de produção da norma negocial nem sempre estarão ali em condições paritárias. O desequilíbrio entre as partes do processo negocial o torna campo aberto para a imposição de restrições abusivas aos direitos da parte hipossuficiente. Isso ocorre especialmente no contexto da formação (ex.: constituição de contrato de adesão ou contratos médicos) e do adimplemento restritivo dos negócios jurídicos (ex.: exclusão de associado).

Assim como o poder estatal – legislativo, jurisdicional e administrativo – é limitado pela cláusula do devido processo legal, coibindo-se excessos, abusos e arbitrariedades em face do particular, também o é a autonomia privada, na condição de poder negocial de auto-regramento dos interesses privados.

Todo poder só pode ser exercido dentro das restrições, limites, condicionamentos impostos pela ordem jurídica; só pode atuar por meio de um processo legal, cooperativo e equilibrado, que resulte em um ato normativo substancialmente justo e razoável. Não poderia ser diferente com a autonomia privada.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 20-27, 1995.

ALEXY, Roberto. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Gabriela Lopes de. Direito de recusa a tratamento transfusional em face de convicção religiosa como garantia constitucional. In: Cristiano Chaves Farias (org.). *LeiturasComplementares de Direito Civil.* Salvador: Edições Podivm, 2007, p. 137 - 178.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro* (subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil.* Introdução. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. *Direito Civil.* Introdução. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

_____. A equidade no Código Civil brasileiro. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira César; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197-208.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. *Revista de Direito Privado,* n.27, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 279-292, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil. *Revista Trimestral de Direito Civil,* v.25, Rio de Janeiro: Padma Ltda., 2006, p. 93-118.

ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela.* São Paulo: Malheiros, 2001.

ATIENZA, Manuel. Juridicficar la bioética. In: VASQUEZ, Rodolfo (comp). *Bioética e derecho. Fundamentos y problemas actuales.* México: ITAM, 1999, p. 64-91.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios. 2*. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Projeto de Código Civil – O princípio da Boa Fé nos Contratos. *Revista da Justiça Federal*, n. 09. Disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br/ >. Acesso em: 24 jan 2007.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. NICOLAU, Gustavo. *Código Civil Comentado.* V. I. Álvaro Villaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.* 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In:_____ (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 1-48.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: Luis Roberto Barroso (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 327-378.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Médica*. São Paulo: Loyola, 2002.

BELLINO, Francesco. *Fundamentos da Bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais.* Tradução de Nelson Souza Canabarro. Bauru: EDUSC, 1997.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico.* Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BITAR, Orlando. *Obras Completas de Orlando Bitar.* V. 2. Belém: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1951.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica.* 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2003.

BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.* São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 34650.1*, da 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 30 jul. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Comercial. *Recurso Especial n. 50543*, da 3.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, 21 de maio de 1996. Disponível em:< http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp >. Acesso em: 28 jun 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Extraordinário n. 158215*, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 30 jul 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Extraordinário n. 201819*, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp >. Acesso em: 28 jun 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Sentença Estrangeira, n.3977*, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, 01 de julho de 1988. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp?s1=arbitral&p=2&d=SJUR>. Acesso em: 30 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Extraordinário n. 158215*, da 2.ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 30 de abril de 1996. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 30 jul. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. *Recurso Extraordinário n. 161.243*-6, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 07 de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 31 jul. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. *Habeas Corpus n. 12.547*, da 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Rui Rosado de Aguiar. Brasília, 01 de junho de 2000. Disponível em:<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=12547&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Acesso em: 13 jul 2007.

BRASÍLIA. Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Constitucional. *Recurso n. 271329*, da 1.º Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal. Relator: Juiz Esdras Neves. Distrito Federal, 27 de março de 2007. Disponívelem:<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&numeroProcesso=815263&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=puni%E7%E3o+e+cond%F4mino+e+defesa&tipoMarcacao=>. Acesso em: 30 jul. 2007.

BUENO, Vera Scarpinella. Devido Processo Legal e a Administração Pública no Direito Administrativo Norte-americano. Uma Breve Comparação com o Caso Brasileiro. In: FIGUEIREDO, Lúcia do Valle (coord.). *Devido Processo Legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANARIS, Claus Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Coimbra: Almedina, 2006.

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

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência.* 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários ao Código Civil.* V. 13. Antonio Junqueira de Azevedo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.

CASABONA. Carlos Maria Romeo. O consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos. In: _____; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 128-172.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual.* 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

CLARO, Roberto Del. Devido Processo Legal Substancial? In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.*). Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.* São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil.* V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "Giusto Processo" Civile Nella Dimensione Comparatistica. *Revista de Processo,* n. 108, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações.* 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CRUZ, Rafael Naranjo de La. *Los Limites de los Derechos Fundamentales em las Relaciones entre Particulares:* La Buena Fe. Madrid: Boletín Oficial Del Estado, Centro de Estúdios Políticos y Constiucionales, 2000.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Parte Geral.* V. I. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (ação declaratória de constitucionalidade). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Ações Constitucionais.* Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 319-398.

