

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

ROSANA MEDEIROS VELUCI GAJARDONI

**APLICAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS AOS
PROCESSOS DECISÓRIOS DE NATUREZA PRIVADA**

FRANCA

2021

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

ROSANA MEDEIROS VELUCI GAJARDONI

**APLICAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS AOS
PROCESSOS DECISÓRIOS DE NATUREZA PRIVADA**

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

Orientadora: Professora Dra. Kelly Cristina Canela

Linha de pesquisa: Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos

Projeto de pesquisa: Políticas públicas e direitos sociais - uma abordagem de direito comparado e de direito internacional

FRANCA

2021

G145a Gajardoni, Rosana Medeiros Veluci
Aplicação das garantias processuais constitucionais aos processos decisórios de natureza privada / Rosana Medeiros Veluci Gajardoni. -- Franca, 2021
225 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientadora: Kelly Cristina Canela

1. Devido processo legal. 2. Garantias constitucionais. 3. Relações privadas. 4. Processos decisórios. I. Título.

ROSANA MEDEIROS VELUCI GAJARDONI

**APLICAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS AOS
PROCESSOS DECISÓRIOS DE NATUREZA PRIVADA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Linha de pesquisa: Cidadania Social e Econômica e Sistemas Normativos.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Prof.ª Dr.ª Kelly Cristina Canela

Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2021.

Ao Fernando, com todo meu amor.

AGRADECIMENTOS

Meu maior agradecimento e homenagem é à saudosa professora Yvete Flávio da Costa que, com seu jeito carinhoso e acolhedor, aprovou meu projeto de pesquisa do mestrado e me aceitou como orientanda.

Em segundo lugar, agradeço a minha orientadora Professora Kelly Cristina Canela, que mesmo antes de me acolher como orientanda, me concedeu a oportunidade de realizar o Estágio Supervisionado em Docência, fato que me fez descobrir a paixão pela docência. Serei eternamente grata por todo o zelo, ajuda e disponibilidade dispensados para o desenvolvimento e realização deste trabalho.

Agradeço a minha mãe Telma, ao meu irmão Wendel e a minha irmã Roberta, que sempre estiveram do meu lado e me estimularam a ingressar no mestrado.

A todos os colegas e amigos da Unesp que fiz nesta jornada.

À Gabriela Giaqueto, pela disponibilidade em sempre ajudar, principalmente na etapa final da realização deste trabalho.

Por fim, mas não menos importante, até porque sem eles minha vida nem teria sentido, agradeço o meu marido Fernando, meu filho Ian e minha filha Maitê, por todo o apoio que me deram durante esses anos de pesquisa, por toda a paciência em me ouvirem nos momentos de incertezas e reflexões. Amo vocês.

GAJARDONI, Rosana Medeiros Veluci. **Aplicação das garantias processuais constitucionais aos processos decisórios de natureza privada**. 2021. 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2021.

RESUMO

A positivação das garantias constitucionais do processo representa um enorme avanço na disciplina do direito processual (civil, penal e trabalhista), especialmente com o advento da Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil de 2015), que, logo em seu art. 1º, estabelece a necessidade de a legislação processual ser interpretada de acordo com os valores constitucionais. Se, por um lado, não resta mais dúvida alguma na atualidade da aplicação destas garantias ao processo decisório estatal – jurisdicional e não jurisdicional (administrativo) –, por outro, ainda se debate a possibilidade de extensão delas para o âmbito privado, isto é, para as relações jurídicas de natureza não estatal (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Em outros termos, as garantias do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da fundamentação das decisões, do juiz natural, entre tantas outras, seriam aplicáveis aos processos decisórios de natureza privada, tais como os havidos em associações, condomínios, cooperativas, sociedades empresárias, entre outras? As pessoas jurídicas privadas estariam obrigadas, pela Carta Constitucional brasileira, a respeitar o feixe de garantias constitucionais e sociais do processo nos seus processos decisórios, em especial naqueles em que alcançam seus sócios/associados/cooperados, bem como em relação a terceiros? Em caso positivo, para todas estas relações ou apenas para as de natureza sancionatória? A pesquisa proposta objetiva exatamente investigar tais proposições e levantar, através da metodologia bibliográfica dedutiva, à luz da doutrina (nacional e internacional) e jurisprudência, em que medida há entre nós a garantia constitucional do devido processo legal nos processos decisórios de natureza privada; sua extensão à luz do princípio da autonomia da vontade; suas aplicações práticas e seus limites.

Palavras-chave: Devido processo legal. Garantias constitucionais. Relações privadas. Processos decisórios.

GAJARDONI, Rosana Medeiros Veluci. **The application of constitutional procedural guarantees to decision-making processes of a private nature**. 2021. 225 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2021.

ABSTRACT

The affirmation of the constitutional guarantees of the process represents a huge advance in the discipline of procedural law (civil, criminal, and labor), especially with the enactment of Law 13.105/2015 (Civil Procedure Code of 2015), which, right in its 1st article, establishes the need for procedural legislation to be interpreted in accordance with constitutional values. If, in one side, there is no longer any doubt in the current application of these guarantees to the state decision-making process - jurisdictional and non-jurisdictional (administrative), in the other side, the possibility of extending them to the private sphere is still debated, that is, for legal relationships of a non-state nature (horizontal effectiveness of fundamental rights). In other words, would the guarantees of due process of law, of adversarial proceedings, of ample defense, of publicity, of decision reasoning, of the natural judge, among many others, apply to decision-making processes of a private nature, such as those taking place in associations, condominiums, cooperatives, business companies, among others? Would private legal entities be obliged, by the Brazilian Constitutional Charter, to respect the bundle of constitutional and social guarantees of the process in their decision-making processes, especially those in which they reach their partners/associates/cooperates, as well as in relation to third parties? If so, for all these relationships or just for those of a sanctioning nature? The proposed research aims to exactly investigate such propositions, and to raise through deductive bibliographic methodology in the light of the doctrine (national and international) and jurisprudence, to what extent there is among us the constitutional guarantee of the in decision-making processes of a private nature, its extension in light of the principle of autonomy of the will, its practical applications and its limits.

Keywords: Due process of law. Constitutional guarantees. Private relationships. Decision-making processes.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO	14
2.1	Devido processo legal	16
2.1.1	Notícia histórica	16
2.1.1.1	<i>O berço – Inglaterra</i>	16
2.1.1.2	<i>O desenvolvimento - Direito norte-americano</i>	24
2.1.1.3	<i>Síntese parcial</i>	27
2.1.2	Conceito, conteúdo e dimensões do Devido Processo Legal: Devido Processo Legal Substantivo (<i>substantive due process of law</i>) e Devido Processo Legal Processual (<i>procedural due process of law</i>)	27
2.1.2.1	<i>Devido processo legal no Brasil</i>	35
2.2	Os corolários do devido processo legal	41
2.2.1	Contraditório e ampla defesa	41
2.2.2	Isonomia ou igualdade processual	44
2.2.3	Juiz natural	46
2.2.4	Imparcialidade do julgador	47
2.2.5	Fundamentação dos pronunciamentos decisórios	49
2.2.6	Publicidade	51
2.2.7	Vedação à prova ilícita	53
3	APLICAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL AOS PROCESSOS DECISÓRIOS DE NATUREZA ESTATAL	56
3.1	Processo jurisdicional estatal	56
3.1.1	O devido processo legal como centro gravitacional do processo jurisdicional estatal	56
3.1.2	A súmula 636 do STF e o controle de constitucionalidade da violação do devido processo legal nos processos jurisdicionais estatais	61
3.1.3	A incidência concreta do devido processo legal nos processos decisórios judiciais no Brasil	64
3.1.3.1	<i>Contraditório e ampla defesa</i>	64
3.1.3.2	<i>Publicidade</i>	67
3.1.3.3	<i>Isonomia</i>	67

3.1.3.4	<i>Juiz natural e imparcialidade</i>	69
3.1.3.5	<i>Fundamentação (motivação)</i>	72
3.1.3.6	<i>Vedação ao uso da prova ilícita</i>	73
3.1.4	Síntese parcial	74
3.2	Processos decisórios administrativos	75
3.2.1	A evolução do devido processo legal nos processos administrativos	75
3.2.2	A incidência concreta do devido processo legal nos processos administrativos no Brasil	83
3.2.2.1	<i>Contraditório e ampla defesa</i>	83
3.2.2.2	<i>Publicidade</i>	88
3.2.2.3	<i>Isonomia</i>	90
3.2.2.4	<i>Juiz natural e imparcialidade</i>	92
3.2.2.5	<i>Fundamentação (motivação)</i>	98
3.2.2.6	<i>Vedação à prova ilícita</i>	100
3.2.3	Síntese parcial	102
4	EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EXTENSÃO ÀS RELAÇÕES PRIVADAS	104
4.1	Direitos fundamentais como limite à autonomia privada	104
4.2	As principais teorias existentes sobre o tema	116
4.2.1	Teoria do “ <i>State Action</i> ”	118
4.3.2	Teoria de Schwabe	121
4.2.3	Teoria da eficácia mediata ou indireta	123
4.2.4	Teoria da eficácia imediata ou direta	126
4.3	Teoria adotada no Brasil	131
5	APLICAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL AOS PROCESSOS DECISÓRIOS DE NATUREZA PRIVADA	134
5.1	Processos arbitrais (Lei 9.307/96)	137
5.1.1	A regra do art. 21, § 2º, da Lei 9.307/97	140
5.1.2	Anulação da sentença arbitral por violação do conteúdo mínimo do processo constitucional	145
5.1.3	Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça e hipóteses de denegação	146
5.2	Na mediação/conciliação privadas	154

5.3	No âmbito das associações, sociedades e condomínios	158
5.3.1	Associações.....	159
5.3.2	Sociedades empresárias	165
5.3.3	Condomínio	170
5.3.4	Mitigação do princípio da igualdade no processo de (in)admissão de membros	173
5.4	No âmbito dos processos decisórios na relação de emprego	176
5.4.1	E-mail corporativo e provas ilícitas.....	183
5.5	No âmbito das concorrências públicas organizadas por entes privados	185
5.5.1	Ofertas públicas de empregos em entidades privadas	187
5.5.2	Negativa de contratação de prestador de serviço por aplicativos de transporte/entrega (o caso UBER).....	189
5.6	Nas redes sociais e afins.....	195
5.6.1	O impacto da rede mundial de computadores nos direitos da personalidade	195
5.6.2	A Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet	196
5.6.3	A Medida Provisória 1.068/2021.....	201
6	CONCLUSÃO.....	205
	REFERÊNCIAS.....	209

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se com o presente trabalho analisar a aplicação das garantias constitucionais processuais aos processos decisórios de natureza privada. A potencialização dos direitos fundamentais, que amplia os horizontes sobre o que, ordinariamente, tem-se entendido por devido processo legal, desvincula-os dos processos decisórios de natureza pública, aplicando-os, também, às relações jurídicas de natureza privada.

O primeiro passo para essa análise é traçar uma breve exposição sobre a origem e a evolução do devido processo legal, desde a sua concepção na Magna Carta de 1215, outorgada pelo Rei João Sem Terra, quando era tratada como garantia dos direitos dos barões feudais anglo-saxões; passando pelo seu desenvolvimento no direito norte-americano (onde alcançou o clímax); até a sua previsão no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal Brasileira de 1988, como direito fundamental de todo cidadão.

Disso se cuida, no capítulo 2 do trabalho, que ainda trata da dimensão processual e substancial do devido processo legal e, também, dos princípios que representam o seu contorno prático: contraditório e ampla defesa, igualdade das partes, juiz natural, imparcialidade, publicidade e vedação à prova ilícita.

Para alcançar o objetivo proposto, no capítulo 3, é analisada a aplicação das garantias processuais constitucionais aos processos decisórios de natureza estatal, jurisdicional e administrativa, inclusive com o exame da incidência prática desses princípios na jurisprudência.

O capítulo 4 adentra na análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, estabelecendo que os direitos fundamentais – o devido processo legal, inclusive – são limites à autonomia privada.

Neste momento do trabalho, o objetivo foi mostrar como o declínio do liberalismo, que tinha na autonomia privada como verdadeiro dogma, contribuiu para se vislumbrar a aplicação dos direitos fundamentais como proteção não só dos indivíduos contra o Estado, mas também nas relações travadas entre particulares, principalmente com a consagração de princípios constitucionais, como o da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, que fizeram com que a vontade dos indivíduos também sofresse algumas limitações.

Com a evolução da sociedade, foram surgindo novos centros de poder. A perspectiva da aplicação dos direitos fundamentais – inicialmente formatada, apenas, para as relações entre indivíduo e Estado –, ganhou novos contornos.

Posteriormente, investiga-se a controvérsia existente sobre como, e em que medida, aplicam-se os direitos fundamentais nas relações privadas, analisando-se as principais teorias

existentes a respeito do tema (*State Action*, Schwabe, aplicação indireta e aplicação direta). Providência necessária para que se pudesse indicar qual delas tem maior aceitação na doutrina e jurisprudência brasileiras.

Por derradeiro, no capítulo 5, passa-se à análise da aplicação do devido processo legal nos principais processos decisórios de natureza privada.

Busca-se demonstrar que a observância do devido processo legal, nos processos decisórios de natureza privada, com as adaptações necessárias, condiz com a tendência da desjudicialização dos conflitos, alicerçada, também, na construção de um modelo de Justiça Multiportas.

O tema foi tratado no contexto do processo arbitral; nas mediações e conciliações de natureza privada; nos processos decisórios no âmbito das associações, sociedades empresárias e condomínios (aplicação de penalidades, aceitação de novos membros, etc.); nas relações de emprego (admissão e demissão); no âmbito das concorrências públicas organizadas por entidades privadas (processos seletivos para vagas de institutos particulares de ensino, contratação e desligamentos de motoristas de aplicativos, etc.); e, por fim, no âmbito das redes sociais e afins (remoção/exclusão de conteúdos e perfis de usuários).

Em cada um dos processos decisórios de natureza privada analisados, buscou-se investigar como o devido processo legal e seus corolários podem ser aplicados, sem significar total aniquilamento da autonomia privada. Mesmo porque, em muitos deles, já há previsão legal determinando a observância de pelo menos alguns desses princípios.

Nos processos arbitrais, a Lei de Arbitragem (LA) prevê, expressamente, a incidência de dados direitos e garantias fundamentais do processo constitucional (art. 21, § 1º, da Lei 9.307/95). A não observância desses princípios pode acarretar a anulação da sentença arbitral, além de ser causa denegatória de homologação de sentença arbitral estrangeira (art. 39, II, da LA).

Na mediação e conciliação privadas, também há previsão legal de incidência de algumas garantias processuais constitucionais. Mesmo que não houvesse, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais justificaria essa incidência.

No âmbito das associações, sociedades e condomínios, a análise é feita não apenas nos processos decisórios de expulsão de associados, mas também na admissão de associados, sócios e condôminos. Evidentemente, feitas as devidas adaptações à luz da proporcionalidade e razoabilidade, tudo a fim de se privilegiar, também, a autonomia privada e a liberdade de contratar.

Nas relações de emprego, a necessidade de observância dos corolários do devido processo legal nos processos decisórios, tanto nos de cunho disciplinar, quanto nos pleitos em que se busca extensão de vantagens, não decorre de previsão legal. Não há disposição normativa a respeito da incidência de tais garantias. Doutrina e parte da jurisprudência, contudo, corroboram a necessidade de tal incidência, mesmo porque, na relação de emprego, há enorme desequilíbrio de forças derivada do controle do capital e da subordinação.

Ainda dentro da proposta de analisar a incidência do devido processo legal em alguns processos decisórios de natureza privada, investiga-se a questão da prova ilícita na relação de trabalho. Seria lícito ao empregador fiscalizar o e-mail corporativo do empregado?

Outro aspecto abordado dentro da temática proposta é a concorrência pública realizada por entidades privadas. Concursos promovidos por editoras, canais de televisão e até mesmo bolsa de estudos por instituições de ensino privadas, devem ser pautados pelas garantias constitucionais do processo, como igualdade, imparcialidade (da banca), motivação, etc.

Do mesmo modo, na oferta pública de empregos, bem como na negativa de contratação e no desligamento dos motoristas de aplicativo, incidem as garantias do processo constitucional, que, no caso, são compatibilizadas com a autonomia privada e a liberdade de contratação.

Por fim, faz-se uma breve análise dos impactos que o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) traz na temática das decisões dos provedores de bloqueio e remoção de conteúdos/perfis, tentando equilibrar a neutralidade da rede, os valores derivados da liberdade de expressão, com a proteção da vida privada e da personalidade humana.

A pesquisa jurisprudencial apresentada no curso do trabalho centrou-se, principalmente, nos precedentes dos dois mais importantes Tribunais Superiores brasileiros – o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) –, tendo sido utilizado, para tanto, o sítio de pesquisa de jurisprudência destas Cortes. Não houve corte temporal na análise, tendo sido acessado todo o banco de dados disponível nos referidos sistemas, através do uso do termo de pesquisa (busca na ementa) objeto do item abordado (“processo arbitral”, “processo administrativo”, “associações”, “condomínio”, etc.), acompanhado de outra palavra-chave atinente ao corolário do devido processo legal que se pretendia observar a incidência (“contraditório”, “ampla defesa”, “publicidade”, “prova ilícita”, etc.).¹

¹ Assim, na análise da incidência do devido processo legal nos processos administrativos, lançou-se a palavra chave “processo administrativo” seguida do corolário desejado (juiz natural, imparcialidade, contraditório, etc.). O mesmo foi o que se fez com processo judicial (palavra-chave: “ação”), seguido das mesmas expressões dantes assinaladas (“juiz natural”, “imparcialidade”, “contraditório”, etc.). Procedeu-se assim com todos os demais temas pesquisados, lançando-se o tema central da pesquisa (“marco civil da internet”, “processo arbitral”, “relação de trabalho”, associações, etc.) e os respectivos corolários do devido processo legal cuja incidência era buscada.

Os precedentes citados no curso do trabalho foram eleitos utilizando-se o critério da aderência ao tema da pesquisa, eis que muitos dos resultados retornados não guardavam pertinência com o tema ora investigado. A referência a estes julgados “não selecionados” deixou de ser feita na dissertação, considerando que não é seu objetivo a realização de pesquisa empírica sobre o tema e, ademais, isso representaria estender por mais centenas de páginas o estudo, sem nenhum ganho ao conteúdo do trabalho.

Excepcionalmente, em temas específicos, a pesquisa jurisprudencial avançou sobre julgados de outros Tribunais, sempre utilizando-se a mesma metodologia indicada nos parágrafos anteriores, isto é, o uso do termo de pesquisa (“processo judicial”, “processo arbitral”, “processo administrativo”, etc.), acompanhado de outro atinente ao tema apresentado. É o que ocorreu, por exemplo, na temática dos processos administrativos, em que foram acessados dados do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) para demonstrar a incidência das garantias processuais do devido processo legal antes da CF/1988; bem como no atinente à aplicação de tais garantias às relações de trabalho e na questão da contratação/demissão de motoristas de aplicativos, em que também foram acessados, respectivamente, os sítios do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e dos Tribunais de Justiça do Paraná, Distrito Federal, Rio de Janeiro e São Paulo (em que foi encontrada a maior quantidade de precedentes a respeito do tema).

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO

Desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas), percebe-se um nítido movimento no plano internacional, de reconhecimento, de modo geral, dos direitos humanos, e, de modo particular, das garantias processuais, como direito fundamental do ser humano.

Os arts. VIII e X da Declaração Universal dos Direitos do Homem, respectivamente, preveem que: “Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”, e que “toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres, ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”²

Em 1950, com o advento da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, estabeleceu-se, em seu art. 6º, que:

Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela [...].³

No ano de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (aprovado no Brasil pelo Decreto 592/92) consagrando, no art. 14, que:

Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação e caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.⁴

² DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Nações Unidas** – Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: jul. de 2020.

³ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: jul. de 2020.

⁴ BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Poder Executivo, 06 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: jul. 2020.

Em 1969, foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, aprovado no Brasil pelo Decreto 678/92), que, em seu art. 8º, reproduz as normas que a antecederam, para afirmar que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁵

E, no ano de 2000, concluindo o ciclo de reconhecimento das garantias processuais como direitos fundamentais do ser humano, veio à tona a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual prevê, no art. 47º, que:

Toda pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal. Toda pessoa tem direito a que sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. é concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir efetividade do acesso à justiça.⁶

O reconhecimento internacional das garantias processuais como direito fundamental impactou, profundamente, no âmbito do constitucionalismo moderno. Em maior ou menor escala, a grande maioria dos países do mundo acabou por reconhecer a existência dos direitos processuais fundamentais nas suas Constituições, ora através da positivação das garantias constitucionais do processo⁷, ora através de pronunciamentos pretorianos, afirmando sua implicitude à luz de outras garantias ali previstas (especialmente nos países da *common law*).

Gozam os direitos fundamentais processuais, assim, de duplo espectro protetivo: por um lado, encontram proteção na ordem internacional, por conta da sucessiva previsão normativa em tratados e convenções internacionais; por outro, encontram guarida na ordem interna de diversos países do mundo, que entenderam por disciplinar a temática, expressa ou implicitamente, nas suas cartas constitucionais.

⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em jul. de 2020.

⁶ CONVENÇÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.** Estrasburgo, 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em jul. de 2020.

⁷ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 21-23.

Mas quais são esses direitos fundamentais processuais, de validade universal, a respeito dos quais aqui se discorre, e que encontram previsão em normas nacionais e internacionais?

Na ótica desta monografia, são direitos fundamentais processuais as garantias processuais derivadas do devido processo legal (contraditório, ampla defesa, igualdade, juiz natural, imparcialidade do julgador, publicidade, vedação da prova ilícita), sobre as quais discorreremos a seguir.

2.1 Devido Processo Legal

2.1.1 Notícia Histórica

2.1.1.1 O berço - Inglaterra

O devido processo legal, previsto, expressamente, no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal Brasileira, constitui, hoje, um direito fundamental garantidor da dignidade e liberdade da pessoa humana, essencial à concretização do Estado democrático de direito.⁸

No entanto, essa garantia constitucional fundamental percorreu uma longa trajetória para ter o largo alcance que lhe é atualmente emprestado, como um dos princípios mais caros do Direito, do qual deriva, segundo a visão mais moderna, a própria noção de legalidade.

Concebida apenas como garantia dos direitos dos barões-feudais anglo-saxões da época medieval contra o Rei, em um período em que nem se cogitava da existência de direitos fundamentais, aplica-se, hoje, o devido processo legal não só nas relações entre indivíduo-Poder Público, mas, também, nas relações entre particulares.⁹

⁸ Letícia de Campos Velho Martel explica que: “No Brasil, a cláusula do devido processo legal ganhou guarida constitucional explícita em 1988, com a promulgação da Carta Política que marcou a reabertura democrática do país. A partir da proposta do deputado Vivaldo Barbosa, foi insculpida lado a lado com os direitos e garantias individuais, como um princípio constitucional pertencente ao núcleo de imutabilidade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante CF/88). Tanto a proposta como sua aceitação pela Assembléia Nacional Constituinte responderam a um intenso clamor; havia tempo que os juristas e operadores do direito pugnavam pela inserção explícita da cláusula oriunda do Direito anglo-americano em seara constitucional. Porém, da positivação tardia não se pode inferir a completa ausência do princípio no Direito pátrio. Desde as primeiras décadas do constitucionalismo republicano brasileiro que o devido processo legal já era compreendido como implícito no ordenamento jurídico nacional.” (MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 25).

⁹ De acordo com Sérgio Luís Wetzel Mattos: “[...] o reconhecimento e proteção do direito fundamental ao devido processo legal é o que impede a degradação de qualquer pessoa à condição de mero objeto de procedimentos e decisões estatais, de modo geral, ou de procedimentos e decisões judiciais, de modo particular. É o que, ademais, impede a degradação de qualquer pessoa à condição de mero objeto de relações privadas, como no caso de exclusão de sócio de sociedade comercial, por exemplo. Concluindo, o direito fundamental ao devido processo

O berço do devido processo legal é a Magna Carta de 1215, outorgada pelo Rei João Sem Terra, embora exista quem defenda uma origem mais remota, com raízes no direito natural, inclusive nas obras de Platão e Aristóteles.¹⁰

A conquista da Inglaterra em 1066 pelos normandos¹¹, provenientes da França, teve papel decisivo no desenvolvimento do sistema monárquico e feudalista inglês, contribuindo para o surgimento da cláusula do devido processo legal.

O sistema feudalista instaurado na Inglaterra se diferenciou dos demais países europeus, pois, embora a monarquia fosse forte, eram concedidas “cartas de franquias” aos barões, onde se estabeleciam limites ao monarca e se reverenciava os direitos dos barões - que também exerciam papel relevante nas questões de ordem pública. Assim, mantinha-se a monarquia forte e centralizada e, ao mesmo tempo, evitavam-se rebeliões dos senhores feudais.¹²

Outro ponto interessante e que justificava essas “concessões” da monarquia inglesa aos barões feudais, conforme relata William Stubbs, é que, desde o reinado de Henrique I, todos os Reis tinham acesso à coroa através de um sufrágio - ainda que reduzido a apenas uma pequena parcela dos poderosos senhores feudais - o que garantia o controle do tesouro e da administração do governo à Coroa. Em contrapartida, aos barões feudais eram garantidos certos privilégios.¹³

O príncipe *John de Anjou*, conhecido como João Sem Terra (*lackland*), assumiu a Coroa na festa da Ascensão, no final do século XII, sucedendo seu irmão Ricardo Coração de Leão, no dia 27 de maio de 1199, ocasião na qual ele renovou as promessas de realizar um bom governo.

legal é essencial à dignidade da pessoa humana” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 144).

¹⁰ Maria Rosynete Oliveira Lima cita de J.A.C. Grant e Adhemar Ferreira Maciel, cujos posicionamentos são no sentido da influência do direito natural nas raízes do devido processo legal, “cuja teoria remonta a Platão, Aristóteles, Ésquilo, Sófocles e Eurípedes.” (LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 21).

¹¹ Retrata Paulo Fernando Silveira que “em 1066, os normandos, provenientes da França, invadiram a Inglaterra, tendo à frente das tropas, constituídas de 5 mil cavaleiros e 6 mil soldados, o Duque *William* da Normandia, denominado “O Conquistador”, e puseram abaixo o reinado dos saxões, que findou com *Harold*, Conde de Essex. Não obstante reinar com mão de ferro, *William* e seus barões franceses, bem como seus sucessores, os soberanos *Henry I* e *Henry II*, tiveram de conceder, de vez em quando, cartas de franquias, a fim de evitar rebeliões”. (SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 15-16).

¹² De acordo com Letícia de Campos Velho Martel: “O feudalismo inglês foi sui generis, construído sobre uma estruturação sociopolítica peculiar se comparada a presente na Europa continental. Os elementos diferenciais do feudalismo inglês podem ser agrupados em quatro categorias: a) formação de uma monarquia forte e centralizada, com controle administrativo e fiscal sobre as localidades; b) diminuição do risco de despotismo ilimitado, pela imposição de autolimites ao poder real, na forma de Cartas com promessas de bom governo e respeito aos direitos dos súditos, entre as quais destaca-se a Carta das Liberdades de Henrique I; c) forjamento de um sistema de Direito nacional unificado e distinto do Direito eclesiástico, d) formação de uma classe média habituada à participação nos negócios públicos e ao autogoverno.” (MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3).

¹³ STUBBS, William. *The constitutional history of England*. 5.ed. Oxford: Clarendon Press, v. I, 1891. p. 553.

Em que pese o compromisso assumido, o Rei João Sem Terra mostrou-se um líder tirano e incapaz, cometendo várias arbitrariedades¹⁴, além de exigir tributos elevadíssimos, o que fez com que os barões se revoltassem.

Pontes de Miranda descreve essa revolta:

Os desastres, cinzas e arbitrariedades do novo governo foram tão asseverantes, que a nação, sentido-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e por 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 a Inglaterra. Atuou sobre todas as camadas sociais; postergou regras jurídicas sãs do governo; descuroou dos interesses do reino; e, a atuar sobretudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaçava a energia nacional, que se revoltou.¹⁵

Fato marcante do reinado de João Sem Terra foi sua divergência com o Clero, notadamente após a morte de seu conselheiro, o Arcebispo *Hubert Walter*, ocorrida em julho de 1205. O Rei se recusava a consentir na nomeação de *Stephen Langton* como sucessor do Arcebispo, chegando, inclusive, no ano de 1209, a ser excomungado da Igreja pelo Papa Inocêncio III.¹⁶

Em virtude das advertências do Papa, aliadas ao medo de ver seu reino ser entregue ao Rei Felipe da França, em 1213, o Rei João Sem Terra se rendeu à Roma, ocasião em que jurou lealdade à igreja.¹⁷

Resolvidas as divergências com o Clero, o Rei João Sem Terra passou a lidar com a revolta dos barões, que resistiam, cada vez mais, ao arbítrio real. Após várias tentativas de negociações, em 15 de junho de 1215, em *Runnymede*, o Rei consentiu com o conteúdo da

¹⁴ Letícia de Campos Velho Martel divide as arbitrariedades do rei João Sem Terra em causas mediatas e imediatas da revolta dos barões: “Mediatas: a) João assumiu o trono após uma disputa sucessória, na qual assassinou seu sobrinho e rival. O assassinio rendeu-lhe um foco de resistência no norte da Inglaterra; b) João possuía um mau caráter, que minava seu crédito ante o baronato, os membros da Igreja e o povo; c) João instituiu uma carga tributária excessiva, cobrando impostos indevidos e exageradamente; c) João foi negligente com as guerras, perdendo terras continentais importantes para a economia inglesa; d) A morte do Justiciar Helbert Walter, que era conhecido, respeitado e muito habilidoso ao contornar os problemas advindos do mau caráter e da má administração de João. Causas imediatas: a) a política de João Sem Terra perante a Igreja, que, construída de acordo com seus interesses pessoais, levou-o a romper a aliança com a Igreja e à excomunhão, e, depois, a restabelecer os laços de vassalagem com o Papa. b) a cobrança, durante um período de intensa instabilidade interna, da *scutage*, o dinheiro da espada, de forma excessiva e em descumprimento aos costumes do reino.” (MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 03-04).

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, t. 1. p. 11.

¹⁶ Para informações detalhadas a respeito dessa divergência, conferir: LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 23-26.

¹⁷ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 23.

declaração de direitos que os barões lhe apresentaram, documento que ficou conhecido como “*Articles of the Baron*”.¹⁸

Ocorreu, assim, o selamento da Magna Carta, que foi uma importantíssima declaração de direitos conquistada pela nobreza feudal inglesa frente à Coroa¹⁹, que se comprometeu, conforme relata Paulo Fernando Silveira a “respeitar os direitos, franquias e imunidades que ali foram outorgados, como salvaguarda das liberdades dos insurretos, entre eles a cláusula do devido processo legal (*due process of law*).”²⁰

Maria Rosynete Oliveira Lima aduz que a Magna Carta, além de ser considerada um marco na história do constitucionalismo inglês, é o documento medieval mais importante no “processo de positivação dos direitos humanos”²¹, pois, além de vários outros princípios, também positivou, em seu capítulo 39, o princípio do devido processo legal, pela cláusula *law of the land* (lei da terra), nestes termos:

Nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer outro 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.²²

Registre-se que a Magna Carta foi originalmente redigida em latim²³, com o objetivo claro de fazê-la inacessível pela maioria da população²⁴, pois os barões estavam preocupados,

¹⁸ A respeito dessa revolta dos Barões, conferir: STUBBS, William. *The constitutional history of England*. 5.ed. Oxford: Clarendon Press, v. I, 1891. p. 565-568. SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do Devido Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 97-98. BITAR, Orlando. **Obras Completas de Orlando Bitar**. 2. v. Belém: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1951. p. 267. CHURCHILL, Winston S. O berço da Inglaterra. In: _____. **História dos povos de língua inglesa**. São Paulo: IBRASA, 1960. p 215-ss.

¹⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 5.

²⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 17.

²¹ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 30.

²² MAGNA Carta – 1215. **Biblioteca virtual de Direitos Humanos**, Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>. Acesso em: jul. 2020.

²³ A redação original em latim dispõe: “*Ne corpus liberi hominis capiatur nec impressionetur nec disseisiat nec autlagetur nec exuleter, nec aliquo modo destruat, nec rex eat vel mittat supere um vi, nisi per iudicium parium suorum, vel per legem terrae*”. (LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 30).

²⁴ Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 6-7.

exclusivamente, em defender e garantir seus próprios interesses, riquezas e privilégios, sem nenhum intuito democrático e universalizante em favor de terceiros.²⁵

Prova disso é que a expressão utilizada “nenhum homem livre” era um termo técnico do feudalismo inglês que abrangia apenas os membros da nobreza e do clero.²⁶

De qualquer forma, em que pese seu alcance restrito, essa é a mais relevante garantia conquistada pelos barões feudais, pois, nos dizeres de Carlos Roberto Siqueira Castro:

Assegurava aos homens livres, notadamente aos barões vitoriosos e aos proprietários da terra (*estate holder*) a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, à liberdade e, sobretudo, à propriedade, que só poderiam ser suprimidos através da “lei da terra” (*per legem terrae* ou *law of the land*).²⁷

A expressão originalmente utilizada pelo capítulo 39 da Magna Carta foi *law of the land* (lei da terra) e não *due process of law* (devido processo legal). No entanto, entende-se que essas expressões eram sinônimas²⁸, cuja finalidade era assegurar uma garantia processual aos direitos dos indivíduos²⁹, ainda que limitada ao baronato.

A depender da conjuntura social e política com que a sociedade inglesa vivia, a Magna Carta foi sendo reafirmada com o passar dos anos. No reinado de Henrique III, em 1225, a Magna Carta recebeu oficialmente esse nome.

Apenas no século seguinte, no ano de 1354, durante o reinado de Eduardo III, é que o documento foi reeditado e escrito no idioma inglês. Através do nominado *Statute of*

²⁵ MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4.

²⁶ “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’ foram 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, 1979 apud BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 160).

²⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 7.

²⁸ Ada Pellegrini Grinover aduz: “Até hoje, *law of the land* e *due process of law* são usados como sinônimos.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 25.). No mesmo sentido: SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 19. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 7. MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 7-9.

²⁹ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 31.

Westminster of the Liberties of London, a expressão *per legem terrae* foi substituída por *due process of law*, substituição esta atribuída a um legislador desconhecido do parlamento Inglês.³⁰ Eis seus termos: “*That no man of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought in answer by due process of the law.*”³¹

Diferentemente do que ocorreu quando da outorga da Magna Carta, que consubstanciava apenas um acordo entre o monarca e os barões feudais, a partir desse evento houve um maior alcance das garantias ali previstas, inclusive do devido processo legal. Desde então, independentemente de *status* social, a maior parte dos ingleses só poderia sofrer limitações em seus direitos através de procedimentos e por meio de leis comumente aceitas e confirmadas nos precedentes judiciais consagrados pela *common law*.³²

Além da extensão de alcance, com o passar dos anos, referidas garantias – e, aqui, especificamente, o devido processo legal –, também ganharam diferentes interpretações e significados, pois, além de seu sentido processual (necessidade de citação, oportunidade de defesa), reafirmou o sistema da *common law* no direito inglês.³³

Dois juristas tiveram importância significativa nessa evolução, cada qual em seu tempo.

O primeiro deles foi *Sir Edward Coke* (início do século XVII), cujo pensamento representa a significação do que ainda hoje se conhece como devido processo legal substantivo.³⁴

³⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 7.

³¹ “Nenhum homem de qualquer camada social ou condição, pode ser retirado de sua terra ou propriedade, nem conduzido, nem preso, nem deserdado, nem condenado a morte, sem que isto resulte de um devido processo legal.” (*LIBERTY of subject*. 1354. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/Edw3/28/3>. Acesso em: jul. 2020) (tradução livre).

³² CASTRO, op. cit., p.7.

³³ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 36.

³⁴ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 163.

Sir Edward Coke sustentava a supremacia das leis inglesas em face não só da Coroa, mas também do Parlamento³⁵, sendo a favor da *judicial review*, como demonstrou quando julgou o famoso caso conhecido como *Dr. Bonham's case*.³⁶

Suas ideias influenciaram a elaboração da *Petition of Rights* de 1628, durante o Reinado de Carlos I, que, nos dizeres de Pontes de Miranda: “era um monarca mal aconselhado, que pretendia governar sem leis e sem nobreza”³⁷, o que fez com que a campanha dos povos ingleses recomeçasse, com a velha ambição de liberdade incendiando novamente o ânimo daquele povo.³⁸

A tirania desse Rei e sua desobediência ao devido processo legal³⁹ fizeram com que os parlamentares, inspirados na doutrina de *Sir Edward Coke*, elaborassem o documento que culminou na *Petition of Rights*, reafirmando os direitos já conquistados pelos ingleses desde a outorga da Magna Carta: “Que o homem livre somente pode ser preso ou detido pela lei da terra, ou pelo devido processo legal, e não pela ordem especial do Rei sem qualquer acusação”.⁴⁰

³⁵ Ada Pellegrini Grinover relata que “na tentativa de opor-se aos poderes praticamente ilimitados do soberano, que invocava direitos sobre o Parlamento e contra a autoridade judiciária, COKE sustentou a supremacia da Magna Carta sobre os poderes do Estado, sugerindo a interpretação do art. 39 como garantia de um julgamento previsto na *common law*: a cláusula transformava-se em garantia de um processo “legal”, já no sentido equivalente à idéia moderna. Procedeu, assim, o jurista, à interpretação evolutiva e vivificante da norma, que reconhecia superior, mas ao mesmo tempo necessariamente adaptável à realidade e às exigências da época, quatrocentos anos depois.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 25).

³⁶ O *Dr. Bonham's case* é um caso emblemático, pois sua decisão abalou a supremacia do Parlamento inglês. Segundo relata Carlos Roberto Siqueira Castro, esse caso “referia-se ao exercício regular da profissão de médico, envolvendo a aplicação de multa imposta ao Dr. Bonham pela Academia Real de Medicina (*Royal College of Physicians*), cujo montante em parte revertia diretamente para o órgão de classe competente para cominar a penalidade pecuniária de acordo com seu respectivo estatuto. Este dispunha, em resumo, que ninguém poderia exercer a medicina em Londres sem licença da corporação sob pena de pagamento, a título de multa, de 100 xelins por mês, dos quais metade caberia ao Colégio de Médicos, cabendo a outra fração ao Rei. O não pagamento da penalidade assim lançada importava em prisão do infrator do estatuto profissional. Como magistrado do *King's Bench*, Coke sentenciou a favor do Dr. Bonham e contrariamente ao presidente e aos censores da Academia de Medicina numa ação de *false imprisonment* intentado pelo primeiro, concluindo, de forma tão surpreendente quanto criativa, que a penalidade aplicada era inválida porque a ninguém é dado ser juiz em causa própria.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 15).

³⁷ MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, t. 1, p. 46.

³⁸ *Ibid*, p. 46.

³⁹ A doutrina relata que o caso específico que chamou a atenção do Parlamento inglês foi a prisão de cinco nobres, ordenada pelo monarca, pois se recusavam a pagar um empréstimo compulsório, que ele havia instituído com o objetivo de custear suas guerras. O interessante é que, apesar de terem a seu favor uma decisão de *habeas corpus*, os guardas da prisão se recusaram a libertá-los sob o argumento de que isto contrariava a vontade do Rei. Cf. LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 37. BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2008. p. 163. MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, t. 1, p. 47.

⁴⁰ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 37.

Apesar da genialidade do seu pensamento – que acabou por impactar, um século depois, o direito norte americano (*judicial review*) – os ensinamentos de *Coke* não foram capazes de reverter o quadro reinante em solo inglês, cuja ideia de supremacia do Parlamento ainda é muito forte até os dias atuais. Assim, àquele tempo, a cláusula do devido processo legal não garantia o controle de legalidade dos atos do legislativo, mas apenas limitava a atuação do monarca. Além do mais, suas ideias de independência das Cortes de *common law* em relação à monarquia e o próprio Parlamento acabam sendo desacreditadas e caíram no esquecimento.⁴¹

O segundo jurista importante na ressignificação da garantia do devido processo legal foi *William Blackstone* (no século XVIII). A partir da ideia de *Coke*,⁴² afirmava que alguns direitos individuais estavam acima do Parlamento, dentre eles, o direito à segurança e à liberdade pessoal, além do direito à propriedade privada.⁴³

Contudo, nessa época, já eram asseguradas aos indivíduos várias garantias que reafirmavam a importância do devido processo legal, todas elas previstas no *Habeas Corpus Act* de 1669, no *Bill of Rights* de 1689 e no *Act of Settlement* de 1701.⁴⁴

O *Bill of Rights* foi, assim como a Magna Carta, um documento de extrema relevância para a história do constitucionalismo inglês, que, além de reafirmar a supremacia do Parlamento inglês, revelou um maior alcance das garantias nele previstas, inclusive do devido processo legal.

Nesse sentido, e revelando a diferença de alcance dos dois documentos, Nelson Saldanha assinala:

Os dois grandes estágios históricos da experiência constitucional inglesa se encontram na Magna Carta e na Revolução de 1688. Naquela, o esquema feudal, a limitação do poder monárquico, a afirmação dos direitos num contexto ainda de privilégios: o ‘homem livre’ (*liber homo, free man*) como aquele dotado de qualificação e *status*. Nesta, a generalização burguesa dos direitos, com uma extensão maior para o alcance do conceito das liberdades e uma concepção mais democrática das revelações entre vontade popular e exercício de poder. Com a revolução de 1688, sobretudo através do *Bill of Rights* e do *Act of Settlement*, a Inglaterra revelou ao mundo ocidental o parlamentarismo (tão difícil de ser imitado) e deu o modelo de listas de direitos que estadeiam reivindicações e reestruturam o Estado.⁴⁵

⁴¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 15.

⁴² Sobre as contribuições de *Coke* e *Blackstone*, conferir: VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973. p. 28.

⁴³ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 18.

⁴⁴ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 37.

⁴⁵ SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 48.

Assim, a cláusula do devido processo legal, originalmente prevista apenas como uma tolerância do monarca em favor de uma classe privilegiada, estabeleceu-se em definitivo na Inglaterra. Sua significação e ressignificação através dos tempos passaram a influenciar o ordenamento dos demais países do globo sendo, ainda hoje, um dos princípios mais importantes da ciência jurídica, a ponto de defendermos – como veremos mais adiante – que se trata de uma proteção do indivíduo, não somente em face do Poder Público, mas também nas suas relações particulares.

2.1.1.2 O desenvolvimento - Direito norte-americano

Nos Estados Unidos da América, a influência do direito inglês foi especialmente marcante, como sabido, por conta da colonização havida.

No entanto, apesar do direito norte americano ter recepcionado o direito inglês com a chegada dos colonizadores no século XVII, esse direito, com o passar do tempo, foi ganhando um novo significado, mais condizente com a realidade e com os anseios locais.

Assim, a *common law* dos Estados Unidos ganha um aspecto diferente do que vigorava na Inglaterra. Aqui, as ideias de *Sir Edward Coke*⁴⁶, no sentido da supremacia da *common law* contra o poder absoluto do Rei e do próprio Parlamento, frutificou e fez florescer⁴⁷, inclusive, a ideia de revisão judicial das normas jurídicas.⁴⁸

Na verdade, segundo relata Carlos Roberto Siqueira Castro, a ideologia de *Coke* foi utilizada como uma forma de resistência pelas colônias norte-americanas contra o Parlamento Inglês. Em suas palavras:

Os americanos foram se autoconferindo os mesmos direitos individuais (*fundamental rights*) já consagrados na formação constitucional anglo-saxônica, mas, e ao mesmo tempo, através de um raciocínio lógico-jurídico que prestigiava a revisão judicial dos atos legislativos, desautorizando em seu território as leis baixadas pelo Parlamento inglês que consideravam opressivas e violadoras de suas liberdades fundamentais.⁴⁹

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 26

⁴⁷ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 40.

⁴⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 15.

⁴⁹ *Ibid.* p. 17.

Os ensinamentos de *John Locke*, de índole jusnaturalista, também influenciaram os americanos que, com um ideal libertário, lutaram pela independência das 13 colônias americanas contra a dominação da Inglaterra.