_____. _____. 2. ed. Salvador: Edições Podivm, 2007.

DIDIER JR, Fredie. *Curso Direito Processual Civil.* V. 1. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.

_____. *Direito Processual Civil.* Salvador: JusPodivm, 2005.

_____ *Pressupostos processuais e condições da ação.* O juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil.* São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro.* V. I. São Paulo: Saraiva, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, Miguel José. *Direitos Fundamentais e Direitos do Homem.* V. I. 3. ed. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil. Teoria Geral.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica: um Modelo Pragmático. In: FERRAZ, Sérgio (coord.). *A norma jurídica.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal:* um estudo comparado. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FILHO, José Abreu. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FILHO, Willis Santiago Guerra. Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. *Revista de Processo*, n. 82, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.* São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

FILHO, José Carlos Moreira da Silva. *Hermenêutica Filosófica e Direito*. O Exemplo Privilegiado da Boa-fé Objetiva Contratual. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de deveres de proteção*. Coimbra: Almedina, 1994.

FRANCO, Fernão Borba. A fórmula do devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 94**,** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANCO, J. Nascimento. *Condomínio*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRITZ, Karina Nunes. A boa fé objetiva e a sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista de Direito Privado*, n. 29 , São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 201-237, 2007.

FURTADO, Paulo. BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei de Arbitragem Comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

GAINO, Itamar. *A simulação nos negócios jurídicos.* São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

GIMENES, Nilson Roberto da Silva. *O direito de objeção de consciência às transfusões de sangue.* Salvador: 2005, 145 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao estudo do direito civil.* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Contratos.* 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro.* V. III. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRAU, Maria Venegas. *Derechos Fundamentales e Derecho Privado*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales S.A., 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____; ARAÚJO, Antonio Carlos Cintra de; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo.* São Paulo: Malheiros, 2004.

GUERREIRO, Camilo Augusto Amadio. Notas elementares sobre a estrutura da relação obrigacional e os deveres anexos de conduta. *Revista de Direito Privado*, n. 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 30-73, 2006.

HUME, David; SMOLLETT, Tobias; FAR, E.; NOLAN, F.H. *The History of England.* Volume I**.** London: J.S. Vitrue & Co, limited City Road and Ivy Lane.

JULIO ESTRADA, Alexei. *La Eficácia de los Derechos Fundamentales entre Particulares.* Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KNAPPEN, M.M. *Constitucional and Legal History of England.* Nova Iorque: Michigan State College, New York, Harcourt, Brace And Company, 1942.

KROETZ, Tarcísio. *Arbitragem.* Conceito de pressupostos de validade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

KRUCHEWSKY, Eugênio. *Teoria Geral dos Contratos Civil.* Salvador: JusPodivm, 2006.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones.* Tomo I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

_____. *Derecho Civil. Parte General.* Jaén: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé contratual. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil.* Recife: Nossa Livraria, 2003.

LEIBAR, Iñaki Esparza. *El principio del processo debido.* Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios contratuais. In: _____; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil.* Recife: Nossa Livraria, 2003.

_____. Transformações gerais do contrato. *Revista Trimestral de Direito Civil,* v. 16, Rio de Janeiro: Padma, p. 103-113, 2003.

LOPES, João Batista de. *Condomínio.* 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado.* V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

LUCCA, Newton de; MONTEIRO, Rogério; SANTOS, J. A. Penalva; SANTOS; Paulo Penalva. *Comentários ao Código Civil Brasileiro. Parte Geral.* V. IX. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial.* Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6>. Acesso em 20 jul 2007.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales.* 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005.

MACHADO, Marcello Lavenère. Formação dos Contratos: Comentários aos artigos 427 a 435 do Código Civil. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de. (coord). *A teoria do contrato e o novo Código Civil.* Recife: Nossa Livraria, 2003.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O Devido Processo Legal e Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Processo*, n. 85, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *O Condomínio Edilício no novo Código Civil.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MANES, Humberto de Mendonça. *Legitimação Negocial*. Premissas Básicas. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo.* V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Frederico do Valle Magalhães**.** O princípio contratual da boa fé. O direito brasileiro e os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais. *Revista Trimestral de Direito Civil,* n. 25, Rio de Janeiro: Padma, p. 53-91, 2006.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo:* Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATA, Antonio Cano. *El Recurso de Amparo* (Doctrina del Tribunal Constitucional). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1983.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano de existência. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria do fato jurídico*. Plano da Validade. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Agravo de Instrumento n. 1.0024.05.815263-8/001*, da 17.º Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Lucas Pereira. Belo Horizonte, 08 de novembro de 2005. Disponível em:< http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=5&numeroProcesso=815263&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=puni%E7%E3o+e+cond%F4mino+e+defesa&tipoMarcacao=>. Acesso em: 30 jul. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível n. 1.0024.03.165804-0/001*, da 9.º Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador José Antônio Braga. Belo Horizonte, 28 de novembro de 2006. Disponível em:< http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=exclus%E3o+e+s%F3cio+minorit%E1rio+e+sociedade+comercial+e+defesa&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=30%2F07%2F2007&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=30%2F07%2F2007&resultPagina=10&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 30 jul 2007

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível Nº 1.0707.00.026162-8/001*, da 14 Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula. Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2007. Disponível em:<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=707&ano=0&numeroProcesso=26162&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=associado+e+suspens%E3o&tipoMarcacao=>. Acesso em: 30 jul. 2007

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível Nº 434.359-1*, da 8.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador José Amâncio. Belo Horizonte, 04 de março de 2005. Disponível em:<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&numeroProcesso=434359&complemento=0&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=associado+e+exclus%E3o&tipoMarcacao=>. Acesso em: 30 jul 2007

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível Nº 2.0000.00.480020-4/000(1*), da 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005.Disponívelem:<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&c

omrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=associado+e+exclus%E3o&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=30%2F07%2F2007&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=30%2F07%2F2007&resultPagina=10&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 30 jul. 2007

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível, n.413.094-5*, da 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: José Affonso da Costa Côrtes. Belo Horizonte, 26 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&numeroProcesso=413094&complemento=0&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=arbitragem+fundamenta%E7%E3o&tipoMarcacao=>. Acesso em: 30 jul. de 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cïvel n. 1.0702.98.020799-8/001(1)*, da 17.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relator: Desembargador Eduardo Marine da Cunha. Belo Horizonte, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0702&ano=98&numeroProcesso=020799&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>. Acesso em: 31 jul. 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus* (Direito Constitucional e Processual Comparado). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I.

_____. *Tratado de Direito Privado.* Tomo II. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Tratado de Direito Privado.* Tomo II. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. _____. Tomo III. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Comentários à Constituição de 1946.* V. I. Rio de Janeiro: Distribuidora Livraria Bonffoni

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTENEGRO, Sandra Lima Alves. Consentimento informado: regras gerais de conduta estabelecidas por meio de comitês de bioética para reprodução humana assistida. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 189-207.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORI, Igor. *A Responsabilidade Pré-contratual pela Quebra dos Deveres Acessórios*: Admissibilidade no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7598&p=6>. Acesso em: 24 jan 2007.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato. Novos Paradigmas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Teoria dos ilícitos civis.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

NETO, Zaiden Geraige; LOPES, João Batista; OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de; TEXEIRA, José Guilherme Braga. *Comentários ao Código Civil Brasileiro.* V. XII. Arruda Alvim e Thereza Alvim (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEVES, Maria do Céu Patrão. A Fundamentação Antropológica da Bioética. *Portal Médico.* Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v4/fundament.html>. Acesso em: 05 jul. 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Direitos Fundamentais.* Trunfos contra a Maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Almir de. *Curso de Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do Contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza Oliveira. Expressões do devido processo legal. *Revista de Processo,* n. 106, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil.* V. I. São Paulo: Saraiva: 2002.

_____ . *Novo Curso de Direito Civil.* V. IV. Tomo I. São Paulo: Saraiva: 2005.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo,* n. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 55 – 67, 2001.

PEIXOTO, Felipe. A responsabilidade civil e a hermenêutica contemporânea: uma nova teoria contratual?. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JR., Eduardo Messias Gonçalves de (coord).*A teoria do contrato e o novo código civil.* Recife: Nossa Livraria, 2003.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* V. I. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Instituições de Direito Civil.* V. III. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 119-192.

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

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito Público*, n. 82, 1987.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. *Cessão da Posição Contratual.* Coimbra: Almedina. 2003.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial.* O rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada.* Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de Queiroz. *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas e sua repercussão no processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

RAÓ, Vicente. *Ato Jurídico.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Constitucional. *Apelação Cível n. 2007.001.24277*, da 13.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador José de Samuel Marques. Rio de Janeiro, 26 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/>. Acesso em: 30 jul. 2007.