A independência norte-americana foi conquistada em 04 de julho de 1776, ocasião em que as 13 colônias passaram a ser consideradas Estados livres e independentes, adotando, sucessivamente, suas próprias constituições e declarações de direitos.

Assim, a garantia do devido processo legal foi assegurada em várias constituições estaduais, porém, sob a rubrica da originária expressão inglesa *law of the land*, tratando-se de mera garantia processual.⁵⁰

Foi o que ocorreu na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, na Declaração de Delaware, de 1776, na Declaração de Direitos de Maryland, de 1776, na Declaração de Direitos da Carolina do Norte, de 1776, na da Pensylvania de 1776, Declaração de Direitos do Estado de Vermont, de 1777, Constituição de Massachusetts, de 1780.⁵¹

A Constituição americana de 1787, elaborada na Convenção da Filadélfia, não proclamou um *Bill of Rights*, ao contrário do que defendia *Thomas Jefferson*, que, na época, era embaixador dos Estados Unidos na França. Isso só veio a acontecer 4 anos mais tarde, após aprovação da proposta de emendas (10 no total), que *Mason* e *Madison* encaminharam no dia 8 de junho de 1789 para o Congresso e que foram ratificadas em dezembro de 1791.

A cláusula do devido processo legal é, então, consagrada, inclusive com a devida expressão *due process of law*, na 5ª Emenda, com a seguinte redação:

Nenhuma pessoa será levada a responder por crime capital, ou de outro modo infamante, a não ser por declaração sob juramento ou acusação formal de um júri de instrução, exceto em casos surgidos nas forças terrestres ou navais, ou na milícia, quando em serviço em tempo de guerra ou de perigo público; da mesma forma, nenhuma pessoa estará sujeita, pelo mesmo crime, a correr por duas vezes perigo de vida; nem será obrigada, em nenhum caso criminal, a depor contra si mesma, nem será privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem a propriedade privada será desapropriada para uso público sem justa compensação.⁵²

Apesar da importância de sua previsão na 5ª Emenda, relata Maria Rosynete Oliveira Lima que o devido processo legal foi garantido de uma maneira bastante limitada, não sendo

⁵⁰ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 167-168.

⁵¹ Ibid. p. 167-168.

⁵² Tradução obtida no arquivo disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em julho de 2020. Acesso em out. de 2020.

capaz de gerar grandes debates e discussões a respeito de seu alcance e significado durante quase um século.⁵³

Quando terminou a Guerra Civil (1861-1865), e com a abolição da escravidão, o Congresso aprovou mais três Emendas, visando estender os direitos de cidadania e as liberdades civis a todos os indivíduos americanos. A 14ª Emenda, primeira parte, foi, então, assim redigida:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residam. Nenhum Estado editará ou aplicará qualquer lei que prejudique os privilégios e imunidades dos cidadãos americanos; também nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da lei.⁵⁴

Consagrou-se, assim, o princípio do devido processo legal no direito norte americano, que passa, a partir desta emenda, a ter um campo de atuação ampliado, a fim de proteger os indivíduos americanos também em relação às leis e às Constituições dos Estados federados.

Se antes da 14ª Emenda, o devido processo legal era admitido apenas em sua versão procedimental – que, nos dizeres de Paula Sarno Braga, vedava “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”⁵⁵ –, a partir dela, também ganhou força a conotação substantiva do devido processo legal⁵⁶, que possibilitava, ao Poder Judiciário, com base na razoabilidade e oportunidade, decretar a nulidade de leis que violassem indevidamente direitos individuais tutelados constitucionalmente.⁵⁷

⁵³ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 70.

⁵⁴ DELEGADOS DA CONVENÇÃO DE FILADÉLFIA. **A Constituição dos Estados Unidos da América**. Estados Unidos, 1787. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: out. 2020.

⁵⁵ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 169-170.

⁵⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 420.

⁵⁷ Segundo relato histórico de Paulo Fernando Silveira, a primeira vez que o devido processo legal substantivo foi adotado pela Suprema Corte Americana foi na gestão do *Chief Justice Taney* (1837-1864) no julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford*, em 1857. (SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 418). Referentemente a este caso específico, Maria Rosynete Ferreira Lima aduz “que a Suprema Corte julgou inconstitucional o *Missouri Compromise Act*, de 1820, por violar os direitos dos senhores de escravos sem o devido processo legal. Esta decisão foi considerada uma intromissão arbitrária do Tribunal nos poderes do Congresso, além de exacerbar o problema da escravidão no país e favorecer o desprestígio do Tribunal, que passou um largo período sem adotar a cláusula como uma garantia de ordem material.” (LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 72-74).

2.1.1.3 Síntese parcial

Com base nessa breve retrospectiva, percebe-se que, embora originalmente criada para atender privilégios classistas da Inglaterra no período medieval, a garantia do devido processo legal alçou voo, edificou-se, desenvolveu-se (especialmente em solo americano) e se expandiu para o restante do mundo, fazendo surgir, a partir de então, vários (sub)princípios igualmente importantes, como contraditório, ampla defesa, juiz natural, igualdade das partes, dentre outros.

O Brasil teve forte influência do direito norte americano. Apesar disso, a previsão expressa do princípio do devido processo legal, por aqui, só aconteceu na Constituição Federal de 1988, art. 5º, LV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”⁵⁸

2.1.2 Conceito, conteúdo e dimensões do Devido Processo Legal: Devido Processo Legal Substantivo (*substantive due process of law*) e Devido Processo Legal Processual (*procedural due process of law*)

É consenso na doutrina e na jurisprudência que é árdua a tarefa de encontrar um conceito preciso de devido processo legal. Por isso, entende-se que referida garantia adequa-se na categoria dos conceitos jurídicos abertos e indeterminados, que será concretizada e determinada na análise judicial de cada caso concreto, podendo, assim, adaptar-se às novas realidades e valores sociais e históricos.⁵⁹

Eduardo Rodrigues dos Santos traz isso à baila quando afirma:

O conteúdo e abrangência do *due process of law* naturalmente não podem ser limitados, sob pena de se “engessar uma garantia que historicamente sempre esteve aberta a receber novos conteúdos normativos que fossem necessários a construção de um processo justo. Assim, qualquer conceituação,

⁵⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, Poder Legislativo, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jul. 2020.

⁵⁹ Nos Estados Unidos, em 1951, no julgamento do caso *Anti-Facist v. MacGrath*, o *Justice Frankfurter* asseverou que o devido processo legal “ao contrário de algumas normas legais, não é um conceito técnico com um conteúdo fixo não relacionado ao tempo, aos lugares, às circunstâncias. Ele não pode ser aprisionado dentro dos limites incertos de qualquer fórmula.” (TRIBE, 1988 apud LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 182-183). Ainda sobre essa impossibilidade de conceituar precisamente o devido processo legal: “Em virtude de a conceituação da cláusula ser, basicamente filosófica, sob o manto da política, que rege governantes e governados e, ontologicamente, a liberdade humana, apesar dos séculos decorridos, não se conseguiu precisar exatamente sua dimensão jurídica, de tal modo que, presentemente, a verificação da aplicação e observância do devido processo se faz, pelo Judiciário, obviamente, caso a caso.” (SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 239).

apresentação de conteúdo e/ou abrangência do devido processo legal deve ser feita tendo-se em mente que se trata de uma norma jurídica fundamental aberta.⁶⁰

Não é à toa que, mesmo após séculos de sua previsão na Magna Carta de 1215 (*law of the land*), o devido processo legal continua em franca ascensão e prestígio, sendo um dos mais venerados princípios da ciência jurídica.⁶¹

Adhemar Ferreira Maciel, após discorrer sobre esta falta de definição precisa do devido processo legal, elenca alguns precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos, que evidenciam o conceito aberto deste princípio, como, por exemplo, o que foi pronunciado no julgamento de *Twining v New Jersey*, em 1908, *verbis*:

Poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa [...]. Esta Corte se tem sempre declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo.⁶²

Em terras brasileiras, o Ministro Moreira Alves, em voto proferido no julgamento de medida liminar proferida na ADIn n. 223-DF, dá uma perfeita visão dessa abertura conceitual do devido processo legal, bem como de sua característica dinâmica:

Começo pelo princípio constitucional do *due process of law*, oriundo do direito norte-americano, de conceito tão impreciso que o *Justice Felix Frankfurter* chegou a afirmar que a sua essência não admite os limites inseguros de uma conceituação: que os exemplos de sua aplicação e de seus significados em manual jurídico como o *Words and Phrases*, editado em 1940, em Mineápolis, ocupam mais de uma cetena de páginas; e que o verbete respectivo do *Novíssimo Digesto Italiano* não é assinado por jurista italiano ou norte-americano, mas por um “cientista político”. E mais: conceito que tem variado no tempo, perdendo seu significado primitivo (que foi acolhido nos USA por cerca de um século) restrito ao campo dos procedimentos irregulares e iníquos das autoridades executivas e judiciárias especialmente no campo processual penal, para, paulatinamente, passar a permitir que o Poder Judiciário declare, como inconstitucionais – e nos Estados Unidos da América

⁶⁰ DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 131-132.

⁶¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 5.

⁶² Além desse precedente, Adhemar Ferreira Maciel também cita *Holden v Hardy*, de 1898, e *Solesbee v Balkcon*, de 1950. (MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a Constituição Federal de 1988. **Doutrina e Jurisprudência** – Direito Comparado Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, n. 2, p. 89-203, jul./dez. 1998, p. 131-132. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/view/333/295>. Acesso em: set. 2021).

só há esse controle no caso concreto-, leis que se apresentem de tal forma aberrantes da razão que possam ferir, indiretamente, direitos constitucionais.⁶³

San Tiago Dantas, em obra publicada em 1953, também escreveu sobre o tema:

Daí não ser possível aprisioná-lo num conceito teórico, sob pena de se lhe comprometer a elasticidade. Uma definição aproximada há de ser extraída da sucessiva consideração de várias hipóteses, nele incluídas ou dele excluídas pelos pronunciamentos judiciais (processo de inclusão e exclusão).⁶⁴

O consenso existente a respeito da impossibilidade de se conceituar, precisamente, o devido processo legal, não impede, no entanto, que se delineie, ainda que abstratamente, os contornos deste princípio.

O devido processo legal traduz-se no direito a um processo justo, ou seja, no impedimento de que alguém seja privado de sua vida, liberdade ou bens de maneira arbitrária, incluindo-se, aqui, também, a proibição da existência de leis que possam atingir qualquer direito fundamental do cidadão de maneira ilegítima e desarrazoada.⁶⁵

Percebe-se sua raiz jusnaturalista a partir do momento em que, através de sua aplicação, objetiva-se proteger a vida, a liberdade e a propriedade, considerados direitos naturais do indivíduo, segundo obra do iluminista europeu John Locke, e que, conforme Maria Rosynete Oliveira Lima, são bens “indispensáveis à preservação da dignidade da pessoa humana, tida como fundamento de nosso Estado de Direito, e necessária ao desenvolvimento pleno da sociedade.”⁶⁶

No que diz respeito ao seu significado e alcance, no direito norte americano, desenvolveu-se a distinção entre devido processo legal substantivo e devido processo legal processual.⁶⁷

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 223-6/DF**. Relator: Ministro Paulo Brossard, 05 de abril de 1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁶⁴ DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo**: estudos e pareceres I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 28. Disponível em: http://www.santiagodantas.com.br/wp-content/uploads/problemas_de_direito_positivo-ocr.pdf. Acesso em: 29 jun. 2020.

⁶⁵ Para Humberto Theodoro Júnior, “Devido Processo Legal é um processo ordenado segundo a lei.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. **Revista dos Tribunais**, v. 80, n. 665, mar. 1991, p. 15.). Marcelo José Magalhães Bonício, considera supérflua a previsão do devido processo legal na Constituição Federal brasileira, por considerá-lo redundante tendo em vista a existência de outras garantias processuais. (BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 69).

⁶⁶ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 213.

⁶⁷ Segundo relata Luís Roberto Barroso, “o devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição

O conceito de devido processo legal processual não gera controvérsias, pois corresponde aos processos ou procedimentos que o Estado deve obedecer antes de privar alguém da vida, da liberdade ou da propriedade.

Em sua origem, aplicava-se apenas ao processo criminal, defendendo-se um processo penal que fosse justo, com contraditório e a ampla defesa assegurados aos acusados, bem como igualdade das partes e a imparcialidade dos juízes. Requisitos esses cuja falta, conforme aponta Carlos Roberto Siqueira Castro, importava “em verdadeira denegação da justiça, circunstância essa que já era repelida desde a primitiva Magna Carta.”⁶⁸

Entretanto, essa garantia logo se estendeu a todas as relações processuais, de maneira a abranger o processo civil, administrativo, tributário, trabalhista etc., regulamentando, hoje, tanto as relações públicas como as privadas.⁶⁹

As controvérsias surgem a respeito da versão substantiva do devido processo legal⁷⁰, sendo bastante criticada, inclusive, no direito norte americano.

Sérgio Luís Wetzel de Mattos mostra que “a Suprema Corte, a despeito das críticas, consolidou a ideia de *substantive due process* no direito constitucional norte-americano.”⁷¹ Assim como a doutrina e a jurisprudência brasileiras, principalmente após a Constituição Federal de 1988, que incorporaram o princípio do devido processo legal substantivo com expressa referência ao direito constitucional norte-americano.⁷²

O surgimento da versão substantiva do devido processo legal deu-se no final do século XIX, inaugurando uma fase de ascensão dos poderes do Judiciário, que se firmou como poder político e independente. Paralelamente ao *judicial review* (que permitia a análise da

constitucional. (BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 219).

⁶⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 27.

⁶⁹ DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 131.

⁷⁰ No Brasil, Fernão Borba Franco, em artigo publicado na Revista de Processo, não reconhece essa versão substantiva em solo brasileiro: “No Brasil, apenas no sentido processual há referência ao princípio, afirmando-se ser sua manifestação a igualdade das partes, a garantia do *jus actionis*, o respeito ao direito de defesa e o contraditório”. (FRANCO, Fernão Borba. A fórmula do devido processo legal. **Revista de Processo**, n. 94, abr./jun., p. 80-108, 1999. p. 94). Parece também ser esse o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, quando aduz: “Não se trata porém, de distinguir duas realidades ou duas categorias jurídicas. Devido processo legal é apenas um único princípio que liga indissociavelmente o processo às garantias outorgadas pela Constituição, em matéria de tutela jurisdicional.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 49-50).

⁷¹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31.

⁷² Ibid. p. 20. De acordo com o autor, “trata-se de fenômeno conhecido, qual seja, o da *circulação dos modelos jurídicos*, que, modernamente, não consiste senão na *imitação de modelos jurídicos*, malgrado o *sistema imitador* e o *imitado* resultem de experiências históricas e linhas evolutivas muito heterogêneas.”

conformidade da lei com a Constituição), pelo *substantive due process* o Judiciário passa a analisar, também, o conteúdo da lei, de modo a garantir que o ato estatal não viole direitos e liberdades fundamentais sem um interesse público relevante, tendo Luís Roberto Barroso afirmado que:

O desenvolvimento e afirmação do *substantive due process* marcam um impulso de ascensão do Judiciário, provavelmente só comparável ao que se verificara quando da introdução do controle judicial da constitucionalidade das leis, em 1803, com *Marbury vs Madison*. É que através desse fundamento – o devido processo legal – abriu-se um amplo espaço de exame de mérito dos atos do Poder Público, com a redefinição da noção de discricionariedade.⁷³

Assim, o devido processo legal deixa de ser apenas uma garantia processual e passa a ser um verdadeiro *standard* de justiça⁷⁴ ao garantir, ao mesmo tempo, a independência do Poder Judiciário e impedir que atos arbitrários violem liberdades individuais.

Neste sentido, Paulo Fernando Silveira conceitua o devido processo legal substantivo como:

Ferramenta para garantir a independência do Judiciário e, ao mesmo tempo, defender o indivíduo contra a tirania estatal, afere a justiça do conteúdo ou da matéria tratada na lei ou do ato administrativo, a fim de verificar se a sua substância está de acordo com os princípios milenares de decência, lisura, honestidade, que informam o devido processo, como cláusula constitucional garantidora das liberdades civis. Envolve, desse modo, aspectos mais amplos da liberdade, como o direito à privacidade ou a uma educação igualitária. O governo tem que demonstrar uma razão imperativa antes de infringir tais liberdades.⁷⁵

Segundo Luís Roberto Barroso, a versão substantiva do devido processo legal, assim como o princípio da igualdade, é um mecanismo de defesa dos direitos individuais. Através dessa versão, é possível controlar o arbítrio do legislativo e da “discricionariedade

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 220. Sobre esse assunto, Carlos Roberto Siqueira Castro aduz: “Assim é que, antes mesmo do fim do século XIX, teve início a grande série de pronunciamentos judiciais que, a pretexto de se preservar o regime econômico calcado na livre iniciativa, invalidaram os primeiros exemplares da legislação intervencionista do Estado contemporâneo. Inaugurava-se, aí, a era do “*governo dos Juizes*”, com os Tribunais assumindo um papel de censor da vida social, política e econômica da nação. O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase “substantiva” na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata a entrada em cena de Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente “substantivo” no seio das instituições governamentistas.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 45.).

⁷⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 46.

⁷⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 424.

governamental”, pois possibilita a análise da razoabilidade e da racionalidade dos atos do Poder Público.⁷⁶

Sob a ótica evolutiva⁷⁷, a versão substantiva do devido processo legal passa por três fases:

- (a) a fase de seu surgimento, no final do século XIX até a década de 1930;
- (b) a fase de sua decadência, no final da década de 1930;
- (c) seu ressurgimento, na década de 1950.⁷⁸

Conforme explica Luís Roberto Barroso:

Presentemente, a Suprema Corte reassumiu um perfil conservador e o ativismo judicial – isto é, a intervenção dos tribunais no mérito de certas valorações legislativas e administrativas -, que se manifestava destacadamente pelo uso substantivo da cláusula do devido processo legal, vive um momento de refluxo.⁷⁹

Com o julgamento pela Suprema Corte de *Lochner v New York* – 1805, considerado o *leading case* de controle, pelo Judiciário, da legislação de ordem econômica que pudesse restringir ou constringer a liberdade de iniciativa privada⁸⁰ - ocasião na qual se afirmou que uma lei que limitava horário de trabalho dos empregados de uma padaria violava o devido processo legal substantivo –⁸¹, inaugurou-se, no constitucionalismo Norte-Americano, a nominada Era *Lochner*, fase caracterizada pela admissão da liberdade plena no estabelecimento das regras de contratação.⁸²

Nesta fase, o devido processo legal substantivo era invocado justamente para proteger essa liberdade de contratar das corporações econômicas, que estavam em franca ascensão. Com fundamento nele, as Cortes imunizavam a economia contra qualquer legislação que violasse o ideário da plena liberdade contratual.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 219.

⁷⁷ Para mais informações sobre a evolução da cláusula do devido processo legal substantivo, consultar SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 424-488; para quem: “a evolução da cláusula do substantivo devido processo passa, desde o seu surgimento, no decorrer da história de sua aplicação pelo Judiciário americano, por cinco fases distintas [...]: a santificação dos contratos, o “laissez-faire”, o “Wellfare State”, o duplo-padrão e o escrutínio estrito.”

⁷⁸ BARROSO, op. cit., p. 220-221.

⁷⁹ Ibid. p. 221.

⁸⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 51.

⁸¹ LOCHNER v. New York, 198 U.S. 45 (1905). *Justia US Supreme Court*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁸² Nesta fase, a Suprema Corte invalidou várias leis. Cabe destaque, também, para a decisão proferida em *Adkins v. Children’s Hospital*, em 1923, ocasião em que se invalidou uma lei que estabelecia salário mínimo para as mulheres (ADKINS v. Children’s Hosp., 261 U.S. 525 (1923)). *Justia US Supreme Court*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

Sérgio Luís Wetzel de Mattos esclarece:

Liberdades ditas econômicas, como, por exemplo, a liberdade de contratar e o direito de propriedade, foram protegidas, durante a era *Lochner* (1905-1937), sob o pálio do *economic substantive due process*, como direitos fundamentais compreendidos na liberdade assegurada pelas disposições do *due process of law*, da 5ª e da 14ª Emendas. Ao julgar o próprio caso *Lochner v. People of State of New York* (1905), a Suprema Corte proclamou que a liberdade de contratar caracterizava-se como *direito fundamental*. No entanto, a partir de 1937, com o julgamento do caso *West Oast Hotel Co. v. Parrish*, a Suprema Corte passou a proteger liberdades econômicas com fundamento em disposições constitucionais específicas, como, por exemplo, a *takings clause*, da 5ª Emenda, e a *contracts clause*, do artigo I, parágrafo 10, da Constituição norte-americana, e não mais sob invocação do princípio do *substantive due process*.⁸³

Neste período histórico não se cogitava em aplicação do devido processo legal nas relações privadas. Quem dirá em seu aspecto substantivo, pois até leis que regulamentavam o trabalho (e protegiam o trabalhador) eram invalidadas por afronta ao devido processo legal substantivo.

Maria Rosynete Oliveira Lima ressalta que, nessa primeira fase do devido processo legal substantivo, a Suprema Corte dos Estados Unidos enfatizou a sua aplicação “no campo econômico, como instrumento capaz de invalidar opções legislativas que impunham irrazoáveis limitações sobre os direitos de propriedade e de liberdade econômica.”⁸⁴

Essa fase ficou superada com o advento do *New Deal*, após a crise de 1929, quando o então presidente Franklin Roosevelt iniciou a edição de ampla legislação social e de intervenção no domínio econômico.⁸⁵

A partir da década de 30, a versão substantiva do *due process of law* passou a ser invocada, também, a fim de se garantir outros direitos fundamentais não ligados exclusivamente à área econômica.

Citando John E. Nowak e Ronald D Rotunda, Maria Rosynete Oliveira Lima relata que:

⁸³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 85. O autor continua sua explicação e elenca a situação em que ainda se aplica o devido processo legal substantivo no aspecto econômico: “Notável exceção é a aplicação do princípio do *substantive due process* no contexto dos chamados danos punitivos (*punitive damages*), revivificando-se, com isto, o *economic substantive due process*. Assim, indenizações por danos punitivos, quando grosseiramente excessivas ou desproporcionais (*grossly excessive* ou *disproportionate*), são controladas pela Suprema Corte, com fundamentos nas disposições do *due process of law* da 5ª e da 14ª emendas, obstando-se, pois, o enriquecimento indevido da vítima ou de seus sucessores, como, por exemplo, no julgamento do caso *BMW of North America Inc. v. Gore* (1996).” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 85-86).

⁸⁴ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 121.

⁸⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 221.

A partir de 1937, A Suprema Corte passou a adotar um padrão diferenciado na revisão dos atos legislativos. A legislação que se ocupasse em regular o exercício de um direito fundamental passou a ser objeto de um exame mais acurado, objetivando verificar se o legislador não estava restringindo indevidamente um direito explicitamente – ou implicitamente, na visão da Suprema Corte – protegido pela Constituição ou suas Emendas. Surge o *personal substantive due process*(...). A cláusula do *due process of law*, prevista na Quinta e Décima Quarta Emendas à Constituição dos Estados Unidos, assume neste contexto um importante papel. Ela se torna o veículo pelo qual a Suprema Corte faz aflorar tanto os direitos contidos no *Bill of Rights* quanto aqueles não expressos a Constituição e suas Emendas, reconhecendo-os substantivamente como fundamentais, como, por exemplo, o direito à privacidade.⁸⁶

Nessa terceira fase do devido processo legal substantivo, conforme salienta Luís Roberto Barroso, teve início a distinção entre liberdades econômicas e não econômicas e, com ela, o aumento do intervencionismo judicial em temas relacionados a estas últimas.⁸⁷

Para o autor:

No primeiro domínio, a atitude dos tribunais deveria ser de deferência aos outros Poderes. Mas no tocante às liberdades pessoais, inclusive e especialmente quanto à proteção das minorias, o intervencionismo judicial deveria ser indispensável. Esses direitos e liberdades não econômicos, que incluem a liberdade de expressão, de religião, bem como direitos de participação política e de privacidade, muitos deles não decorrentes expressamente do Texto, foram a tônica do constitucionalismo americano das últimas décadas.⁸⁸

⁸⁶ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 123.

⁸⁷ Carlos Roberto Siqueira Castro relata que “essa distinção entre “liberdades econômicas” e “liberdades não econômicas” foi explicitada no caso *Unitide States v. Carolene Products Co.* no ano de 1938, particularmente na célebre nota de rodapé n. 4 (*footnote 4*) da lavra de *Justice Stone*. Nessa oportunidade, o eminente magistrado norte-americano sustentou a tese de que o controle judicial a ser exercido acerca da legislação econômica deveria ser menos rigoroso e, desse modo, mais respeitador para com os critérios e valorações adotados pelos órgãos formuladores de políticas governamentais sediados no Legislativo e no Executivo. Contrariamente, deverá crescer em rigor a *judicial review* a ser efetivada em face da legislação que tenha por objeto qualquer restrição de direitos fundamentais explícita ou implicitamente assegurados na Constituição e em suas emendas, a exemplo dos já lembrados direitos de culto, de reunião e da livre expressão do pensamento, todos abrigados sob o manto protetor da 1ª Emenda à Lei Magna dos Estados Unidos.” (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 56).

⁸⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 222. O autor elenca alguns casos paradigmáticos na aplicação do devido processo legal substantivo nos Estados Unidos, como, por exemplo, *Brown vs Board Education* (347 U. S. 873 (1954)), que tratava sobre igualdade racial; *Griswold vs Connecticut* (381 U. S. 479 (1965)) sobre direito à privacidade, ocasião em que invalidou-se uma lei do Estado de Connecticut que incriminava a utilização ou a prescrição de métodos contraceptivos; *Roe vs Wade* (410 U. S. 113 (1973)), onde declarou-se inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto. (BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 222-223).

Assim, o devido processo legal substantivo passou a ser aplicado em dois contextos distintos, que Sérgio Luís Wetzel bem explica:

(I) o dos direitos fundamentais (*fundamental rights ou civil liberties*) e (II) o das liberdades econômicas (*economic liberties*). No primeiro contexto, o *substantive due process*, é aplicável objetivando-se a proteção de certos direitos fundamentais que não estão enumerados na Declaração de Direitos, bem como a incorporação das disposições da Declaração de Direitos, por meio da 14ª Emenda, para aplicação aos governos estaduais. No segundo contexto, o *substantive due process* é aplicável sob a denominação de *economic substantive due process*, objetivando-se a proteção de liberdades econômicas, em especial a liberdade de contratar e o direito de propriedade.⁸⁹

Essa função do devido processo legal substantivo, de proteger os indivíduos contra atos legislativos arbitrários e irrazoáveis que pudessem violar seus direitos fundamentais, fez surgir nos Estados Unidos a teoria da *state action* (que será objeto de capítulo específico dessa dissertação), segundo a qual o alcance dos direitos fundamentais só se daria quando o ato violador adviesse de atividade estatal, não alcançando relações particulares.

2.1.2.1. Devido processo legal no Brasil

Estabelecido que a versão substantiva do devido processo legal nasceu e floresceu em solo americano, a pergunta que se coloca, inclusive por Sérgio Luís Wetzel Mattos, é como deve funcionar devido processo legal substantivo no Brasil?⁹⁰ Será que teria a mesma função desempenhada nos Estados Unidos? E mais: alcançaria também as relações privadas?

Isso porque, apesar do modelo norte-americano ter servido de modelo para o Brasil, nosso sistema é de tradição romano-germânica (não de *common law*) e, como bem aponta Maria Rosynete Oliveira Lima: “é preciso levar em consideração o modo como se deu a recepção dessas ideias, atentas às exigências locais, completamente distintas das que existiam por ocasião de seu aparecimento em terras originárias.”⁹¹

Até a Constituição Federal de 1988, o devido processo legal era tido como norma implícita, reconhecido em hipóteses escassas, adstritas somente ao âmbito do processo penal,⁹²

⁸⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 32.

⁹⁰ Ibid. p. 20.

⁹¹ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 157.

⁹² Ibid. p. 167.

embora o princípio da isonomia e do juiz natural, corolários do devido processo legal, fossem reconhecidos, de modo unânime, pela doutrina e jurisprudências nacionais.⁹³

Contudo, embora o positivismo jurídico vigorasse no Brasil, doutrinadores vanguardistas já defendiam sua existência e aplicação em terras brasileiras, tendo Ada Pellegrini Grinover defendido, inclusive, a existência dos dois aspectos do devido processo legal (material e processual).⁹⁴

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a positivação do devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro. A discussão que se instalara era sobre a sua significação e alcance no contexto brasileiro.

Maria Rosynete Oliveira Lima aduz que:

Embora diverso do que aconteceu no sistema jurídico dos Estados Unidos da América, deparamo-nos hoje com um tratamento do devido processo legal, tanto sob o aspecto procedimental quanto sob o substantivo, que atua não apenas perante o Judiciário na resolução dos litígios, mas também frente aos poderes Executivo e Legislativo.⁹⁵

Ousa-se ir além, – conforme trataremos mais adiante – defendendo que, atualmente, o devido processo legal, no contexto brasileiro, deve estar presente, inclusive, em boa parte dos processos decisórios de natureza privada.

Seja como for, com a positivação do devido processo legal na CF/1988, o princípio, como não poderia deixar de ser, passou por várias interpretações. A maioria da doutrina e o próprio STF reconhecem sua versão substantiva em terras brasileiras, sendo considerada uma garantia não só processual, como também uma proteção contra a atuação restritiva do Estado nos direitos fundamentais do cidadão, a fim de evitar restrições arbitrárias de direito.

⁹³ LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 288. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 125-ss.

⁹⁴ Em obra publicada em 1973, Ada Pellegrini Grinover escreveu: “Ao lado do *procedural due process*, sustenta-se a existência de um *substantive due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo). A cláusula não mais se limita à determinação processual de direitos substanciais, mas se estende à garantia de que seu gozo não seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 36).

⁹⁵ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 46.

Paulo Henrique dos Santos Lucon aduz que respeitadas as garantias mínimas de meios, chegar-se-á a resultados justos no processo e esse seria o ponto central do devido processo legal substancial, ter acesso a uma ordem jurídica justa.⁹⁶

Analisando o contexto brasileiro, Sérgio Luís Wetzel de Mattos conceitua o devido processo legal substantivo nos seguintes termos:

Pode-se conceituar *substantive due process* como o princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado. Menos genericamente, o *substantive due process* é disposição constitucional aberta (*open-ended constitutional provision*), que proíbe que se prejudiquem certos direitos, sobretudo direitos fundamentais, a não ser por uma razão especialmente irresistível, isto é, que exige uma justificativa suficiente, sem a qual ninguém pode ser privado da vida, da liberdade ou da propriedade.⁹⁷

Não há dúvidas, inclusive, que o devido processo legal, em suas duas dimensões, é um direito fundamental inerente ao Estado Democrático de Direito no Brasil, como bem aponta Maria Rosynete Oliveira Lima:

Concebido o Estado brasileiro como “Estado Democrático de Direito”, o princípio do devido processo legal insere-se na ideia de democracia, como veículo da justiça e dos direitos fundamentais, estando à disposição, por exemplo, de cidadãos prejudicados, e outras minorias, apto a produzir uma mudança de política, e até uma mudança de poder. Opera-se uma modificação funcional do princípio que, de instrumento de defesa frente ao Estado, passa a elemento impulsionador da democracia frente ao respectivo governo.⁹⁸

Assim, as versões processual e substantiva do devido processo legal asseguram não só a observância da regularidade dos procedimentos – com respeito ao contraditório, ampla defesa, igualdade das partes, imparcialidade dos julgadores –, como, também, a possibilidade de controle do conteúdo material de leis ou atos do Estado, os quais não podem restringir direitos individuais sem justificativa ou com fundamentos desprovidos de razoabilidade. Essa, aliás, é outra questão que se coloca ao estudarmos o devido processo legal substantivo. Porque, tanto a maioria da doutrina quanto o próprio STF entendem que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade derivam do devido processo legal substantivo, tendo a mesma função.

Especificamente sobre o STF, Sérgio Luís Wetzel de Mattos explica:

⁹⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos Lucon. Devido processo legal substancial. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Leituras complementares de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 27.

⁹⁷ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31-32.

⁹⁸ LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 187.

Consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós – Constituição de 1988, devido processo substantivo, razoabilidade e proporcionalidade são princípios e postulados intercambiáveis, fungíveis entre si. Trata-se de fenômenos normativos praticamente idênticos. Menos genericamente: segundo a jurisprudência do STF, devido processo substantivo pode significar desde a proibição “de leis que se apresentem de tal forma aberrantes da razão”, passando pela exigência “de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*‘reasonableness’*) e de racionalidade (*‘rationality’*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir”, até a necessidade de “perquirir-se [...] se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).”⁹⁹

De acordo com o referido autor, o entendimento prevalecente no país considera que a funcionalidade do devido processo legal substantivo corresponde às ideias de razoabilidade ou proporcionalidade, sem que se atribua nenhuma outra significação a ele.¹⁰⁰

Esse também parece ser o posicionamento de Paulo Fernando Silveira, para quem: “O princípio da razoabilidade da lei, oriundo da cláusula do devido processo, foi recepcionado pela Carta Política brasileira de 1988.”¹⁰¹

Luís Roberto Barroso comunga desse mesmo entendimento, pois, após afirmar que o princípio da razoabilidade tem sua origem ligada ao princípio do devido processo legal, aduz que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são fungíveis entre si.¹⁰² Para o autor, “[...] o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”¹⁰³

No entanto, nem todos os autores tratam a razoabilidade, a proporcionalidade e o devido processo legal substantivo de maneira indistinta. O próprio Sérgio Luís Wetzel de Mattos, fazendo um paralelo com a funcionalidade do devido processo substantivo do direito norte-americano, critica esse posicionamento:

⁹⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97.

¹⁰⁰ Ibid. p. 102.

¹⁰¹ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 449.

¹⁰² BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 218 e 224. Importante ressaltar que nem todos os doutrinadores pensam assim, Willis Santiago Guerra Filho, por exemplo, diferencia os princípios da proporcionalidade e razoabilidade a começar pela origem, sendo o primeiro de origem germânica e o segundo de origem anglo-saxônica. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 83-84).

¹⁰³ Ibid. p. 224.

Devido processo legal substantivo, no direito brasileiro, deve ser entendido como princípio de garantia de liberdade em geral contra a arbitrariedades do Estado, que proíbe que se prejudiquem determinados direitos fundamentais, a não ser por uma justificativa suficiente. Neste sentido, o princípio do devido processo substantivo, em tese, pode cumprir a função de reconhecer e proteger direitos fundamentais implícitos como parte da liberdade assegurada pela disposição do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), concretizando, igualmente, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988). Razoabilidade e proporcionalidade, por sua vez, são princípios ou cânones hermenêuticos, vale dizer, postulados normativos aplicativos que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras jurídicas, sobretudo de caráter jurídico-constitucional, inclusive, e não exclusive, o princípio do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV, da Constituição de 1988).¹⁰⁴

Humberto Ávila também faz essa distinção:

Não é correto usar o dispositivo relativo ao “devido processo legal” como fundamento dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e, portanto, do chamado “devido processo legal substancial”. Em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao “devido processo legal”, quando o seu fundamento reside na positivação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais. Em segundo lugar, porque o “devido processo legal substancial”, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade da a entender que esses deveres não estão presentes no “devido processo legal procedimental”, quando, em verdade, servem para a sua própria configuração como processo adequado e justo. E, em terceiro lugar, porque aquilo que o uso da expressão “devido processo legal substancial” quer designar – deveres de proporcionalidade e razoabilidade – também é realizado fora do “processo”.¹⁰⁵

Willis Santiago Guerra Filho, embora pontue as diferenças entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não os tratando de maneira indistinta, conclui pela

¹⁰⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 110. O autor defende que razoabilidade e proporcionalidade devem ter função própria, que ajudariam na aplicação do devido processo legal substantivo, mas ressalta que esse não é o entendimento da doutrina brasileira e nem do STF. “Neste sentido, a “razoabilidade”, no direito brasileiro, como exigência de adequação dos meios aos fins, assemelha-se ao teste de base racional, que, no direito norte americano, exige que o ato estatal seja um meio adequado, racional ou razoável para alcançar um objetivo legítimo. Por sua vez, a “proporcionalidade”, no direito brasileiro, como exigência de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito entre meios e fins, guarda semelhança com o escrutínio estrito, que, no direito norte americano, exige que o ato estatal seja, dos meios disponíveis, o necessário e o menos restritivo de direitos fundamentais, para alcançar um objetivo impositivo.” (MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 103).

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**. n. 163, ano 33, setembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 50-59, 2008. p. 58-59.

vinculação do princípio da proporcionalidade ao devido processo legal substantivo, pois, segundo o autor, ambos derivam do princípio estruturante, que é o Estado de Direito.¹⁰⁶

Carlos Roberto Siqueira Castro faz distinção entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. No entanto, reconhece que ambos se incluem na cláusula do devido processo legal substantivo. Segundo ele, o princípio da razoabilidade exige uma relação de congruência entre a norma e o fim a que ela se destina, assim:

Se tal relação de identidade entre *meio* e *fim* – *means-end relationship*, segundo a nomenclatura norte americana da norma classificatória não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de “*razoabilidade*” e de “*racionalidade*”, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política.¹⁰⁷

Já a proporcionalidade estaria atrelada ao trinômio necessidade-adequação-proporcionalidade estrita, que, mediante a ponderação de interesses, analisará as vantagens e desvantagens do ato editado.¹⁰⁸

No entanto, o mesmo autor conclui que:

Quer se fale de proporcionalidade, ou de razoabilidade, certo é que tais princípios decorrem do imperativo de que atos intersubjetivos, no campo público ou privado, se coadunem com a noção de um direito justo ou da justa medida no regramento das relações intersubjetivas ou no arbitramento das situações de conflito.¹⁰⁹

Com efeito, Carlos Roberto Siqueira Castro aduz que o devido processo legal, bem como o princípio da proporcionalidade, são cláusulas revestidas de suprallegalidade e consubstanciam conceitos jurídicos abertos e indeterminados. Por isso tornaram-se:

Paradigmas recorrentes na diuturna e desafiante tarefa da jurisdição constitucional de garantir, em face das novas e surpreendentes realidades emergentes, a supremacia das normas e princípios sediados no estatuto supremo. Sua versatilidade construtiva e natural vocação para recepcionar as conquistas e os novos caminhos da civilização permitiram que essas garantias reitoras do processo social desempenhassem o papel de termômetro para a medição do grau de razoabilidade e proporcionalidade nas relações humanas

¹⁰⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 265-267.

¹⁰⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 137.

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 223.

¹⁰⁹ *Ibid.* p. 203-204.

e institucionais, tanto na esfera pública, quanto no campo das relações privadas, segundo o sentimento constitucional dos povos.¹¹⁰

O fato é que o devido processo legal substancial não deve ser suscetível a confinamentos conceituais¹¹¹. Consubstancia-se em limitação à atuação do Estado e seus agentes, constituindo, conforme leciona Paulo Henrique dos Santos Lucon, instrumento que visa “impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação.”¹¹²

Diante dessa informação, conclui-se que o devido processo legal, mesmo após séculos de seu reconhecimento, continua em constante transformação, considerado uma garantia fundamental consentânea com o Estado Democrático de Direito.

Estado de Direito que também é concretizado através de outros princípios derivados do devido processo legal, tais como o contraditório e ampla defesa, igualdade das partes, juiz natural, imparcialidade, publicidade, vedação à prova ilícita, etc.¹¹³ Na realidade, tais subprincípios acabam por representar os contornos práticos do devido processo legal no plano processual (*procedural due process*) e, por isso, a discussão sobre a incidência deles em processos decisórios é muito mais intensa do que a própria aplicação do devido processo legal.

2.2 Os corolários do devido processo legal

2.2.1 Contraditório e ampla defesa

O contraditório – do qual a ampla defesa é uma consequência – é princípio que costuma ser decomposto pela doutrina.

Formalmente, é operacionalizado se as partes tiveram oportunidade de *participação* no processo decisório, isto é, que se lhes garanta conhecimento da pretensão do adversário e

¹¹⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 187-188.

¹¹¹ DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e *due process of law***: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 33.

¹¹² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. *In*: DIDIER JR, Fredie (org.). **Leituras complementares de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 19.

¹¹³ Conforme Nelson Nery Jr., o princípio do devido processo legal é a base da qual derivam todos os demais direitos fundamentais processuais: “[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”, sendo manifestações dele “o princípio da publicidade dos atos processuais, a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito, assim como o postulado do juiz natural, do contraditório e do procedimento regular” (NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 27).

oportunidade de participação do processo de tomada de decisão através de manifestações (apresentação de razões, defesas, recursos, etc.) e produção de provas (ampla defesa).

Já na sua faceta material, tem-se por respeitado o contraditório, apenas se a participação foi capaz de influir na decisão proferida no processo, isto é, se o produto de seu exercício (manifestações e provas) foi considerado pelos julgadores no momento de decidir.¹¹⁴

O princípio do contraditório, portanto, não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de manifestação e produção de provas. Faz também depender da participação das partes a própria formação dos procedimentos e dos provimentos judiciais.¹¹⁵

Tem-se, então, – como aduz Fernando da Fonseca Gajardoni¹¹⁶ – o contraditório operando em três planos de igual valor no direito processual civil (como um tripé):

a) contraditório/conhecimento: os interessados devem ter pleno acesso e conhecimento das alegações e provas que são apresentadas nos processos decisórios de seu interesse, até para que possam exercer, adequadamente, as duas facetas do contraditório abaixo referidas;

b) contraditório/participação: com os atores do processo, especialmente as partes, tendo oportunidade (que pode ser utilizada ou não) de se manifestar e apresentar contraprova nos processos decisórios de seu interesse, sendo possível a supressão desta garantia, apenas, quando a decisão a ser proferida for favorável àquele que teve o contraditório suprimido (contraditório útil); e

c) contraditório/influência: que impõe o dever ao julgador de considerar as manifestações e provas (orais e escritas) apresentadas pelas partes nos processos decisórios de seu interesse, revelando, na fundamentação da decisão, em que medida a participação dos interessados foi capaz de atuar sobre a sua convicção na tomada de decisão (art. 489, § 1º, do CPC).

¹¹⁴ Cf. TARZIA, Giuseppe. *La parità delle armi tra le ter parti e poteri del giudice nel processo civile*. *Studi Parmensi*, v. 18, p. 357-359, 1977; TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 370.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15, 1998, p. 16. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70385/39893>. Acesso em: set. 2021. De acordo com o autor, para que seja atendido o contraditório, “insta a que cada uma das partes conheça as razões argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas, etc.) 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 de ofício do órgão judicial ou por imposição da regra *iura novit curia*, pois a parte não pode ser surpreendida por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida os contraditores.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15, 1998).

¹¹⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 94-95.

Uma faceta do contraditório não subsiste sem a outra, de modo que, violado um dos seus aspectos, viola-se toda a garantia processual (direito fundamental), ainda que as outras facetas, eventualmente, tenham sido observadas (v.g., como no caso em que apesar de as partes conhecerem e participarem do processo, suas manifestações/provas são ignoradas/desconsideradas no momento decisório).

Embora esse ideário tripartido, no plano universal, possa ser abstraído do simples reconhecimento da existência da garantia do devido processo legal (ou do contraditório/ampla defesa), as legislações processuais mais modernas têm se inclinado no sentido de positivar o conteúdo do princípio do contraditório, tornando-o verdadeiro imperativo de democracia no âmbito do processo.¹¹⁷

Exemplificativamente, o art. 3.3 do CPC Português (Lei 41/2013) é expresso no sentido de que:

O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.¹¹⁸

E em cópia bastante próxima do modelo luso, o CPC brasileiro de 2015 estabelece, em seus art. 9º e 10, respectivamente, que, salvo algumas poucas exceções legais, “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”, bem como que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”¹¹⁹

¹¹⁷ De acordo com o atual §139-1 da ZPO Alemã, é vedado ao Tribunal, em princípio, colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambos valorado de maneira diferente da que parece ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se previamente. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In: _____. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 201-202). O Código de Processo Civil Japonês, de 1996, manifestamente influenciado pela doutrina alemã, expressa, em seu art. 149, o dever do tribunal de esclarecer as partes sobre o caso a si submetido, inclusive fazendo sugestões. (TANIGUCHI, Yasuhei. O código de processo civil japonês de 1996: um processo para o próximo século? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, n. 99, jul./set., 2000, p. 67).