RIO DE JANEIRO. Direito Civil Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 1991.001.05096*, da Oitava Câmara Cível, Relator: Desembargador Geraldo Batista. Rio de Janeiro, 20 de agosto de 1997. Disponível em: <http://imgdb.tj.rj.gov.br/EasyAPI/EasyAPIClass.ASP?WCI=Viewer&WCE=Tribunal|336019>. Acesso em: 01 ago 2007.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Agravo de Instrumento, n. 2006.002.27583*, da 2.ª Câmara Cível. Relator: Desembargadora Leila Mariano, Rio de

Janeiro, 04 de abril de 2007. Disponível em:<http://srv7.tj.rj.gov.br/inteiroTeor/abrePDF.do?nomeDir=2006002&nomeArq=27583.0001.01.20070404.296&nomeSubDir=27501.28000&path=webacord2>. Acesso em: 30 jul de 2007.

RIO DE JANEIRO. Direito Civil. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 2006.001.19987*, da Sexta Câmara Cível, Relator: Desembargador NAGIB SLAIBI. Rio de Janeiro, 20 de junho de 2006. Disponível em: <http://imgdb.tj.rj.gov.br/EasyAPI/EasyAPIClass.ASP?WCI=Viewer&WCE=Tribunal|3864960>. Acesso em: 01 Ago 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Agravo de Instrumento n. 70006801948*, da 18.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Pedro Luiz Pozza. Porto Alegre, 01 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 jun. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível n. 70017848672*, da 9.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Iris Helena Medeiros Nogueira. Porto Alegre, 14 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 29 jun. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Agravo de Instrumento n. 70007066244*, da 6.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre, 22 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 jun 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível n. 598030336*, da 5.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Carlos Alberto Bancke. Porto Alegre, 12 de março de 1998. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 jun. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 70005815204*, da 18.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes. Porto Alegre, 16 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 jun. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 70002714095*, da 11.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31 de outubro de 2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 28 jun. 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 70002714095*, da 10.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vesseni de Lima. Porto Alegre, 31 de outubro de 2002.

Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 13 jul 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível Nº 70005815204*, da 18.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes. Porto Alegre, 16 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 13 jul. 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, João Vaz. *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o estudo da manifestação de vontade do paciente). Coimbra: Coimbra, 2001.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral.* V. 1. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Direito Civil.* V. 3. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas Características. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 41-51.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. V. 1. Campinas: Bookseller, 1999.

RUSSO JR., Rômolo. *Responsabilidade pré-contratual.* Salvador: JusPodivm, 2006.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. *Aplicação dos Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares e a Boa-Fé Objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Limites e possibilidades.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *A Constituição Concretizada*. Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 107-164.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Leituras complementares.* Salvador: Jus Podivm, 2005, V. 2.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

_____. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (coord.) *Os Princípios da Constituição de 1988.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 303-332.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio Jurídico.* Nulidades e Medidas Sanatórias. São Paulo: Saraiva, 1981.

SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil.* V. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

SILVA, Agathe E. Schimidt da. Cláusula geral da boa-fé nos contratos de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 146-160, 1996.

SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação como Processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-fé Objetiva*. O Princípio da Boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

SOUZA, Nery Tadeu Câmara. *Erro médico e consentimento informado*. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5311>. Acesso em: 19 ago. 2004.

SPECIALE, Renato. Il "Vorvertrag" nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contrato. In: *Scriti in onore di vezio crisafulli*. Tomo I. Padova: Edizioni Cedam, 1986.

STANCIOLI, Brunello. Sobre a estrutura argumentativa do consentimento informado: revisão sistemática, verdade e risco na relação médico-paciente. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 173-188.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2001.

STOLFI, Giuseppe. *Teoria del negozio giuridico.* Padova: Casa Editrice Dott, Antonio Milani, 1947.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República.* V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Temas de Direito Civil.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo*, n. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Comentários ao Novo Código Civil.* V. III. Tomo II. TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O contrato e sua função social.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUHR, A. Von. *Tratado de Las Obligaciones.* Tomo I. Madrid: Editorial Reus S.A., 1999.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em geral.* V. I. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do Negócio Jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil.* Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Civil*. Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. V. 2. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito Civil.* Direitos Reais. São Paulo: Atlas, 2001.

VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao Novo Código Civil.* V. XVI. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. *Revista Trimestral de Direito Civil,* v. 18, Rio de Janeiro, Padma, p. 03-20, 2004.

VIGORITI, Vicenzo. *Garanzie constituzionali del processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

WALD. Arnold. *Comentários ao Código Civil.* V. XIV. Sálvio Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo,* n. 63, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ZANNONI, Eduardo A. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos.* Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1971.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais.* Salvador: Juspodivm, 2006.

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do Devido Processo Legal às Relações Jurídicas Particulares.* 2007. 230 f. il. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

Autorizo a reprodução [parcial ou total] deste trabalho para fins de comutação bibliográfica.

Salvador, 15 de agosto de 2007.

Paula Sarno Braga