¹¹⁸ PORTUGAL. **Lei 41, de 26 de junho de 2013**. Institui o Código de Processo Civil. Diário da República Eletrônico, 26 de jun. de 2013. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/497406/details/maximized>. Acesso em: jul. 2020.

¹¹⁹ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Poder Legislativo, Diário Oficial da União, 16 mar. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: jul. 2020. (Arts. 9º, 10, CPC).

Não há mais, então, nos processos decisórios da modernidade (estatais e não estatais, como veremos), espaço para a investigação solitária dos julgadores, em verdadeiro monólogo, pois “o diálogo recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”¹²⁰, tudo a contribuir para adequada tutela do direito material.

Conseqüentemente, nos processos decisórios em geral, a falta de respeito ao trinômio conhecimento/participação/influência, pelo órgão decisório, compromete o resultado do procedimento e, como tal, viola a própria afirmação do poder de terceiros de ditar a solução dos conflitos.¹²¹

2.2.2 Isonomia ou igualdade processual

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

E o art. 7º do CPC, mais especialmente no que toca aos processos decisórios, estabelece que é “assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.”¹²²

À luz das disposições supra, a doutrina costuma apontar que o princípio da igualdade/isonomia pode ser analisado sob dupla perspectiva: formal e material/substancial.¹²³

Formalmente, a igualdade é uma garantia de tratamento processual isonômico pela lei e pelo julgador. Tanto o legislador quanto órgão decisório têm, na necessidade de observância da igualdade (e do contraditório, acrescentamos), um importante freio limitador de seus poderes.

¹²⁰ Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que ainda bem aponta a necessidade de ser afastada a concepção primitiva de que o contraditório só recai sobre as provas. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15, 1998, p. 13. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70385/39893>. Acesso em: set. 2021).

¹²¹ “Ora, o poder estatal – jurisdição- é exercido por meio de um procedimento, que, para legitimar-se, necessário desenvolva-se em contraditório. Esta é exigência constitucional, decorrente do valor participação do povo no exercício do poder. A democracia exige participação, que, no caso da jurisdição, é exercida no processo, pelo contraditório e pela igualdade.” (FRANCO, Fernão Borba. A fórmula do devido processo legal. **Revista de Processo**, n. 94, abr./jun., p. 80-108, 1999).

¹²² BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Poder Legislativo, Diário Oficial da União, 16 mar. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm . Acesso em: jul. 2020. (Art. 7º, CPC).

¹²³ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 40-41.

Já do ponto de vista material/substancial, reconhece-se que, diante de um fator de distinção razoável¹²⁴, a lei ou o julgador pode tratar as pessoas/partes diferentemente na medida de suas diferenças, reequilibrando, através da concessão de vantagens legais/processuais, desigualdades probatórias, sociais, de representação, entre outras. Assim, concedendo a estas pessoas ou grupos especiais vantagens materiais ou processuais, restabelece-se o equilíbrio de forças e, desse modo, preserva-se materialmente o princípio da igualdade.

Mas atenção: só faz sentido o tratamento desigual das partes, à luz do modelo de igualdade material, se houver distinção que justifique a diferenciação; se houver um adequado e proporcional *discrimen* capaz de autorizar o tratamento diferenciado pela lei ou julgador.¹²⁵ Caso não haja esse fator que justifique a distinção, nem a lei processual e nem o julgador podem admitir o tratamento diferenciado de partes na mesma situação, sob pena de violação do princípio constitucional e infraconstitucional da igualdade/isonomia.

No mesmo espectro, deve o julgador (em processos decisórios estatais e não estatais) deixar de aplicar dada norma jurídica (em favor ou contra alguém sujeito a seu escrutínio) toda vez que constatar, à luz da igualdade/isonomia, que inexistente um fator de distinção que justificava o tratamento desigualitário.

A obediência à igualdade, nos seus aspectos formal e material, é o que justificará, conforme trataremos mais adiante, o reconhecimento do vício de disposições estatutárias ou de decisões assembleares que tratam desigualmente associados/sócios violadores das regras estatutárias, como se fosse possível, com base em uma vontade soberana do grupo, escolher sanções diversas para pessoas violadoras da norma jurídica que estejam na mesma situação.

¹²⁴ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2017. p. 29-35.

¹²⁵ Fernando da Fonseca Gajardoni sintetiza que há no CPC brasileiro: “dispositivos que fomentam a igualdade formal, mas também que autorizam o tratamento desigualitário das partes (igualdade material), de modo a ser certa a afirmação de que a lei processual trabalha com ambos os modelos (igualdade formal e material). Os arts. 926 e 927 do CPC são bons exemplos de disposições fomentadoras da igualdade formal. De acordo com eles, a jurisprudência deve ser mantida íntegra, coerente e estável, sendo que juízes e tribunais observarão (aplicarão) os precedentes ali indicados, garantindo-se uniformidade de tratamento judicial de partes nas mesmas condições (fim da loteria judiciária). Note-se, porém, que o próprio CPC autoriza o tratamento desigualitário, com recusa à aplicação do precedente qualificado (art. 926 do CPC), se indicado pelo juiz, na fundamentação, a ocorrência de distinção do caso com o precedente, ou superação dele por novos fundamentos (art. 489, § 1º, VI, do CPC). Algo absolutamente razoável.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 89).

2.2.3 Juiz natural

Desde a Constituição do Império de 1824, que acolhia, no seu art. 179, inciso XI, a regra de que ninguém seria sentenciado senão pela autoridade competente, “por virtude de Lei anterior, e na *fôrma por ella prescripta*”, o princípio do juiz natural está presente entre nós.¹²⁶

Ele se traduz na exigência de prévia individualização, através de normas gerais, abstratas e objetivas, do juiz competente para determinado tipo de causa, vedando, como regra, que o órgão julgador seja eleito após a ocorrência do evento que julgará (juízo ou tribunal de exceção).

Na exata medida do exposto, duas disposições da CF/1988 dão abrigo ao princípio do juiz natural, ambas no art. 5º. O inciso XXXVII estabelece que não haverá juízo ou tribunal de exceção. E o inciso LII que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Noutro modo de externar tais proposições, tem-se que, independentemente da ocorrência do fato a ser julgado, já deve ser possível, hipoteticamente, indicar, de maneira abstrata, qual será o juízo competente para o julgamento do caso¹²⁷, valendo-se das regras de competência (processuais e extraprocessuais) existentes no ordenamento.

Note-se, portanto, que são as regras de competência (jurisdicionais, administrativas, estatutárias, etc.) que dão concretude ao princípio do juiz natural, pois, além de revelar a sua face positiva (o órgão competente para julgamento), acabam por revelar, também, a sua face negativa (o impedimento de juízos ou tribunais *post factum*).

Em realidade, o princípio do juiz natural acaba, de certo modo, por potencializar a garantia constitucional da isonomia (item supra), pois que, ao impedir que as partes escolham o órgão julgador, ou que o órgão julgador escolha as causas que pretende julgar, acaba-se por garantir, ao menos em tese, tratamento imparcial a todos a quem interessa o processo decisório.

Efetivamente, do modelo constitucional existente se pode concluir, com segurança: o juiz natural precede, sempre, o dito litígio. Quando do surgimento deste já se tem o juízo que, naturalmente, irá debelá-lo.¹²⁸

¹²⁶ As Constituições seguintes, à exceção da Carta de 1937, também consagraram expressamente o princípio do juiz natural, sendo a Constituição Republicana de 1934 que, pela vez primeira, usou a expressão tribunais de exceção, vedando-os (artigo 113, item 25).

¹²⁷ Cf. por todos PICARDI, Nicola. *Il giudice naturale: principio fondamentale a livello europeo*. **Revista dos Tribunais**, v. 182, 2003, p. 123-179.

¹²⁸ OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Perpetuatio iurisdictionis* ou perpetuação do juiz natural? **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 22, p. 189-203, 2014.

Quando se pensa em processo jurisdicional, é fácil concluir, no âmbito da jurisdição nacional, que o princípio do juiz natural é concretizado através da incidência de regras constitucionais e infraconstitucionais de definição da competência dos respectivos órgãos jurisdicionais, ressalvando-se, ainda, a necessidade de distribuição dos processos, acaso, ao final do processo de eleição do juízo da causa, mais de um se revelar igualmente competente (art. 284 e ss. do CPC).

Também quando se pensa em processos decisórios de natureza administrativa, são as normas jurídicas da Administração Pública (legais ou regulamentares) que positivam, antes da ocorrência dos eventos a serem objeto de decisão, qual a autoridade competente para proferir a decisão e, eventualmente, para homologá-la.

Não seria diferente nos processos decisórios de natureza privada, eis que regras estatutárias ou afins devem já prever, *ante factum*, qual instância decisória da sociedade, associação, cooperativa, condomínio ou etc., que terá competência para proferir decisões, de modo que a violação da referida regra pode implicar – como trataremos posteriormente –, invalidade do processo decisório (especialmente do seu resultado).

2.2.4 Imparcialidade do julgador

A preservação da imparcialidade do juiz e de todo agente público que atue em processos decisórios é um dever constitucional do Estado, uma garantia das partes contra o arbítrio e em favor da manutenção da isonomia.

Pois, para poder exercer suas funções em determinado processo, o julgador deve ser estranho aos interesses em disputa, não sendo ligado ao conflito ou às partes por relação pessoal alguma.

Embora não haja previsão expressa do princípio da imparcialidade na Constituição Federal, razoável admitir que ele deriva do art. 5º, *caput* (que trata da igualdade), pois que a equidistância do julgador às partes e ao conflito é o que também garante o tratamento isonômico que será dispensado aos interessados no curso da causa.

Também possível se afirmar, no plano constitucional, que a imparcialidade decorre do regramento do art. 95 e parágrafo único, da CF, no sentido de que é vedado aos juízes receberem auxílio ou contribuição de quem quer que seja, e, também, nas garantias da magistratura da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.¹²⁹

¹²⁹ BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 176-177.

Já no plano infraconstitucional, a imparcialidade do julgador deriva da expressa previsão legal das causas de impedimento e suspeição do juiz no processo civil (arts. 144 a 146 do CPC) e penal (art. 252 a 255 do CPP), além da disciplina normativa no sentido de que é anulável o processo (e a sentença) arbitral se o árbitro for considerado parcial (arts. 21, § 2º e 32, VIII, da Lei 9.307/96).¹³⁰ Todas objetivam afastar dos processos decisórios julgadores que possam, em virtude de seu vínculo/interesse com a partes ou com o direito em debate, comprometer a lisura e probidade dos julgamentos.

O caráter da imparcialidade do julgador, portanto, é inseparável do órgão decisório, sendo tal característica considerada um pressuposto legal de validade da relação jurídica processual, cuja violação pode comprometer o processo decisório como um todo.

De acordo com o modelo processual brasileiro, compete ao próprio julgador, ao reconhecer a existência de fato que possa comprometer, ainda que involuntariamente, sua isenção, desligar-se da causa (dever de abstenção). E, se assim não o fizer, nada impede que as partes, através de expedientes próprios disciplinados no sistema, apontem o vício, impugnando a atuação do julgador no curso do processo decisório (e exigindo seu afastamento), ou atacando as decisões proferidas com ofensa à imparcialidade.¹³¹

Entender a imparcialidade do julgador como algo tão caro aos processos decisórios de cunho estatal é algo bastante simples, conforme se verifica na parte 4 deste trabalho.

Mesmo no tocante aos processos arbitrais, o regramento dos arts. 14, 21, § 2º e 32, VIII, da Lei 9.307/96, torna fácil a tarefa de constatar a importância deste princípio (ver parte 5.1.1 deste trabalho).

A grande questão é saber se a imparcialidade também é requisito de validade em processos decisórios de natureza privada, como nos processos seletivos universitários, em programas de pós-graduação de universidades privadas; nos concursos literários públicos, promovidos por entes privados; nas seleções públicas de trabalho de corporações privadas.

¹³⁰ Referencie-se, contudo, que não há correspondência exata entre os modelos do impedimento e da suspeição do juiz no processo estatal e arbitral. Embora o art. 14 da Lei 9.307/96 estabeleça que: “estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil”, na arbitragem, não há gradação de vícios entre impedimento e suspeição, de modo que a ocorrência de qualquer dos dois fenômenos pode implicar anulação da sentença arbitral (diferentemente do processo estatal, em que a rescisão da sentença só ocorre acaso se viole causa que gere impedimento, conforme art. 966, II, do CPC). Além disso, em vista da autonomia da vontade (princípio central da arbitragem), nada impede que as partes da arbitragem aceitem, cientes do vício suposto, árbitro que se insira em uma das hipóteses de impedimento e suspeição do art. 144 e 145 do CPC como julgador, algo que impensável no processo estatal, ao menos quanto às hipóteses de impedimento do art. 144 do CPC.

¹³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Recentes notas sobre o impedimento no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, v. 34, n. 174, p. 85-86, 2009.

A banca julgadora ou o responsável pela seleção deve, necessariamente, ser equidistante dos participantes do processo ou desinteressado na causa? Para todos os casos? E, em havendo violação desta suposta imparcialidade privada, isso seria suficiente para o Estado/Juiz se imiscuir na questão e anular o certame ou da decisão por conta da violação do nominada direito fundamental?

Temas dos mais difíceis e complexos a que voltaremos a nos referir na parte 5 deste trabalho.

2.2.5 Fundamentação dos pronunciamentos decisórios

O dever de motivação dos pronunciamentos decisórios estatais é um dos mais importantes princípios do direito processual e administrativo no Brasil e no mundo.¹³²

E o é sob dupla perspectiva.

Intrínsecamente, a fundamentação do pronunciamento estatal revela se houve observância do devido processo legal, isto é, se o contraditório (seu trinômio) foi respeitado; se o julgador agiu com imparcialidade e independência; se foi observado o princípio da igualdade; etc.

Extrínsecamente, a fundamentação serve não só para o controle da legalidade e correção do agir do julgador (inclusive permitindo o controle recursal ou por ações autônomas de impugnação)¹³³, mas, também, para permitir a aplicação dos precedentes vinculantes e qualificados previstos no art. 927 do CPC (já que a *ratio decidendi* deles, que será aplicada em outros casos, é encontrada exatamente na fundamentação).

Daí porque não é incomum ver diversos autores se referindo à fundamentação das decisões estatais, especialmente as proferidas pelo Poder Judiciário, como fator de legitimação do exercício do poder do Estado.¹³⁴ Não sendo os funcionários públicos, em geral, eleitos (como é o caso dos juízes), a legitimação do exercício da atividade deles deriva da Constituição Federal (e não da vontade popular como proclama o art. 1º da CF), que, por sua vez, condiciona o exercício do poder estatal de aplicar o direito à fundamentação dos pronunciamentos.

¹³² Sobre a importância da motivação na doutrina inglesa, Cf. ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 192, p. 99-127, 2011. Cf. LIEBMAN, Enrico Tulio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, p. 79-81, 1983.

¹³³ No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In*: _____. **Temas de direito processual**, segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 83-95.

¹³⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 1077.

O papel do servidor público é o de aplicar o ordenamento jurídico, esteja ou não de acordo com ele. Por isso, julgar não pode ser um ato de vontade do agente, mas sim de interpretação e aplicação do direito objetivo, devendo qualquer julgador se autoconter para não permitir que seus vieses cognitivos (preferências sociais, políticas, ideológicas etc.) influenciem na decisão.

No plano do Poder Judiciário, o dever de fundamentação é imposto pelo art. 93, IX, da Constituição Federal, bem como pelo art. 11 do CPC. Porém, é o art. 489, § 1º, do CPC¹³⁵, que dá concretude ao dever de fundamentação, estabelecendo que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.¹³⁶

Já no plano administrativo, o dever de motivação dos atos decisórios nos procedimentos administrativos deriva dos arts. 5º, LV e 37, *caput*, da Constituição Federal, pois somente através da motivação da vontade do Estado se concretizam os princípios da legalidade, contraditório, ampla defesa, impessoalidade e da moralidade da administração, impostos como padrão de comportamento da administração pública.¹³⁷ As normas específicas de processo administrativo de cada ente federado, por isso, costumam, expressamente, prever o dever de

¹³⁵ Disposição que é praticamente repetida no art. 315, § 2º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 13.964/2019, *verbis*: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

¹³⁶ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Poder Legislativo, Diário Oficial da União, 16 mar. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: jul. 2020. (Art. 489, par. 1º, CPC).

¹³⁷ Cf. MELO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros 1995. p. 283. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 185.

motivação entre os princípios dos procedimentos administrativos (vide art. 2º da Lei 9.784/99).¹³⁸

Como regra, a autonomia da vontade que rege as relações jurídicas de natureza privada não impõe o cumprimento do dever de motivação aos processos decisórios nesta alçada. Sendo a fundamentação instrumento de controle e de legitimação dos atos do poder estatal, não se aplicaria tal imposição às relações privadas, que não são, de ordinário, tuteladas pelo Estado (cujo poder, portanto, não tem que ser controlado).

Há, contudo, espaços de decisão na esfera privada que acabam por ter reflexos públicos (como ocorre na arbitragem), conforme veremos oportunamente. Motivo pelo qual não se pode negar, peremptoriamente, que não possa haver, nos processos decisórios de cunho privado, a necessidade de observância do dever de motivação.

Se talvez o cumprimento do dever de fundamentação não sirva para legitimar o exercício do poder decisório (como ocorre na esfera estatal), ao menos se prestará para permitir o controle da legalidade da decisão tomada no âmbito privado.

2.2.6 Publicidade

O art. 93, IX, da Constituição Federal, estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade. Estabelece, ainda, que a lei poderá limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, regra repetida no art. 11 do CPC.

Também o art. 5.º, LX, da CF, determina que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (como ocorre nas hipóteses do art. 189 do CPC).

Já no que toca aos processos decisórios administrativos, o art. 37, *caput*, da CF, estabelece que é princípio da administração pública o da publicidade, de modo que, salvo as exceções legais, todos os atos administrativos devem ser de conhecimento geral.

Ainda, considere-se que normas específicas de processo administrativo da União, Estados, DF e Municípios – por decorrência do comando constitucional do art. 37, *caput*, - inserem a publicidade entre princípios regentes dos procedimentos administrativos (vide art. 2º, parágrafo único, V, da Lei 9.784/99).

¹³⁸ Sobre o dever de motivação no procedimento administrativo no âmbito da administração pública federal, Cf. NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 48-51.

A publicidade dos julgamentos, ademais, consta do art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, podendo, portanto, ser considerada, numa ampla acepção, direito humano.

Em verdade, a publicidade dos atos estatais (jurisdicionais e administrativos) amplia a possibilidade de acompanhamento e fiscalização dos atos de poder pelos jurisdicionados/administrados (inclusive no tocante ao uso dos recursos públicos empregados para o funcionamento).

Talvez por isso, mesmo as exceções legais à publicidade dos processos judiciais (art. 189 do CPC) e administrativos (art. 54 da LC 35/1979 – LOMAN, etc.) sofram temperamentos.

Conforme Fernando da Fonseca Gajardoni:

A própria CF (artigo 93, IX, da CF), após afirmar a necessidade de a lei preservar a intimidade do interessado por meio da estipulação dos casos de segredo de justiça, impõe um limitador: o segredo de justiça não pode prejudicar o interesse público à informação. Na verdade, a CF reconhece que, se da colisão do princípio da proteção à intimidade com o princípio do interesse público na informação sobressair o último (artigo 489, § 2.º, CPC/2015), o sigilo deve ceder em prol da publicidade.¹³⁹

Fato é que não adianta nada ter um processo decisório administrativo ou jurisdicional se ao menos as partes interessadas não puderem acompanhar sua instauração, processamento e resultado, pois que, assim, não serão possíveis o exercício e o controle da obediência aos direitos processuais fundamentais derivados do devido processo legal (contraditório, ampla defesa, isonomia, etc.).

Tanto quanto a motivação, como regra, a autonomia da vontade, que rege as relações jurídicas de natureza privada, não impõe o cumprimento da publicidade aos processos decisórios nesta alçada, ao menos na intensidade que, de ordinário, se empresta aos processos estatais.

Porém – e, mais uma vez, em semelhança ao quanto já apontamos ao tratarmos da fundamentação –, não se pode negar a existência de espaços de decisão na esfera privada que acabam por ter reflexos públicos (v.g. o caso das deliberações de sociedades anônimas, em que ao menos parte delas são de interesse de todo o mercado, e não apenas dos sócios atuais).

¹³⁹ SANTOS, Silas *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 90.

Há, portanto, processos decisórios de natureza privada, conforme veremos adiante, em que a publicidade (ainda que com alguma limitação) será a regra, pois a decisão tomada é de interesse de terceiros que não participaram do processo.

2.2.7 Vedação à prova ilícita

O art. 5º, LVI, da CF, é bastante claro no sentido de que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. A vedação, ainda, é reencontrada nos art. 369 do Código de Processo Civil¹⁴⁰ e 157 do Código de Processo Penal¹⁴¹.

Por detrás da referida salvaguarda está a própria essência do Estado de Direito, em que todos estão sob o império da ordem jurídica. Se a lei estabelece vedação ao modo de serem obtidas determinadas provas (mediante coação, tortura, invasão de domicílio, escuta clandestina, etc.), o Estado não pode admitir seu uso nos processos decisórios de sua alçada.

Não parece razoável a distinção feita por parte da doutrina, entre prova ilegal/ilícita e prova ilegítima, conforme se trate de prova obtida ou colhida com violação de regras de direito material ou processual. Conforme adverte André Roque:

Do ponto de vista ontológico, não existe diferença entre um “ato ilícito” e um “ato ilegítimo”. Ambas as hipóteses revelam proibições à produção de determinado meio de prova. A diferença que se põe está apenas na origem da proibição, ou seja, se a vedação probatória está contida em uma norma processual ou de direito material. Pelo menos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, parece que a distinção de Nuvoletone restou superada pela inserção de uma norma proibitiva à admissibilidade das provas ilícitas no art. 5º, LVI da Constituição da República. Como a Constituição é uma norma hierarquicamente superior a todas as outras normas processuais e de direito material, pouco importa saber a origem da ilegalidade da prova porque, de qualquer forma, ela acarretará também a sua inconstitucionalidade.¹⁴²

Assim, a obtenção da prova por meios ilícitos – entendida, desse modo, tanto as colhidas com ofensa às normas de direito material quanto processual – contamina seu resultado, de

¹⁴⁰ Art. 369 do CPC. “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

¹⁴¹ Art. 157 do CPP. “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.”

¹⁴² ROQUE, Andre Vasconcelos. As provas ilícitas no projeto do novo código de processo civil; primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 6. n. 6, p.5-31, 2010, p. 9. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21566>. Acesso em: 11 jul. 2020.

maneira que, ao menos em princípio¹⁴³, os fatos revelados por ela devem ser desconsiderados, sob pena de violação de importante direito processual fundamental.

Vale destacar, ainda, que, pela teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruit of the poisonous tree*), não se aceitam as provas obtidas através dos fatos revelados pela prova ilícita, exceto quando derivada de uma fonte independente (art. 157 do CPP). Não parece igualmente legítimo, do ponto da integratividade do sistema, que se vede a prova ilícita, porém, que se admita que o fato revelado através dela possa ser buscado através de outros meios considerados lícitos, contornando, assim, a vedação constitucional.

À luz do art. 157, §§ 3º e 5º, do CPP (incluídos pela Lei 13.964/2019), a prova reconhecida como ilícita (inclusive por derivação) deve ser desentranhada dos autos do processo (físicos ou digitais), e o juiz, que conheceu do conteúdo da prova declarada inadmissível, não poderá proferir a sentença ou acórdão.¹⁴⁴

A ideia por detrás das normas – que seriam integrativamente aplicadas aos processos decisórios de natureza civil –, é de descontaminar a decisão, conforme assevera importante doutrina.¹⁴⁵ Há, contudo, um imensurável risco de a adoção da regra violar o princípio do juiz natural, pois se possibilitará, à parte interessada em afastar dado juiz da causa, inserir no processo uma prova obtida por meio ilícito exatamente para afastar o julgador não desejado.¹⁴⁶

Seja como for, o fato é que o princípio constitucional que veda o uso da prova ilícita nos processos decisórios em geral é integralmente aplicado no âmbito privado. Se nem o Estado,

¹⁴³ Boa parte da doutrina brasileira defende a adoção do modelo alemão no tocante à validação das provas obtidas por meio ilícito, admitindo, à luz do princípio da proporcionalidade, que elas possam ser consideradas se o direito que pretendem salvaguardar for de status superior à dignidade e intimidade vilipendiadas pela ilicitude da prova (*verhältnismässigkeitsmaxime*). Neste sentido, Cf. DUARTE NETO, Bento Herculano; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. Curitiba: Iesde, 2012. p. 50; NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 259-260.

¹⁴⁴ Zulmar Durte de Oliveira Jr. critica, sob o viés do direito processual civil, a opção pelo afastamento do juiz que conheceu a prova ilícita do caso: “conquanto sedutor o argumento frente às circunstâncias do ser humano, pensamos que tal contingência não seja suficiente à substituição do julgador. A uma, porque idêntica conclusão poderia ser estendida à diversas outras situações de reforma do julgado, com reenvio para reanálise da matéria ao primeiro julgador. A desconfiança daria azos a paroxismos. A duas, a própria existência de recurso, contra a nova decisão, garante suficientemente contra o risco da contaminação. O mesmo Tribunal que determinou a exclusão da prova é o tutor adequado para evitar seu uso, por assim dizer, oblíquo. A três, a falibilidade do ser humano é inerente ao sistema, sendo absorvida e controlada por este, sendo que nada garante que o magistrado vindouro (dito descontaminado), ao analisar o processo e tomar conhecimento sobre o recurso (por certo, por maior que seja o movimento de assepsia no processo, algum registro da prova, ainda que em relato (acórdão), constará do feito), pode igualmente sofrer o contágio” (OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. **Comentários ao CPC/2015: processo de conhecimento e cumprimento de sentença**. 2. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 237-238).

¹⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro. **Pacote anticrimes**. Salvador: Juspodvm, 2020. p. 249. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convencção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 312.

¹⁴⁶ Fundamento central, inclusive, pelo qual o STF suspendeu a eficácia do referido § 5º do art. 157 do CPP (com redação pela Lei 13.964/2019), na decisão liminar da ADI 6.299 MC/DF, proferida pelo Min. Dias Toffoli, e mantida pelo relator do caso Min. Luiz Fux (j. 22.01.2020).

detentor do monopólio da força (como regra), pode obter e colher provas com violação das normas materiais e processuais que tratam da prova, muito menos poderão os particulares, para instruir os processos decisórios de natureza privada, valerem-se de provas obtidas por meios ilícitos.

Embora, mais adiante, tornemos ao tema, desde já se pode considerar nulas decisões demissórias, ao menos com fundamento em justa causa, de funcionários da iniciativa privada, que tiveram sua intimidade violada por acesso não autorizado de e-mail ou de mensagens de celular pessoal (não da empresa); ou a expulsão de cooperado da entidade, com base em documento obtido com violação de correspondência ou sigilo de comunicação.

3 APLICAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL AOS PROCESSOS DECISÓRIOS DE NATUREZA ESTATAL

3.1 Processo jurisdicional estatal

3.1.1 O devido processo legal como centro gravitacional do processo jurisdicional estatal

Nos tópicos anteriores, ficou bem estabelecida a definição do devido processo legal como um direito fundamental, que garante aos indivíduos o direito de não serem privados de sua liberdade ou de seus bens sem que lhes sejam assegurados um processo regular, com todas as garantias constitucionais e legais devidamente obedecidas.

Pese a norma do art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, ser dirigida aos três Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) – tendo por finalidade precípua a de proteger o cidadão contra eventuais abusos cometidos por referidos Poderes -, não se nega que é no Poder Judiciário que tem o devido processo legal o seu maior espaço de tutela.

A doutrina faz distinção entre a teoria do processo devido por qualificação legal, que se refere ao direito a um processo ou procedimento ordenado e regular, previamente estabelecido em lei; e a teoria substantiva, segundo a qual o direito ao devido processo legal se refere não apenas ao direito a um procedimento ordenado e regular, previamente estabelecido em lei, mas também ao direito a um processo justo e adequado.¹⁴⁷

Paula Sarno Braga ressalta que “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 *substantial due process of law*).”¹⁴⁸

Assim, ao menos no âmbito do processo jurisdicional estatal, entende-se que o devido processo legal terá sido observado se o processo, além de justo e adequado, segundo procedimento legal previsto em lei, for desenvolvido com respeito aos direitos processuais fundamentais já expostos no item precedente (contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, imparcialidade do julgador, etc.), corolários que são do devido processo legal.

¹⁴⁷ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 190-194.

¹⁴⁸ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 195.

Neste contexto, o STF tem várias decisões no sentido da necessidade de se observar adequadamente esses direitos processuais fundamentais nos processos decisórios sob o âmbito da jurisdição estatal.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 91.386-5, julgado em 2008, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ficou assentado, em caso tratante da necessidade de fundamentação adequada do decreto de prisão preventiva, a distinção entre Estado Democrático de Direito e Estado Totalitário, sendo o primeiro aquele que atende ao feixe de direitos derivados do devido processo legal, *verbis*:

E no que se refere aos direitos de caráter penal, processual e processual penal, talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses direitos cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito. [...] Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais e, especialmente os direitos fundamentais de caráter processual, assumem para a ordem constitucional como um todo. Acentue-se que é a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual – aqui merece destaque a proteção judicial efetiva – que permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial.¹⁴⁹

Dentro dessas premissas, o Poder Judiciário, através do processo jurisdicional estatal, tem papel fundamental de garantidor da concretização dos direitos fundamentais processuais, a fim de se proteger os indivíduos contra atos que, indevidamente, possam atingir sua liberdade, integridade pessoal ou propriedade, respeitando sempre a dignidade humana¹⁵⁰ e o estabelecido no art. 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91.386/BA**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 19 fev. de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527317> Acesso em: set. 2020. (grifo nosso).

¹⁵⁰ Norberto Bobbio fala dessa característica do Estado de Direito nestes termos: “A diferença fundamental entre as duas formas antitéticas de regime político, entre a democracia e a ditadura, está no fato de que somente num regime democrático as relações de mera força que subsistem, e não podem deixar de subsistir onde não existe Estado ou existe um Estado despótico fundado sobre o direito do mais forte, são transformadas em relações de direito, ou seja, em relações reguladas por normas gerais, certas e constantes, e, o que mais conta, preestabelecidas, de tal forma que não podem valer nunca retroativamente. A consequência principal dessa transformação é que nas relações entre cidadãos e Estado, ou entre cidadãos entre si, o direito de guerra fundado sobre a autotutela e sobre a máxima “Tem razão quem vence” é substituído pelo direito de paz fundado sobre a heterotutela e sobre a máxima “Vence quem tem razão”; e o direito público externo, que se rege pela supremacia da força, é substituído pelo direito público interno, inspirado no princípio da “supremacia da lei” (rule of law)”. (BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 96-97. Disponível em: <http://files.gocufg.webnode.com/200000052-e499ae594b/Norberto%20Bobbio%20-%20As%20Ideologias%20e%20o%20Poder%20Em%20Crise.pdf>. Acesso em: set. 2020).

indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.¹⁵¹

Assim, pode-se dizer, conforme ensina Marcelo Abelha, que o devido processo legal é fator de legitimação que pauta toda a atuação estatal, mas também é um fator de libertação do cidadão em um Estado Democrático de Direito.¹⁵²

De acordo com o autor mencionado, o devido processo legal, sendo precursor de uma tutela justa, deve ser concretizado sob dois enfoques, o primeiro, como instrumento de proteção do jurisdicionado, que, com todos os princípios que o completam, visa proteger a sua vida/liberdade/propriedade; o segundo se refere à retaguarda do próprio exercício da função jurisdicional do Estado, “visto como um fator de legitimação democrática da atuação do Estado e garantia do demandado.”¹⁵³

Tal ideário foi bem apreendido e complementado pelo Ministro Carlos Veloso, no julgamento de medida liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1511-7, em que pontificou que:

Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente (...). “Due process of law”, com conteúdo substantivo – “substantive due process” – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (“reasonableness”) e de racionalidade (“rationality”), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, “due process of law”, com caráter processual – ‘procedural due process’ – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.¹⁵⁴

Logo, o papel do juiz nos processos jurisdicionais estatais não se resume, apenas, a aplicar a lei ao caso concreto (juiz “boca de lei”). A evolução do conceito e da função do devido processo legal exige-lhe, também, uma atividade interpretativa da lei, a fim de lhe dar a aplicação mais condizente com os valores e princípios constitucionais, adotando, no caso de

¹⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, Poder Legislativo, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em set. de 2020.

¹⁵² ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 50.

¹⁵³ Ibid. p. 50

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1511-7/DF – Medida Liminar**. Relator: Ministro Marcos Veloso, 16 out. de 1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1652290>. Acesso em: set. 2020. (grifo nosso).

conflito de normas ou lacuna da lei, a solução mais razoável possível em termos de justiça¹⁵⁵, que Humberto Theodoro Júnior chama de tarefa integrativa dos juízes, *verbis*:

Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar a norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem, pois, de completar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um *instrumento de justiça*.¹⁵⁶

Ciente de que, atualmente, a função dos juízes não é pura e simplesmente fazer aplicação literal da lei, mas sim ter uma visão integrativa de todo o ordenamento jurídico, sempre sob a ótica da proteção da dignidade humana, o Código de Processo Civil de 2015 consagrou, expressamente, no art. 8º, o dever do juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, de observar a razoabilidade e a proporcionalidade (*substantive process of law*), *verbis*:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.¹⁵⁷

Expressamente, o legislador processual civil determina ao magistrado, além do dever de promover a dignidade da pessoa humana, a observância do devido processo legal substantivo na tripla vertente da proporcionalidade (adequação/necessidade/proporcionalidade em sentido estrito), a fim de que não produza, nos dizeres de Zulmar Duarte: “atos jurisdicionais destituídos de legitimidade constitucional pela desproporcionalidade ou irrazoabilidade.”¹⁵⁸

Proporcionalidade e razoabilidade que devem atentar, ainda, para a proteção processual da dignidade humana, na forma do art. 8º, do CPC, não sendo incomum em nosso sistema – como bem lembra Paulo Cezar Pinheiro Carneiro – que os juízes, ao aplicarem a norma

¹⁵⁵ ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 49. O autor esclarece, no entanto, que não é tarefa fácil fazer com que a tutela jurisdicional seja justa: “Contudo, o processo (relação jurídica processual em contraditório animada por um procedimento) é dinâmico, caracterizando-se por colocar em confronto interesses conflitantes qualificados por pretensões resistidas ou insatisfeitas. Exatamente por isso – considerando o antagonismo das pretensões – é que se reconhece não ser tarefa fácil, senão o contrário, fazer com que o processo seja justo para que justa seja a tutela jurisdicional.” (ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 50).

¹⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1. p. 48-49.

¹⁵⁷ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Poder Legislativo, Diário Oficial da União, 16 mar. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: set. de 2020.

¹⁵⁸ OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. **Comentários ao CPC/2015**: processo de conhecimento e cumprimento de sentença. 2. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 60.

processual, considerem tal importante valor, como nas decisões pela decretação ou não da prisão do devedor de alimentos que está desempregado; na determinação ou não de desocupação de imóveis possuídos por centenas de famílias; na definição se dado bem é ou não penhorável em processos de execução; entre outros.¹⁵⁹

Aliás, a demonstrar a atualidade do tema, recentemente, veio à tona a recomendação do Conselho Nacional de Justiça de n. 62, de 17 de março de 2020, que trata da adoção, pelo Poder Judiciário brasileiro, de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19. A normativa traz várias situações de aplicação do princípio do devido processo legal substancial (adequação/proporcionalidade/razoabilidade), na medida em que recomenda aos juízes (*soft law*) a ponderação de valores (segurança pública x tutela de direitos x aplicação da lei x proteção da saúde e da dignidade humana) antes da tomada de dadas decisões.

O art. 1º da referida recomendação, em seu parágrafo único, inciso III, diz expressamente que um dos fins da referida norma é justamente garantir a continuidade da prestação jurisdicional com observância dos direitos e garantias individuais e do devido processo legal.¹⁶⁰

Com base na recomendação do CNJ, os magistrados decidirão à luz da razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, na conveniência ou não de se impor determinadas medidas, pois, levando-se em consideração a possibilidade de propagação do vírus, a preferência será adotar medidas socioeducativas, no caso de criança e adolescente, em meio aberto (art. 2º), com a

¹⁵⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 76. Sobre a utilização da proporcionalidade pelo magistrado, o autor cita os seguintes exemplos: “como nos casos da opção feita pelo juiz, na dúvida, considerar determinada parte legítima, privilegiando o princípio do acesso a justiça; na concessão de uma medida cautelar para evitar o perecimento do direito litigioso; na conservação de determinada prova ilícita quando estiver em jogo outro princípio constitucional de maior valor, como o da liberdade; na desconsideração da coisa julgada nas hipóteses de reconhecimento de paternidade a partir de um exame técnico de alta precisão, a exemplo do DNA etc. (CARNEIRO, Paulo Cezar. *In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 76).

¹⁶⁰ Art. 1º Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo. Parágrafo único. As recomendações têm como finalidades específicas: I – a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções; II – redução dos fatores de propagação do vírus, pela adoção de medidas sanitárias, redução de aglomerações nas unidades judiciárias, prisionais e socioeducativas, e restrição às interações físicas na realização de atos processuais; e III - garantia da continuidade da prestação jurisdicional, observando-se os direitos e garantias individuais e o devido processo legal. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 62 de 17 de março de 2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em set. 2020).

possibilidade, inclusive, de reavaliar decisões que tenham imposto a aplicação de internação-sanção (art. 3º, inc. II).

No caso da Justiça Criminal, há a possibilidade de se reavaliar prisões provisórias a depender do grupo que o preso pertence (pessoas do grupo de risco, idosos, gestantes, indígenas), inclusive com a recomendação de apenas decretar novas prisões provisórias em hipóteses excepcionais.

Referente aos magistrados com competência cível, o art. 6º da Recomendação, prevê a possibilidade de colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, tudo com o objetivo de redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.

Portanto, o que se conclui da análise dessa Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça é que as suas orientações dizem respeito à ponderação; à aplicação no caso concreto, da razoabilidade e proporcionalidade por parte do magistrado; a observância dos direitos humanos na condução dos processos judiciais; o que implica dizer que ela nada mais faz do que prestigiar a observância, nos processos decisórios jurisdicionais estatais, da faceta substancial do devido processo legal.

3.1.2 A súmula 636 do STF e o controle de constitucionalidade da violação do devido processo legal nos processos jurisdicionais estatais

Como já vimos, a garantia do devido processo legal visa, antes de tudo, entregar uma tutela jurisdicional adequada e com a observância de todos os direitos fundamentais processuais, tanto os derivados da faceta processual da garantia (contraditório, ampla defesa, fundamentação, razoabilidade temporal, juiz natural, etc.), como as atinentes ao aspecto substancial dela (adequação/razoabilidade/proporcionalidade).

Tamanha é a importância da garantia do devido processo legal dentro do modelo constitucional de processo que o sistema, não contente em prever apenas cláusula geral do devido processo legal na Constituição Federal (da qual todas as demais derivam), também optou por positivá-las expressamente na própria Constituição Federal e, também, na legislação infraconstitucional, a partir daí, desenhando qual é espectro de abrangência e alcance da garantia para o processo civil brasileiro.

Conforme pontua Marcelo Abelha:

Sendo o “devido processo legal” a raiz de todos os demais princípios estruturantes do exercício da função jurisdicional, tem-se que os postulados constitucionais da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do juiz, do juiz natural, do acesso à prova, da duração razoável do processo etc. nada mais são do que desdobramentos desse “devido processo legal” que quando exercidos no processo (método estatal democrático), culminam no que se chama de “processo justo ou tutela jurisdicional justa”. Portanto, justa é a tutela jurisdicional que consegue pôr em prática o núcleo duro do *devido processo*, com o adequado equilíbrio entre os mesmos, de forma a alcançar um resultado que possa ser tido como “justo”.¹⁶¹

De um modo geral, o Judiciário brasileiro é comprometido com o respeito a todas essas garantias processuais, sendo comuns pronunciamentos de juízes de primeiro grau, de Tribunais de 2º grau e, até, do STJ, no sentido de condicionar a validade dos processos decisórios estatais e de seus pronunciamentos à observância desses direitos fundamentais.

O STF, contudo, tem entendimento consolidado, a partir do verbete sumular de n. 636 (“Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”)¹⁶², no sentido de que não lhe compete controlar a eventual violação do devido processo legal, considerando que a formatação da garantia se dá no plano infraconstitucional; e que, por isso, não cabe Recurso Extraordinário quando houver alegação de ofensa ao art. 5º LIV, pois entende que, nesses casos, a ofensa à Constituição Federal é apenas indireta ou reflexa.¹⁶³

Sérgio Luís Wetzel de Mattos critica esse posicionamento. Afirma que o STF, sendo o guardião da Constituição, “deixa de investigar a concretização do direito fundamental ao devido

¹⁶¹ ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 50

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 636. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, **Diário de Justiça**, 13 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2836>. Acesso em: out. 2021.

¹⁶³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 191. No julgamento do AG. REG. no Agravo de Instrumento n. 811.718, Sergipe, o relator Celso de Melo deixa claro esse entendimento: “(...) O entendimento jurisprudencial desta Corte Suprema, no sentido de que “o devido processo legal – CF, art. 5º, LV – exerce-se de conformidade com a lei” (AI 192.995-AgR/PE. Rel. Min. Carlos Veloso – grifei), razão pela qual a alegação de desrespeito à cláusula do devido processo legal, por traduzir transgressão “indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais” (AI 215.885-AgR/SP, Rel. Min. Moreira Alves – AI 414.167/RS, Rel. Min. Cezar Peluso – RE 257.533-AgR/RS, Rel. Min. Carlos Velloso), não autoriza o acesso à via recursal extraordinária.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. no Agravo de Instrumento n. 811.718/SE**. Relator: Ministro Celso de Melo, 1 de fevereiro 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619699>. Acesso em: set. 2020; Cf. também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **AI 312.449 AgR**, Relator: Min. Carlos Velloso, 13 de março de 2002. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=301685>. Acesso em: out. 2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no RE com Agravo n. 1.089.145/SP**. Relator: Ministro Dias Tóffoli, 11 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14257098>. Acesso em: out. 2020.

processo legal”¹⁶⁴ ao inadmitir apreciar, na via do Recurso Extraordinário, a ocorrência de ofensas reflexas.

A crítica feita pelo autor referido se justifica, pois o alcance do devido processo legal é muito mais abrangente do que simplesmente a obediência aos procedimentos ritualísticos previstos na legislação processual, ou à formatação infraconstitucional que é dada à garantia.

Mesmo que se analise, apenas, a faceta formal ou procedimental da garantia (*procedural process of law*), relata Maria Rosynete Oliveira Lima que a observância dos ritos procedimentais representa apenas o aspecto extrínseco do devido processo legal procedimental, que deve ser completado com seu aspecto intrínseco, ou seja, com verdadeira interação do caso concreto com a ordem constitucional, para que haja efetiva “proteção processual-constitucional ao indivíduo contra eventuais abusos praticados pelo Estado.”¹⁶⁵

Considerar o devido processo legal procedimental apenas como necessidade de se observar os procedimentos previstos em lei, o reduziria a “mero instrumento de controle de legalidade”¹⁶⁶, o que é um equívoco. Afinal, seu conceito e alcance já estão, segundo a referida autora, “constitucionalmente dilatado, apto a servir de limite constitucional à imposição judicial ou administrativa de ordens ou decisões legislativas ou governamentais, que se afigurem contrárias ao direito.”¹⁶⁷

Humberto Ávila aduz:

A tese da ofensa indireta e reflexa conduz a limitações e dificuldades na concretização dos princípios (inclusive dos direitos fundamentais). Se somente a ofensa direta e frontal à Constituição permite a interposição de recurso extraordinário, a concretização legislativa dos princípios constitucionais não pode ser controlada. Ademais, não se pode esquecer a definição dos princípios: princípios são normas imediatamente finalísticas. Isso significa, de um lado, que os princípios jurídicos instituem uma tarefa de concretização (*Konkretisierungsauftrag*); e, de outro lado, que eles, às vezes, “somente em consequência da interpretação das referidas prescrições legislativas” — para utilizar uma expressão do Tribunal — podem ser concretizados. Considerando essa constatação, o Supremo Tribunal Federal abre mão de investigar uma enorme — e importante — parte da concretização dos princípios.¹⁶⁸

¹⁶⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 191-192.

¹⁶⁵ LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 243-244.

¹⁶⁶ *Ibid.* p. 243.

¹⁶⁷ *Ibid.* p. 244.

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 353-354.

Por isso, ainda que de maneira excepcional, o próprio STF já decidiu, embora antes da edição da Súmula 636, ser possível questionar a violação do devido processo legal por meio de Recurso Extraordinário. Nesse sentido, a ementa do Recurso Extraordinário 247.262/BA:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - NORMAS LEGAIS - CABIMENTO. A intangibilidade do preceito constitucional que assegura o devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da tese no sentido de que a ofensa 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.¹⁶⁹

O devido processo legal não impõe apenas o cumprimento de procedimentos previstos em lei. Configura, também, um direito fundamental de se obter uma tutela jurídica justa. Adotar a teoria da ofensa reflexa, a fim de não se admitir Recurso Extraordinário nessas questões, apenas prejudica a efetivação desse direito.

3.1.3 A incidência concreta do devido processo legal nos processos decisórios judiciais no Brasil

Em que pese o quanto posto no item precedente – a respeito da necessidade de ofensa direta e frontal à Constituição Federal para que haja a admissibilidade do Recurso Extraordinário para consideração da violação dos direitos fundamentais processuais –, fato é que o STF tem várias decisões garantindo e efetivando o devido processo legal e todos os seus corolários.

3.1.3.1 *Contraditório e ampla defesa*

É o exemplo da decisão prolatada no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 117.608/SP, em que o Tribunal acatou a alegação de nulidade processual por ausência de

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **RE n. 247262-0 - Bahia**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 13 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=257640>. Acesso em: out. 2020.

intimação do advogado legalmente constituído para apresentar razões de recurso em sentido estrito, com reconhecimento de cerceamento de defesa por violações aos princípios do contraditório e da ampla defesa:

1. Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Alegação de nulidade processual. Ausência de intimação do advogado legalmente constituído para apresentar as razões do recurso em sentido estrito. 3. Cerceamento de defesa. Violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Ocorrência. Prejuízo inequívoco. 4. Recurso provido para que o recorrente seja devidamente intimado e tenha a oportunidade de apresentar suas razões ao recurso em sentido estrito.¹⁷⁰

Neste julgado, cumpre destacar o trecho do voto do Ministro relator Gilmar Mendes, a enfatizar que “o direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.”¹⁷¹

Interessante, também, o voto do ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança n. 24.268, no mesmo sentido de que o regular exercício do direito de defesa é um dos principais corolários do devido processo legal nos processos decisórios jurisdicionais estatais, *verbis*:

Tenho enfatizado, relativamente ao direito de defesa, que a Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Como já escrevi em outra oportunidade, as dúvidas porventura existentes na doutrina e na jurisprudência sobre a dimensão do direito de defesa foram afastadas de plano, sendo inequívoco que essa garantia contempla, no seu âmbito de proteção, todos os processos judiciais ou administrativos. Assinale-se, por outro lado, que há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar - como bem anota Pontes de Miranda - é uma pretensão à tutela jurídica (Comentários à Constituição de 1967/69, tomo V, p. 234). Observe-se que não se cuida aqui, sequer, de uma inovação doutrinária ou jurisprudencial. Já o clássico João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição de 1891, asseverava, com precisão: "Com a plena defesa são incompatíveis, e, portanto, inteiramente, inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas." (Constituição Federal Brasileira -- Comentários, Rio de Janeiro, 1902, p. 323). Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 117.608/SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 08 de abril de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6462451>. Acesso em: out. 2020.

¹⁷¹ Ibid.

chamado "Anspruch auf rechtliches Gehör" (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã -- BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3ª edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363- 364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, GrundgesetzKommentar, Art. 103, vol IV, nº 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (Beachtungspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, GrundgesetzKommentar, Art. 103, vol. IV, nº 97).¹⁷²

O STJ também tem várias decisões tutelando os corolários do contraditório e da ampla defesa. Exemplificativamente, no julgamento do Recurso Especial n. 172712, a 4ª turma do STJ reconheceu que a falta de intimação da parte para responder ao recurso configura ofensa ao devido processo legal, acarretando, como regra, a nulidade do julgamento:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO. INTIMAÇÃO DO AGRAVADO PARA RESPOSTA. OBRIGATORIEDADE. CPC, ART. 527, III. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. RECURSOS PROVIDOS. I- A intimação do agravado para apresentar resposta é obrigatória, nos termos do artigo 527, III, CPC. II- Essa obrigação decorre precipuamente do princípio do contraditório, consagrado constitucionalmente (art. 5º, LV) e base do devido processo legal, razão pela qual, mesmo não havendo disposição legal expressa, indispensável é a ciência da parte dos atos praticados pelo seu adversário.¹⁷³

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 24268/MG**. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 05 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: out. 2020.

¹⁷³ Id. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 172712 (1998/0030864-4)**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 06 de agosto de 1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800308644&dt_publicacao=14-09-1998&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: out. 2020. Neste mesmo sentido foi a decisão

Esses julgados representam alguns exemplos de que nossos tribunais superiores sempre prestigiam a efetivação dos princípios que dão o contorno prático do devido processo legal.

3.1.3.2 Publicidade

Mas não é apenas em relação à violação do contraditório e da ampla defesa que se encontram decisões dos Tribunais Superiores. Há diversos outros pronunciamentos de órgãos do Judiciário brasileiro, no sentido de reconhecer vícios nos processos jurisdicionais estatais por violação dos demais corolários do devido processo legal.

É o exemplo da decisão da Segunda Turma do STF, que julgou improcedente o Agravo Regimental na Petição n. 6.631/DF, em que o requerente solicitava a cassação de decisão que levantava o sigilo de depoimento prestado em acordo de delação premiada, com a remessa dos autos à seção Judiciária, sob o argumento de que a própria Constituição Federal prevê hipóteses de mitigação do princípio da publicidade.

Conforme apontado pelo relator, Ministro Edson Fachin:

[...] a publicidade dos atos processuais, garantida no artigo 5º, LX, da Constituição Federal, se constitui verdadeiro instrumento democrático de controle da função jurisdicional, razão pela qual a sua mitigação, embora autorizada de forma expressa pelo Poder Constituinte Originário, deve receber o tratamento peculiar às restrições a qualquer direito fundamental do cidadão, como a efetiva demonstração da sua necessidade e a maior brevidade possível da intervenção.¹⁷⁴

3.1.3.3 Isonomia

Referentemente ao princípio da isonomia, no Recurso Extraordinário no Agravo n. 648.629, em que foi reconhecida a Repercussão Geral, foi debatida a questão de se definir se a

proferida no Recurso Especial n. 11760 (1991/0011651-3), que deixou expresso em sua ementa que o princípio do contraditório é um dos pilares do devido processo legal. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 11760 (1991/0011651-3)**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 11 de maio de 1993. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100116513&dt_publicacao=07-06-1993&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em out. 2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 14201 (1991/0018077-7)**. Relator: Ministro Waldemar Zveiter, 30 de junho de 1992. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100180777&dt_publicacao=08-09-1992&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: out. 2020.

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG.REG. na petição 6.631/DF**. Relator: Ministro Edson Fachin, 17 de junho de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13086016>. Acesso em: out. 2020.

prerrogativa processual da Fazenda Pública Federal de receber intimações pessoais, nos termos do art. 17 da Lei 10.910/2004, também seria aplicada no âmbito do procedimento dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001). Referido Recurso Extraordinário foi interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, que alegava violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, pois os procuradores federais teriam direito a serem intimados pessoalmente das decisões.

O Recurso Extraordinário foi desprovido sob o correto fundamento de incidência do princípio da igualdade das partes – a afastar as prerrogativas processuais da Fazenda Pública – para além de que, no sistema dos Juizados Especiais, o foco central do procedimento deve ser a figura do autor, já que ele foi moldado, à luz do art. 98, I, e § 1º, da CF, para ampliar o acesso à justiça, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. RITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. PRERROGATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS OCUPANTES DE CARGO DE PROCURADOR FEDERAL (ART. 17 DA LEI Nº 10.910/2004). INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS. CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LV, DA CRFB). ACESSO À JUSTIÇA (ART. 5º, XXXV, DA CRFB). SIMPLICIDADE DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO (ART. 98, I, DA CRFB). ART. 9º DA LEI Nº 10.259/01. AGRAVO CONHECIDO E RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. A isonomia é um elemento ínsito ao princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CRFB), do qual se extrai a necessidade de assegurar que as partes gozem das mesmas oportunidades e faculdades processuais, atuando sempre com paridade de armas, a fim de garantir que o resultado final jurisdicional espelhe a justiça do processo em que prolatado. Doutrina (FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 4. ed. – São Paulo: RT, 2005. p. 66; DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: RT, 1986. p. 92; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade processual. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 19; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. RePro 35/231). 2. As exceções ao princípio da paridade de armas apenas têm lugar quando houver fundamento razoável baseado na necessidade de remediar um desequilíbrio entre as partes, e devem ser interpretadas de modo restritivo, conforme a parêmia *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*. 3. O rito dos Juizados Especiais é talhado para ampliar o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB) mediante redução das formalidades e aceleração da marcha processual, não sendo outra a exegese do art. 98, I, da Carta Magna, que determina sejam adotados nos aludidos Juizados “os procedimentos oral e sumariíssimo”, devendo, portanto, ser apreciadas cum grano salis as interpretações que pugnem pela aplicação “subsidiária” de normas alheias ao microssistema dos Juizados Especiais que importem delongas ou incremento de solenidades. 4. O espírito da Lei nº 10.259/01, que rege o procedimento dos Juizados Especiais Federais, é inequivocamente o de afastar a incidência de normas que alberguem prerrogativas processuais para a Fazenda Pública, máxime em razão do que

dispõe o seu art. 9º, verbis: “Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos”. 5. Não se aplica aos Juizados Especiais Federais a prerrogativa de intimação pessoal dos ocupantes de cargo de Procurador Federal, prevista no art. 17 da Lei n.º 10.910/2004, na medida em que neste rito especial, ante a simplicidade das causas nele julgadas, particular e Fazenda Pública apresentam semelhante, se não idêntica, dificuldade para o adequado exercício do direito de informação dos atos do processo, de modo que não se revela razoável a incidência de norma que restringe a paridade de armas, além de comprometer a informalidade e a celeridade do procedimento. 6. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário.¹⁷⁵

Aliás, o princípio da isonomia já foi tratado, pela Suprema Corte brasileira, como a medula do devido processo legal.¹⁷⁶ De modo que, por ser imanente ao *procedural due process of law*, quando uma das partes, no processo jurisdicional estatal, é o próprio Estado, os favores legais que visam compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas só se justificam se forem razoáveis. Se, ao contrário, desafiarem a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais violadores do corolário da igualdade.¹⁷⁷

Assim, o juiz deve garantir tratamento igualitário entre as partes, seja no processo civil, seja no processo penal (entre acusação e defesa)¹⁷⁸, não podendo jamais, em virtude da qualidade ou importância de uma das partes, conceder privilégios em detrimento da outra.¹⁷⁹

3.1.3.4 Juiz natural e imparcialidade

Da mesma forma, o STF também já se pronunciou a respeito da necessária obediência ao princípio do juiz natural. Nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 548.203-7 de Alagoas, foi reconhecido que o direcionamento injustificado da causa a

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo n. 648.629/RJ**. Relator: Ministro Luiz Fux, 24 de abril de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5617757>. Acesso em: out. 2020.

¹⁷⁶ Id. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 83.255**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 05 de novembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79303>. Acesso em: out. 2020.

¹⁷⁷ Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1753-2/DF – Medida Cautelar. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1753-2 MC**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 16 de abril de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347250>. Acesso em: out. 2020.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 21884-7/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 17 de maio de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115677>. Acesso em: out. 2020.

¹⁷⁹ Id. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 11.728-2 (1991/0011502-9)**. Relator: Ministro Pedro Acioli, 12 de fevereiro de 1992. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100115029&dt_publicacao=09-03-1992&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: out. 2020.

determinado juízo é um ato não aleatório, o que afeta a imparcialidade do julgador e a justiça do processo, ofendendo, assim, o princípio do juiz natural.¹⁸⁰

A Suprema Corte brasileira também já reconheceu que, nos processos jurisdicionais estatais, a admissão de assistentes litisconsorciais, após o deferimento de liminar, igualmente fere o princípio do juiz natural.

Conforme enfatizou o Ministro Luiz Fux, no Mandado de Segurança n. 26860 – DF; “[...] a tentativa de ingressar no feito, como autor, após o deferimento da liminar, permite ao requerente escolher o Juízo que já se manifestou favoravelmente à sua tese – o que não é permitido em nosso ordenamento jurídico [...].”¹⁸¹

O STJ, reconhecendo a importância do princípio do juiz natural, deu provimento ao Recurso Especial n. 1.519.589/DF (2015/0055630-3). O caso se referia à situação em que os autores da ação, sem a concordância do adversário, pretendiam desistir dela para, sob o fundamento de conexão com outra em andamento em juízo diverso, escolher o juízo da causa, violando, assim o princípio do juiz natural.

O Recurso Especial foi assim ementado:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO. DESISTÊNCIA DA AÇÃO. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA DO RÉU. RECUSA, TODAVIA, CONDICIONADA A APRESENTAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO RAZOÁVEL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA FORMULADO PARA MODIFICAR REGRA DE COMPETÊNCIA E VIOLAR O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. IMPOSSIBILIDADE. 1- Ação distribuída em 26/01/2009. Recurso especial interposto em 20/10/2014 e atribuído à Relatora em 02/09/2016. 2- O propósito recursal é definir se a justificativa apresentada pelos recorrentes para impedir a desistência da ação formulada pelos recorridos foi suficientemente fundamentada e se deve ser reputada como válida. 3- Após o escoamento do prazo para resposta, somente é admissível a desistência da ação com a aquiescência do réu, pois ele também tem direito ao julgamento de mérito da controvérsia, bem como a eventual formação de coisa julgada material a seu favor. 4- A recusa do réu, todavia, deve ser fundamentada em motivo razoável, sendo insuficiente a simples alegação de discordância sem a indicação de qualquer motivo plausível. Precedentes. 5 Na hipótese, verifica-se que os autores pretendem desistir da ação para deduzir pretensão assentada em questão conexa em juízo distinto daquele em que tramita a ação em 1º grau de jurisdição, de modo que a justificativa apresentada pelos réus, ainda que sucinta, é relevante e busca, em última análise, evitar a artificial modificação

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n. 548.203-7**. Relator: Ministro Cezar Peluso, 12 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513887>. Acesso em: out. 2020.

¹⁸¹ Id. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26860/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux, 02 de abril de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6789355>. Acesso em: out. 2020.

de regra de competência e a violação ao princípio constitucional do juiz natural. 6- Recurso especial conhecido e provido.¹⁸²

Entre os corolários do devido processo legal, repisa-se, está o da imparcialidade do juiz, um dos pilares da garantia do juiz natural,¹⁸³ que, conforme ficou estabelecido no Recurso Extraordinário n. 418.852: “é uma das mais eficazes condições de independência dos magistrados. Independência, a seu turno, que opera como um dos mais claros pressupostos de imparcialidade que deles, julgadores, se exige.”¹⁸⁴

Sem dúvida, a imparcialidade é um dos atributos que se exige do juiz, que deve se colocar acima dos interesses das partes. Tanto, que o STJ reconheceu no Recurso Especial n. 83.732/RJ (1995/0068715-1) a parcialidade do julgador que havia recebido, de uma das partes do processo, dinheiro para a reforma do fórum em que o magistrado era diretor.¹⁸⁵

Julgamento paradigmático e que ocupou lugar de destaque na mídia, até por ser relevante politicamente, é o proferido pela Segunda Turma do STF no HC 164.493. Por maioria de votos, a Corte concedeu ordem de *Habeas Corpus*, para reconhecer a suspeição do ex-juiz Sérgio Moro na condução da ação penal que condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva por corrupção passiva e lavagem de dinheiro, referente ao caso triplex (Guarujá).

Todas as decisões de Sérgio Moro neste caso, incluindo os atos praticados na fase pré-processual, foram anuladas, pois a Suprema Corte entendeu que ele demonstrou parcialidade na condução do processo na 13ª Vara Federal de Curitiba.

Na ementa do julgado destacou-se que a imparcialidade é a pedra de toque do processo penal, sendo necessária, inclusive, para se garantir o efetivo direito de defesa:

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.519.589/DF (2015/0055630-3)**. Relatora: Ministra Nancy Andryghi, 10 de abril de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1698345&num_registro=201500556303&data=20180413&formato=PDF. Acesso em: out. 2020.

¹⁸³ No julgamento do Recurso Especial n. 230009/RJ (1999/0082217-0), a Quarta Turma entendeu que “a imparcialidade do magistrado, um dos pilares do princípio do juiz natural, que reclama juiz legalmente investido na função, competente e imparcial, se inclui entre os pressupostos de validade da relação processual, que se reflete na ausência de impedimento, nos termos do art. 134 do Código de Processo Civil.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 230009/RJ (1999/0082217-0)**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 08 de fevereiro de 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900822170&dt_publicacao=27-03-2000&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: out. 2020.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso Extraordinário n. 418852**. Relator: Ministro Carlos Britto, 06 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368431>. Acesso em: out. 2020.

¹⁸⁵ Id. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Recurso Especial n. 83732/RJ (1995/0068715-1)**. Relator: Ministro Vicente Leal, 14 de abril de 1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500687151&dt_publicacao=11-05-1998&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: out. 2020.

[...] Imparcialidade como pedra de toque do processo penal. A imparcialidade judicial é consagrada como uma das bases da garantia do devido processo legal. Imparcial é aquele que não é parte, que não adere aos interesses de qualquer dos envolvidos no processo. Há íntima relação entre a imparcialidade e o contraditório. A imparcialidade é essencial para que a tese defensiva seja considerada, pois em uma situação de aderência anterior do julgador à acusação, não há qualquer possibilidade de defesa efetiva [...].¹⁸⁶

Em que pese a defesa ter alegado que o julgamento se baseava em prova ilícita (conversas entre os acusadores e o julgador obtidas pela invasão de hackers e apreendidas pela Operação *Spoofing*), o colegiado não a levou em consideração e elencou sete outros fatos que denotaram a parcialidade do julgador, que, segundo o Tribunal, ultrapassam os limites do sistema acusatório.

3.1.3.5 Fundamentação (motivação)

Importante trazer à colação a necessidade de observância do princípio (ou dever) de fundamentação das decisões judiciais, que, conforme feliz alerta de Fernão Borba, deve pautar-se pelo entendimento do senso comum, e não por visões particulares.¹⁸⁷

O STF já se pronunciou expressamente, no sentido de que a exigência de fundamentação das decisões judiciais é uma garantia constitucional contra abusos do Estado-Juiz, devendo ser cumprida ainda que de maneira sucinta, a fim de se limitar os poderes que são deferidos aos juízes e aos Tribunais.¹⁸⁸

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Habeas Corpus n. 164.493/PR**, Relator: Ministro Edson Fachin, 23 de março de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756048250>. Acesso em: set. 2021. (grifo nosso).

¹⁸⁷ FRANCO, Fernão Borba. Recrutamento e poder do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 22, n. 86, abr./jun., 1997, p. 240-268. O autor continua sua explicação: “Não creio seja possível a utilização de critérios particulares de ‘justiça’, ainda que nos casos concretos, jungidos aos princípios constantes da cláusula do devido processo legal, rejeitando-se a norma posta, sob o fundamento de que ela é injusta porque reflete a vontade de uma minoria antidemocrática e dominadora. Essa construção reflete uma visão deturpada da norma constitucional descurando de sua origem. Os conceitos particulares a respeito da construção da norma não podem ser levados a tamanhas consequências, sob pena de insegurança jurídica. Mas também não se deve interpretar a lei sem o exame dos princípios e das garantias individuais, sem o respeito aos direitos humanos, e, enfim sem sua inserção nos princípios democráticos” (FRANCO, Fernão Borba. Recrutamento e poder do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 22, n. 86, abr./jun., 1997).

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 68.202**. Relator: Ministro Celso de Mello, 06 de novembro de 1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70799>. Acesso em: out. 2020. Cf. também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso Extraordinário n. 140.370-5/MG**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 20 de abril de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=208269>. Acesso em: out. 2020. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 18731/PR**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 25 de fevereiro de 1992. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100160199&dt_publicacao=30-03-1992&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: out. 2020.

No entanto, importante frisar que a possibilidade de a fundamentação ser sucinta não pode ser confundida com a decisão não fundamentada, conforme ficou bem destacado na Ementa do *Habeas Corpus* n. 78013, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, *verbis*:

EMENTA: Sentença condenatória: acórdão que improve apelação: motivação necessária. A apelação devolve integralmente ao Tribunal a decisão da causa, de cujos motivos o teor do acórdão há de dar conta total: não o faz o que - sem sequer transcrever a sentença - limita-se a afirmar, para refutar apelação arrazoada com minúcia, que "no mérito, não tem os apelantes qualquer parcela de razão", somando ao vazio dessa afirmação a tautologia de que "a prova é tranquila em desfavor dos réus": a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial - que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular - é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum.¹⁸⁹

No julgamento do Recurso Especial n. 67514, a Quarta Turma do STJ, destacou que o dever de fundamentação das decisões judiciais é uma característica dos processos jurisdicionais contemporâneos, e que, por ser sustentado pelo devido processo legal, é uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito.¹⁹⁰

3.1.3.6 Vedação ao uso da prova ilícita

O mesmo ocorre com a proibição da prova ilícita nos processos jurisdicionais¹⁹¹, princípio que também solidifica o *procedural due process of law*, e que não permite transgressões injustificadas a outros direitos individuais fundamentais, como, por exemplo, a inviolabilidade de domicílio¹⁹² e intimidade individual das pessoas.¹⁹³

¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Habeas Corpus* n. 78013-3/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 24 de novembro de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77690>. Acesso em: out. 2020. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Recurso Extraordinário* 217.631-1/GO. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 09 de setembro de 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=247398>. Acesso em: out. 2020.

¹⁹⁰ Id. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *Recurso Especial* n. 67514/RJ (1995/0028085-0). Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 19 de março de 1996. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500280850&dt_publicacao=15-04-1996&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: out. 2020.

¹⁹¹ Conferir: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Recurso Especial* n. 143520/SC. Relator: Ministro Luís Vicente Cernicchiaro, 14 de abril de 1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700560244&dt_publicacao=11-05-1998&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: out. 2020.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus* n. 79512. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 16 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78086>. Acesso em: out. de 2020.

¹⁹³ Sobre impossibilidade de gravação clandestina de conversa informal entre policial e indiciado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Habeas Corpus* n. 80949. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 30 de

A respeito deste tema, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 5352/GO, o STJ considerou ilícita a gravação telefônica feita clandestinamente pelo marido, e determinou o desentranhamento da referida prova (embora a gravação comprovasse que a mulher ministrava Lexotan para as filhas menores).¹⁹⁴

3.1.4 Síntese parcial

Até aqui, constatou-se que a observância do devido processo legal é indispensável para a validade dos processos decisórios em curso no Judiciário brasileiro. Somente sua estrita observância possibilita que os magistrados distribuam adequadamente Justiça, nos dizeres de Vallisney De Souza: “dando as mesmas oportunidades às partes e atuando sobre o império da noção de justiça, sem excesso e com o devido respeito aos direitos individuais e coletivos.”¹⁹⁵

A preocupação do STF com a observância, nos processos jurisdicionais estatais, do devido processo legal e todos os seus subprincípios, fica evidente na análise do pedido de extradição n. 1442/DF, da relatoria do Ministro Celso de Mello.

O STF indeferiu o pedido extradicional ao governo chinês, tendo em vista a incapacidade de o Estado requerente assegurar ao extraditando os direitos inerentes ao devido processo legal, com um julgamento justo, imparcial e independente.

Dada sua importância didática, transcreve-se aqui trecho da ementa:

[...] A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o Supremo Tribunal Federal – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, entre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do “due process of law”. Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – assumiu, nos termos

outubro de 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78579>. Acesso em: out. 2020.

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS n. 5352/GO Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 1995/0003246-5**. Relator Ministro Adhemar Maciel, 27 de maio de 1996. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500032465&dt_publicacao=25-11-1996&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em: out. 2020.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Expressões do Devido Processo Legal. **Revista de Processo**, n. 106, ano 27, abr./jun., p. 297-306, 2002.

desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (CF, art. 4º, II). O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a quem foi dirigido o pedido de extradição. A possibilidade de ocorrer a denegação, em juízo penal instaurado perante Tribunais do Estado estrangeiro, das prerrogativas inerentes ao “due process of law”, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade jurídica do acusado – como, p. ex., a garantia de ampla defesa, a garantia do contraditório, a igualdade entre as partes perante o juiz natural e a garantia de imparcialidade e de independência do magistrado processante – impede o deferimento do pedido extradicional (RTJ 134/56-58, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). O Supremo Tribunal Federal não deve deferir o pedido de extradição, se o ordenamento jurídico do Estado requerente não se revelar capaz de assegurar aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente. A incapacidade de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao “fair trial” atua como causa impeditiva do deferimento do pedido de extradição [...].¹⁹⁶

Conclui-se, nesse ponto, conforme destaca José Rogério Cruz e Tucci, que as garantias constitucionais do processo constituem uma importante página da história da liberdade individual, devendo estar presentes não só nos processos judiciais, mas, também, nos processos decisórios administrativos, “de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas.”¹⁹⁷

3.2 Processos decisórios administrativos

3.2.1 A evolução do devido processo legal nos processos administrativos

O devido processo legal também se aplica na seara do Direito Administrativo, como determina a própria Constituição Federal em seu art. 5º, LV que prevê: “aos litigantes, em processo judicial ou *administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”¹⁹⁸

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Extradição n. 1442/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello, 13 a 19 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751914248>. Acesso em: out. 2020.

¹⁹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário de 30 anos da Constituição Federal. In: MARX NETO, Edgard Audomar *et al.* **Processo Civil Contemporâneo**. Homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 193.

¹⁹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, Poder Legislativo, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: jul. 2020. (grifo nosso).

Porém, mesmo antes da expressa previsão em sede constitucional, nossos Tribunais superiores já se manifestavam no sentido da necessidade de observância dos princípios que informam o devido processo legal também nos processos administrativos.

É o que se verifica no Recurso Extraordinário n. 21.939/MG, de 1954, em que a Ementa é clara: “No processo administrativo, deve ser assegurada ao funcionário ampla defesa.”¹⁹⁹

No Recurso de Mandado de Segurança n. 9.483, de 1962, o Ministro Gonçalves de Oliveira, discordando do relator, foi claro em seu voto no sentido de que: “sem a instauração de processos que, com a mais ampla defesa dos candidatos nomeados, ora impetrantes, se apurasse falta grave e insanável do concurso, não se vê como deixar de conceder a segurança.”²⁰⁰

Em outra oportunidade, agora em 1967, o Recurso Extraordinário n. 56.943/SP, não foi conhecido e se insurgia contra um Mandado de Segurando que foi deferido em virtude da inobservância do princípio do contraditório, eis a ementa:

Concurso para cátedra. Anulação do concurso pelo Conselho Universitário. Mandado de Segurança provido. Na hipótese, decidiu-se que era necessária a audiência do outro candidato, na instância administrativa. Recurso Extraordinário não conhecido.²⁰¹

O antigo Tribunal Federal de Recursos também teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, mostrando sua preocupação com a observância do devido processo legal na seara administrativa. É o que se constata no RIP n. 03408647, AC n. 0078478 de 1984, sobre a necessidade de fundamentação da decisão que impõe multa, da relatoria do Ministro Antônio de Paula Ribeiro assim ementado:

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 21939/MG**. Relator: Ministro Hahnemann Guimarães, 13 de outubro de 1953. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=123294>. Acesso em: fev. 2021. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 45.803/PE**. Relator: Ministro Ribeiro da Costa, 29 de novembro de 1960. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=145334>. Acesso em: fev. 2021.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 46.825/PE**. Relator: Ministro Hélio Lima de Albuquerque, 27 de julho de 1961. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=146180>. Acesso em: fev. 2021.

²⁰⁰ Id. Supremo Tribunal Federal. **RMS n. 9.483/MG**. Relator Ministro Djalma da Cunha Melo, 16 de maio de 1962. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108809>. Acesso em: fev. 2021. Cf. também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **RE 54.331/PE**. Relator: Ministro Victor Nunes, 19 de março de 1965. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=152944>. Acesso em: fev. 2021.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **RE n. 45.768/PI**. Relator: Ministro Victor Nunes, 24 de setembro de 1965. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=145305>. Acesso em: fev. 2021. (grifo nosso).

²⁰¹ Id. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 56.943/SP**. Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira, 12 de maio de 1967. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=155130>. Acesso em: fev. 2021.

SUNAB – Infração ao art. 11, letras "f" e "m" da Lei Delegada n. 4/62 – Nulidade das decisões administrativas. I – As decisões administrativas que impõe multa, por infração ao art. 11 da Lei Delegada n. 04/62, precisam ser motivadas, sob pena de nulidade. II – Apelação desprovida.²⁰²

O extinto Tribunal também mostrou apreço à necessidade de observância do contraditório nos processos administrativos, conforme se pode verificar no RIP n. 07810350, AC n. 0135377, de 1987:

Administrativo e Processual Civil. Litisconsórcio. Registro de Diploma. Cancelamento. Procedimento Administrativo. Contraditório. Inexistência. Nulidade. 1. A natureza da relação estabelecida entre o autor e as rés (comunicação de uma a outra sobre irregularidade na obtenção de diploma de curso superior para efeito de cancelamento de registro) impõe a necessidade do litisconsórcio, de molde a garantir a oponibilidade da sentença às partes envolvidas no litígio. 2. Nulo é o ato administrativo (cancelamento de registro de diploma) em que não se estabeleceu o contraditório, com observância do devido processo legal. 3. Recurso desprovido.²⁰³

Referentemente ao processo administrativo de registro de marcas regulamentado pela Lei 5.772/71 (Revogada pela Lei 9.279/96), o Tribunal Federal de Recursos também ratificava a necessidade do contraditório:

ADMINISTRATIVO. Propriedade Industrial. Cancelamento de Patente. Recurso art. 58, par. 4º da Lei 5.772/71. Princípio do Contraditório. O recurso previsto no art. 58, par. 4º, da Lei n. 5.772/71, está sujeito ao princípio do Contraditório. Não ouvido o impetrante sobre a interposição do recurso ao Ministro, desrespeitado foi aquele preceito; o direito de Ampla Defesa deve ser assegurado em todo o Processo Administrativo. Inaplicabilidade à espécie dos autos do precedente apontado pela apelante. Improvimento dos recursos de ofício e voluntário.²⁰⁴

²⁰² BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. **RIP 3408647**. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 22 de fevereiro de 1984. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=processo+administrativo+motiva%E7%E3o&b=TFRC&p=true&thesaurus=&l=20&i=5&operador=mesmo>. Acesso em: fev. 2021.

²⁰³ Id. Tribunal Federal de Recursos (2ª Turma). **RIP 07810350/RS**. Relator: Ministro Jesus Costa Lima, 13 de novembro de 1987. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=processo+administrativo+contradit%F3rio&b=TFRC&p=true&thesaurus=&l=20&i=2&operador=mesmo>. Acesso em: fev. 2021. (grifo nosso).

²⁰⁴ Id. Tribunal Federal de Recursos (5ª Turma). **RIP n. 06206727, AMS n. 010689-3/DF**. Relator: Ministro Sebastião Reis, 13 de agosto de 1986. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=processo+administrativo+contradit%F3rio&b=TFRC&p=true&thesaurus=&l=20&i=6&operador=mesmo>. Acesso em: fev. 2021. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Federal de Recursos (6ª Turma). **RIP 04166906, AMS 0098019/RJ**. Relator: Ministro Torreão Braz, 26 de outubro de 1986. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=processo+administrativo+contradit%F3rio&b=TFRC&p=true&thesaurus=&l=20&i=7&operador=mesmo>. Acesso em: fev. 2021. (grifo nosso).

Por fim, apenas para corroborar que, mesmo antes de 1988, os Tribunais Superiores brasileiros já possuíam a tendência de garantir o devido processo legal em variados tipos de processos decisórios administrativos, o que, segundo Carlos Roberto Siqueira Castro, demonstrava “sensibilidade com os novos e calorosos ventos da democracia no plano da gestão pública”²⁰⁵, uma ementa do Tribunal Federal de Recursos sobre a necessidade de contraditório nos processos administrativos disciplinares:

ADMINISTRATIVO. Demissão por abandono de emprego. Cerceamento de Defesa. Nulidade. O processo administrativo disciplinar, como o processo penal, não transige com as violações ao direito de ampla defesa do servidor. Prejudicado o contraditório, é de declarar-se a nulidade do ato que o demitiu. Remessa não conhecida por incabível.²⁰⁶

Na medida em que as relações entre Administração Pública e sociedade se tornaram mais complexas, o devido processo legal foi encontrando no Direito Administrativo um campo extremamente propício para afirmar-se.²⁰⁷

Conforme o Estado Contemporâneo foi aumentando suas funções e modificando cada vez mais sua relação com a sociedade, a necessidade de se estabelecer um processo adequado para realizar tais funções não interessava apenas para a garantia de um ato administrativo legítimo, mas para própria legitimação do poder.²⁰⁸

No processo jurisdicional sempre foi pacífico que o magistrado deveria ser imparcial e justo, respeitando o contraditório e a ampla defesa; que as partes deviam ser tratadas com igualdade; que as provas ilícitas são inadmitidas, etc. No entanto, não é apenas o juiz que deve assim agir, conforme ensina Vallisney de Souza Oliveira: “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.”²⁰⁹

²⁰⁵ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 331.

²⁰⁶ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos (2ª Turma). **RIP 02996448, REO 0093620/RS**. Relator: Ministro José Cândido, 28 de setembro de 1984. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/doc.jsp?livre=processo+administrativo+contradit%F3rio&b=TFRC&p=true&thesaurus=&l=20&i=10&operador=mesmo>. Acesso em: fev. 2021.

²⁰⁷ CASTRO, op. cit. p. 321.

²⁰⁸ Como esclarece a professora Odete Maduar: “Extrapolou-se o perfil do processo administrativo ligado somente à dimensão do ato administrativo em si, para chegar à legitimação do poder.” (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 180).

²⁰⁹ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Expressões do devido processo legal. **Revista de Processo**, n. 106, ano 27, abr./jun., p. 297-306, 2002. p 301.

Inclusive no Direito Tributário, quando se profbe a instituição de tributos com intuito de confisco, ou que desrespeitem a capacidade contributiva do cidadão, é o devido processo legal que se faz presente.²¹⁰ Especificamente sobre essa questão, o Ministro Celso de Mello, no voto da ADI-MC- QO n. 2551-1-MG, foi enfático:

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo material da norma legal ora questionada, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, como sucede na espécie, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à clausula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “*substantive due process of law*” (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.²¹¹

O instituto do devido processo legal se reveste da mais alta importância na proteção dos direitos dos administrados, seja ao impor o dever de motivação dos atos administrativos, seja na exigência de ampla defesa e contraditório nos processos administrativos, seja, ainda, na exigência de publicidade das decisões da Administração.

Atento à essa importância e com o intuito de proteger os cidadãos contra práticas autoritárias do Poder Público, além de cumprir melhor os fins da Administração, compatibilizando, de acordo com o que exige o Estado Democrático de Direito, as prerrogativas

²¹⁰ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Expressões do devido processo legal. **Revista de Processo**, n. 106, ano 27, abr./jun., p. 297-306, 2002. Sobre a temática aqui abordada, O Supremo Tribunal Federal foi claro no julgamento da ADI – MC 1.075-1 – DF, sendo expresso na Ementa: “(...) A proibição constitucional do confisco em matéria tributária – ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias – nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito à uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita, ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. O Poder Público, especialmente em sede de tributação (...), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais [...]”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI-MC 1.075-1/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello, 17 de junho de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=392114>. Acesso em: fev. 2021).

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **ADI-MC-QO n. 2551-1/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello, 02 de abril de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266148>. Acesso em: fev. 2021.

da Administração e os direitos e garantias dos indivíduos²¹², o legislador brasileiro editou a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal.²¹³

A lei federal contempla princípios e regras básicas referentes aos processos administrativos no âmbito da Administração Federal direta e indireta e, embora muitos deles já estivessem previstos na Constituição Federal (art. 5º e 37, *caput*), o processo administrativo era considerado uma “alma sem corpo” antes da edição da referida lei.²¹⁴

O conceito de processo administrativo não é unívoco e aprofundar na investigação do tema é incompatível com o objetivo desse estudo. Basta, por aqui, afirmar que existem várias concepções sobre o tema; desde os que adotam uma visão mais ampla, no sentido de que existe processo administrativo em toda sucessão de atos encadeados que precedem a manifestação de vontade da Administração (e não apenas nos processos administrativos em sentido estrito)²¹⁵; até os que defendem uma posição mais restritiva, no sentido de que somente pode-se falar em processo administrativo quando houver controvérsia entre a Administração e um administrado ou servidor.²¹⁶

Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara destacam a vantagem de se adotar a concepção mais ampla de processo administrativo, pois ela traz “para todas as manifestações de desempenho da função administrativa importantes garantias para os administrados”²¹⁷, além do que, parece ser essa a aceção mais condizente com os ditames constitucionais. Conforme aduz Vladimir da Rocha França: “o processo é um instrumento para a democratização do exercício

²¹² NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3.

²¹³ A Lei 10.177 de 30 de dezembro de 1998 regula o processo administrativo no âmbito de Estado de São Paulo e foi editada antes da lei federal. (SÃO PAULO. **Lei n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>. Acesso em: fev. 2021).

²¹⁴ NOHARA, op. cit. p. 3.

²¹⁵ Esse é o posicionamento de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari. (FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 36-ss.). José dos Santos Carvalho Filho também adota esse posicionamento e faz uma diferenciação entre processo administrativo e judicial: “O que é necessário, isto sim, é distinguir alguns pontos fundamentais que marcam cada tipo de processo. O processo judicial encerra o exercício de função jurisdicional e sempre há conflito de interesses, ao passo que o processo administrativo implica o desempenho de atividade administrativa, nem sempre se verificando qualquer tipo de conflito. No processo judicial, a relação é trilateral, porque além do Estado-Juiz, a quem as partes solicitam a tutela jurisdicional, nela figuram também a parte autora e a parte ré. No processo administrativo, a relação é bilateral, porque, quando há conflito, de um lado está o particular e de outro o Estado, a este incumbindo decidir a questão; o Estado é parte e juiz. Por fim, o processo judicial vai culminar numa decisão que pode se tornar imutável e definitiva, ao passo que no processo administrativo as decisões ainda poderão ser hostilizadas no Poder Judiciário”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei no 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 18-19).

²¹⁶ É o posicionamento de Hely Lopes Meirelles que afirma que o processo se caracteriza pelo ordenamento de atos para solucionar uma controvérsia. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 651).

²¹⁷ NOHARA, op. cit. p. 24.

do poder. Através do processo, permite-se ao cidadão participar da construção das normas jurídicas que irão reger a sua vida social.”²¹⁸

A Lei 9.784/99 passa a ser mais um instrumento que visa conter o poder estatal, a fim de se evitar atuações autoritárias em detrimento de direitos subjetivos e liberdades públicas, buscando equilibrar a atuação administrativa com ditas liberdades.

Odete Medauar elenca várias finalidades do processo administrativo, cumulativas entre si: garantia de melhor conteúdo das decisões, legitimação do poder, correto desempenho da função, justiça na administração, aproximação entre a Administração e os cidadãos, sistematização de atuações administrativas e facilitação do controle da Administração.²¹⁹ O legislador percebeu que um processo administrativo desenvolvido com respeito aos princípios constitucionais, com a participação do administrado, obedecendo adequadamente o devido processo legal, é até mais econômico ao Estado, pois, conforme leciona Irene Nohara e Tiago Maharra:

[...] um processo administrativo transparente, célere e eficiente é capaz de resolver conflitos que, se mal conduzidos pela Administração Pública, acabam por desbordar do âmbito administrativo e, ao se somarem às inúmeras outras demandas ajuizadas em face do Estado, congestionam o Poder Judiciário, gerando desprestígio ao próprio Estado na Justiça.²²⁰

Referidos autores lecionam que a lei geral traz regras e princípios que afetam três dimensões necessárias à afirmação da existência de um Estado Democrático de Direito, *verbis*:

(1) a dimensão de *garantia*, à medida que cria diversos mecanismos aptos a resguardar a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório; (2) a dimensão de *controle* dos atos, a partir de múltiplos expedientes, como, por exemplo, a obrigatoriedade de motivação de atos e decisões administrativas; (3) a dimensão de *participação* dos administrados no *iter* da formação da vontade estatal, que se torna mais transparente, sendo que a lei faculta, ainda, a realização de audiências e consultas públicas quando

²¹⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da Administração Pública Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, jul./set., 2003, p. 263-264. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45453/45017>. Acesso em: set. 2021. O autor continua explicando que: “Há um processo legislativo, autorizando o cidadão, através de seus representantes, a opinar sobre o conteúdo das leis; há um processo jurisdicional, que confere ao cidadão o direito de buscar e participar na resolução dos conflitos em que esteja envolvido; e, por fim, um processo administrativo, revelando a Administração para os administrados, por viabilizar a participação destes no que antecede a expedição das decisões administrativas.” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da Administração Pública Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, jul./set., 2003, p. 263-264. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45453/45017>. Acesso em: set. 2021).

²¹⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 180-182.

²²⁰ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 2.

houver questões relevantes ou de interesse geral nos processos administrativos.²²¹

Nota-se que as três dimensões citadas são ligadas aos corolários do devido processo legal, que, reafirma-se, hoje, é de observância necessária não só nos processos jurisdicionais, mas nos administrativos e até particulares.

No julgamento do Mandado de Segurança n. 8.946/DF (2003/0027888-4), da relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, o STJ teve oportunidade de se manifestar a respeito da importância da edição da Lei 9.784/99:

EMENTA I - MANDADO DE SEGURANÇA - CÓPIA DO ATO IMPUGNADO - APRESENTAÇÃO PELA AUTORIDADE COATORA. II - ADMINISTRATIVO - LEI 9.784/99 - DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO - COMUNICAÇÃO DOS ATOS - INTIMAÇÃO PESSOAL - ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO. I - A circunstância de o impetrante não haver oferecido, com a inicial, uma reprodução do ato impugnado não impede se conheça do pedido de Segurança, se a autoridade apontada como coatora, em atitude leal, o transcreve nas informações. II - A Lei 9.784/99 é, certamente, um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania. Seus dispositivos trouxeram para nosso Direito Administrativo, o devido processo legal. Não é exagero dizer que a Lei 9.784/99 instaurou no Brasil, o verdadeiro Estado de Direito. III - A teor da Lei 9.784/99 (Art. 26), os atos administrativos devem ser objeto de intimação pessoal aos interessados. IV - Os atos administrativos, envolvendo anulação, revogação, suspensão ou convalidação devem ser motivados de forma "explícita, clara e congruente." (L. 9.784/99, Art. 50) V - A velha máxima de que a Administração pode nulificar ou revogar seus próprios atos continua verdadeira (Art. 53). Hoje, contudo, o exercício de tais poderes pressupõe devido processo legal administrativo, em que se observa em os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (L. 9784/99, Art. 2º).²²²

O art. 2º da Lei 9.784/99 elenca vários princípios que são de observância obrigatória nos processos administrativos, sendo alguns próprios da Administração e outros corolários do devido processo legal, tais como: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público, eficiência e publicidade.

²²¹ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo**: Lei 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 6.

²²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 8946/DF**. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, 22 de outubro de 2003. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=998272&num_registro=200300278884&data=20031117&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: fev. 2021. (grifo nosso).

A concretização dessas garantias efetiva o princípio democrático e legitima o processo administrativo.

3.2.2 A incidência concreta do devido processo legal nos processos administrativos no Brasil

3.2.2.1 *Contraditório e ampla defesa*

Quanto à ampla defesa e ao contraditório, importante destacar que a Constituição Federal garantiu sua aplicação aos processos administrativos em geral, sendo pacífico o entendimento de que não cabe restrição de sua aplicação apenas aos processos administrativos disciplinares. Conforme advertem Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover: “o texto constitucional autoriza o entendimento de que o contraditório e a ampla defesa são também garantidos no processo administrativo não punitivo, em que não há acusados, mas litigantes.”²²³

O que ainda se discute, conforme adverte Irene Patrícia Nohara e Tiago Marrara, é o sentido que o termo “litigante” tem nos processos administrativos. Conforme referidos autores, o regime jurídico do processo administrativo é diferente do processo jurisdicional²²⁴, portanto, em processo administrativo litigante “é aquele posto em contraditório, não em face de outra parte, mas em relação ao próprio órgão administrativo que impulsiona o processo.”²²⁵

Questão que ganha bastante destaque quando se fala de ampla defesa e contraditório nos processos administrativos, é sobre a possibilidade concedida pelas Súmulas 473 e 346 do STF, bem como pelo art. 53 da Lei 9.784/99, da Administração Pública anular ou revogar seus próprios atos.²²⁶

²²³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 62.

²²⁴ O termo litigante, segundo Irene Patrícia Nohara e Tiago Marrara, se refere àqueles “que se vinculam a uma lide, a qual é, na conhecida formulação de Carnelutti, ‘um conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida’”. (NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 57).

²²⁵ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 58.

²²⁶ O artigo 53 da lei 9.784/99 estabelece: “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”. O artigo estabelece previsões que já constavam da Súmula 346 do STF: “a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”, e na Súmula 473 do STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Resumindo, nos termos dos ensinamentos de Irene Patrícia Noharra e Tiago Marrara “enquanto a revogação ocorre por motivos de oportunidade e conveniência, a anulação tem por base a ilegalidade”. (NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 58.)

Estaria a Administração Pública obrigada a observar o devido processo legal aos indivíduos atingidos pela anulação ou revogação dos seus atos? Teriam eles direito ao contraditório e à ampla defesa, haja vista a existência do princípio da autotutela administrativa que tem relação com o poder de autoexecutoriedade dos atos administrativos?

Mônica Martins Toscano Simões discorre sobre o tema e adverte que a faculdade concedida pelas Súmulas da Suprema Corte e pela lei, não podem ser utilizadas de maneira a se permitir o autoritarismo, *verbis*:

A súmula 473 – e, hoje, também o art. 53 da Lei 9.784/1999 – não deve ser utilizada como instrumento autoritário, capaz de desconstituir situações sem conferir aos interessados as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Não se pode admitir que a Administração invalide atos – os quais, vale lembrar, gozam de presunção de legitimidade – sem conceder àqueles que serão atingidos pela decisão administrativa a chance de sustentar, no curso do devido processo legal, que se trata de atos legítimos.²²⁷

Especificamente sobre a autotutela, a autora acrescenta:

O exercício da autotutela deve ocorrer através de procedimento administrativo que confira àqueles que eventualmente venham a ser atingidos pela decisão invalidatória oportunidade de manifestação prévia, observados os desdobramentos da ampla defesa. Essa providência é indispensável ao resguardo do devido processo legal, sem o qual não se pode falar em legítima recomposição da legalidade.²²⁸

Ao longo dessa dissertação, destacou-se, várias vezes, o objetivo do princípio do devido processo legal previsto constitucionalmente. Nos processos administrativos, o intuito não é diferente, ou seja, a exigência da observância do contraditório e da ampla defesa (além de todos os outros corolários) visa limitar a atuação da Administração que possa afetar a liberdade ou a propriedade dos administrados.²²⁹

²²⁷ SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O processo administrativo e a invalidação de atos viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 162.

²²⁸ Ibid. p. 163. Esse foi o entendimento adotado pela Ministra Carmen Lúcia em voto proferido no RE 594.296, nestes termos: Autotutela da Administração Pública é o instrumento de que dispõe ela de verificar a legalidade de seus provimentos e do atendimento das funções que lhe são legalmente fixadas por decorrência da autoexecutoriedade dos atos administrativos. Entretanto, não se desempenha a autotutela sem limites. (...). Poder ou função se lhe considere, o que é certo é que, no Estado Democrático de Direito, há limites neste desempenho. Tais limites são fixados, rigorosamente, pelos direitos fundamentais dos indivíduos, dos cidadãos, pelo patrimônio de bens jurídicos constitucionalmente assegurados a todos, aí incluídos os dos servidores, como é óbvio. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 594.296/MG**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 21 de setembro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1729772>. Acesso em: mar. 2021).

²²⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello é claro nesse sentido: “está estampadamente claro na Constituição do País que a Administração Pública não pode investir contra a liberdade ou contra a propriedade das pessoas sem antes cumprir a sequência itinerária de atos que se constituam em um processo regular, assegurada ampla defesa,

Sobre este tema, discorre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não se anula ato algum de costas para o cidadão, à revelia dele, simplesmente declarando que o que fora administrativamente decidido (ou concertado pelas partes) passa a ser de outro modo, sem ouvida do que o interessado tenha a alegar na defesa de seu direito. A desobediência a esse princípio elementar lança de imediato suspeita sobre a boa-fé com que a Administração tenha agido, inclusive porque nela se traduz um completo descaso tanto pelo fundamental princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos quanto por aquele que é, talvez, o mais importante dentre todos os cânones que presidem o Estado de Direito – a saber: o princípio da segurança jurídica.²³⁰

Há que se destacar que, muitas vezes, essa invalidação ou revogação pode acarretar prejuízos ao administrado (que, não raras vezes, está de boa-fé), modificando situações jurídicas que o beneficiavam.

Assim, entende-se que o fato da Administração observar o devido processo legal antes de tomar essas decisões não afeta seu poder de executar seus próprios atos. O que se defende com a observância do processo legal nessas hipóteses, é apenas a impossibilidade da “autoexecutoriedade de plano”; da revogação ou anulação sem a devida intimação e a possibilidade de manifestação do interessado.²³¹

Esse é o entendimento que mais se coaduna com os objetivos constitucionais contemporâneos, conforme tem decidido nossos Tribunais Superiores.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 158.543, o STF entendeu que a anulação de ato administrativo que tenha repercutido no campo dos interesses individuais do administrado deve dar-se com a observância do contraditório, eis a ementa:

ATO ADMINISTRATIVO - REPERCUSSÕES - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - SITUAÇÃO CONSTITUIDA - INTERESSES CONTRAPOSTOS - ANULAÇÃO - CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de

quando se trate de adotar providência conducente a qualquer medida gravosa que intente tomar em relação a estes bens jurídicos. Vale dizer: a ‘privação’ deles está condicionada ao ‘devido processo legal’, sem o quê será nula, por inconstitucional. De resto, como se vê na linguagem do inciso LV, se a providência a ser adotada já significar um litígio ou redundar nele, serão, de todo modo, assegurados o contraditório e ampla defesa (...)” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 101).

²³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 472.

²³¹ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 343.

legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular.²³²

No mesmo sentido da imprescindibilidade de ser instaurado previamente processo administrativo no qual se assegure o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório como condição de validade da anulação de ato administrativo cujos reflexos alcancem direitos individuais:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA 473 DO STF. NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LIV E LV DO STF. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I - O entendimento da Corte é no sentido de que, embora a Administração esteja autorizada a anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais (Súmula 473 do STF), não prescinde do processo administrativo, com obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Precedentes. II - Como tem consignado o Tribunal, por meio de remansosa jurisprudência, a alegada violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário. III - Agravo regimental improvido.²³³

Em decisão monocrática proferida no Recurso Extraordinário n. 948.072, a Ministra Carmem Lúcia entendeu que a apuração de eventuais irregularidades apontadas em revisão administrativa, que culminou com a realização de descontos na remuneração percebida por pensionista, deveria ter sido precedida de oportunidade de defesa.²³⁴

Cabe, aqui, destacar também, trecho do voto do Ministro Relator Dias Tóffoli no Recurso Extraordinário 594.296:

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi erigido à condição de garantia constitucional do cidadão, quer se encontre na posição de litigante, num processo judicial, quer seja um mero interessado, em um processo administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os

²³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Recurso Extraordinário n. 158.543/RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 30 de agosto de 1994. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur109282/false>. Acesso em: mar. 2021.

²³³ Id. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma.). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 710085/SP**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 03 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88080/false>. Acesso em: mar. 2021. (Julgado tirado do voto do Ministro Dias Toffoli). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 283.858/AC**. Relator: Ministro Carlos Velloso, 31 de outubro de 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho69276/false>. Acesso em: mar. 2021. (grifo nosso).

²³⁴ Id. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 948072/SC**. Relatora Ministra Carmem Lúcia, 12 de julho de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho659312/false>. Acesso em: mar. 2021.

meios e recursos a eles inerentes. Ou seja, a partir de então, qualquer ato da Administração Pública que tiver o condão de repercutir sobre a esfera de interesses do cidadão deverá ser precedido de prévio procedimento em que se assegure ao interessado o efetivo exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.²³⁵

O Ministro Dias Tóffoli deixa claro neste voto que, embora a Súmula 473, da Suprema Corte, reconheça a possibilidade de a Administração Pública anular seus próprios atos, isso não a exime do dever de garantir aos interessados atingidos por este ato o direito à ampla defesa e ao contraditório. É necessário que se proceda, nos dizeres do Ministro: “à compatibilização entre o comando exarado pela aludida súmula e o direito ao exercício pleno do contraditório e da ampla defesa, garantidos ao cidadão pela norma do art. 5º, inciso LV, de nossa vigente Constituição Federal.”²³⁶

Assim, sob a égide da Constituição Federal de 1988, parece ser incontestável que o contraditório e ampla defesa devem ser aplicados em qualquer procedimento administrativo em que a liberdade ou o patrimônio do administrado possam ser atingidos.²³⁷

Nessa esteira, a recente Lei 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) tem ao menos dois dispositivos expressos no sentido de que, nos processos decisórios no âmbito dos contratos administrativos, o contraditório e a ampla defesa devem ser observados. O art. 137, ao tratar da extinção do contrato administrativo, estabelece que o motivo para tanto deverá ser “formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa”. E o art. 160, ao tratar da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, é direto:

Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados,

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 594.296/MG**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 21 de setembro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1729772>. Acesso em: mar. 2021.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Neste sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 283.858/AC**. Relator: Ministro Carlos Velloso, 31 de outubro de 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho69276/false>. Acesso em: mar. 2021. E também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 211.242/RS**. Relator: Ministro Nelson Jobim, 09 abr. 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho76083/false>. Acesso em: mar. 2021.

em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.²³⁸

Tratando-se de punições disciplinares aplicadas em processos administrativos, o entendimento não é outro. Tais garantias são insuprimíveis, ou seja, o Poder Público não pode exercer a sua autoridade de modo abusivo ou arbitrário, desprezando, no exercício de sua autoridade, o princípio da plenitude de defesa e do contraditório.

A jurisprudência do STF tem se manifestado no sentido da imprescindibilidade da observância destes princípios nos processos administrativos disciplinares. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 191.480 restou assim decidido:

POLICIAL MILITAR - EXCLUSÃO - DIREITO DE DEFESA. A partir do momento em que a exclusão se faz considerados certos fatos, a macularem a conduta do policial militar, indispensável e a observância do devido processo legal, estabelecendo-se o contraditório e viabilizando-se o exercício do lícito direito de defesa. Na dicção sempre oportuna de José Cretella Júnior, a regra da ampla defesa abrange a do contraditório, completando-se os princípios que as informam e que se resumem no postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado (Comentários a Constituição de 1988, página 534). Sentença e acórdão prolatados em homenagem a garantia constitucional do inciso LV do artigo 5º da Carta de 1988 no que culminaram na declaração de insubsistência do ato de licenciamento e reintegração do servidor público militar com o ressarcimento de prejuízos havidos.²³⁹

Portanto, a observância desses princípios pela Administração Pública, além de estar em consonância com o que determina a Constituição Federal, confere maior legitimidade às suas decisões.

3.2.2.2 Publicidade

O STF, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 645.716, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, adotou entendimento no sentido da necessidade de se garantir vista

²³⁸ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Poder Legislativo, 01 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: out. 2021.

²³⁹ Id. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Recurso Extraordinário n. 191.480**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 07 de março de 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=232180>. Acesso em: mar. 2021. Confirma também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Recurso Extraordinário 165.680**. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 28 de abril de 1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=215797>. Acesso em: mar. 2021; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 306.626/MG**. Relator: Ministro Celso de Melo, 27 de novembro de 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho69709/false>. Acesso em: mar. 2021.

dos autos dos processos administrativos não sigilosos, a fim de se dar pleno cumprimento ao princípio da publicidade e, em consequência, ao direito fundamental de acesso à informação (art. 37, “caput”, e 5º, inciso XXXIII, da CF):

EMENTA: Constitucional e Administrativo. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Acesso para vista e cópia aos autos de processos administrativos não sigilosos no âmbito dos Tribunais de Contas. Princípio da publicidade administrativa (Art. 37, caput, da Constituição Federal). Direito Fundamental de acesso à informação (Art. 5º, XXXIII, do texto constitucional. Precedentes (MS 24.725, Rel. Min. Celso de Mello; SS 3902-AGR-Segundo Rel. Min. Ayres Britto; MS 26.772-AGR, Rel. Min. Gilmar Mendes. Agravo Regimental a que se nega provimento.²⁴⁰

O princípio da publicidade, adverte Carlos Roberto Siqueira Castro, impõe à Administração Pública, o dever de publicar os atos que pratica na imprensa oficial ou comunicá-los aos interessados para que possam ter eficácia, principalmente quando esses atos tiverem caráter decisório ou normativo.²⁴¹

Inclusive, segundo o referido autor, é importante que os administrados tenham plena e prévia ciência de atos e decisões administrativas que possam afetar sua esfera jurídica, pois, só assim, a ampla defesa será completamente exercida.²⁴²

Nesse sentido, o STF já decidiu sobre o direito de acesso aos autos de processo administrativo, com fundamento na ampla defesa e não diretamente no princípio da publicidade:

Constitucional. Administrativo. Servidor Público. Processo Administrativo Disciplinar. Advogado: Vista dos Autos. I. Ao servidor sujeito a processo administrativo disciplinar é assegurado o direito de defesa, que há de ser amplo. Lei 8.112/90, art. 153. II. O advogado regularmente constituído tem direito a ter vista do processo administrativo disciplinar, na repartição competente, ou retirá-lo pelo prazo legal. Lei 8906/94, art. 7º, XV. III. Mandado de Segurança deferido.²⁴³

²⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 645.716**. Relator: Ministro Teori Zavascki., 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11089722>. Acesso em: fev. 2021. No mesmo sentido a respeito do direito de acesso aos autos de processos administrativos, conferir: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança n. 26.772**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 03 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=619634>. Acesso em: fev. 2021.

²⁴¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 346-347.

²⁴² Ibid. p. 346.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança n. 22.921-1/SP**. Relator: Ministro Carlos Velloso, 05 de junho de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85860>. Acesso em: fev. 2021.

Assim, além de ser princípio exposto no art. 37, “*caput*” da Constituição Federal, a publicidade garante também o próprio direito à ampla defesa.

3.2.2.3 Isonomia

O princípio da igualdade das partes nos processos administrativos tem algumas peculiaridades a depender do tipo de processo.

No processo de licitação, por exemplo, a Constituição Federal, no art. 37, inciso XXI²⁴⁴, determina a observância do princípio da igualdade, e a Lei 8.666/93, que regulamenta esse processo, é expressa nesse sentido.²⁴⁵

O ente administrativo que promover o certame tem o dever de garantir a oportunidade de participação a todos que tiverem interesse e, também, de tratá-los de forma isonômica, sendo vedadas as exigências de qualificação técnica ou econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Nesse sentido foi a decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3070, da relatoria do Ministro Eros Grau:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. LICITAÇÃO. ANÁLISE DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. CONSIDERAÇÃO DOS VALORES RELATIVOS AOS IMPOSTOS PAGOS À FAZENDA PÚBLICA DAQUELE ESTADO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. DISTINÇÃO ENTRE BRASILEIROS. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT; 19, INCISO III; 37, INCISO XXI, E 175, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É inconstitucional o preceito, segundo o qual, na análise

²⁴⁴ Estabelece o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, Poder Legislativo, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: jul. 2020).

²⁴⁵ Em seu artigo 3º a lei é expressa: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” (BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Legislativo, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: fev. 2021.)

de licitações, serão considerados, para averiguação da proposta mais vantajosa, entre outros itens os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado-membro. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 2. A Constituição do Brasil proíbe a distinção entre brasileiros. A concessão de vantagem ao licitante que suporta maior carga tributária no âmbito estadual é incoerente com o preceito constitucional desse inciso III do artigo 19. 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. 6. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o § 4º do artigo 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte.²⁴⁶

Já nos processos administrativos em que, de um lado, está o administrado e, do outro, a própria Administração (que é ao mesmo tempo parte e julgadora), a questão levantada por Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara é como compatibilizar o interesse público e o privado diante do princípio da igualdade. Os autores respondem aduzindo que, nesses casos, o princípio da igualdade não significa equivalência de direitos ou interesses envolvidos, mas “igualdade de oportunidades para se defender diante de uma alegação, que é assunto de direito processual.”²⁴⁷

Portanto, a aplicação das garantias do devido processo não quer dizer que os interesses particulares serão igualados aos interesses públicos. Mas, simplesmente, que se disponibilizará meios para os particulares se defenderem de uma pretensão estatal que possa lhes causar alguma

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno) **Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3070/RN**. Relator: Min. Eros Grau, 29 de novembro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502946>. Acesso em: mar. 2021.

²⁴⁷ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo**: Lei 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 60.

restrição tanto da liberdade, quanto de seus bens. Tendo, inclusive, direito de saber a motivação dos atos administrativos, evitando-se, assim, eventuais arbítrios.²⁴⁸

3.2.2.4 Juiz natural e imparcialidade

Quanto ao princípio do juiz natural, Romeu Felipe Bacellar Filho, em obra específica sobre o processo administrativo disciplinar, afirma que o princípio do juiz natural informa os processos administrativos, inclusive os disciplinares, pois, sem esse princípio, não será possível a concretização dos princípios do contraditório e ampla defesa.²⁴⁹

Segundo o referido autor, a Constituição Federal, ao garantir a ampla defesa em processos judiciais e administrativos com a expressão “com os meios e recursos a ela inerentes”, no art. 5º, LV, pretendeu “garantir a incidência de outros princípios no processo administrativo, desde que o contraditório e a ampla defesa não possam deles prescindir”²⁵⁰, dentre eles, o do juiz natural.

O art. 5º, XXXVII da CF, ao proibir juízo ou tribunal de exceção, não parece ter pretendido se limitar aos processos judiciais. O inciso LIII do mesmo dispositivo, ao estabelecer que ninguém será julgado senão pela autoridade competente, claramente não quis se referir somente à autoridade judicial.

Romeu Felipe Bacellar Filho também se manifesta sobre este assunto, *verbis*:

Quanto ao programa normativo, os enunciados linguísticos dos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da CF não são incompatíveis com o processo administrativo disciplinar. A expressão “juízo”, como assinalado, comporta o sentido de julgamento que ocorre em sede de processo administrativo disciplinar, no qual há um juízo administrativo. A expressão “tribunal”, a seu turno, mesmo entendida no sentido técnico não é sinônimo de tribunal judiciário. Prova disso a previsão constitucional do “Tribunal de Contas” (art. 71) não integrado ao Poder Judiciário. A expressão “processado” engloba o processo administrativo disciplinar, tendo em vista a afirmação constitucional expressa do “processo administrativo” no art. 5º, LV, da CF. O termo “autoridade competente” põe às claras o sentido amplo dos enunciados informadores do princípio. Os próprios membros do Poder Judiciário sujeitam-se à prescrição constitucional do juiz natural nos processos administrativos disciplinares de sua competência (arts. 93, VIII e X; 95, I e II; 96, I, a e f, da CF).²⁵¹

²⁴⁸ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo**: Lei 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 60.

²⁴⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 405.

²⁵⁰ Ibid. p. 405.

²⁵¹ Ibid. p. 406-407.

O entendimento a respeito da obrigatoriedade de observância do princípio do juiz natural nos processos administrativos não poderia ser diferente. Na medida em que uma decisão de um processo administrativo, notadamente os disciplinares, possa incidir na esfera jurídica do administrado (com a imposição de sanções administrativas, por exemplo), indispensável que seja proferida de forma objetiva, por uma autoridade previamente definida, imparcial e competente.

A jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores é nesse sentido. O STF deixou isso claro na ementa do Mandado de Segurança n. 29002:

Mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de controle administrativo. Convocação de magistrados de primeira instância para atuarem em segunda instância. Percepção de “auxílio-voto”. Violação dos direitos ao devido processo legal administrativo, ao contraditório, à ampla defesa e à garantia do juiz natural. Controle de constitucionalidade pelo CNJ. Impossibilidade. Constitucionalidade e regularidade das convocações. Resolução nº 72 do CNJ. Inaplicabilidade em função da irretroatividade. Disciplina remuneratória que, à época dos fatos, não se guiava pelo regime de subsídios. ADI nº 3.854/DF-MC. Inconstitucionalidade dos tetos estaduais. Ausência de má-fé. Segurança concedida. 1. Aos litigantes em processo administrativo garantem-se os direitos ao devido processo legal administrativo, ao contraditório e à ampla defesa. Artigo 94 do RICNJ. Necessidade de intimação prévia de todos os magistrados afetados para apresentação de defesa, o que não ocorreu na hipótese. 2. A intimação para apresentação de defesa quando já prolatada decisão final no PCA, a qual inclusive determinou a devolução de valores recebidos, é inócua, dado que a decisão do Plenário do CNJ é irrecurível. Prejuízo evidente aos interessados. Vício que não pode ser sanado pela intimação para apresentação de defesa a posteriori. 3. Tratando-se de investigação instaurada por provocação de um conselheiro, no bojo de procedimento que tratava de assunto absolutamente diverso, é de rigor, a instauração de novo procedimento administrativo, bem como a submissão à livre distribuição. Intelecção dos arts. 44, 45, 92 e 93 do RICNJ. Exigência que decorre do princípio do juiz natural, aplicável também ao processo administrativo. [...]11. Segurança concedida.²⁵²

O postulado do juiz natural foi amplamente abordado na decisão monocrática do Ministro Celso de Mello no julgamento do MS 28.712 MC-DF, ocasião em que se discutia se o Conselho Nacional de Justiça não se configuraria como um tribunal de exceção ao julgar fatos ocorridos antes de sua criação pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Em sua decisão, o Ministro deixa clara a importância do princípio do juiz natural, pois, segundo ele, essa garantia representa:

²⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 29002/DF**. Relator: Ministro Dias Tóffoli, 07 de agosto de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753317029>. Acesso em: mar. 2021. (grifo nosso).

Uma das mais importantes matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado e que condicionam o desempenho, por parte do Poder Público, das funções de caráter penal-persecutório ou da atividade de natureza administrativo-disciplinar, ainda que o domínio natural de sua incidência seja, em princípio, o procedimento de índole judicial.²⁵³

O Estado deve respeitar as regras que preestabelecem abstratamente os órgãos administrativos investidos de competência para apreciar eventuais infrações disciplinares. Essas regras, nos dizeres do Ministro Celso de Mello, servem de “prerrogativa individual [...] erigindo-se, em consequência, como direito público subjetivo inteiramente oponível ao próprio Estado”, e, também, “como fator de inquestionável restrição ao poder de persecução penal ou disciplinar, submetendo, o Estado, a múltiplas limitações inibitórias de suas prerrogativas institucionais.”²⁵⁴

O Ministro prossegue sua explicação assinalando que:

A cláusula do juiz natural, projetando-se para além de sua dimensão estritamente judicial, também compõe a garantia do “due process”, no âmbito da Administração Pública, de tal modo que a observância do princípio da naturalidade do juízo representa, no plano da atividade disciplinar do Estado, condição inafastável para a legítima imposição, a qualquer agente público, notadamente aos magistrados, de sanções de caráter administrativo. A incidência do postulado do juiz natural, portanto, mesmo tratando-se de procedimento administrativo-disciplinar, guarda íntima vinculação com a exigência de atuação impessoal, imparcial e independente do órgão julgador, que não pode, por isso mesmo, ser instituído “ad hoc” ou “ad personam”, eis que designações casuísticas dos membros que o integram conflitam, de modo ostensivo, com essa expressiva garantia de ordem constitucional.²⁵⁵

O STJ também prestigia o princípio do juiz natural nos processos administrativos, notadamente nos processos disciplinares, sob pena de nulidade da imposição de eventual penalidade ou medida restritiva de direitos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. NULIDADES. ARTIGO 53, § 1º, DA LEI Nº 4.878/65. VÍCIO DE COMPETÊNCIA. OCORRÊNCIA. PRECEDENTE ESPECÍFICO. 1. A instauração de comissão provisória, nas hipóteses em que a legislação de regência prevê expressamente que as transgressões disciplinares serão

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 28.712 MC/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello, 6 de maio de 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho150308/false>. Acesso em: mar. 2021.

²⁵⁴ Ibid. No mesmo sentido Romeu Felipe Bacellar Filho aduz: “o princípio do juiz natural não tem conteúdo organizatório, e sim limitativo do poder estatal, no intuito de resguardar situações individuais, comportando-se como princípio-garantia”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 396).

²⁵⁵ Ibid.

apuradas por comissão permanente, inquina de nulidade o respectivo processo administrativo por inobservância dos princípios da legalidade e do juiz natural. 2. Precedente. 3. Ordem concedida.²⁵⁶

Importante destacar que a garantia do juiz natural é também uma salvaguarda da imparcialidade do julgador, outro corolário do devido processo legal, pois não condiz com nosso ordenamento constitucional julgadores interessados na causa, ou, como expõe Romeu Felipe Bacellar Filho: “o juiz acidental, de circunstância, designado especialmente para a resolução do caso, subtraindo do cidadão o direito a uma jurisdição permanente.”²⁵⁷

As decisões proferidas em processos administrativos só são legítimas se o julgador for imparcial, ou seja, equidistante dos interesses envolvidos no processo, pois, aqui, também se analisam questões relevantes tanto de interesse dos administrados, como da própria Administração Pública.

Esse é o entendimento perfilhado por José dos Santos Carvalho Filho, que leciona:

[...] o administrador deve situar-se em condição jurídica de nível tal que possa transmitir confiança aos administrados para enfrentar as questões e os pedidos a seu cargo, sem que sua atuação desperte suspeitas e desconfianças por parte daqueles que precisam socorrer-se do processo administrativo. Se o administrador não tem imparcialidade para conduzir e decidir processos administrativos é porque favorece ou prejudica o interessado, conduta totalmente antagônica ao objetivo que lhe deve nortear a atividade, ou seja, o interesse público. Vício dessa ordem revela claro desvio de poder, conduta ilegal, que deve ser corrigida na via administrativa ou judicial.²⁵⁸

Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari destacam que o processo administrativo seria inútil se não existisse a garantia da imparcialidade do “administrador-julgador”, que deve ter

²⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 10.585/DF**. Relator: Ministro Paulo Gallotti, 13 de dezembro de 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2809377&num_registro=200500636488&data=20070226&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: mar. 2021. No mesmo sentido: “EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMISSÃO PROCESSANTE AD HOC. IMPOSSIBILIDADE. INOBSERVÂNCIA DO ART. 53, § 1º, DA LEI N. 4.878/1965. NULIDADE. 1. A instauração de comissão provisória, nas hipóteses em que a legislação de regência prevê expressamente que as transgressões disciplinares serão apuradas por comissão permanente, inquina de nulidade o respectivo processo administrativo por inobservância dos princípios da legalidade e do juiz natural (MS n. 10.585/DF, Ministro Paulo Gallotti, Terceira Seção, DJ 26/2/2007). 2. Segurança concedida.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 13148/DF**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, 23 de maio de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=952167&num_registro=200702447958&data=20120601&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: mar. 2021.

²⁵⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 396.

²⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei no 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 138.

como “condição de capacidade subjetiva, a inexistência de fatores que, direta ou indiretamente, sejam suscetíveis de prejudicar a total isenção que há de marcar sua atuação.”²⁵⁹

Ainda que a própria Administração seja titular do interesse discutido no processo, o julgador deverá atuar de maneira imparcial. Esse é o entendimento de Anízio Pires Gavião Filho, *verbis*:

O que se deve entender é que a administração pública não é titular de interesse próprio, mas do interesse público. Ainda que se reconheça que a Administração pública detenha interesse próprio, a exigência de imparcialidade não fica descartada porque está obrigada, sempre, a analisar todos os interesses relevantes em jogo. É necessário compreender que a imparcialidade diz respeito à forma como a administração pública relaciona-se com os administrados no modo de composição dos interesses envolvidos no contexto decisório.²⁶⁰

A Lei 9784/99 enunciou, em seus art. 18 e 20, hipóteses de impedimento e de suspeição do administrador/julgador²⁶¹, como forma de evitar violação aos princípios constitucionais da impessoalidade, isonomia, moralidade administrativa e o Estado Republicano²⁶², além de assegurar a imparcialidade no julgamento do processo administrativo.

Entende-se que o princípio da imparcialidade, concretizado pelas normas sobre impedimento e suspeição, é uma das vertentes do princípio da impessoalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal. Anízio Pires Gavião Filho enfatiza que: “o princípio da

²⁵⁹ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 107.

²⁶⁰ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. O princípio da impessoalidade. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 33, jan./fev., p. 1-28, 2013. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=681>. Acesso em: mar. 2021.

²⁶¹ Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro. Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau. (BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União 01.02.1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em fev. de 2021.).

²⁶² NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 160. Segundo os referidos autores, “impessoalidade, isonomia e moralidade no contexto processual aqui tratado dizem respeito ao Estado Republicano e aos direitos republicanos, A impessoalidade impede o administrador de utilizar a coisa pública em proveito próprio ou alheio. A utilização para essas finalidades próprias, de outra parte, gera uma desequilíbrio que, *a priori*, é proibida pelo ordenamento jurídico e, em termos práticos, mostra-se imoral, especialmente nos casos em que a Administração Pública, no curso de processos administrativos, beneficia materialmente alguns interesses em detrimento de outros e sem motivos fáticos e jurídicos para tanto. Esse tipo de benefício é imoral e, além de tudo, antirrepublicano.”

impessoalidade pode ser tomado em sentido amplo, configurando como gênero do qual podem ser retirados os deveres de conduta de: I) objetividade; II) neutralidade; III) imparcialidade.”²⁶³

O autor continua explicando que a objetividade se consubstancia na proibição da Administração discriminar, injustificadamente, um administrado em detrimento de outro; a neutralidade consiste na vedação do administrador agir de acordo com suas próprias convicções ideológicas ou político – partidárias; e a imparcialidade se traduz na ideia de atuação impessoal (daí a impessoalidade englobar a imparcialidade), objetiva, desinteressada.²⁶⁴

É importante frisar que, conforme adverte a doutrina, presentes as hipóteses de impedimento ou suspeição, o administrador encarregado de tomar a decisão deve se afastar do processo administrativo, mesmo que essas hipóteses não afetem, de fato, a decisão. Presume-se que, nesses casos, há parcialidade do julgador independentemente da necessidade de comprovação “da violação do dever de imparcialidade” (presunção *juris et de jure*).²⁶⁵

A característica das hipóteses do impedimento, conforme adverte José dos Santos Carvalho Filho, é que é de natureza objetiva, ou seja, não se averigua nada a respeito dos “elementos subjetivos do agente, mas, ao contrário, notam-se vínculos de interesses tão fortes que a só circunstância fática passa a ser capaz de denotar a inconveniência da atuação do servidor na hipótese.”²⁶⁶

Para se evitar a violação dos princípios da impessoalidade, moralidade, isonomia e da própria imparcialidade do julgador, podendo ocorrer desvio de poder, as hipóteses de impedimento e suspeição, previstas na Lei 9784/99, não são exaustivas, mas exemplificativas, podendo, conforme posicionamento de Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara, ser complementadas pelas hipóteses do processo judicial, previstas no Código de Processo Civil, bem como Penal e Trabalhista, mas com a ressalva de que não contrariem leis sobre processos administrativos específicos e a própria Lei do Processo Administrativo Federal.²⁶⁷

²⁶³ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. O princípio da impessoalidade. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 33, jan. fev. marc. de 2013, Salvador – Bahia, p. 1-28, p. 8. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=681>. Acesso em: março de 2021.

²⁶⁴ Ibid. p. 9-19.

²⁶⁵ Ibid. p. 20. Confira também: NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 161; FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 107.

²⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei no 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 139.

²⁶⁷ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 161. Sobre o assunto Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari entendem: “O elenco (de causas de impedimento previsto no art. 18 da Lei 9.784/1999) nos parece acanhado, todavia. E como se trata, na matéria, de implementação de princípio constitucional expresso (CF, art. 37, caput: princípio da impessoalidade), franqueada está ao intérprete e ao julgador a integração supletiva do comando legal em questão. (FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 107-108).

A respeito do princípio da imparcialidade nos processos administrativos, merece registro a decisão do STF proferida no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 26.029, da relatoria da Ministra Carmen Lúcia, e que reconheceu a impossibilidade da mesma pessoa, julgar o processo administrativo e seu respectivo recurso:

RECUSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DE PERMISSÃO PARA EXECUTAR SERVIÇO ESPECIAL DE RETRANSMISSÃO SIMULTÂNEA DE TELEVISÃO (PORTARIA N. 131/1990). NULIDADE DA DECISÃO PROFERIDA EM SEDE RECURSAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A circunstância de a Recorrente reiterar os argumentos esposados na petição inicial do mandado de segurança não caracteriza, por si só, ausência de impugnação dos fundamentos do acórdão recorrido. A Recorrente buscou demonstrar de que modo teria havido afronta ao seu direito líquido e certo quanto à necessidade de apreciação de seu recurso administrativo por autoridade administrativa diversa da que julgou sua defesa inicial nos autos do processo administrativo n. 53.000.002491/2001. 2. Impossibilidade de a mesma pessoa, embora ocupando cargos distintos, julgar validamente o pedido de reconsideração (Secretário Executivo do Ministério das Comunicações) e o recurso administrativo (Ministro do Ministério das Comunicações) interposto nos autos do Processo Administrativo n. 53.000.002491/2001. Afronta aos princípios da impessoalidade, da imparcialidade e do duplo grau. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança parcialmente provido.²⁶⁸

Ou seja, princípios que, observados, atendem não só o interesse dos indivíduos, mas a própria moralidade administrativa e, conseqüentemente, o interesse público.

3.2.2.5 *Fundamentação (motivação)*

Outro princípio de observância obrigatória nos processos administrativos, e que também é corolário do devido processo legal, é o da motivação. Não se coadunam com o Estado Democrático de Direito decisões administrativas que afetem os bens ou a liberdade dos administrados sem a devida fundamentação.

Com isso, além de se evitar o arbítrio das autoridades administrativas, permite-se o controle interno (pelos superiores hierárquicos) e externo (sociedade) da Administração Pública. Além do que a motivação é, também, um importante instrumento a favor do

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 26.029/DF**. 2ª Turma. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em: 11 de março de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5685599>. Acesso em: março de 2021. (grifo nosso).

administrado que é atingido pelo ato, pois possibilita seu adequado questionamento, conciliando-se com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A Lei 9.784/99 elenca a motivação como princípio em seu art. 2º, e a regula no art. 50.²⁶⁹

A discussão doutrinária existente a respeito da necessidade de motivação de atos discricionários ou vinculados não se compatibiliza com o objetivo da presente dissertação. No entanto, vale destacar que a maioria da doutrina a considera obrigatória, independentemente de se tratar de ato vinculado ou discricionário.

Carlos Roberto Siqueira Castro considera imperiosa a necessidade de motivação tanto dos atos discricionários quanto vinculados da Administração Pública, pois constitui requisito indissociável do devido processo legal também na instância administrativa.²⁷⁰

Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara também consideram a motivação um princípio de observância obrigatória mesmo nos atos discricionários, e assinalam que o rol de hipóteses de necessidade de motivação, trazido pelo art. 50 da Lei de Processo Administrativo, é meramente exemplificativo.²⁷¹

Esse foi o entendimento adotado pelo STF na Ação Cível Originária n. 3.055 do Maranhão, cuja ementa é expressa:

AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONFLITO FEDERATIVO ESTABELECIDO ENTRE A UNIÃO E ESTADO-MEMBRO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO (PORTARIAS DO MINISTÉRIO DA

²⁶⁹ Art. 50, Lei 9784/99: “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. § 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. § 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.”

²⁷⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 329.

²⁷¹ NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo: Lei 9.784/99 comentada**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 317. Diferentemente, José dos Santos Carvalho Filho aduz: “exigindo a motivação apenas para os atos que enumera, a lei considera que outros atos administrativos, praticados no processo, independem de menção expressa às razões administrativas. adotou, portanto, o legislador a teoria da obrigatoriedade mitigada, segundo a qual não há como obrigar a que se mencione sempre as razões do ato, como pensam alguns especialistas com pensamento mais radical. Atos de maior relevância devem ter essa explicitação, mas se forem atos de rotina administrativa, sem qualquer efeito significativo na esfera dos administrados, não precisarão ter a justificativa expressa, embora, é claro, sempre seja exigido que tenham tido motivo, este sim, requisito de validade substancial dos atos administrativos.” (grifo nosso). (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei no 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 237).

SAÚDE). INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 5º, VIII, § 1º DA LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. NULIDADE. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA JULGADA PROCEDENTE. I - O potencial conflito federativo estabelecido entre a União e o Estado-membro atrai a competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese em que está em causa o pacto federativo. II – A revogação de ato administrativo deve ser motivada de modo explícito, claro e congruente (art. 5º, VIII, § 1º, da Lei de Processo Administrativo Federal). A inexistência de motivação acarreta a nulidade do ato. III – Diante da ausência de motivação da Portaria 1.105/GM/2016, do Ministério da Saúde, deve ser reconhecida a sua nulidade, determinando-se, por conseguinte, o cumprimento no disposto nas Portarias 961 e 962/GM/MS. IV – Ação cível originária julgada procedente.²⁷²

Portanto, se a decisão administrativa tem o condão de afetar a esfera do administrado, podendo, inclusive, violar direitos e princípios fundamentais, não se pode invocar a discricionariedade administrativa para não fundamentar referida decisão, pois, conforme leciona Juarez Freitas, a obrigatoriedade de fundamentação é vital para a observância e exigência do devido processo e a atuação administrativa, em Estado democrático, tem que ser motivada e motivável, interna e externamente, sob pena de vício grave.²⁷³

3.2.2.6 Vedação à prova ilícita

Por fim, assim como no processo judicial, nos processos administrativos também são inadmitidas as provas ilícitas, sob pena de violação da garantia do devido processo legal.

A Constituição da República (art. 5º, LVI) veda a utilização nos processos de provas obtidas por meios ilícitos, pois é incompatível com um Estado Democrático de Direito a possibilidade de obtenção de provas com transgressão a direitos materiais ou processuais, e isso vale também para os processos administrativos.

A Lei 9.784/99 estabelece em seu art. 30 que “são inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos”, e, no § 2º do art. 38, prevê a possibilidade de recusá-las. Fez bem o legislador federal corroborar a previsão constitucional na lei específica dos processos administrativos, pois a Administração, embora tenha amplos poderes, está também sujeita a respeitar limites impostos pelos direitos e garantias individuais.

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Ação Cível Originária n. 3.055/MA**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 28 de setembro de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754018724>. Acesso em: abr. 2021. (grifo nosso).

²⁷³ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 110-112.

O STF, no julgamento do Habeas Corpus n. 103.325, da relatoria do Ministro Celso de Melo, foi bastante elucidativo nesta questão. O caso se referia à situação em que agentes administrativos da fiscalização tributária violaram o princípio constitucional de inviolabilidade domiciliar (art. 5º, XI, CF), a fim de apreensão de livros contábeis em escritório de contabilidade:

[...] não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. – A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia – que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários – restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado. [...] O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do “privilège du préalable”, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo Poder Público em sede de fiscalização tributária. Doutrina. Precedentes. ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “due process of law”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A “Exclusionary Rule” consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “male captum, bene retentum”. Doutrina. Precedentes. – A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de

observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. – Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.²⁷⁴

Mesmo sendo detentora de amplos poderes, a Administração Pública também está sujeita às restrições constitucionais, pois não tem poder absoluto, não podendo se valer de provas ilícitas.

3.2.3 Síntese parcial

As prerrogativas legalmente concedidas à Administração não podem ser utilizadas como salvaguarda de atos autoritários. Em virtude disso, não só o contraditório e a ampla defesa são princípios que devem fazer parte do devido processo legal administrativo, mas também o da publicidade, igualdade das partes, dever de fundamentação das decisões, proibição de provas ilícitas, etc.²⁷⁵

Importante frisar que a supremacia do interesse público também é um princípio da Administração, que deve sempre primar sua atividade pela busca da justiça social e do bem comum. Porém, essa supremacia não é de grau absoluto. A Administração Pública também se sujeita aos outros princípios e às regras previstas em lei, a fim de não ocorrer violações injustificadas dos direitos fundamentais dos administrados.

Se o próprio Poder Público, que tem a incumbência de resguardar o interesse da coletividade, submete-se ao princípio do devido processo legal nos processos que lhe compete

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 103.325 – Rio de Janeiro**. 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 04 de abril de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081131>. Acesso em: abril de 2021. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.788-8 – Rio de Janeiro**. 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 12 de abril de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79150>. Acesso em: abril de 2021. (grifo nosso).

²⁷⁵ O artigo 30 da Lei 9784/99 dispõe expressamente: “São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.” Também em seu artigo 38, parágrafo 2º: “Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.” (BRASIL. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Poder Legislativo, Diário Oficial da União, 01 fev. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: fev. 2021).

julgar administrativamente, os particulares, nas relações travadas entre si que envolvem processos decisórios, também devem, como regra, submeter-se a ele.

Trata-se do que se tem denominado eficácia horizontal dos direitos fundamentais²⁷⁶, assunto que receberá tratamento nos próximos capítulos.

²⁷⁶ Sobre essa nomenclatura pondera Vasco Manuel Pascoal Pereira da Silva: “Embora se encontre, por vezes, na doutrina alemã, a utilização indistinta dos dois termos, parece-me mais indicado utilizar a expressão “neutra” de “vinculação das entidades privadas”, para abranger toda a vasta gama de intensidade de efeitos dos direitos fundamentais face aos sujeitos privados.” (PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, Ano XX, n. 82, abr./jun., 1987, p. 42).

4 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EXTENSÃO ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

4.1 Direitos fundamentais como limite à autonomia privada

Neste momento do trabalho, cabe estabelecer a premissa de que os direitos fundamentais são limites à autonomia privada, inclusive o direito fundamental ao devido processo legal.

No entanto, nem sempre os direitos fundamentais foram considerados assim, pois, para se falar de aceitação de vigência desses direitos nas relações privadas, foi necessária uma revisão da sua concepção tradicional, eis que, originariamente, eram oponíveis, unicamente, frente ao Estado.²⁷⁷

No Estado Liberal, a liberdade individual e a autonomia privada eram tidas como verdadeiros dogmas.

Com a Revolução Francesa²⁷⁸ e o declínio da monarquia absolutista, a burguesia revolucionária valeu-se de preceitos do direito natural²⁷⁹ para desenvolver o liberalismo. Com isso, o antigo modelo de produção do feudalismo foi substituído pelo método burguês.²⁸⁰

A respeito do liberalismo, Nelson Saldanha adverte que:

Não foi apenas fórmula política, conjugada a um regime econômico. Ele correspondeu a uma ‘Weltanschauung’ inteira, com uma dimensão filosófica, com uma pedagogia, uma psicologia, um padrão literário. Autores há que consideram o liberalismo um modo de conceber a própria imagem do homem:

²⁷⁷ É o que escreve João María Bilbao Ubillos: “*La aceptación de la vigencia de buena parte de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares presupone la negación (o una revisión a fondo al menos) de la concepción tradicional de estos derechos como derechos oponibles únicamente frente al Estado.*” (UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 301).

²⁷⁸ Paulo Bonavides nos ensina que “do século XVIII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções - a da liberdade e a da igualdade – seguidas de mais duas que se desenrolam debaixo de nossas vistas e que estalaram nas últimas décadas. Uma é a revolução da fraternidade tendo por objeto o homem concreto, a ambiência planetária, o sistema ecológico, a pátria-universo. A outra é a Revolução do Estado Social em sua fase mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade. (...) Cada revolução daquelas tentou ou tenta tornar efetiva uma forma de Estado. Primeiro o Estado Liberal; a seguir, o Estado socialista, depois o Estado Social das Constituições programáticas, assim batizadas ou caracterizadas pelo teor abstrato e bem-intencionado de suas declarações de direitos; e, de último, o Estado social dos direitos fundamentais, este sim por inteiro capacitado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem esses direitos.” (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 29.)

²⁷⁹ Para uma noção mais profunda a respeito deste tema conferir: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 41-42.

²⁸⁰ SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 31-32.

ente livre por natureza, racional, perfectível, destinado a realizar-se em uma determinada forma de sociedade.²⁸¹

Para o liberalismo o Estado era o inimigo da liberdade, visto como uma entidade agressora dos direitos individuais²⁸²; era “o fantasma que atemorizou o indivíduo”²⁸³; a sociedade, segundo essa teoria, “se reduz à chamada poeira atômica de indivíduos.”²⁸⁴

O liberalismo surge de um movimento que lutava contra os arbítrios do poder estatal. Os direitos fundamentais eram considerados direitos de defesa contra eventuais ingerências indevidas do Poder Público.²⁸⁵ Por isso, o Estado Liberal, ligado à ascensão da burguesia que passou a deter o domínio econômico, sustentava o indivíduo como ser dotado de ampla autodeterminação; livre para estabelecer, em suas relações individuais, tudo que não era expressamente proibido por lei.²⁸⁶

Wilson Steinmetz destaca três pontos principais do liberalismo:

(i) na concepção liberal clássica, o Estado é um ente político e jurídico que deve ter os poderes definidos, limitados e controlados; (ii) o Estado com poderes limitados é o Estado Liberal de Direito; (iii) a limitação dos poderes do Estado é garantida por meio de mecanismos constitucionais, cujos principais são os direitos fundamentais e a separação de poderes.²⁸⁷

Nesse sentido, os direitos subjetivos, baseados nos preceitos liberdade, igualdade e fraternidade,²⁸⁸ eram exercidos exclusivamente contra o Estado, que não podia intervir na

²⁸¹ SALDANHA, Nelson. Teoria Constitucional e Pensamento Jurídico-Privado Contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XIV, n. 59-60, jul./dez., 1981, p. 103.

²⁸² PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, Ano XX, n. 82, abr./jun., 1987, p. 43.

²⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 40.

²⁸⁴ *Ibid.* p. 40.

²⁸⁵ LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. Direitos Fundamentais e as Relações entre Particulares. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal**, n. 3, jan./jun., 2000, p. 74.

²⁸⁶ SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 32.

²⁸⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 69. O autor explica que “a finalidade principal do Estado de Direito oitocentista, o Estado Liberal de Direito, era impedir a arbitrariedade (abusos de poder) do Estado contra os indivíduos e a sociedade civil. [...] os direitos fundamentais e a separação de poderes se apresentavam como os mecanismos constitucionais adequados para essa limitação do poder estatal. Contudo, havia um terceiro elemento característico do Estado de Direito: o princípio da legalidade. No marco do Estado de Direito, a lei era concebida como instrumento de garantia dos direitos individuais. Os direitos inclusos nos documentos constitucionais, como limites ao poder do Estado, não operavam direta e imediatamente; não se lhes atribuíam consistência jurídica autônoma; eram concebidos mais como diretrizes ou pautas políticas e menos como normas jurídicas vinculantes. Os direitos fundamentais produziam eficácia jurídica mediante lei. (STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 73).

²⁸⁸ SOMBRA, op. cit. p. 34. Sobre este assunto, citando Kant, Pedro Veja García aduz: “*en la lógica de la teoría clásica del estado liberal de derecho, asumen los postulados que tuvieron ya, en Kant, una formulación meritoria. «El estado civil -escribió Kant- como estado jurídico está fundado en los siguientes principios a*

autonomia privada. Não se cogitava a hipótese de um indivíduo ser considerado opressor de direitos fundamentais.²⁸⁹

Vasco Manuel Pereira da Silva adverte que os direitos fundamentais, no Estado de Direito Liberal, eram exclusivos da relação Estado-indivíduo, inadmitindo-se sua eficácia externa.²⁹⁰

O Código Civil Napoleônico de 1804 representou o ápice do ideário liberal/burguês. Além de regular questões relativas ao Estado e capacidade das pessoas, disciplinava, principalmente, questões relativas à propriedade (que podia ser gozada de maneira absoluta), consagrando, nos dizeres de Maria Celina B. M. Tepedino, “como o reino da liberdade individual.”²⁹¹

Isso porque se garantia ao indivíduo a possibilidade de, isoladamente, desenvolver sua atividade econômica com amplo poder de auto-regulamentação, sendo o contrato o instrumento que garantia a plenitude da autonomia da vontade.²⁹²

As únicas limitações previstas no Código Napoleônico eram as necessárias para garantir o convívio social harmônico. O Estado só interviria, seja através do Poder Legislativo, seja do Judiciário, para garantir o cumprimento desse contrato (*pacta sunt servanda*), que se presumia celebrado de forma livre e desejada pelas partes contratantes (independentemente de haver qualquer desigualdade ou desequilíbrio econômico de fato entre elas).²⁹³

priori: 1) La libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano. 2) La igualdad del mismo respecto a todos los demás como súbdito. 3) La independencia de todo miembro de una comunidad como ciudadano». (VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)*. **Pensamiento Constitucional**, ano IX, n. 09, p. 28. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3335/3183>. Acesso em: abr. 2021).

²⁸⁹ Pedro García Vega aduz: “la teoría jurídica clásica de los derechos fundamentales se planteó desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiendo que era solo el poder estatal el que podía concucarlos. Hablar desde esas perspectivas de un recurso de amparo frente a posibles lesiones de los derechos fundamentales producidas por los particulares, sujetos de derecho privado, no pasaría, por lo tanto, de constituir un fenomenal despropósito”. (VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)*. **Pensamiento Constitucional**, ano IX, n. 09, p. 31. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3335/3183>. Acesso em: abr. 2021).

²⁹⁰ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, Ano XX, n. 82, abr./jun., 1987, p. 43.

²⁹¹ TEPEDINO, Maria Celina B. M. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, Imobiliário, Agrário e Empresarial. n. 65, ano 17, julho-setembro de 1993, p. 22.

²⁹² Thiago Luís Santos Sombra nos ensina que: “a importância dos contratos para os teóricos do liberalismo, cuja origem burguesa denota inconfundível, deve-se à sua capacidade de impulsionar a circulação de riquezas, contribuindo, desta feita, para a expansão do capitalismo.” (SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 50).

²⁹³ SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 34.

De acordo com Carlos Roberto Siqueira Castro, a liberdade de contratar, idealizada pelo liberalismo:

*Não deve sofrer cerceamento no pressuposto de que é justo o que é desejado pelas partes contratantes. Essa igualização abstrata da capacidade civil engenhou um tipo de sociedade de homens supostamente livres e iguais, na qual só o aparelho do Estado, figurado como o monstruoso Leviatã hobbesiano, poderia exorbitar e comprometer o exercício da liberdade.*²⁹⁴

Nessa fase do liberalismo, direito público e direito privado estavam separados de maneira hermética.²⁹⁵ Conforme destaca Maria Celina B. M. Tepedino, as duas esferas eram quase impermeáveis, “atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão dos interesses dos próprios indivíduos.”²⁹⁶ O Código Civil era considerado como verdadeira Constituição para o direito privado.²⁹⁷

Conforme destaca Juan Maria Bilbao Ubillos:

*El Código Civil se erige entonces en la verdadera carta constitucional de esa sociedade autosuficiente, sancionando los principios de la autonomía de la vontade y la libertad contratual como ejes de la regulación de las relaciones jurídicas inter privados. Carece de sentido extender a este tipo de relaciones la eficacia de los derechos individuales si éstas se establecen, por principio, entre iguales, porque entre iguales las relaciones non pueden ser sino libres.*²⁹⁸

A burguesia, conforme nos ensina Paulo Bonavides, foi responsável pela formulação de todos os princípios filosóficos da revolta social que fez surgir o liberalismo. De classe dominada passou a ser classe dominante.²⁹⁹

²⁹⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas. In: ALVES PEREIRA, Celso Antônio; ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso Renato Duvivier de (org.) **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 237.

²⁹⁵ SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 64.

²⁹⁶ TEPEDINO, Maria Celina B. M. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 65, ano 17, jul./set., 1993, p. 22.

²⁹⁷ Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os Chamados Microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org) **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 2-3. Cf. tb. TEPEDINO, Maria Celina B. M. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 65, ano 17, jul./set., 1993, p. 23.

²⁹⁸ UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 302.

²⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42.

No entanto, apesar de ter defendido os ideais de liberdade e igualdade como comuns a todos indivíduos da sociedade, não foi o ocorreu de fato. Ainda, Paulo Bonavides destaca que:

No momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.³⁰⁰

Com isso, começa o declínio do Estado Liberal, tal qual delineado pela burguesia, a fim de se alcançar um governo de todas as classes e não de uma específica: “do princípio liberal chega-se ao princípio democrático.”³⁰¹

De fato, como consequência da autonomia privada sendo exercitada em seu valor máximo, sem qualquer condicionamento ou finalidade, sobreveio a absoluta desigualdade. Sem controle, quem não detinha poder econômico (de barganha) se via obrigado a contratar.

Assim, o abuso de poder deixa de ser praticado apenas pelo Estado, e passa a ser, também, pelos detentores do poderio econômico.

O liberalismo tal qual habitualmente formulado, não conseguiu solucionar o problema econômico da camada proletária da sociedade e por isso, nas palavras de Paulo Bonavides, entrou irremediavelmente em crise.”³⁰²

A sociedade liberal ruiu e foi substituída pelo que se denominou de “sociedade técnica de massas”³⁰³, que passou a exigir a realização do bem-estar social na política. O Estado, então, teve que assumir o papel de interveniente nos domínios econômico e social. Passa a ser visto, nos dizeres de Vasco Manuel Pereira da Silva, como “instrumento de realização da felicidade individual”, *verbis*:

A atuação do Estado passa a ser vista, não apenas, como agressora, mas como conformadora da sociedade, corrigindo e atenuando os seus desequilíbrios. Assiste-se a um crescimento “horizontal” do Estado, que ao nível das tarefas que este passou a desempenhar, quer ao nível dos meios utilizados para sua realização, tendo-se generalizado, cada vez mais, o recurso ao contrato por

³⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 42.

³⁰¹ Ibid. p. 43. O autor continua sua explicação aduzindo que “essa ideia se agita, sobretudo com invencível ímpeto rumo ao sufrágio universal. A burguesia enunciava e defendia o princípio da representação. Mas representação a meio caminho, embaraçada por estorvos, privilégios e discriminações”.

³⁰² BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 188.

³⁰³ DE ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 54.

parte do Estado, quer ao nível da própria estrutura estadual que, pela progressiva desconcentração e descentralização, cresceu em complexidade.³⁰⁴

A conquista do sufrágio universal também contribuiu muito para a efetiva decadência do liberalismo.³⁰⁵ Com o aumento do número de atores políticos³⁰⁶, as liberdades públicas passam a ser ameaçadas também pelos outros focos de poder que se proliferaram na sociedade (como o poder sindical, o poder empresarial, o poder das mídias de comunicação social, etc.)³⁰⁷, o que demandou maior ingerência do Estado na regulação dessas novas relações.

Essa nova estruturação do poder é típica do Estado Social, que passa a perseguir a promoção do bem-estar da coletividade diante das imperfeições do liberalismo. Conforme assevera Eros Grau, a idealização da igualdade, liberdade e fraternidade, feita pelo Estado Liberal, contrapôs-se à realidade da desigualdade social e do poder econômico nas mãos de determinados grupos.³⁰⁸

Isso não significa dizer, no entanto, que Estado Liberal e Estado Social serão separados de maneira estanque. Thiago Luís Santos Sombra adverte que muitos aspectos do liberalismo são encontrados no Estado Social, notadamente na questão referente ao capitalismo. Talvez a maior diferença entre eles seja o abandono da influência da burguesia e a falta de intervenção estatal nas relações jurídicas privadas.³⁰⁹

Joaquim José Gomes Canotilho destaca que “é a construção dos direitos fundamentais segundo o arquétipo da teoria política liberal que, progressivamente, conduziu à aporia da eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada.”³¹⁰

³⁰⁴ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, Ano XX, n. 82, abr./jun., 1987, p. 43.

³⁰⁵ Paulo Bonavides explica que: “ao arrebatar o sufrágio universal, o quarto estado ingressava, de fato, na democracia política e o liberalismo, por sua vez, dava mais um passo para o desaparecimento, numa decadência que deixou de ser apenas doutrinária para se converter, então, em decadência efetiva, com a plena ingerência do Estado na ordem econômica”. (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 189.)

³⁰⁶ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, Ano XX, n. 82, abr./jun., 1987, p. 43.

³⁰⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas. In: ALVES PEREIRA, Celso Antônio; ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso Renato Duvivier de (org.) **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. p. 238.

³⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 20.

³⁰⁹ SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 56.

³¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil No Contexto do Direito Pós- Moderno. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 111.

Este também parece ser o entendimento perfilhado por Carlos Roberto Siqueira Castro quando aduz que o indivíduo continua sendo o centro do Estado tal como no liberalismo. No entanto, não isoladamente considerado, mas inserido na coletividade, nestes termos:

A sobrevida da democracia liberal repousa no postulado, cuja autoria não lhe pode sinceramente ser negada, de que o ser humano continua a ser visto como *princípio e fim da sociedade e do Estado*, ou seja, como *primeiro valor social e político* na escala dos bens da existência merecedores da tutela pública e privada. [...] preserva-se e atualiza-se o cânone liberal na medida em que centra no ser individual os esforços pela emancipação coletiva e pela democratização geral do usufruto dos bens da vida. Só que o homem cuja dignidade impende garantir não é um ser isolado, muito menos um ser que ostenta condições socioeconômicas em regime de igualdade frente aos conterrâneos de melhor sorte e fortuna, mas que vive e padece as aflições da necessidade, da orfandade social e da contextualização geopolítica desfavorável.³¹¹

Nessa mesma linha, ao afirmar que o Estado Social também se manifesta na “objectivização” dos direitos fundamentais, é a posição de José Carlos Vieira de Andrade:

O homem que constitui o ponto de partida e o titular dos direitos é agora o homem socialmente <<situado>> e <<inserido>>, o membro da sociedade numa linguagem organicista, que vê os seus direitos talhados a uma medida e num plano sociais. Já não é o portador abstrato e isolado de interesses primários, pré sociais, que esgrime sua autonomia como regra e condição de um contrato social; é um elemento de um conjunto, responsável e condicionado, limitado à partida, carregado com o seu passado social e, nesse sentido, um homem aposteriorístico.³¹²

O Estado Social passa a se preocupar com a efetivação dos direitos fundamentais e, assim, intervém não só com medidas de direção da economia, mas também, conforme destaca José Carlos Vieira Andrade, com “um sistema completo de prestações nas várias áreas da vida social.”³¹³ Inclusive, ele passa a intervir nas relações individuais, limitando a autonomia privada através da consagração da Constituição como fonte normativa principal do ordenamento jurídico, abandonando a concepção clássica de separação estanque do direito público e privado.³¹⁴

³¹¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas. In: ALVES PEREIRA, Celso Antônio; ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso Renato Duvivier de (org.) **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 234.

³¹² DE ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 58.

³¹³ Ibid. p. 55.

³¹⁴ Maria Celina B. M. Tepedino explica que “defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual

Pietro Perlingieri ilustra bem esse novo papel do Estado:

O Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa não é tanto aquela de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, quanto aquela de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa (arts. 2 e 3, par. 2º, Const.), removendo os obstáculos que impedem a participação de todos na vida do Estado (...). Ele assume como própria principalmente a obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito – direito à informação, direito ao trabalho, direito ao estudo, essenciais e característicos de todo cidadão – e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício. O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação de sua intervenção.³¹⁵

Esse novo período, também chamado de período do constitucionalismo social³¹⁶, ou constitucionalismo democrático contemporâneo³¹⁷, conforme destaca Eugênio Facchini Neto, tenta endereçar o Estado na direção da promoção da igualdade material, limitando, quando necessário, a liberdade econômica, e, também, os próprios poderes Executivo (através do princípio da legalidade), Legislativo (através do controle de constitucionalidade) e Judiciário. Poderes públicos e privados submetem-se ao ordenamento jurídico com dever de respeitar os direitos fundamentais.³¹⁸

A consagração de princípios constitucionais, como da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, fez com que o poder de vontade dos particulares também sofresse limitações. Conforme Eugênio Facchini Neto, “abandona-se a ética do individualismo pela ética

e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão. A divisão do direito, então, não pode permanecer ancorada àqueles antigos conceitos e, de substancial – isto é, expressões de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio autoridade-liberdade – se transforma em distinção meramente “quantitativa”: há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses sociais e existenciais do cidadão”. (TEPEDINO, Maria Celina B. M. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 65, ano 17, jul./set., 1993, p. 26.)

³¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 54.

³¹⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 24.

³¹⁷ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 79.

³¹⁸ FACCHINI NETO, op. cit. p. 24.

da solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana.”³¹⁹

O Direito Privado passa a ser visto de outra maneira. A autonomia privada, sobretudo o direito contratual, passaram a ser influenciados por preceitos de justiça, função social, boa-fé objetiva, equilíbrio contratual, etc. Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados são utilizados como meios de efetivar a consagração de direitos fundamentais.³²⁰

Esse fenômeno pode ser detectado, também, pelo fato de os Códigos deixarem de ocupar a posição central do sistema (monossistema). A edição de legislações extravagantes, os chamados microssistemas (como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Locações, etc.), também tinha o intuito de promover o bem social e a dignidade da pessoa humana³²¹, contribuindo para o fim da divisão sistemática entre direito público e privado.

Conforme escreve Pietro Perlingieri:

Diante da aplicação destas técnicas no âmbito do Direito Civil, normalmente visto como o setor de livre vontade dos sujeitos, entra em crise a comum sistemática do direito subdividido em privado e público. Técnicas e institutos nascidos no campo do direito privado tradicional são utilizados naquele do direito público e vice-versa, de maneira que a distinção, neste contexto não é qualitativa, mas quantitativa. Existem institutos em que é predominante o interesse dos indivíduos, mas é, também, sempre presente o interesse dito da coletividade e público; e institutos em que, ao contrário, prevalece, em termos quantitativos, o interesse da coletividade, que é sempre funcionalizado, na sua íntima essência, à realização de interesses individuais e existenciais dos cidadãos.³²²

Oportuno colacionar posicionamento de Thiago Luís Santos Sombra, que afirma que o Estado Social abandonou o conceito do indivíduo patrimonializado. O contrato, local onde a

³¹⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 25.

³²⁰ Thiago Luís Sombra ensina que “é com o Estado Social de Direito que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares ganhará contornos substancialmente precisos, uma vez que com a intervenção do Estado no domínio privado relativizar-se-á a estanque separação entre público e privado – Estado e sociedade – e, por conseguinte, o Direito Privado e o Direito Constitucional passarão a travar um permanente e harmônico diálogo.” (SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 66).

³²¹ FACCHINI NETO, op. cit. p. 25. Cf. também: TEPEDINO, Maria Celina B. M. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 65, ano 17, jul./set., 1993, p. 24; e SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 54-73.

³²² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 54.

autonomia da vontade imperava, recebeu a nova função de “instrumento realizador de direitos fundamentais nas relações privadas.”³²³

Não se nega que essa mudança de perspectiva sobre a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas tem suas peculiaridades. Principalmente, se se considerar que os envolvidos numa relação particular têm, cada qual, seus próprios direitos fundamentais. Inclusive, essa é advertência feita por José Joaquim Gomes Canotilho:

A ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irredutível autonomia quando as regulações civilísticas - legais ou contratuais - vêm o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. A Constituição, por sua vez, é convocada para as salas diárias dos tribunais com a consequência da inevitável banalização constitucional. Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulação civil, evitando transformar-se em "direito de não-liberdade" do direito privado.³²⁴

O importante é que a autonomia privada, conforme destaca Pietro Perlingieri, não é mais considerada como um valor em si, tendo perdido seu caráter sacro e inviolável e deve ser submetida “aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre o ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro.”³²⁵

Inclusive, o mesmo autor tece críticas às justificações utilizadas para que se considerasse a autonomia privada como dogma, principalmente sobre a preservação da igualdade formal, suficiente para o liberalismo clássico. Para o autor, a desigualdade substancial, que de fato pode

³²³ SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.** A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 74-75. Sobre os direitos contratuais Arnoldo Wald afirma que: “os direitos contratuais, embora exercendo uma função social, gozam, nos termos da Constituição, do devido processo legal substantivo (art. 5º, inciso LIV), em virtude do qual ninguém pode ser privado dos seus bens – e dos seus direitos que também se incluem entre os bens – sem o devido processo legal”. (WALD, 2000 apud SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.** A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 72).

³²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil No Contexto do Direito Pós- Moderno.* In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113. No mesmo sentido Eugênio Facchini Neto adverte que “não podemos olvidar a persistência de claras distinções (embora não mais dicotômicas) entre tais ramos jurídicos. De fato, a constitucionalização do direito privado não implica a absorção deste último pelo Direito Constitucional.” (FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado.* In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 48).

³²⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil.** Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 277.

existir entre os sujeitos de uma relação privada, deve ser evitada através de regulamentações que não sejam exclusivas da vontade das partes, mas de intervenção estatal ou de qualquer outro poder estranho aos sujeitos envolvidos na relação, a fim de se privilegiar a parte mais frágil, *verbis*:

Se se deixasse a possibilidade de auto-regulamentação aos sujeitos interessados, provavelmente o resultado seria oposto, no sentido de que seria mais favorável ao contraente forte: o legislador intervém para estabelecer uma desigualdade de tratamento a favor do contraente mais frágil com a intenção de colocar os sujeitos em um plano de igualdade substancial de direitos.³²⁶

Essa mudança de perspectiva foi necessária pois, com o surgimento dos novos centros de poder e o agravamento das desigualdades sociais no período pós industrial, a sociedade ficou dividida em dois grupos: os detentores do poder econômico e os que Carlos Roberto Siqueira Castro chama de clientela desse poder. Fez-se surgir uma “nova fonte de ameaça social: a ameaça dos poderosos, que controlam os mercados de produção de que depende a vida humana, contra a multidão de debilitados social e economicamente que se esfolia nas engrenagens da sobrevivência na sociedade de massas.”³²⁷

Portanto, as liberdades individuais não têm só o Estado como inimigo, pois, na sociedade contemporânea, outros centros de poder e a opressão existem para além do setor público.³²⁸ A proteção dos indivíduos pela aplicação dos direitos fundamentais deve se estender para todas as situações de poder, seja ele estatal, econômico, empresarial, sindical, etc.³²⁹

Percebe-se a progressão e evolução dos direitos fundamentais, que deixaram de ser considerados, apenas, como direitos de defesa contra o Estado e passaram a ser vistos como direitos de proteção do particular e deveres de proteção do Estado. Não é mais possível, na atualidade, negar a sua eficácia também nas relações particulares.³³⁰

Sobre esse assunto, Paulo Gustavo Gonet Branco destaca que, ao lado da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, ligada à sua concepção histórica, existe, atualmente, a

³²⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 276.

³²⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas. *In*: ALVES PEREIRA, Celso Antônio; ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso Renato Duvivier de (org.) **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 237.

³²⁸ *Ibid.* p. 238.

³²⁹ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, Ano XX, n. 82, abr./jun., 1987, p. 43.

³³⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 96.

dimensão objetiva, que considera os direitos fundamentais “da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação.”³³¹

Isso justifica, inclusive, “uma eficácia irradiante, servindo de diretriz para a interpretação e aplicação das normas dos demais ramos do direito”³³², além de possibilitar “a discussão sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais - a eficácia desses direitos na esfera privada, no âmbito das relações entre particulares.”³³³

Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira deixa isso claro ao afirmar que:

Tendo sido os direitos fundamentais concebidos para a defesa do cidadão face ao poder e tendo deixado este de ser privilégio do Estado, não faria, mais sentido, não alargar a proteção dos cidadãos através dos direitos fundamentais a todas as situações de poder.³³⁴

Após discorrer sobre a impossibilidade de se manter uma concepção imutável dos direitos fundamentais devido às transformações sociopolíticas da sociedade, Juan Maria Bilbao Ubillos destaca que, atualmente, a realidade desmente a existência de uma paridade jurídica com boa parte dos vínculos estabelecidos entre particulares.³³⁵

Assim, não basta mais proteger a liberdade dos cidadãos apenas contra as ingerências arbitrárias e abusivas do Estado, pois esta não é uma particularidade só do Poder Público.

O referido autor adverte que o poder privado está disseminado na sociedade, tendo capacidade de influenciar a decisão e o comportamento de outros indivíduos, impondo sua própria vontade:

El Derecho Privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros, de influir eficazmente en el comportamiento de otros, de imponer la propia voluntad. Basta con mirar alrededor y observar

³³¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 153. Sobre a dimensão objetiva o autor esclarece que “os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si. Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a idéia de que esses direitos, na verdade, consagram valores básicos da ordem jurídica e da sociedade - valores esses que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 170).

³³² Ibid. p. 155.

³³³ Ibid. p. 155.

³³⁴ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, Ano XX, n. 82, abr./jun., 1987, p. 43.

³³⁵ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamento español*. In: SARLET, Ingo; MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg (org.). **Direitos fundamentais e direito privado uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 165-166.

*atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. Representan en la actualidad una amenaza nada desdeñable para las libertades individuales. El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, disseminado en la sociedad. Al fin y al cabo, el fenómeno del poder como expresión de una situación de desigualdade es indiciable de las relaciones humanas, es inherente a toda organización social.*³³⁶

Portanto, defende-se a aplicação dos direitos fundamentais para a proteção contra a ingerência indevida de qualquer poder, mesmo que limitando a autonomia privada, pois, conforme Bilbao Ubillos: “*el sistema de garantías para ser coherente y eficaz, debe ser polivalente, debe operar en todas las direcciones.*”³³⁷

4.2 As principais teorias existentes sobre o tema

A eficácia irradiante e imediata dos direitos fundamentais existentes no ápice da hierarquia das normas jurídicas, segundo nos informa Paulo Gustavo Gonet Branco, possibilitou a percepção de que os princípios que informam esses direitos, sem exclusão do devido processo legal, não podem deixar de ser aplicados em toda a ordem jurídica, inclusive nas relações privadas. Do contrário, se abrigaria “na sociedade uma *dupla ética* (na locução de Jean Rivero), em que um mesmo comportamento, com implicações morais relevantes, é exigido do Estado nas suas relações com os indivíduos, mas é deixado ao arbítrio dos indivíduos, quando em contato mútuo.”³³⁸

A grande problemática que se coloca é saber como e em que medida se realizará a aplicação dos direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares, sem que se exclua, totalmente, a autonomia privada.³³⁹

³³⁶ UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 303. Cf, também UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*. In: SARLET, Ingo; MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg (org.). **Direitos fundamentais e direito privado uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 166-167.

³³⁷ Id. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*. In: SARLET, Ingo; MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg (org.). **Direitos fundamentais e direito privado uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 165-170.

³³⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 170. Cf. tb. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1294.

³³⁹ Sobre esse assunto, Robert Alexy adverte: “Atualmente a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a

Essa, inclusive, é uma advertência de Otavio Luiz Rodrigues Júnior que aponta existir excesso de reconhecimento desses vínculos “e preocupação menor em se discutir como se operacionalizam tais relações.”³⁴⁰

Mas, mesmo no direito português, em que há expressa previsão a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (art. 18/1 da Constituição Portuguesa), não há consenso a respeito de como e em que intensidade se dá essa vinculação.³⁴¹

O consenso existente é que não se aplicam à esfera privada aqueles direitos fundamentais cujo destinatário é exclusivamente o Poder Público³⁴² como, por exemplo, os direitos políticos (nacionalidade, extradição, asilo político), o direito de ação, etc., devido à sua inoponibilidade perante os particulares.³⁴³

Como também é consenso a aplicação dos direitos fundamentais que têm por destinatários todos, como por exemplo, o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso do direito de livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV e V, da CF); o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, X, da CF); o sigilo da correspondência e das comunicações (art. 5º, XII, da CF); que, conforme salienta Ingo Sarlet, certamente não são normas dirigidas somente ao Estado.³⁴⁴

A discussão ganha ainda mais força quando se discute se essa vinculação se dará de maneira igualitária entre todos os particulares; ou se deve haver uma distinção para admitir a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado, apenas, na relação de indivíduos detentores de algum tipo de poder (econômico, político, social, etc.) *versus* pessoas em situação de desigualdade.

um problema de construção. A questão sobre em que extensão elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um problema de colisão.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 528).

³⁴⁰ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 267.

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 375-376.

³⁴² LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. Direitos Fundamentais e as Relações entre Particulares. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal**, n. 3, janeiro-junho de 2000, p. 75.

³⁴³ SARLET, op. cit. p. 376. No mesmo sentido: SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 106.

³⁴⁴ Id. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, a. 4, n.16, p. 193-259, jul./set. 2005, p. 204. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-16-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>. Acesso em: set. 2021.

A Constituição brasileira não tem dispositivo semelhante ao da congênera portuguesa, já referido linhas atrás, nem por isso se pode negar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas travadas em solo nacional.

Existem várias teorias a respeito do tema, diferenciando-se quanto ao grau e intensidade que essa interferência se dá. É o que se analisa brevemente nos seguintes tópicos.³⁴⁵

4.2.1 Teoria do “*State Action*”

A Alemanha foi o local onde se iniciaram as principais ideias a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.³⁴⁶ Consequentemente, também por lá surgiram as primeiras reações a tal ideário, firmes nas assertivas de que os direitos fundamentais foram concebidos para proteger o cidadão contra o Estado; e que na Constituição alemã não existia previsão da extensão dos direitos fundamentais para as relações privadas.³⁴⁷

No entanto, foi nos Estados Unidos da América que a doutrina conhecida como *State Action* ganhou força e prevalece até hoje (tanto na doutrina como na jurisprudência). Sustenta-se que os direitos fundamentais vinculam apenas o Estado, não se aplicando às relações entre particulares, sob pena de se violar sua autonomia privada.

Ensina Daniel Sarmiento que:

É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõe limitações apenas para os Poderes Públicos e não

³⁴⁵ Na presente dissertação analisar-se-á brevemente apenas as teorias que têm maior destaque na doutrina.

³⁴⁶ A discussão sobre a temática ganhou bastante destaque principalmente na década de 1950 na Alemanha, em que o Tribunal Constitucional Federal Alemão foi incitado a decidir sobre a possibilidade de se quebrar a fronteira existente entre o direito público e o direito privado, fazendo com que incidisse no âmbito particular os direitos fundamentais previstos em âmbito constitucional, expandindo-se depois para toda a Europa e inclusive, na atualidade, no Brasil, de acordo com Luis Roberto Barroso, o caso Luth foi o primeiro grande precedente na matéria, nas palavras do autor: “Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la uma violação ao §826 do Código Civil (BGB) (“Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil”. (BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 35).

³⁴⁷ Essa resistência à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas no direito alemão foi defendida principalmente pelos autores Forsthoff e Mangoldt. (SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 79-80).

atribuem direitos frente a outros particulares, com exceção apenas da 13ª emenda que proibiu a escravidão.³⁴⁸

Os principais argumentos favoráveis à tese são ligados à doutrina liberal da primazia da autonomia privada; e, especialmente nos Estados Unidos da América, levanta-se, ainda, o óbice do pacto federativo, vez que, por lá, é dos Estados a competência para legislar sobre o Direito Privado.³⁴⁹

É certo que a Suprema Corte norte-americana tem amenizado a aplicação dessa teoria em alguns aspectos, por exemplo, com a chamada *Public Function Theory*³⁵⁰, que estabelece que os particulares estão vinculados aos limites constitucionais quando exercerem atividades de natureza tipicamente estatal.³⁵¹

Em virtude desse comportamento da jurisprudência norte-americana, Virgílio Afonso da Silva, fazendo um contraponto ao posicionamento de Daniel Sarmento, assevera que: “ao invés de *negar* a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, a doutrina da *State Action* tem como objetivo justamente definir *em que situações* uma conduta privada será vinculada às disposições de direitos fundamentais.”³⁵²

O autor referido distingue os fundamentos da doutrina da *State Action* com seus efeitos:

Direitos fundamentais somente são aplicáveis nas relações entre Estado e particulares, mas a construção jurisprudencial da *state action* tem por objetivo justamente romper com essa limitação e, para alcançar esse objetivo, tenta definir - ainda que de forma assistemática e casuística - quando uma ação privada é equiparável à uma ação pública. Sempre que essa equiparação for possível, e como se verá adiante, na maioria das vezes essa equiparação é artificial e feita já com o intuito de coibir o ato privado violador de direitos fundamentais, as relações entre particulares estão vinculadas às disposições de direitos fundamentais.³⁵³

³⁴⁸ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 81.

³⁴⁹ Id. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 189.

³⁵⁰ Sobre a dificuldade de saber quais serão as atividades consideradas públicas, cf.: NOWAK, John E., Ronald D., YOUNG, J. Nelson. **American Constitutional Law**. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 1986. p. 426-ss.

³⁵¹ Neste sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco destaca: (...) a partir da segunda metade do século XX, a Corte concebeu algumas técnicas que resultavam na repercussão dos direitos fundamentais no domínio particular. A Suprema Corte, mantendo-se fiel, nominalmente, à tese de que os direitos fundamentais obrigam apenas os poderes públicos, a eles equiparou os particulares, quando exercessem atividade de interesse público ou recebessem subvenção governamental. A ligação, ainda que indireta, com a atividade estatal, nesses casos, tornaria a pessoa sujeita às obrigações próprias do Estado, em termos de respeito aos direitos fundamentais. (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 178)

³⁵² DA SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 99-100.

³⁵³ Ibid. p. 100.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, considerar que os direitos fundamentais não vinculam as entidades privadas é um raciocínio artificial para encobrir o que acontece de fato, pois a Suprema Corte norte-americana, quando quer coibir determinada violação a direito fundamental, sempre encontra uma forma de igualar o ato praticado pelo particular questionado a um ato estatal.³⁵⁴

Mesma impressão colhe-se do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário n. 201.819, de 2005, quando assevera que os vários julgamentos proferidos a respeito do tema nos Estados Unidos:

[...] tem reconhecido a aplicação de direitos fundamentais para os casos em que estão envolvidos diretos civis (The Civil Right Cases), acordos privados (Private Agreements), ou ainda sob a alegação de que a questão decidida demanda um conceito de função pública (The Public Function Concept).³⁵⁵

Ainda que com os temperamentos supra indicados, não há como deixar de reconhecer que a teoria da *State Action* parte de uma visão totalmente individualista do fenômeno dos direitos fundamentais.

No caso *Jackson v. Metropolitan Edison Co*³⁵⁶, a Suprema Corte entendeu que a empresa privada fornecedora de energia elétrica não era obrigada a respeitar o devido processo legal ao cortar o fornecimento da energia de um cliente, pois, embora a atividade exercida necessitasse de licenciamento do governo americano, esse fato não a tornava como atividade tipicamente estatal.³⁵⁷

O mesmo ocorreu no caso *Flagg Brothers Inc. v. Brooks*³⁵⁸, quando a Suprema Corte se recusou a analisar a alegação de que uma lei era inconstitucional por violação ao devido

³⁵⁴ Sobre isso, Juan María Bilbao Ubillos destaca: “*Em todo caso, esta fórmula no deja de ser una solución parcial, un expediente para salir del paso, que permite a los jueces escamotear el problema de fondo, sin resolverlo. Se cierra en falso. La verdadera solución, la que explica de una forma mas coherente y honesta lo que realmente ocurre todos los días en nuestros tribunales civiles e laborales, es el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares.*” (UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 322).

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 201819/RJ**. Relatora: Min. Ellen Gracie, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: jun. 2021.

³⁵⁶ JACKSON v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345 (1974). *Justia US Supreme Court*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/419/345/>. Acesso em: jun. 2021.

³⁵⁷ NOWAK, John E., Ronald D., YOUNG, J. Nelson. *American Constitutional Law*. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 1986. p. 429-430. Segundo os autores: “*The mojouraty opinion in Jackson indicated that only those activities with were traditionally reserved to state authority or commonly associate with state sovereignty would be consired public functions.*”

³⁵⁸ FLAGG Bros., Inc. v. Brooks, 436 U.S. 149 (1978). *Justia US Supreme Court*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/436/149/>. Acesso em: jun. 2021.

processo legal. Segundo a lei que se questionava, ao depositário era permitida a venda direta de bens do depositante inadimplente, tendo a Suprema Corte entendido que o contrato de depósito é de natureza privada e que, portanto, não se sujeita ao mandamento constitucional do devido processo legal.³⁵⁹

Conforme se destacou no decorrer desse capítulo, as ofensas aos direitos fundamentais das pessoas não são exclusivas do Estado, mas também da esfera particular, daqueles que também detém parcela de poder. Cabe aqui destacar frase atribuída a D. Kairys, que critica a teoria da *State Action*, aduzindo que, na esfera do Poder Público, “conceitos básicos de liberdade, democracia e liberdade são aplicáveis. No entanto, na esfera privada, que inclui quase toda a atividade econômica, nós não permitimos nenhuma democracia ou igualdade, apenas a liberdade para comprar e vender.”³⁶⁰

4.2.2 Teoria de Schwabe

Essa teoria, que também é conhecida como teoria da convergência estatista, tal como a *State Action*, nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Foi defendida na Alemanha por Jürgen Schwabe, segundo o qual o Estado é sempre o responsável por ofensas e violações de direitos fundamentais, ainda que ocorridas no âmbito privado.³⁶¹

Isso porque os particulares praticam suas atividades pautados em permissões ou proibições do ordenamento jurídico, sendo autorizados a fazerem tudo que não está proibido por lei. Assim, eventual violação de direito fundamental só será imputada ao indivíduo se o Estado legislasse disciplinando tal conduta.

Desse modo, conforme destaca Virgílio Afonso da Silva: “a licitude da ação privada é facilmente verificável com base nos dispositivos legais. Em todos os outros casos, a responsabilidade será estatal, ainda que o ato seja particular.”³⁶²

O Direito Privado, que regula as relações privadas, é emanado do Estado. Se ele não realiza a função legislativa que lhe compete, atividades de particulares que violam direitos

³⁵⁹ NOWAK, John E., Ronald D., YOUNG, J. Nelson. *American Constitutional Law*. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 1986. p. 430-432.

³⁶⁰ KAIRYS, 1982 *apud* SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 86.

³⁶¹ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 338.

³⁶² DA SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 105.

fundamentais devem ser entendidas como permitidas pelo Estado, sendo só ele o responsável por tal violação.

Daniel Sarmento tece críticas a essa construção, pois, ao contrário do que se extrai dessa teoria, a autonomia privada e, conseqüentemente, a liberdade individual, não decorrem de uma autorização do Estado. De fato, a liberdade é imanente ao ser humano, é um direito natural. “Não faz sentido atribuir ao Estado uma lesão de direitos fundamentais gerada pela conduta de um particular, sem pressupor que esse particular estivesse vinculado ao respeito daquele direito.”³⁶³

Isso é fácil compreender quando se analisa o exemplo dado por Virgílio Afonso da Silva, no caso em que alguém, utilizando-se de sua liberdade de expressão, prevista no art. 5º, inciso IV, CF, imputa falsamente a outrem a prática de determinado crime ofendendo sua honra (art. 5º, inciso X, CF). Segundo a teoria de Schwabe, o particular será responsável, porque o Estado regulamentou tal conduta, considerando-a crime no art. 138 do Código Penal.³⁶⁴

Tanto a *State Action* como a teoria de Schwabe possuem falhas, pois trabalham com bases artificiais.³⁶⁵ Na primeira, há equiparação do indivíduo ao Estado quando se quer proibir determinada conduta. Na segunda, pelo fato de se imputar ao Estado a responsabilidade de toda conduta particular (mesmo sem ter participado da prática do ato), só porque o Estado não vedou dado comportamento, o indivíduo seria livre para agir, inclusive violando direitos fundamentais alheios.

Juan María Bilbao Ubillos também critica as teorias que negam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Entende que as soluções encontradas por essas teorias não resolvem o problema. Afirma que o que se vê nos tribunais é o reconhecimento dessa eficácia, seja de maneira direta ou indireta, *verbis*:

La verdadera solución, la que explica de una forma más coherente y honesta lo que realmente ocurre todos los días en nuestros tribunales civiles y laborales, es el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Una eficacia que, como luego veremos, puede ser directa, pero siempre matizada, condicionada, no indiscriminada, con un alcance que tendrá que ser modulado en cada caso atendiendo al peso

³⁶³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 109.

³⁶⁴ DA SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 105.

³⁶⁵ Ibid. p. 105-106.

*relativo de los derechos o intereses con los que aquéllos entran en colisión.*³⁶⁶

4.2.3 Teoria da eficácia mediata ou indireta

A teoria da eficácia indireta ou mediata (*Mittelbare Drittwirkung*) também foi criada e desenvolvida na Alemanha, prevalecendo até hoje por lá. Foi essa teoria aplicada no emblemático caso *Luth*.³⁶⁷

Aliás, segundo Otávio Luiz Rodrigues Júnior, um dos “mais importantes legados da decisão Lüth para o Direito Civil foi definir o modelo da eficácia indireta dos direitos fundamentais em relação aos particulares como o mais adequado para resolver os problemas ínsitos ao Direito Constitucional e ao Direito Privado.”³⁶⁸

Segundo essa teoria desenvolvida pelo alemão Günther Dürig³⁶⁹, os direitos fundamentais integram uma ordem de valores objetiva que tem reflexos em todo o ordenamento jurídico. Mas que não podem ter uma eficácia direta no âmbito das relações entre particulares, pois isso, acabaria gerando a estatização do direito privado e o esvaziamento da autonomia privada.³⁷⁰

Segundo Robert Alexy, essa teoria situa-se no nível do dever estatal. Como para os seus adeptos as normas de direitos fundamentais valem como princípios objetivos (ordem objetiva de valores) para todos os ramos do direito, é dever do Estado de levá-las em consideração tanto na elaboração da legislação quanto na jurisprudência civil.³⁷¹

Parte-se da premissa do reconhecimento de um direito geral de liberdade, atuando os direitos fundamentais na esfera privada, apenas, de modo indireto, a fim de não se comprometer a liberdade contratual dos indivíduos nas suas relações particulares, pois a autonomia privada também é um direito fundamental.

³⁶⁶ UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 322.

³⁶⁷ Para informações detalhadas do caso *Luth*, Cf.: RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 284 e ss.

³⁶⁸ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 300.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, a. 4, n.16, p. 193-259, jul./set. 2005, p. 212. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-16-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>. Acesso em: set. 2021.

³⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 533.

A proposta de Dürig é de uma concepção dualista dos direitos fundamentais, ou seja, de um lado são direitos subjetivos contra o Estado e, do outro, garantem a autonomia privada com a conseqüente liberdade contratual dos indivíduos.

Todavia, conforme adverte Virgílio Afonso da Silva, essa liberdade não é absoluta, mas conciliada com as normas de direitos fundamentais por meio da legislação do próprio direito privado.³⁷²

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares dependeria, portanto, de previsão do legislador. É o Legislativo que estabelecerá o ponto de compatibilidade entre a proteção dos direitos fundamentais e a manutenção da autonomia privada.³⁷³

A infiltração dos direitos fundamentais no direito privado se dá através de normas expressas ou da utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que deverão ser interpretados pelos juízes quando da aplicação da lei no caso concreto, de acordo com os ditames e valores constitucionais.

Afirma-se que a aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito privado aniquilaria a autonomia privada, sendo mais adequada a recepção pelo Direito Civil dos valores constitucionais a fim de se coordenar os direitos fundamentais com os direitos subjetivos privados, para que as relações jurídicas privadas não fiquem sufocadas com a aplicação pura e simples dos direitos fundamentais.³⁷⁴

No Brasil, Otávio Luiz Rodriguez Júnior é adepto desta teoria. Porém, o autor faz uma distinção entre um modelo forte e um modelo fraco da teoria da eficácia indireta. O modelo fraco, defendido pelo autor, é o que admite outras “portas de entrada” dos direitos fundamentais para o direito privado além das cláusulas gerais.³⁷⁵

Para o referido autor, “é indispensável a filtragem dos direitos fundamentais pelo Direito Civil”,³⁷⁶ sob pena de se “degradar a Constituição e por ignorar os espaços de discricionariedade

³⁷² DA SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 76.

³⁷³ VON GEHLEN, Gabriel Mena Barreto. O Chamado Direito Civil Constitucional. In: MARTINS COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 195.

³⁷⁴ PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, Ano XX, n. 82, abr./jun., 1987, p. 45. Cf. tb. PINTO, Carlos Alberto Mota. **Teoria Geral de Direito Civil**. 4. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2005. p. 74-75. Cumpre ressaltar, no entanto, que apesar de defender a aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, Carlos Alberto Mota Pinto admite, em situações excepcionais a aplicação direta de normas constitucionais quando não existir cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado aplicáveis ao caso.

³⁷⁵ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 365.

³⁷⁶ Ibid. p. 359.

e de conformação do legislador ordinário, de decisão dos particulares e os âmbitos de racionalidade intrínseca ao Direito Privado”.³⁷⁷

No entanto, a presente teoria não deixou de receber críticas tanto daqueles que negam a possibilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, quanto dos que entendem que essa eficácia deve ser direta, ou seja, independentemente de qualquer previsão legislativa. Os do primeiro grupo – apegados ao positivismo que são –, baseiam seus argumentos no princípio da autonomia privada e no princípio da legalidade, alertando sobre a insegurança que pode surgir na interpretação da lei. Já a objeção do segundo grupo, segundo Gabriel Menna Barreto Von Gehlen, “é que, em se exigindo a *interpositivo legislatoris*, está desfigurando a própria fundamentalidade e supremacia da norma constitucional.”³⁷⁸

Virgílio Afonso da Silva também elenca várias críticas à teoria da eficácia mediata. A primeira, no sentido de que a ideia de que os direitos fundamentais são uma ordem objetiva de valores acabaria acarretando o risco de todo o ordenamento jurídico e todas as relações.³⁷⁹ Além disso, o autor também aponta o risco dessas cláusulas gerais serem insuficientes para garantir a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo possível antever situações em que elas deveriam incidir, mas que não incidirão pela inexistência de referida “porta de entrada” (legislação). Aponta também, o risco de todo caso que envolva direito privado se transformar em um caso constitucional, transformando, assim, os tribunais constitucionais em verdadeiros tribunais revisores da jurisdição ordinária.³⁸⁰

Juan María Bilbao Ubillos também se enquadra entre os doutrinadores que criticam a eficácia mediata dos direitos fundamentais. Alega que não vê diferença entre a teoria da eficácia mediata, através da interpretação das cláusulas gerais, com a interpretação das normas do ordenamento conforme a Constituição.³⁸¹

Em que pese todas as críticas apontadas, essa é a teoria mais aceita em vários países, sendo quase unanimemente adotada na Alemanha.³⁸²

³⁷⁷ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 359.

³⁷⁸ VON GEHLEN, Gabriel Mena Barreto. O Chamado Direito Civil Constitucional. In: MARTINS COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 195.

³⁷⁹ DA SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 84.

³⁸⁰ Ibid. p. 85-86.

³⁸¹ UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 316.

³⁸² DA SILVA, op. cit. p. 81. Cf. tb.: SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 88-94.

4.2.4 Teoria da eficácia imediata ou direta

Os adeptos dessa teoria afirmam que os direitos fundamentais incidem diretamente nas relações privadas, não sendo necessária qualquer previsão legislativa em caráter infraconstitucional. O direito fundamental seria aplicado conforme o caso concreto e mediante a ponderação necessária, sendo prescindível qualquer artimanha interpretativa para aplicá-los diretamente nas relações privadas.

Embora não seja a teoria que prevalece na Alemanha, foi lá que tal corrente foi criada no início da década de 1950, tendo como precursor Hans Carl Nipperdey³⁸³. Posteriormente, foi retomada e desenvolvida por Walter Leisner, sob a justificativa de que as ameaças aos direitos fundamentais não são provenientes, unicamente, das condutas estatais, não podendo o Direito Privado ficar indene à incidência das normas constitucionais e aos direitos fundamentais, como se ordem jurídica não fosse uma unidade.³⁸⁴

Para Nipperdey, os direitos fundamentais têm efeitos absolutos, o que não se confunde com direitos absolutos, como adverte Virgílio Afonso da Silva. Isso porque não se defende a imutabilidade dos direitos fundamentais; tampouco a impossibilidade de restringi-los. Pelo contrário, defende-se que um direito fundamental como a liberdade, por exemplo, possa ser restringido ou limitado a fim de se proteger outro direito fundamental.³⁸⁵

Alguns autores fazem uma distinção quanto à intensidade da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Aduzem que o fator preponderante para isso é aferir quem são seus destinatários, pois, se uma das partes for detentora do poder social, ela se equiparará ao Estado e, por isso, não haverá dificuldades em aceitar-se a incidência dos direitos fundamentais.³⁸⁶

Ingo Sarlet destaca inclusive, que a vinculação direta dos direitos fundamentais às entidades particulares “poderosas” é um ponto em comum entre as teorias da eficácia mediata e imediata³⁸⁷, nestes termos:

³⁸³ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 302.

³⁸⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 204. Cf. tb. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 95.

³⁸⁵ DA SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 88-89.

³⁸⁶ Neste sentido: PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, Ano XX, n. 82, abr./jun., 1987, p. 47-50; LIMA, Maria Rosynete Oliveira. Direitos fundamentais e as relações entre particulares. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal**, Brasília, n. 3, p. 73-80. 2000, p. 79.

³⁸⁷ Vale destacar que Otávio Luiz Rodrigues Junior, defensor da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, não adota esse entendimento. Segundo o autor: “Um poderoso conglomerado ou uma empresa

Tanto os adeptos da teoria da eficácia indireta (mediata), quanto os que sustentam uma eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, têm reconhecido, ao menos de regra, uma vinculação direta no caso de entidades particulares dotadas de poder social, isto é, quando configurada uma relação caracterizada por um desnível de poder significativo, capaz de afetar inequivocamente a paridade entre os pólos da relação jurídico-privada. Assim, por se tratar de uma posição semelhante a que se registra no âmbito das relações particular/Estado, costuma ser admitida uma vinculação direta (embora excepcional para os adeptos da eficácia indireta) dos sujeitos privados “poderosos”.³⁸⁸

José Carlos Vieira Andrade faz essa distinção, aduzindo que a aplicação direta dos direitos fundamentais só pode ser aceita nas situações em que as pessoas coletivas ou individuais detenham um poder especial sobre os outros indivíduos, ainda que de caráter privado, justificando-se, assim, a proteção à parte mais vulnerável. Para as relações entre indivíduos que possam ser considerados iguais, a aplicação dos direitos fundamentais deve se dar de maneira indireta.³⁸⁹

Thiago Luís Santos Sombra, no entanto, não concorda com essa equiparação de submissão do ente particular detentor do poder social, tal qual ocorre com o Estado. De acordo com ele, esses entes particulares também são titulares de direitos fundamentais, o que não ocorre com os entes públicos.³⁹⁰ Segundo o autor, essa questão deverá ser analisada em cada caso concreto, *verbis*:

Não é pelo fato de possuir uma condição de poder que toda entidade o utilizará perante suas relações com os particulares. Somente nas hipóteses em que esse poder for utilizado com o intuito de fazer valer a supremacia fática frente a terceiros, a *Drittwirkung* deverá ser impingida. De outra parte, tampouco a circunstância de ambos os particulares estarem em situação de igualdade será

multinacional de telecomunicações são entes privados e podem-se relacionar com particulares, eventualmente infringindo seus direitos fundamentais. A proteção aos últimos é igualmente reconhecida no marco da eficácia indireta, sem necessidade de maiores contorcionismos intelectuais.” (RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 374).

³⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **A Constituição Concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 140-141.

³⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 242-251.

³⁹⁰ Segundo o citado autor: “Conquanto as situações de desigualdade fática, enquanto manifestações do poder social ou privado, requeiram uma proteção específica, deve ainda ser considerado que esses entes também são titulares de direitos fundamentais, o que inviabiliza substancialmente uma vinculação aos direitos e garantias individuais nos moldes em que ocorre com o Estado.” (SOMBRA, Tiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas**: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 118).

hábil a afastar a invocação da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares.³⁹¹

Esse também parece ser o posicionamento defendido por Ingo Sarlet, quando aduz que a vinculação direta ocorre mesmo para aqueles que não exercem uma parcela do poder social. Para referido autor, mesmo quando se trata de particular ou de entidade privada que detém referido poder, não se está diante de uma relação igual a que se estabelece entre particular e Estado, na medida em que se continua na esfera de relações travadas entre particulares, igualmente titulares de direitos fundamentais.³⁹²

Para o referido autor brasileiro, com exceção dos direitos fundamentais dirigidos exclusivamente ao Poder Público, todos os direitos fundamentais vinculam, de certa maneira, diretamente os indivíduos em suas relações particulares. Adverte, contudo, sobre a impossibilidade de serem adotadas soluções uniformes para todos os casos, concluindo que o modo e a intensidade da vinculação deverão considerar os aspectos do caso concreto, buscando-se uma ponderação dos direitos fundamentais em conflito, preservando, na medida do possível, a essência de cada um.³⁹³

Aliás, sobre essa ponderação, Robert Alexy, ao tratar das teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, adverte:

Nenhuma das três teorias transpõe os direitos fundamentais dirigidos contra o Estado para a relação cidadão/cidadão por meio de uma simples troca de destinatários. Todas elas permitem levar em conta o fato de que, na relação cidadão/cidadão, ambos os lados são titulares de direitos fundamentais. Todas elas aceitam uma modulação da força de seus efeitos. Para todas elas a medida do efeito dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão é, no final das contas, uma questão de sopesamento. (...) Para as três teorias o sopesamento pode levar a regras relativamente genéricas, de acordo com as quais, em determinados âmbitos do direito privado, determinados direitos fundamentais podem ceder totalmente ou em grande medida.³⁹⁴

³⁹¹ SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 120-121.

³⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **A Constituição Concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 153. Cf. tb. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1293.

³⁹³ *Ibid.* p. 155-159.

³⁹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 532. Importante ressaltar, aqui, que Alexy, embora afirme que o único argumento sustentável contra os efeitos diretos seja a rejeição de qualquer forma de efeitos, ele não adota a teoria da eficácia direta pura e simplesmente, o autor integra três teorias que, segundo ele, não se excluem, a teoria da eficácia indireta, a da eficácia direta e a de Schwabe. (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 533-ss.).

Diversamente do que aduzem os críticos da teoria da eficácia imediata, defender a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não significa estancar a autonomia privada, com o conseqüente esvaziamento da liberdade contratual.³⁹⁵ Pelo contrário, a autonomia privada também goza de proteção por meio de garantias constitucionais e integrará a ponderação no caso concreto. O que não se admite é afirmar, como se sustentava no passado distante, que se trata de um dogma jurídico que não possa ser relativizado.³⁹⁶

A objeção no sentido de que, com a aplicação direta, corre-se o risco de haver uma “inflação” dos direitos fundamentais no Direito Privado, tornando-o supérfluo, parece também não fazer sentido. Conforme destaca Alexy:

Essa objeção ignora que os princípios de direitos fundamentais não determinam uma única solução para cada caso. Há inúmeros casos no âmbito do direito civil para os quais há mais de uma solução compatível com os direitos fundamentais. Nesses casos, as normas de direito civil têm uma importância basilar. Além disso, essa objeção ignora que, com frequência, não é claro o que os princípios de direitos fundamentais requerem em um caso de direito civil. Nessa situação, é necessário que o juiz civil, para o bem de uma prática decisória consistente e a serviço dos postulados da segurança jurídica e do tratamento igual, possa se apoiar em um material de decisão dotado de autoridade, ou seja, em normas postas, em precedentes e em proposições dogmáticas comumente aceitas. Um tribunal civil que baseie todas as suas decisões no texto constitucional mas que, para além disso, queira decidir com base em urna tabula rasa normativa nunca poderia satisfazer a esses postulados. Por isso, o juiz civil está *prima facie* vinculado ao direito civil vigente, na forma de leis, de precedentes e da dogmática comumente aceita. Se ele quiser se afastar disso, em virtude de princípios de direitos fundamentais, ele tem que assumir o ônus argumentativo.³⁹⁷

Com base nas considerações até aqui destacadas, é possível concluir, na esteira do que ensina Wilson Steinmetz, que há três versões a respeito da teoria da eficácia imediata: a forte, pela qual os direitos fundamentais teriam uma eficácia absoluta nas relações particulares; a fraca, que seria aquela que diferencia os particulares detentores do poder econômico para que os direitos fundamentais tenham eficácia direta; e a intermediária, que defende a eficácia direta,

³⁹⁵ Para conferir alguns argumentos contrários à teoria da eficácia direta Cf.: HESSELINK, Martijn. O efeito horizontal dos direitos sociais no direito Contratual europeu. Tradução de Kelly Cristina Canela e Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto. **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**, v. 17, n. 26, 2013, p. 4. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/842>. Acesso em: out. 2021.

³⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 145. No mesmo sentido: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 540.

³⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 541.

porém, sem ser ilimitada, incondicionada ou indiferenciada, devendo os direitos fundamentais serem ponderados em cada caso concreto, levando em consideração os interesses em conflito.³⁹⁸

A teoria da eficácia imediata é a que prevalece em países como Espanha e em Portugal.³⁹⁹

O autor espanhol Juan María Bilbao Ubillos é adepto desta teoria, mas adverte que essa eficácia encontra limites advindos dos valores e princípios estruturais do Direito Privado, dentre eles, a autonomia privada (que, por não ser um axioma absoluto, só correria riscos com uma aplicação indiscriminada dos direitos fundamentais em sua esfera). Por isso, o autor advoga que, em vez de negar a eficácia imediata dos direitos fundamentais, é muito mais razoável definir a intensidade que se dará essa aplicação, harmonizando a vigência dos direitos fundamentais com valores específicos do Direito Privado através da ponderação realizada em cada caso concreto,⁴⁰⁰ *verbis*:

*Asumida la necesidad de dilucidar em cada caso y mediante la correspondiente ponderación el alcance del derecho fundamental en el concreto conflicto surgido entre particulares, creemos que ninguna objeción insuperable puede hacerse a esta modalidad de Drittwirkung. Su aceptación no prejuzga la decisión que finalmente va a adoptarse al resolver un determinado conflicto.*⁴⁰¹

Pedro Vega García critica a omissão da Constituição Espanhola a respeito da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Defende a aplicação direta, considerando que os direitos fundamentais são direitos públicos subjetivos. Exigir intermediação de legislação ordinária para fazer valer sua incidência frente a particulares, segundo o autor, é destruir sua concepção como tal.⁴⁰²

³⁹⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 169-171. No mesmo sentido de que a teoria da eficácia direta não tem um modelo uniforme no Brasil, Cf.: RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 321 e s.

³⁹⁹ Ibid. p. 164. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 204. Cf. tb. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 96; BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 127.

⁴⁰⁰ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamento español*. In: SARLET, Ingo; MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg (org.). **Direitos fundamentais e direito privado uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 207-212

⁴⁰¹ Id. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 336-337.

⁴⁰² VEGA GARCIA, Pedro de. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)*. **Pensamiento Constitucional**, ano IX, n. 09, p. 37-40. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3335/3183>. Acesso em: jun. 2021.

Referentemente à posição doutrinária de Portugal, JJ Gomes Canotilho destaca que a Constituição Portuguesa, no artigo 18.1⁴⁰³, consagra, inequivocamente, a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Pondera, contudo, a necessidade de harmonizar a proteção da autonomia privada e dos direitos fundamentais.⁴⁰⁴

Da mesma maneira, Jorge Miranda, apesar de advertir não se tratar de problema de fácil solução, estabelece alguns critérios de ponderação em cada caso para se efetuar a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.⁴⁰⁵

4.3 Teoria adotada no Brasil

No Brasil, a grande maioria dos doutrinadores que se dedicaram ao tema são adeptos da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Otávio Luiz Rodrigues Júnior diz ser compreensível esse cenário e que são poucos os trabalhos brasileiros que refutam essa teoria, para o autor:

A indiferença dos círculos civilísticos tradicionais em relação ao tema, o surgimento de uma nova Constituição, após duas décadas de regime militar, a troca de guarda geracional e a competência com que os defensores da eficácia direta formularam as bases do modelo são causas prováveis para essa hegemonia, alcançada em pouco menos de vinte anos.⁴⁰⁶

Dentre alguns, Daniel Sarmento, inclusive, vê sua aplicação como importante instrumento de justiça substantiva numa sociedade tão desigual como a brasileira.⁴⁰⁷

No mesmo sentido, é o entendimento de Carlos Roberto Siqueira Castro que aduz:

[...] o sentimento constitucional contemporâneo passou a exigir que o princípio da dignidade do homem, que serve de estrutura ao edifício das Constituições da era moderna, venha fundamentar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais as relações privadas, ou sejam eficácia externa, também denominada direta ou imediata, que na prática coincide com o chamado efeito

⁴⁰³ “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas”.

⁴⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1286-1290.

⁴⁰⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 5. ed. Lisboa: Coimbra, 2012. p. 331-340.

⁴⁰⁶ RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 319.

⁴⁰⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 204. Cf. tb. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 137.

horizontal do elenco de direitos, de liberdades e de garantias que através dos tempos granjearam assento nos estatutos supremos das nações.⁴⁰⁸

Ingo Sarlet aponta que “[...] a opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo de igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito [...]”⁴⁰⁹, e que na ordem constitucional brasileira, a despeito de não haver dispositivo igual ao da Constituição Portuguesa, não há razão para afastar a vinculação direta dos particulares.⁴¹⁰

Wilson Steinmetz, após refutar as objeções à teoria da eficácia imediata, destaca que, no direito brasileiro, a autonomia privada também é protegida constitucionalmente e eventual conflito com direitos fundamentais será resolvido pela ponderação. De acordo com ele, são “infundados os temores em relação à eliminação da autonomia privada e à perda de identidade e de função do direito privado, especialmente do direito civil, porque, sendo a autonomia privada um bem constitucionalmente protegido, ela não pode ser afastada sem mais.”⁴¹¹

Thiago Luís Santos Sombra alerta pela necessidade de se construir um modelo de aplicação adaptado às especificidades culturais, sociais, políticas, jurídicas e econômicas do Brasil. Apesar das críticas que se dirigem à teoria, aponta que a eficácia imediata dos direitos fundamentais preenche um vazio axiológico normativo da concepção clássica dos direitos fundamentais.⁴¹²

E não poderia ser diferente, pois a Constituição Federal Brasileira de 1988 é alicerçada pelos valores de um Estado Social. Tanto que, em seu art. 3º, inciso I, prevê como objetivo fundamental da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, algo incompatível com a afirmação de que somente o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais.⁴¹³

Além do mais, um dos paradigmas do Direito Constitucional brasileiro, que se desenvolveu juntamente com o processo de redemocratização do Brasil, é justamente o da busca

⁴⁰⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 247.

⁴⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **A Constituição Concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.147.

⁴¹⁰ *Ibid.* p.154.

⁴¹¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 202.

⁴¹² SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 201-202.

⁴¹³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 245.

pela efetividade das normas constitucionais (força normativa da Constituição Federal)⁴¹⁴, o que corrobora o argumento pela aplicação direta dos direitos fundamentais.

O STF brasileiro nunca declarou, expressamente, que o sistema jurídico pátrio se filia à teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais. Mas o que se infere dos precedentes examinados no próximo capítulo, principalmente dos atinentes aos processos decisórios de natureza privada (em que se reconhece a necessidade de observância das garantias constitucionais do processo), é de que nossa Corte Constitucional aplica, diretamente, os direitos fundamentais às relações privadas.

⁴¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 47.

5 APLICAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PROCESSUAL AOS PROCESSOS DECISÓRIOS DE NATUREZA PRIVADA

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o constituinte, além da garantia do devido processo legal de que tanto se falou nessa dissertação, previu o princípio do Acesso à Justiça (sic: Poder Judiciário), estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV).⁴¹⁵

Passados 30 anos da promulgação da Constituição, a consequência dessa amplitude de acesso é uma hiperjudicialização da vida e dos direitos. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, a taxa de congestionamento dos tribunais brasileiros, em 2020, chegava a ser de 68,5%.⁴¹⁶

Preocupado com referida hiperjudicialização, o próprio constituinte, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º, estabelecendo que também é direito fundamental a razoável duração do processo judicial e administrativo. Disposição que foi seguida de diversas reformas na legislação processual civil, as quais culminaram com o advento do CPC/2015 (Lei 13.105/2015).

Porém, conforme destaca a professora Flávia Pereira Hill, além dessas reformas legislativas destinadas a melhorar a qualidade do processo judicial, é voz corrente no país a necessidade de serem buscadas soluções *extra muros*, fora do Poder Judiciário, adotando um modelo de Justiça Multiportas; criando-se, ao lado do acesso ao Poder Judiciário, novos meios de acesso ao Sistema de Justiça.⁴¹⁷ Apregoa-se, assim, que, além do acesso ao Poder Judiciário em sentido estrito (processo judicial), meios diversos de solução dos conflitos de cunho heterocompositivo (arbitragem) ou autocompositivo (negociação, mediação e conciliação)

⁴¹⁵ HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**, Rio de Janeiro, Ano 15, v. 22, n. 1, jan./abr., 2021, p. 380-381. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56701>. Acesso em: set. 2021.

⁴¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: jul. 2021.

⁴¹⁷ HILL, op. cit. p. 381-382. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56701>. Acesso em: set. 2021. Segunda a professora: “o termo *multidoor courthouses*, que deu origem, entre nós, à expressão “Justiça Multiportas”, foi cunhado pelo Professor Frank Sander, na célebre *Pound Conference*, realizada em 1976 nos Estados Unidos, e pressupõe o remodelamento do papel dos tribunais deixando de ser apenas o local em que os processos são julgados para se tornar mais amplamente um *dispute resolution center* (centro de resolução de disputas), em que as partes são remetidas para o mecanismo mais adequado para a solução do conflito em que estejam envolvidas”.

devem integrar as opções para a solução de disputas, dentro daquilo que Mauro Cappelletti e Bryant Garth chamam “terceira onda renovatória do processo civil”⁴¹⁸:

Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.⁴¹⁹

Essa compatibilização dos “novos” instrumentos de solução das disputas com o Estado Democrático de Direito condiz com a contemporaneidade de se buscar a solução dos conflitos por meios alternativos, cabendo, aqui, a afirmação de José Joaquim Calmon de Passos:

É a impotência dos homens, mediante suas instituições não-estatais, para prevenir e solucionar os conflitos oriundos de sua convivência, que impõe a utilização dos mecanismos jurídicos de que a tutela jurisdicional é a última e mais representativa expressão. A presença do jurista – doutrinador, postulador ou julgador - denuncia a vitória da doença no corpo social, como a do médico que comunica a vitória da doença no corpo biológico. Feliz a sociedade que precisa pouco de médicos. Feliz a sociedade que precisa pouco de juristas. O que ocorreu em nossos dias, entretanto, foi o oposto. A nossa perda de perspectiva nos levou à apologia da doença e do doutor ao invés de cuidarmos de sua profilaxia e prevenção.⁴²⁰

Aliás, Ada Pellegrini Grinover, ao conceituar o que entende ser a “nova jurisdição”, defende que ela engloba, além da justiça estatal e arbitral, também a justiça consensual, aduzindo que “jurisdição na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça.”⁴²¹

Por isso, nestes espaços não judiciais de solução das disputas, os direitos fundamentais não podem ser olvidados, como se fossem algo exclusivo do Poder Judiciário. A tendência de se buscar a desjudicialização da vida e dos conflitos, com a construção da Justiça Multiportas,

⁴¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 43-ss. Cf. tb.: CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 43.

⁴¹⁹ Ibid. p. 45.

⁴²⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 101.

⁴²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 20. (grifo nosso).

“deve estar alicerçada, em bases sólidas, na noção de um *devido processo legal extrajudicial*, com vistas a garantir que não haja déficit garantístico.”⁴²²

Os indivíduos têm, atualmente, diversos meios extra-estatais (privados) de solução dos conflitos à sua disposição, dentre os quais sempre são destacadas a mediação, a conciliação e a arbitragem. Também se encontram no próprio Poder Público instrumentos internos de decisão e resolução das disputas, como é o caso dos processos administrativos já referidos nesta dissertação, ou mesmo as mediações e conciliações conduzidas pela administração pública (art. 32 a 40 da Lei 13.140/2015). Se em todos eles devem ser observadas as garantias derivadas do devido processo legal, não faz sentido que em outras arenas decisórias no âmbito privado, guardadas as devidas proporções e feitas as necessárias adaptações, não incidam os direitos fundamentais processuais.⁴²³

Logo, sem abandonar as ideias de inafastabilidade e definitividade do controle judicial (que tem sempre a última palavra sobre os conflitos), é possível afirmar que processos de resolução de disputas instaurados no âmbito privado devem obediência aos direitos fundamentais. Qualquer que seja o meio de solução das disputas ou decisório adotado, judicial ou extrajudicial, a Constituição Federal deve sempre falar mais alto!

A legislação brasileira tem reconhecido a importância da observância do devido processo legal nos processos decisórios de natureza privada. Mesmo na falta de lei específica que estabeleça essa aplicabilidade (eficácia mediata dos direitos fundamentais), o que se percebe, com base na análise da jurisprudência, é o reconhecimento dessa incidência. Conforme veremos a seguir, não são raras as vezes em que os Tribunais Superiores anulam decisões

⁴²² HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**, Rio de Janeiro, Ano 15, v. 22, n. 1, jan./abr., 2021, p. 383. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56701>. Acesso em: set. 2021.

⁴²³ Daniela Olímpio de Oliveira destaca que “ao lado da preocupação com o Poder Judiciário, sua estrutura, seus procedimentos e a forma, opera-se outra revolução indicativa do princípio do acesso à justiça que é a consagração de outros centros de processamento das lides, especialmente pela composição de conflitos. Não só isso, mas também pela autonomia do cidadão frente aos órgãos públicos não-estatais com procedimentos judiciais que se *administralizaram*. Para não perder de vista a efetividade dos princípios constitucionais processuais que promovem o devido processo legal e o acesso à justiça, busca-se o entendimento, seja do ponto de vista da justiça-moral, ou do ponto de vista da justiça-pacificação, sobre o núcleo central do que seja acesso à Justiça hoje. Cuida-se de uma discussão que envolve não só a abertura do Poder Judiciário às demandas sociais, numericamente falando, mas também, o *modus operandi* deste Judiciário, em se tratando de sua organização, ou da técnica processual. De outra ponta, em novas concepções, examina-se o acesso à justiça pela ótica de meios coexistenciais de soluções de controvérsias, seja já pelas consagradas técnicas de mediação e arbitragem, seja pelos procedimentos *desjudicializados*, com a oportunização de outros focos de tratamento das lides e de construção dos valores concretos. Ao que parece, tudo é um cenário só. O que se propõe é a real identificação nuclear da concepção de acesso à justiça. (OLIVEIRA, Daniela Olímpio. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 11, jan./jun. 2013, p. 69. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18064>. Acesso em: set. 2021).

tomadas em processos de âmbito privados sem a observância das garantias constitucionais do processo.

5.1 Processos arbitrais (Lei 9.307/96)

A arbitragem é mecanismo de solução de controvérsias na qual as partes conferem poderes, através de uma convenção privada, a uma ou mais pessoas desinteressadas a fim de que decidam nos termos dessa convenção. De modo que essa decisão passará a assumir a mesma eficácia de uma sentença judicial, pois tem natureza jurisdicional, embora não estatal.⁴²⁴

Conforme leciona Ricardo de Carvalho Aprigliano, a arbitragem:

É mecanismo de solução de controvérsias utilizado tanto em disputas domésticas, que envolvam partes de um mesmo país e negócios relacionados exclusivamente ao país, como para disputas internacionais, nas quais haja partes de diferentes nacionalidades ou em que se opte por uma sede neutra ou, ainda, quando o negócio diz respeito ao comércio internacional.⁴²⁵

O desenvolvimento do Comércio Internacional fez com que a arbitragem se consolidasse como o método preferencial, ou mesmo normal, de solução dos litígios nos negócios internacionais e no Brasil. Movimento que ganhou força com o advento da Lei 9.307/96.⁴²⁶

De fato, a Lei de Arbitragem Brasileira, nos dizeres de Selma Ferreira Lemes, “retirou o instituto do ostracismo, pois a legislação anterior não oferecia atrativos para que a arbitragem fosse utilizada.”⁴²⁷

Isso porque, antes da referida lei, a cláusula compromissória não era dotada de efeito vinculante para afastar a competência do Poder Judiciário, apenas o compromisso arbitral. Além

⁴²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15. Em breve apontamento histórico Francisco José Cahali destaca que “a arbitragem em diversas civilizações teria precedido até a justiça estatal, e mesmo estruturada essa jurisdição, muitas vezes por opção das partes buscava-se a solução por pessoa de confiança e respeito dos envolvidos, como, por exemplo, uma autoridade religiosa, um reconhecidamente sábio entre a comunidade, ou mesmo um membro da família experiente e idôneo. (CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 33).

⁴²⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. O controle judicial sobre a limitação à produção probatória determinada pelos árbitros. Violação ao devido processo legal ou revisão indevida do mérito? **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, n. 45, 2015, p. 58.

⁴²⁶ ALMEIDA, Ricardo Ramalho; ARAÚJO, Nadia de. O Código de Processo Civil de 2015 e a homologação de laudos arbitrais estrangeiros. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 Anos da Lei de Arbitragem, homenagem a Petrônio R. Muniz**. Atlas: São Paulo: 2017. p. 705-714; p. 706.

⁴²⁷ LEMES, Selma Maria Ferreira. O Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira à Luz da Convenção De Nova Iorque de 1958. In: ALMEIDA, Luis Fernando do Vale de (coord.) **Aspectos Práticos da Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 326.

disso, as sentenças proferidas em processos arbitrais com sede no exterior dependiam de dupla homologação para que pudessem produzir efeitos no território nacional, isto é, tanto o Judiciário estrangeiro quanto do Judiciário brasileiro precisavam chancelar a decisão proferida pelo(s) árbitro(s).

A Lei 9.307/96⁴²⁸, inspirada na Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o desenvolvimento do Direito Comercial Internacional – CNUDCI/UNCITRAL (1985)⁴²⁹, mudou completamente esse quadro. Estabeleceu o caráter vinculante da cláusula compromissória, inclusive prevendo a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória vazia (aquele em que não há elementos para se constituir o Tribunal Arbitral, pese pactuada a arbitragem). E, também, dispensou a homologação, pelo Poder Judiciário, das sentenças/laudos arbitrais nacionais, desautorizando a Justiça, como regra, a imiscuir-se no procedimento arbitral em seu curso (art. 8º da Lei 9.307/96), preservado, apenas, o controle da regularidade do processo *a posteriori* (arts. 32 e 33 da Lei 9.307/96).⁴³⁰

Diante de tais considerações, pode-se dizer que, atualmente, a arbitragem é a forma por excelência de solução de controvérsias relativas às relações internacionais de natureza comercial⁴³¹, sendo de grande interesse para setores econômicos, empresariais e sociais, além do próprio Poder Judiciário, já que seu sucesso impacta na diminuição de ações complexas que seriam ajuizadas perante os Tribunais Estatais.⁴³²

⁴²⁸ BRASIL. **Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Poder Legislativo, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: jul. 2021.

⁴²⁹ LEI modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional (1985). Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/lei-modelo-arbitragem-elaborada.pdf>. Acesso em: jul. 2021.

⁴³⁰ Por maioria de votos, o Plenário do STF reconheceu, durante o julgamento de recuso no processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206), a constitucionalidade integral da Lei de Arbitragem (Lei 9307/96). Tratava-se de uma ação movida a partir de 1995, em que empresa, de origem estrangeira, pretendia homologar sentença arbitral dada na Espanha, para que tivesse efeitos no Brasil. A princípio, o pedido havia sido indeferido. Entretanto, em 1996, foi promulgada a Lei 9307, que dispensaria a homologação desse laudo na justiça do país de origem. Durante o julgamento do recurso, o ministro Moreira Alves levantou a questão da constitucionalidade da nova lei. Apesar de todos os ministros terem votado pelo deferimento do recurso, no sentido de homologar o laudo arbitral espanhol no Brasil, houve discordância quanto ao incidente de inconstitucionalidade. Sepúlveda Pertence, o relator do recurso, bem como Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificultava o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo quinto, inciso XXXV, da Constituição Federal. A corrente vencedora, por outro lado, considerou que as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça, pois o art. 5º, inciso XXXV, da CF, garante o direito à ação, e não o dever.

⁴³¹ GASPARG, Renata Alvares. Causas de denegação de homologação de decisões arbitrais estrangeiras: um diálogo com a jurisprudência brasileira e com a doutrina especializada. 1ª parte: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano VII, n. 24, jan./mar. 2010; 2ª parte: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano VII, n. 25, abr./jun. 2010.

⁴³² AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**: mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1-2.

O Brasil conta, portanto, com uma legislação totalmente adaptada a fim de se efetivar a arbitragem no âmbito nacional e, também, nas questões atinentes ao comércio internacional. Inclusive porque, através do Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002⁴³³, incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro a Convenção Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova Iorque, em 10 de junho de 1958 (Convenção de Nova York).

Com isso, a arbitragem se desenvolveu muito nos últimos anos. Sucesso que tem sido atribuído a diversos fatores.

Primeiro, a uma suposta maior rapidez do processo arbitral em comparação com o judicial⁴³⁴, especialmente considerando a impossibilidade de revisão judicial da decisão arbitral quanto ao mérito da controvérsia, eis que o controle pelo Poder Judiciário só ocorre nas estritas hipóteses legais em que autorizada a anulação da sentença arbitral (art. 32 da Lei 9.307/96).

E, segundo, por conta do prestígio que a autonomia de vontade das partes goza no instituto⁴³⁵, já que elas podem escolher quem e quantos serão os árbitros; quais serão as regras de forma (processuais) e de fundo (direito material aplicável) aplicáveis ao julgamento da causa; etc. (art. 1º e §§ da Lei 9.307/96).

Autonomia da vontade, contudo, que não é ilimitada. O processo arbitral, tanto quanto o processo judicial, deve respeito ao princípio do devido processo legal.

Assim, embora a arbitragem seja instituída por um contrato de natureza privada, como sua decisão equivale a uma decisão judicial, aplica-se, no processo arbitral, as máximas constitucionais a respeito do devido processo legal⁴³⁶, tendo a lei de arbitragem sido expressa nesse sentido.

⁴³³ BRASIL. **Decreto 4.311 de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Brasília, DF: Poder Executivo, 24 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm. Acesso em: jul. 2021.

⁴³⁴ Antônio Carlos Rodrigues do Amaral adverte “não necessariamente a arbitragem, em casos complexos, se dará em prazos menores do que três ou quatro anos...” (AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**: mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 10. No mesmo sentido: CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 116.

⁴³⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. O controle judicial sobre a limitação à produção probatória determinada pelos árbitros. Violação ao devido processo legal ou revisão indevida do mérito? **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, n. 45, 2015, p. 59.

⁴³⁶ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**: mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 10-11.

5.1.1 A regra do art. 21, § 2º, da Lei 9.307/97

A própria lei de arbitragem brasileira, no art. 21, § 2º, exige, exemplificativamente, que no processo arbitral sejam respeitados os princípios constitucionais do processo (devido processo legal), dentre eles, o do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e livre convencimento.

Pese a autonomia de vontade das partes, a necessidade de respeito ao devido processo constitucional no âmbito arbitral é norma cogente, não sendo lícito nem às partes por convenção, e muito menos aos árbitros, tergiversar a respeito do tema.

Bem explica Francisco José Cahali que a liberdade das partes em estabelecer as regras de procedimento da arbitragem (ou adotar aquelas estabelecidas por uma instituição arbitral) não é absoluta. Trata-se de liberdade vigiada, “pois está presente na arbitragem o respeito ao princípio geral do devido processo legal, pelo qual impõe-se regras de preservação do direito ao contraditório, igualdade, imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento.”⁴³⁷

Cândido Rangel Dinamarco, no mesmo sentido, leciona que os princípios e garantias constitucionais do processo têm plena incidência no processo arbitral, *verbis*:

Quando se pensa no acesso à justiça, que é a magna condensação de todas as garantias constitucionais do processo, hoje é imperioso incluir nesse pensamento as aberturas para a tutela jurisdicional pela via da arbitragem, como alternativas às vias estatais. 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 instrumento institucionalizado de pacificação social.⁴³⁸

A lei de arbitragem prestigiou a autonomia da vontade, é fato. No entanto, essa autonomia não é absoluta, havendo freios estabelecidos pela própria lei, tais como os bons costumes e a ordem pública (art. 2º, § 1º), esta última dividida pela doutrina em ordem pública interna e ordem pública internacional. A primeira, referente à impossibilidade de as partes afastarem determinadas normas e princípios considerados como limites à liberdade de contratar.

⁴³⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 231.

⁴³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 30.

A segunda, refere-se aos atos praticados fora do território nacional, mas que aqui possam ter eficácia.⁴³⁹

Mesmo que assim não tivesse procedido, a Constituição Federal projetaria seus valores fundamentais por sobre a arbitragem, impondo a harmonização de suas regras com as garantias constitucionais processuais. O art. 21, § 2º, da Lei 9.307/96, portanto, traduz a aplicação direta do art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal, que prevê o devido processo legal.⁴⁴⁰

Importante ressaltar que a observância do devido processo legal deve se dar em todo o processo arbitral, não somente no curso do procedimento arbitral. Mesmo antes da aceitação do árbitro, na fase pré-arbitral (v.g., quando da celebração da própria convenção), os direitos fundamentais devem ser observados (igualdade das partes, contraditório e da ampla defesa, etc.).⁴⁴¹

O contraditório e a ampla defesa, tal qual no processo judicial, compreendem a possibilidade de informação e reação, com a oportunidade de as partes produzirem provas, alegarem suas razões e fazerem com que sejam levadas em consideração pelo árbitro ao proferir a decisão. Devem as partes, ainda, serem intimadas sobre o que ocorre no processo arbitral, com a possibilidade, ainda, de se manifestarem, inclusive sobre questões que o árbitro possa conhecer de ofício. Em resumo, o contraditório na arbitragem não é distinto do havido no processo jurisdicional estatal, devendo respeitar o trinômio conhecimento-participação-influência.

Quanto ao princípio da igualdade, que também se aplica na arbitragem, trata-se de uma igualdade processual ou objetiva, no sentido de conceder às partes as mesmas oportunidades para a prática de atos. Não se aplicam, aqui, as regras do processo civil que concedem prerrogativas processuais a fim de transformar a igualdade formal em igualdade material, como os prazos em dobro, por exemplo (arts. 183 e 191 do CPC). Na arbitragem, presume-se que os litigantes estão em posição de igualdade, pois, ao celebrarem o contrato, já tiveram oportunidade de avaliarem o equilíbrio da relação.⁴⁴²

O árbitro também deve ser imparcial, equidistante das partes. Tanto ao proferir a decisão, quanto na condução do processo arbitral. Devem ser afastados árbitros que

⁴³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 69.

⁴⁴⁰ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 14.

⁴⁴¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 233-234.

⁴⁴² Ibid. p. 235. No mesmo sentido: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 296-297.

demonstrem qualquer tipo de interesse no resultado do processo, mesmo nos casos em que a indicação tenha se dado por um dos litigantes.

Com o intuito de reforçar a garantia de imparcialidade e independência do árbitro, o art. 14, § 1º da Lei de Arbitragem estabelece o dever de revelação do árbitro. Antes mesmo de aceitar o encargo, ele deve revelar qualquer fato que possa tornar duvidosa a sua atuação, a fim de que as partes, cientes, apresentem eventuais oposições à sua atuação.

Esses fatos tanto podem ser os elencados nos arts. 144 e 145 do Código de Processo Civil – que tratam das causas de impedimento e suspeição dos juízes –, como qualquer outra situação que, do ponto de vista das partes, possa gerar dúvidas sobre a isenção do árbitro. Dever de revelação que se mantém durante todo o procedimento da arbitragem, de modo que, se por fato posterior à indicação e aceitação, surgirem fatos que gerem desconfiança em relação à sua imparcialidade, deve o árbitro comunicar este fato às partes.

No entanto, por se tratar de instituto de natureza privada, que privilegia a autonomia da vontade das partes, nos termos do art. 20 da Lei de Arbitragem, os litigantes devem arguir, dentre outras, questões relativas ao impedimento/suspeição do árbitro na primeira oportunidade de manifestação que tiverem. Caso não o façam – mesmo no impedimento –, presume-se que não encontram vício na atuação do árbitro, hipótese em que incide o fenômeno da preclusão.

Às partes é conferido, portanto, o direito de aceitar o árbitro mesmo havendo causas objetivas/subjetivas que denotem sua parcialidade. Tem-se, aqui, clara comprovação de que as regras do devido processo legal, quando aplicadas no âmbito privado, devem, observadas a proporcionalidade e a razoabilidade, sofrer adaptações à luz das particularidades do processo decisório aplicado e dos demais direitos fundamentais envolvidos (no caso, a autonomia da vontade na aceitação de julgadores supostamente parciais).

Não há, também, qualquer incompatibilidade do princípio do juiz natural com a arbitragem. Os árbitros são previamente escolhidos pelas próprias partes, de acordo com liberdade contratual, nos termos do art. 13 da Lei de Arbitragem. A sentença arbitral, tal qual a sentença judicial, constitui título executivo judicial nos termos do art. 515, VII do Código de Processo Civil.⁴⁴³

⁴⁴³ Nesse sentido julgado colacionado por Nelson Nery Júnior: Convenção de arbitragem. O instituto da arbitragem deve ser incentivado, desde que, é certo, não implique denegação da justiça. Ressalte-se que a adoção do regramento contido no instituto da arbitragem, regido pela LArb, não afronta, nem viola os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e, sequer, do juiz natural. Como se sabe, a decisão (sentença) arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos do *decisum* emanado do Poder Judiciário e, tendo natureza condenatória, é título executivo judicial. E ainda versando direito patrimonial disponível, e adrede convencionado pelas partes quanto à forma de instituir a arbitragem, por meio de cláusula compromissória, submetem-se às normas do órgão ou entidade livremente escolhida. Enfim, insta consignar que o juízo arbitral não ofende a Lei Maior (CF 5.ºXXXV) (TJSP, 31.ª Câm.Dir.Priv., Ap 1071425-0/6, rel. Adilson de Araújo, j.

O livre convencimento também é elencado no § 2º do art. 21 da Lei 9.307/96, como um dos princípios fundamentais da arbitragem. O árbitro, aplicadas as regras da própria convenção, deve decidir segundo a sua convicção.

Esta regra deve ser lida conjuntamente com a do art. 26, inciso II, da mesma lei, a estabelecer o dever de fundamentação, outro corolário do devido processo legal. Por maior liberdade que possa ter o árbitro a decidir conforme sua convicção; por mais ampla que seja a autonomia da vontade das partes na seara arbitral (com ampla possibilidade de eleição das regras de forma/fundo); isso não autoriza o proferimento de sentenças não fundamentadas, ainda que as partes tenham assim expressamente aquiescido.

Carlos Alberto Carmona acrescenta que o dever de motivação na arbitragem, para além do papel de controle/impugnação da decisão perante os Tribunais Estatais (vide arts. 32 e 33 da Lei 9.307/96), exerce papel relevante na apuração da capacidade profissional do árbitro:

Um laudo mal fundamentado, que revele graves equívocos dos julgadores na apreciação dos fatos, não será – *ipso facto* – sujeito a anulação; os árbitros que o proferiram, porém, provavelmente não serão chamados a participar de novos julgamentos (não só envolvendo as partes que os indicaram, mas possivelmente outras no meio em que aquelas atuam, ampliando-se consideravelmente o círculo se forem as partes atores do comércio internacional, onde uma performance desastrosa do árbitro encerra sua “carreira”).⁴⁴⁴

O art. 21, § 2º, da Lei 9.307/96, enfeixa um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais do processo. Há muitos outros direitos processuais fundamentais que incidem na arbitragem por força da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas, fazendo-se, por evidente, as respectivas adaptações.

Provas ilícitas não podem ser admitidas na arbitragem em território pátrio, tampouco ocorrerá a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras caso delas tenham se valido. Tudo por conta da vedação expressa dos art. 5º, LVI, da CF (que veda o emprego de provas ilícitas em qualquer processo decisório ocorrido no país), ou mesmo da disposição do art. 963, V, do CPC (que inadmite homologação de sentenças estrangeiras ofensivas da ordem pública nacional).

Quanto ao princípio da publicidade, uma das vantagens apontadas pelos estudiosos na escolha da arbitragem é a confidencialidade. Contudo, não há na Lei de Arbitragem brasileira

2.12.2008, v.u.). (NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1142).

⁴⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 69.

nenhuma disposição que a imponha, devendo, antes, tal regramento ser avençado pelas partes na convenção, em prestígio ao princípio da autonomia da vontade.

Segundo Fábio Morosini, a confidencialidade, desde que acordada, pode ser entendida como a obrigação tanto dos árbitros, como das partes e até terceiros, tais como peritos e testemunhas que tiveram acesso a informações consideradas confidenciais, não divulgarem dados referentes ao procedimento.⁴⁴⁵ Pode ser do interesse dos litigantes restringir a publicidade e, por esse motivo, escolher a arbitragem em detrimento da jurisdição estatal (regra geral pública, salvo nas hipóteses do art. 189 do CPC), por considerarem a confidencialidade essencial aos seus negócios, protegendo-se segredos industriais, situação financeira da empresa, ou qualquer dado sensível e que possa atingir a imagem da empresa frente ao mercado.

Em vista disso, os regulamentos das principais câmaras de arbitragem do mundo contêm regras a respeito da confidencialidade; ou, então, na própria convenção de arbitragem as partes estabelecem restrições à publicidade.⁴⁴⁶

O quadro muda quando quem figura como parte de um processo arbitral seja a Administração Pública.

Isso porque o art. 2º, § 3º da Lei de Arbitragem, estabelece que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”⁴⁴⁷, mostrando a preocupação do legislador com o controle e a publicidade dos atos administrativos, tal como determina a Constituição Federal (art. 37, CF).

Carlos Alberto Carmona adverte que, como a lei não especificou o que será objeto de divulgação, não seria razoável entender que a lei estabeleça uma publicidade total e irrestrita de todos os atos da arbitragem, até por ser desproporcional e fisicamente inviável. Mais adequado, para o autor, é que sejam disponibilizados, ao público, apenas os atos mais relevantes do processo arbitral.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ MOROSINI, Fábio. O mito da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**: mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 160.

⁴⁴⁶ A título exemplificativo, no regulamento de arbitragem da Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Fiesp, contém essa disposição no item 10.6: “É vedado aos membros da Câmara, aos árbitros e às partes divulgar informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral, salvo em atendimento à determinação legal.” (CÂMARA de conciliação, mediação e arbitragem: CIESP, FIESP. **Regulamento de arbitragem**. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>. Acesso em: jul. 2021).

⁴⁴⁷ BRASIL. **Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Poder Legislativo, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: jul. 2021.

⁴⁴⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 51, ano XIII, jul./set., 2016, p. 20.

De todo modo, é importante estabelecer que “as partes – entidade pública e entidade privada – deixem claro qual o grau de publicidade que pretendem estabelecer, atribuindo às partes o dever de tornar públicos os atos e documentos determinados.”⁴⁴⁹

5.1.2 Anulação da sentença arbitral por violação do conteúdo mínimo do processo constitucional

O art. 32 da Lei 9.307/96 elenca, de modo taxativo (embora com alguma possibilidade de interpretação extensiva dos incisos), as hipóteses em que a sentença arbitral será anulada pelo Poder Judiciário.

No que diz respeito ao descumprimento dos princípios corolários do devido processo legal, destacam-se os incisos II e VIII. As disposições estabelecem que a sentença arbitral será anulada quando não preencher os requisitos do art. 26 – dentre eles, o dever de fundamentação –, ou o processo arbitral não observar garantias processuais previstas no art. 21, § 2º, da Lei. Quanto ao dever de fundamentação, Carlos Alberto Carmona destaca que o real problema que o Poder Judiciário poderá enfrentar concerne à motivação lacônica, ambígua, ou seja, de difícil compreensão, o que não se confunde com fundamentação resumida ou concisa, não sendo o árbitro obrigado a responder cada uma das manifestações das partes que sejam irrelevantes ao julgamento do conflito.⁴⁵⁰

Quanto à hipótese de nulidade prevista no inciso VIII, será nula a sentença arbitral que desrespeitar o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do árbitro. O legislador prestigiou a necessidade de observância de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal em terreno arbitral.

A parte que se sentir prejudicada poderá, nos termos do art. 33 da Lei de regência, pleitear ao Poder Judiciário, através de ação desconstitutiva autônoma, a decretação de nulidade da sentença arbitral no prazo decadencial de 90 dias (art. 33, § 1º).⁴⁵¹

⁴⁴⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 51, ano XIII, jul./set., 2016, p. 20.

⁴⁵⁰ Id. **Arbitragem e Processo**: um Comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009. p. 403.

⁴⁵¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 387. No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 297.

Francisco José Cahali adverte que o exíguo prazo de 90 dias se justifica para prestigiar a celeridade da jurisdição privada e a consequente “expectativa de rapidamente se encontrar a estabilização da solução imposta à causa.”⁴⁵²

O STJ tem entendimento consolidado no sentido de que o controle judicial da sentença arbitral não se dá pelo mérito – isto é, pelo acerto ou erro de julgamento –, mas, sim, apenas nos aspectos atinentes à legalidade do procedimento. Logo, não funciona o Judiciário como instância revisora/recursal do processo arbitral:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. VÍCIOS FORMAIS. AUSÊNCIA. 1. Demanda na qual se questiona a validade de sentença arbitral por ofensa aos princípios da motivação e do contraditório, além de outros vícios formais. 2. Na ação de invalidação de sentença arbitral, o controle judicial, exercido somente após a sua prolação, está circunscrito a aspectos de ordem formal, a exemplo dos vícios previamente elencados pelo legislador (art. 32 da Lei nº 9.307/1996), em especial aqueles que dizem respeito às garantias constitucionais aplicáveis a todos os processos, que não podem ser afastados pela vontade das partes. [...]. 8. O mero inconformismo quanto ao conteúdo meritório da sentença arbitral não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário. Precedentes. 9. Recursos especiais não providos.⁴⁵³

5.1.3 Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras pelo Superior Tribunal de Justiça e hipóteses de denegação

Da mesma forma que sentenças estatais estrangeiras precisam ser homologadas pelo STJ para poderem ser executadas no Brasil (art. 105, I, “i”, da CF), as sentenças arbitrais proferidas no exterior também precisam dessa homologação para aqui ter eficácia (art. 960, § 3º, do CPC).

O critério adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para definir a nacionalidade da arbitragem é geográfico (*ius solis*), levando-se em consideração exclusivamente o local onde foi proferida. Conforme art. 34, parágrafo único, da Lei 9.307/96, é sentença arbitral estrangeira a que foi proferida fora do território nacional.⁴⁵⁴

De acordo com o que leciona Selma Ferreira Lemes:

⁴⁵² CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p 389.

⁴⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.636.102/SP (2016/0057629-7)**. Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, 13 de junho de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600576297&dt_publicacao=01/08/2017. Acesso em: jul. 2021.

⁴⁵⁴ CAHALI, op. cit. p. 448.

A sentença arbitral estrangeira carece de eficácia para produzir efeitos no Brasil, pois deve, primeiramente, por meio da ação de homologação proposta no STJ, sujeitar-se à verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, que propiciará o reconhecimento pelo Estado Brasileiro de sentenças arbitrais estrangeiras, com o objetivo de viabilizar a produção de efeitos que são inerentes a esses atos de conteúdo sentencial.⁴⁵⁵

O processo de homologação é regido pela Convenção de Nova Iorque, pela Lei de Arbitragem Brasileira, pelo Código de Processo Civil (arts. 960 a 965), pelas regras do Regimento Interno do STJ e, no que for compatível, também com a disciplina da homologação de sentença estatal estrangeira prevista no CPC/2015 (art. 960 e ss).

O Código de Processo Civil dedica o Capítulo II do Título II às regras de Cooperação Jurídica Internacional, pois a jurisdição de um país encontra limites na soberania de outro. É nesse sistema que o processo de homologação de sentença arbitral estrangeira se enquadra, pois, de acordo com os arts. 26 e 27, essa cooperação se aplica não apenas às decisões proferidas pelo Poder Judiciário, mas também às decisões advindas de processos arbitrais e até mesmo medidas administrativas.

André Roque bem explica essa questão:

A jurisdição brasileira se estende por todo o território nacional, mas, em princípio, não vai além dele, porque encontra obstáculo na soberania de outros Estados. A recíproca é verdadeira: As decisões proferidas em outros países produzem efeitos em seus respectivos territórios, mas, em regra, não devem extrapolar seus limites, em razão do respeito à soberania dos demais Estados, inclusive do Brasil. Para que uma decisão brasileira produza efeitos no exterior, ou vice-versa, é preciso contar com a colaboração do Estado receptor para a realização dos atos necessários ao seu cumprimento. Esse fenômeno costuma ser denominado por diversas expressões, como assistência judiciária internacional, cooperação internacional, cooperação judicial internacional, cooperação jurisdicional internacional ou cooperação interjurisdicional. O CPC/2015 adotou a expressão cooperação jurídica internacional, que parece mesmo a mais adequada, uma vez que engloba o reconhecimento de decisões proferidas fora do Poder Judiciário, por exemplo, por árbitros (não possui, portanto, caráter exclusivamente judicial) e a prática, entre países distintos, de medidas de natureza administrativa (ou seja, não se trata apenas de cooperação na esfera jurisdicional).⁴⁵⁶

De fato, com a globalização e a evolução do comércio internacional, a utilização da arbitragem como método de resolução de eventuais conflitos oriundos das relações contratuais

⁴⁵⁵ LEMES, Selma Maria Ferreira. O Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira à Luz da Convenção De Nova Iorque de 1958. In: ALMEIDA, Luis Fernando do Vale de (coord.) **Aspectos Práticos da Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 327.

⁴⁵⁶ ROQUE, André Vasconcelos. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Teoria Geral do Processo**. Parte Geral. Comentários ao CPC de 2015. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 158-159.

internacionais está aumentando cada vez mais. Por isso, essa cooperação entre os países é necessária para que eventual decisão possa produzir efeitos além do território em que foi proferida, garantindo, assim, segurança jurídica para os envolvidos no conflito.

Em vista disso, o art. III da Convenção de Nova Iorque estabelece:

Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.⁴⁵⁷

Neste sentido, o art. 35 da Lei de Arbitragem prevê: “Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do STJ.”⁴⁵⁸

É importante esclarecer que, apesar da exigência da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, o STJ, ao julgar esse processo, apenas analisará os requisitos formais exigidos pela legislação para o deferimento ou não da homologação. Trata-se de um mero juízo de delibação, sem adentrar no mérito e reexaminar a decisão.

Assim, o Poder Judiciário brasileiro, ao analisar um pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira, limitar-se-á aos aspectos formais. Eventualmente, de maneira reflexa, o mérito poderá ser atingido caso se constatar, numa cognição superficial, ofensa à ordem pública ou à soberania nacional.⁴⁵⁹

Afinal, tanto a Convenção de Nova Iorque quanto a Lei de Arbitragem e o Código de Processo Civil de 2015 preveem hipóteses taxativas e limitadas de denegação de homologação, sob pena da negação indiscriminada da homologação se tornar um entrave ao desenvolvimento da arbitragem nas relações jurídicas internacionais.⁴⁶⁰

⁴⁵⁷ BRASIL. **Decreto 4.311 de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Brasília, DF: Poder Executivo, 24 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm. Acesso em: jul. 2021.

⁴⁵⁸ Id. **Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Poder Legislativo, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: jul. 2021.

⁴⁵⁹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho; ARAÚJO, Nadia de. O Código de Processo Civil de 2015 e a homologação de laudos arbitrais estrangeiros. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 Anos da Lei de Arbitragem, homenagem a Petrônio R. Muniz**. Atlas: São Paulo: 2017. p. 705-714; p. 705-714 e 710.

⁴⁶⁰ GASPAR, Renata Alvares. Causas de denegação de homologação de decisões arbitrais estrangeiras: um diálogo com a jurisprudência brasileira e com a doutrina especializada. 1ª parte: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano VII, n. 24, jan./mar. 2010, p. 60.

O fato é que, não cumprida a sentença condenatória arbitral estrangeira de maneira espontânea, a parte interessada em efetuar o cumprimento do pronunciamento em território brasileiro deverá ajuizar ação de homologação perante o STJ.

A petição inicial deverá cumprir não só os requisitos do art. 319 do Código de Processo Civil, mas também os do art. IV, 1 e 2, da Convenção de Nova Iorque, que encontram semelhante disposições no art. 37 da Lei 9.307/96. Deverá, portanto, a inicial ser instruída com a sentença arbitral estrangeira autenticada pelo Consulado Brasileiro, acompanhada de tradução oficial, e o original ou cópia autenticada da convenção de arbitragem (também com tradução oficial), requisitos nominados por Renata Alvares Gaspar de pressupostos instrumentais do processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.⁴⁶¹

Aquele contra quem se pretende efetivar a sentença arbitral será citado no processo de homologação. Poderá ao demandado alegar, preliminarmente, questões processuais relativas à ação de homologação, isto é, a ausência dos documentos exigidos pelo art. IV da Convenção de Nova Iorque (art. 37 da Lei 9.307/97). No mérito, a defesa ser concentrará, exclusivamente, nas causas de denegação de homologação de sentença arbitral estrangeira previstas no V da Convenção de Nova Iorque (com correspondência no art. 38 da Lei 9.307/96), quais sejam:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; e VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.⁴⁶²

Conforme Renata Alvares Gaspar:

A Convenção de Nova Iorque trouxe à ordem jurídica nacional dois grandes avanços: a) limitar as causas de denegação; b) fazer recair na parte contestante

⁴⁶¹ GASPAR, Renata Alvares. Causas de denegação de homologação de decisões arbitrais estrangeiras: um diálogo com a jurisprudência brasileira e com a doutrina especializada. 1ª parte: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano VII, n. 24, jan./mar. 2010, p. 63.

⁴⁶² BRASIL. **Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Poder Legislativo, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: jul. 2021.

o ônus da prova pelo não cumprimento dos requisitos formais para a concessão da homologação.⁴⁶³

Assim, cabe ao réu, de ordinário, o ônus de provar o que alegar como fundamento da denegação da homologação, restando ao STJ a possibilidade de atuar, oficiosamente, apenas nos casos do art. V, 2, “a” e “b” da Convenção de Nova Iorque, e art. 39, I, II e parágrafo único da Lei 9.307/96, isto é: quando: a) segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não for suscetível de ser resolvido por arbitragem; e b) a decisão homologanda ofender a ordem pública nacional.

Bem se vê, assim, que o procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira é de contenciosidade limitada. Como regra, apenas aspectos formais ligados ao processo de homologação em si ou da própria arbitragem são analisados pelo STJ, pois o objetivo, tanto da Convenção de Nova Iorque quanto da lei de arbitragem brasileira, é o de preservar a soberania dos pronunciamentos do(s) árbitro(s). À exceção das hipóteses do art. V, 2, “a” e “b” da Convenção de Nova Iorque (art. 39, I, II e parágrafo único da Lei 9307/96), não é possível ao STJ sequer tangenciar a questão do mérito (acerto ou erro) da decisão homologanda.

Não cabe analisar, nos limites do que se propõe para esta dissertação, cada uma dessas hipóteses de denegação da sentença arbitral estrangeira, mas apenas, algumas considerações a respeito da causa de denegação do art. V, 1, “b”, da Convenção de Nova York (art. 39, II, da Lei 9.307/96), pois ligada diretamente ao devido processo legal.

A Convenção de NY considera que, nos casos em que a parte não teve oportunidade de “*fully present the case*”, pode-se dar a recusa à homologação de sentença estrangeira por violação ao devido processo legal.⁴⁶⁴

Assim, a sentença arbitral estrangeira que não respeitar os princípios processuais da ampla defesa, do contraditório, da igualdade das partes e da imparcialidade e, de um modo geral, do devido processo constitucional, não poderá ser homologada pelo STJ, pois restou violada a ordem pública nacional.

Estabelece o art. V, 2, b, da Convenção de Nova Iorque:

O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o

⁴⁶³ GASPAR, Renata Alvares. Causas de denegação de homologação de decisões arbitrais estrangeiras: um diálogo com a jurisprudência brasileira e com a doutrina especializada. 1ª parte: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano VII, n. 24, jan./mar. 2010; 2ª parte: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano VII, n. 25, abr./jun. 2010, p. 60.

⁴⁶⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. O controle judicial sobre a limitação à produção probatória determinada pelos árbitros. Violação ao devido processo legal ou revisão indevida do mérito? **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, n. 45, 2015, p. 66.

objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.⁴⁶⁵

Da mesma forma o art. 39, II, da Lei 9307/96:

A homologação para reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: I) segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; e II) a decisão ofende a ordem pública nacional.⁴⁶⁶

A violação da ordem pública no processo arbitral é hipótese de denegação que, diante da sua gravidade, não só pode ser reconhecida de ofício pelo STJ, como autoriza que se avance sobre o mérito do processo arbitral (a fim de pronunciar eventual vício da sentença).

Conforme leciona Renata Alvares Gaspar, referida hipótese de denegação está ligada ao papel do Poder Judiciário de garantir a observância dos princípios que dizem respeito à dignidade da pessoa humana⁴⁶⁷, e reforça o argumento de que os meios alternativos de solução de conflitos não podem ser deficientes nas garantias fundamentais dos indivíduos.

A definição de ordem pública, em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira, é uma tarefa bastante complexa, demandando, nos dizeres de Francisco José Cahali, a análise das circunstâncias de cada caso concreto.⁴⁶⁸

O consenso que existe é que o Direito Internacional Privado, mais especificamente, a Convenção de Nova Iorque, englobou tanto a ordem pública em seu aspecto material, como em seu aspecto processual.

A ordem pública processual analisa se o processo que tramitou na jurisdição estrangeira obedeceu aos princípios estabelecidos na Constituição Federal do país onde for proposta a homologação. Ou seja, verifica-se se o processo arbitral não violou o princípio do devido processo constitucional.

⁴⁶⁵ BRASIL. **Decreto 4.311 de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Brasília, DF: Poder Executivo, 24 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm. Acesso em: jul. 2021. (grifo nosso).

⁴⁶⁶ Id. **Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Poder Legislativo, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: jul. 2021. (grifo nosso).

⁴⁶⁷ GASPAR, Renata Alvares. Causas de denegação de homologação de decisões arbitrais estrangeiras: um diálogo com a jurisprudência brasileira e com a doutrina especializada. 2ª parte: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano VII, n. 25, abr./jun. 2010, p. 111.

⁴⁶⁸ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 461.

A ordem pública material, nos dizeres de Nádia de Araújo e Ricardo Ramalho Almeida, é aquela “em que se examinam as normas jurídicas aplicadas à solução da controvérsia e o resultado final obtido por essa aplicação, na sentença, perquirindo-se sua conformidade com os princípios e valores mais básicos e fundamentais do ordenamento jurídico nacional.”⁴⁶⁹

Bem por isso, André Chateaubriand Martins leciona que a lei de arbitragem brasileira se utilizou “da ordem pública como um princípio geral, limitador da autonomia da vontade, para ser aplicado em qualquer arbitragem sujeita à LBA, como também para rejeitar a homologação de sentença estrangeira.”⁴⁷⁰

Ricardo de Carvalho Aprigliano aponta que o maior desafio do STJ, na árdua tarefa de julgar os pedidos de homologação de sentença e decisões estrangeiras (HDE), é “preservar a higidez do processo arbitral, permitir o necessário controle sobre a atividade dos árbitros sem incorrer no equívoco de, a pretexto de investigar se houve observância do devido processo legal, reexaminar as provas e o mérito da causa, o que é sempre vedado.”⁴⁷¹

Por outro lado, não pode o tribunal se esquivar de reconhecer as hipóteses em que haja realmente violação da ordem pública, sob pena de se tornar um mero chancelador de situação que ofenderia, inclusive, a soberania nacional.

Exemplo da preocupação do STJ com a observância dos princípios constitucionais do processo na homologação de sentença arbitral estrangeira é o julgamento da SEC 9412-US⁴⁷². Por maioria de votos, o tribunal indeferiu a homologação das duas sentenças arbitrais estrangeiras que pretendia o requerente efetivar no Brasil.

Entendeu-se, nos dois processos arbitrais que tiveram curso na CCI – e dos quais foram sacadas as sentenças homologandas –, que foram violados os arts. 38, V, e 39, inciso II e IV da Lei 9.307/96, pois teria havido: a) violação da imparcialidade por parte do árbitro presidente do tribunal arbitral que proferiu as sentenças; e b) desrespeito do princípio constitucional da legalidade, pois fixada indenização com caráter eminentemente punitivo, quando a lei

⁴⁶⁹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho; ARAÚJO, Nádia de. O Código de Processo Civil de 2015 e a homologação de laudos arbitrais estrangeiros. *In*: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 Anos da Lei de Arbitragem, homenagem a Petrônio R. Muniz**. Atlas: São Paulo: 2017. p. 705-714 e 708.

⁴⁷⁰ MARTINS, André Chateaubriand. Os diferentes níveis de ordem pública sob uma perspectiva da jurisprudência brasileira em arbitragens doméstica e internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 37, jan./mar. 2013, p. 51.

⁴⁷¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. O controle judicial sobre a limitação à produção probatória determinada pelos árbitros. Violação ao devido processo legal ou revisão indevida do mérito? **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, n. 45, 2015, p. 68.

⁴⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412 - US (2013/0278872-5)**. Relator: Ministro Felix Fischer, 19 de abril de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72312730&num_registro=201302788725&data=20170530&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: jul. 2021.

brasileira, eleita pelas partes como a aplicável ao caso, determinava a fixação de indenização conforme a extensão dos danos (art. 944 do Código Civil).

A maioria do Tribunal pontuou haver provas suficientes a respeito da parcialidade do árbitro – com violação da ordem pública processual brasileira –, já que este não cumpriu adequadamente com o seu dever de revelação (art. 14, § 1º, da Lei 9.307/96). Ficou comprovado que o escritório de advocacia, do qual o árbitro-presidente do tribunal arbitral (e que proferiu as sentenças homologandas) era sócio, recebeu, em outra oportunidade, vultosos honorários, por prestação de serviços, de empresa pertencente ao mesmo grupo econômico das vencedoras das arbitragens.

O Relator para o acórdão, Ministro João Otávio de Noronha, assim justificou seu voto:

Com efeito, a prerrogativa da imparcialidade do julgador é uma das garantias que resultam do postulado do devido processo legal, aplicável à arbitragem, mercê de sua natureza jurisdicional. A inobservância dessa prerrogativa ofende, diretamente, a ordem pública nacional. Além disso, só se tem por válida a renúncia à garantia da inafastabilidade da jurisdição estatal quando os árbitros gozam de independência e confiança das partes. Assim, a sentença proferida pela Justiça Federal americana à luz de sua própria legislação não tem o condão de obstar o exame do STJ quanto a possível ofensa à ordem pública nacional decorrente da alegada imparcialidade do árbitro presidente. O art. 14 da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) prevê o impedimento para funcionar como árbitro das pessoas que tenham com as partes ou com o litígio que lhes for submetido alguma das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, previstas, respectivamente, nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil. O desrespeito acarreta a nulidade da sentença arbitral, a teor do art. 32, II, da referida lei.⁴⁷³

No mesmo sentido foi o voto da Ministra Nancy Andrighi, para quem:

Nessa linha de entendimento, em razão da ausência de preclusão da questão relativa à imparcialidade do julgador, na espécie é irrelevante que os requeridos tenham ajuizado ação perante o Poder Judiciário dos Estados Unidos com alegação de parcialidade do árbitro-presidente do tribunal arbitral que proferiu as sentenças homologandas. Portanto, tendo em vista que o dever de imparcialidade do julgador não é matéria de mérito, mas pressuposto processual de validade de todo julgamento de mérito, e, maxime, é matéria de ordem pública no Brasil, não sujeita à preclusão, a análise dessa questão não somente pode, como, na verdade, deve ser feita pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de todo pedido de homologação de sentença estrangeira contestada, ainda que essa questão já tenha sido julgada no país de origem da sentença homologanda, cuja decisão obviamente não vincula esta Corte, sob

⁴⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412 - US (2013/0278872-5)**. Relator: Ministro Felix Fischer, 19 de abril de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72312730&num_registro=201302788725&data=20170530&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: jul. 2021

pena de grave interferência na soberania do Brasil, já que esta funda-se no princípio da independência dos Poderes da República brasileira dentro do nosso território em relação a órgãos de outros países (inciso I do art. 4.º da Constituição Federal).⁴⁷⁴

Nos termos dos referidos votos, bem se vê a preocupação do STJ (e não só da legislação) em preservar a ordem pública processual, garantindo que não haja qualquer dúvida sobre a lisura do processo arbitral, especialmente em tema tão sensível quanto à parcialidade/imparcialidade dos árbitros, na forma do art. 21, § 2º, da Lei 9.306/96.

Ainda que, no caso, tenha sido ponderado que o árbitro não sabia da prestação dos serviços de assessoramento (e recebimento de valores) pelo escritório do qual associado – o que em tese afastaria a afirmação da pré-disposição em beneficiar uma das partes –, isso não parece suficiente para afastar o vício reconhecido pela maioria da Corte Especial do STJ.

Aqueles que atuam com arbitragem, especialmente árbitros, devem se informar, antes da aceitação da missão, de todos os vínculos pessoais e profissionais que têm ou tiveram com as partes do processo, revelando aos envolvidos para que, juntos, debatam se há ou não a manutenção da característica da imparcialidade (pressuposto fundamental, da ordem pública constitucional brasileira, para que alguém exerça a jurisdição).

5.2 Na mediação/conciliação privadas

A mediação e a conciliação são meios autocompositivos de resolução de disputas, através dos quais as próprias partes, com a ajuda de um terceiro facilitador, encontram por si próprias a solução do conflito. Trata-se, portanto, de um processo decisório, pese não haver a figura de um terceiro julgador.⁴⁷⁵

Há diferenças entre mediação e conciliação.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Sentença Estrangeira Contestada n. 9.412 - US (2013/0278872-5)**. Relator: Ministro Felix Fischer, 19 de abril de 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72312730&num_registro=201302788725&data=20170530&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: jul. 2021.

⁴⁷⁵ Importante pontuar que a mediação/conciliação podem ser realizadas virtualmente, o que potencializa consideravelmente o manejo e os resultados deste processo decisório. A esse respeito: ANDRADE, Juliana Loss. *Online Courts: panorama e reflexões*. In: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Tecnologia e justiça multiportas**. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 275-286.; LONGO, Samantha Mendes. *Plataformas on line de mediação*. In: ÁVILA, Henrique de Almeida; LAGRASTA, Valeria Ferioli. **Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: 10 anos da Resolução CNJ 125/2010**. São Paulo: CNJ/IPAM, 2020. p. 485-502.

⁴⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2021. p. 254.

A mediação se dá com a participação mais passiva do terceiro facilitador (mediador), cujo principal papel é restabelecer o diálogo entre os litigantes a fim de que, por si mesmos, encontrem a solução do conflito. Usualmente, aponta-se que se trata de mecanismo adequado para disputas em que é necessário restabelecer a comunicação entre as partes, eis que, mesmo após a solução do conflito, elas terão que continuar convivendo e se comunicando. É geralmente empregada para tratar conflitos familiares (inclusive empresariais) e de direito de vizinhança.

Já na conciliação, o papel do terceiro facilitador (conciliador) é mais ativo, eis que, além de se buscar o restabelecimento do diálogo entre as partes, ele participa ativamente da própria solução do conflito, integrando e sugerindo as soluções que podem ser adotadas pelas partes. O foco maior é na solução do conflito, e não, propriamente, no restabelecimento do vínculo entre as partes. Por isso, trata-se de método indicado para tratar disputas efêmeras, em que após a solução do conflito as partes não têm mais necessidade de manter qualquer relação (como nos casos das ações derivadas de direitos obrigacionais como cobranças e indenizações).⁴⁷⁷

Há também distinção entre mediação/conciliação pública e privada.

Com efeito, é possível que referidas técnicas sejam utilizadas por órgãos públicos como o Poder Judiciário (no âmbito dos processos judiciais) e administração pública (no âmbito do contencioso administrativo), a fim de que componham os conflitos que lhe são submetidos. Basta uma rápida consulta aos arts. 3º, 139, V, 334 e 695, do CPC; arts. 24 a 29 da Lei 11.340/2015 (Lei de Mediação); arts. 2º e 21/26 da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis); e Resolução CNJ 125/2010 (CEJUSCs), no que toca ao processo judicial. Ou aos arts. 32 a 40 da Lei 11.340/2015 (Lei de Mediação), no que atine aos processos administrativos. Constatar-se-á que a prática da mediação, junto aos órgãos públicos, é uma realidade legislativa no país. Realidade, aliás, existente há décadas, desde, ao menos, a Lei 7.244/1985 (que disciplinava os Juizados de Pequenas Causas – JEPC).⁴⁷⁸

Mas há também a conciliação e mediações privadas. Elas são realizadas de modo autônomo aos processos judicial e administrativo (extrajudicialmente), com as partes elegendo um conciliador/mediador ou uma câmara privada para conduzir os trabalhos, caso em que se terá, efetivamente, a ocorrência de um processo decisório de natureza integralmente privada.

⁴⁷⁷ No sentido de que apesar das diferenças entre mediação e conciliação, o terceiro nomeado (ou o juiz da causa) deve adaptar o instrumento às particularidades da causa (em verdades fungibilidade de instrumentos): MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa**: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017. p. 191-192.

⁴⁷⁸ Para um amplo panorama da evolução histórica da conciliação/mediação no sistema brasileiro, cf por todos: WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 87-96.

Não é preciso muito esforço para se constatar que parte das regras derivadas do devido processo legal (imparcialidade do mediador/conciliador, igualdade e autonomia da vontade) incidem no curso do processo de mediação e conciliação. As legislações que regem a temática são expressas quanto aos princípios aplicados ao método, sendo possível, assim, afirmar a incidência mesmos para os adeptos da teoria da eficácia indireta (ou mediata) dos direitos fundamentais, *verbis*:

Art. 2º da Lei 11.340/2015 (Lei de Mediação). A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.⁴⁷⁹

Art. 166 do CPC. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição. § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.⁴⁸⁰

Já a outra parte dos direitos constitucionais processuais, que não é expressamente referida nas disposições legais, com as devidas e necessárias adaptações à luz da proporcionalidade/razoabilidade, incide por conta da eficácia direta dos direitos fundamentais, não havendo, portanto, que se estabelecer qualquer tipo de restrição fundada na ausência de previsão legal.

Vejamos a incidência concreta das garantias do devido processo legal no curso dos processos decisórios de mediação e conciliação.

⁴⁷⁹ BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Legislativo, 08 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: set. 2021. (grifo nosso).

⁴⁸⁰ Id. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Poder Legislativo, Diário Oficial da União, 16 mar. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm . Acesso em: jul. 2020. (grifo nosso).

O pressuposto constitucional de qualquer método de solução de conflitos é o de que os terceiros participantes não tenham predisposição em favorecer qualquer uma das partes. Por isso, mesmo não sendo detentor de poder decisório, os conciliadores e mediadores devem ser e manter sua imparcialidade no curso de todo o processo.⁴⁸¹

Isenção que é desejada, também, por conta da tutela do direito fundamental à isonomia. Somente conciliadores/mediadores imparciais são capazes de tratar, com igualdade, os partícipes do processo, permitindo igualdade de oportunidades de falas e intervenções⁴⁸² e – em especial na conciliação –, sugerindo soluções que, na medida do possível, contemplem igualmente todos os envolvidos.

Diante da semelhança do que se passa com a arbitragem – em que também há um terceiro que participa do processo decisório (embora, no caso, sem ditar a solução) –, razoável afirmar, à luz do art. 5º, parágrafo único, da Lei 13.140/2015, que têm os conciliadores/mediadores o mesmo dever de revelação dos árbitros, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 9.307/96. E que à luz da autonomia da vontade, as partes têm, diversamente do processo judicial, plenos poderes de aceitar, na facilitação do diálogo, pessoa que, à luz da lei processual civil (arts. 143 e 144 do CPC), possa ser considerado suspeita ou impedida.

Isso porque, adaptando-se o princípio do juiz natural à mediação/conciliação, deve se reconhecer a plenitude de poderes das partes, tanto quanto na arbitragem, de eleger o mediador/conciliador. Regra que decorre da própria natureza do instituto e do princípio da autonomia da vontade, mas que ainda conta com dupla previsão legal expressa (arts. 4º/9º da Lei 11.340/2015 e art. 168 do CPC).

A autonomia da vontade, aliás, certamente é uma das principais vigas dos institutos da conciliação/mediação. Do mesmo modo que ninguém é obrigado a se autocompor, podendo, na forma do art. 5º, XXXV, da CF, recorrer aos métodos heterocompositivos de solução dos conflitos (Judiciário e Arbitragem); também se entende que ninguém pode ser compelido a participar ou permanecer participando de sessões de conciliação/mediação privadas. Trata-se da revelação prática do princípio da autodeterminação e da autonomia privada, sendo da essência da conciliação/mediação a voluntariedade no seu exercício.

Não se admite, como em qualquer processo decisório, o uso de provas ilícitas no curso da mediação e conciliação. Se nem o Estado, que tem interesse público na descoberta a verdade, pode delas se valer, com muito mais razão não podem os particulares e o conciliador se basearem em provas ilícitas durante o curso do processo.

⁴⁸¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 226-227.

⁴⁸² Ibid. p. 239-240.

Como em qualquer processo decisório de natureza privada, alguns corolários do devido processo legal podem, eventualmente, ser afastados, deixando de incidir por expressa previsão legal ou à luz da lógica intrínseca do instituto. É o que ocorre com os princípios da fundamentação e da publicidade.

De fundamentação não se cogita porque, sendo as próprias partes as responsáveis por ditar a solução do conflito, não se necessita do elemento fundante e legitimador do exercício de poder pelo particular. Logo, não há necessidade de motivação nas soluções encontradas pelos participantes no processo de mediação/conciliação.

Já a publicidade conta com restrições de ordem legal ligadas à gênese da atividade do conciliador/mediador (art. 166, § 1º, do CPC e art. 2º, VII, da Lei 13.140/2015). Salvo se as partes expressamente deliberarem em sentido contrário (art. 30 da Lei 13.140/2015), é da essência do processo de mediação/conciliação que os fatos trazidos à debate e consideração durante o processo não sejam revelados a quem quer que seja, especialmente a eventual autoridade administrativa ou jurisdicional (árbitro ou juiz) que venha, porventura, julgar o conflito. Do contrário, haveria enorme prejuízo ao processo de autocomposição, já que as partes participantes, temerosas em revelar fatos que possam ser considerados em seu desfavor, não se disporiam a dialogar francamente sobre o conflito, o que é essencial para que possam chegar, por si mesmas, à sua solução.

5.3 No âmbito das associações, sociedades e condomínios

O aprofundamento no estudo das associações e das sociedades é incompatível com o presente trabalho. Por hora, basta saber que são pessoas jurídicas de direito privado; ambas vistas como agrupamentos humanos com origem contratual e finalidades comuns, com a essencial diferença de que as associações não têm finalidade essencialmente econômica (art. 53, Código Civil) e as sociedades têm.

Gustavo Saad Diniz adverte que “a diferença entre elas está no lucro, posto ser defeso à uma associação distribuir aos associados os superávits operacionais e, nas sociedades, essa distribuição caracteriza propriamente o lucro.”⁴⁸³

Quanto ao regramento legal destas entidades, o mencionado autor ensina que o legislador brasileiro adotou a técnica do escalonamento, no sentido de que, na falta de leis especiais, aplicam-se as regras gerais.⁴⁸⁴

⁴⁸³ DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 94.

⁴⁸⁴ Ibid. p. 100.

Essa afirmação é importante, pois, sendo a associação, nos termos do que ensina Gustavo Diniz, “o gênero das agremiações de pessoas, do qual as sociedades são espécies”⁴⁸⁵, o próprio Código Civil, no art. 44, § 2º estabelece que, na falta de leis especiais, as disposições referentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades.

Da mesma forma, dentro do regramento específico das sociedades, há um escalonamento dos parâmetros legais. Por exemplo, o regramento estabelecido para as sociedades simples aplica-se, de forma supletiva, aos demais tipos societários, tendo Gustavo Diniz classificado em quatro as regras de integração do sistema societário: regras de ordem pública, regras específicas do tipo, regras supletivas e regras analógicas.⁴⁸⁶

O importante é deixar claro que, dentro do Direito Civil Constitucional, que propaga a ideia de unidade do ordenamento jurídico, os valores estabelecidos na Constituição Federal devem estar no ápice de todo regramento. Assim, as deliberações dos órgãos societários ou associativos competentes não estão isentas de cumprir os comandos constitucionais referentes ao devido processo legal.

5.3.1 Associações

Atento à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, o legislador brasileiro estabelece requisitos que devem conter nos estatutos e contratos sociais, além de privilegiar regras do direito de defesa nos processos decisórios.

O estatuto, conforme ensina Fernando Rodrigues Martins, é negócio jurídico de múltiplas partes, que traduz a constituição interna da associação que rege direitos e deveres dos associados.⁴⁸⁷

O art. 54, inciso II do Código Civil estabelece os requisitos de validade do estatuto das associações, e, dentre eles, estão as condições gerais e específicas para admissão, demissão e exclusão dos associados, sendo essa disposição um dos exemplos de aplicação das regras das associações nas sociedades. Assim, nos contratos sociais, também devem haver disposições referentes a esse tema.⁴⁸⁸

Os processos decisórios mais frequentes no âmbito dessas entidades privadas são os que elas exercem seu poder disciplinar/sancionador, aplicando penalidades previstas na lei ou nos

⁴⁸⁵ DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 100.

⁴⁸⁶ Ibid. p. 100-101.

⁴⁸⁷ MARTINS, Fernando Rodrigues. *In*: NANNI, Giovanna Etori (coord). **Comentários ao Código Civil**. Direito Privado Contemporâneo. São Paulo: Saraiva jur, 2019. p. 139.

⁴⁸⁸ DINIZ, op. cit. p. 100.

estatutos (desde uma simples advertência até a própria exclusão) aos sócios/associados que cometeram alguma infração.

O Código Civil, no art. 57, estabelece 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.”⁴⁸⁹

A atual redação desse dispositivo foi conferida pela Lei 11.127/05, consagrando a exigência do devido processo legal nos processos internos de exclusão de associados. Nos dizeres de Fernando Rodrigues Martins:

[...] já era passível de ser aplicado mediante a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (Drittwirkung). Sendo sanção, é dever que se impõe à associação seguir regimento as vertentes sistêmicas das garantias processuais (corolário do devido processo legal) para a exclusão do associado, sob pena de invalidade da decisão posteriormente pelo Poder Judiciário (art. 5o, XXXV, da CF).⁴⁹⁰

Antes, porém, da referida alteração no Código Civil, a doutrina já se manifestava no sentido da necessidade de se respeitar os princípios do devido processo legal nos processos decisórios das entidades privadas que visavam a imposição de penalidades aos associados, em respeito ao que já estabelecia a Constituição Federal.

Silvio de Salvo Venosa, ao comentar a antiga redação do art. 57, já apontava:

Nenhuma decisão de exclusão de associado, ainda que o estatuto permita e ainda que decida em assembleia geral convocada para tal fim, pode prescindir de procedimento que permita ao indigitado sócio de produzir sua defesa e suas provas. O princípio, que poderia estar enfatizado nesse artigo do Código, decorre de princípios individuais e garantias constitucionais em prol do amplo direito de defesa (art. 5º, LV, da Constituição). Processo sumário ou defeituoso para exclusão de sócio não resistirá certamente ao exame pelo Poder Judiciário. Isso é verdadeiro não somente para a pena de exclusão do quadro social, que é a mais grave; mas também para as demais penalidades que podem ser impostas, como advertência, repreensão, multa ou suspensão.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Poder Legislativo, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: out. 2020.

⁴⁹⁰ MARTINS, Fernando Rodrigues. In: NANNI, Giovanna Etori (coord). **Comentários ao Código Civil**. Direito Privado Contemporâneo. São Paulo: Saraiva jur, 2019. p. 142.

⁴⁹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2004. p. 295. No mesmo sentido Pietro Perlingieri defendia: “(...) a ingerência no campo dessas formações, “com o objetivo de tutelar o indivíduo na própria associação e não contra ela, realiza-se invocando seja o princípio da democracia, que também tem relevância constitucional (arts. 1, 2, 29, § 2, 49 e 52, §3), seja o direito de defesa (arts. 24 e 111 Const.). Isso particularmente para o fim de estabelecer as garantias do procedimento disciplinar, e, especialmente, a adoção da preventiva contestação da imputação, e também com o objetivo de evidenciar a inviolabilidade, por parte da mesma autonomia associativa, das garantias de tutela do indivíduo em relação às associações (...)”.

Se antes mesmo da alteração do art. 57 do CC, defendia-se as garantias do processo não só para o caso de exclusão de associado, mas para a aplicação de qualquer penalidade, com muito mais razão é essa a interpretação que deve ser dispensada ao dispositivo atualmente. Em que pese a referência exclusiva à hipótese de exclusão do associado, as garantias constitucionais do processo devem ser observadas, inclusive, nos procedimentos para aplicação de qualquer outro tipo de sanção, desde uma simples multa.

E não é só o devido processo legal em sua faceta processual, com direito a contraditório, ampla defesa, fundamentação e juiz natural (já que no próprio estatuto deve conter a designação do órgão competente para julgamento); mas também em sua faceta substantiva ou material, no sentido de que a decisão deve ser razoável e proporcional⁴⁹², sendo esse posicionamento defendido por Karl Larenz:

En el aspecto formal corresponde a ello la observancia del procedimiento previsto la concesión de audiencia, y en el aspecto material, una fundamentación referente a que el interesado ha cometido realmente la acción que se le imputa, que ésta representa un motivo para la sanción establecido en los estatutos —o un «motivo relevante» para la expulsión de la asociación— y que tal sanción, conforme a su modalidad, es lícita y conforme a los estatutos como medida disciplinaria y, según la clase y el grado, es «adecuada» y no excesiva.⁴⁹³

Para que se atenda ao princípio constitucional do devido processo legal, o estatuto, por imposição da própria lei, deve estabelecer um procedimento específico para seus processos decisórios, notadamente nos que objetivam aplicar penalidades. Conforme destaca Silvio de Salvo Venosa, os estatutos devem contemplar “os direitos e as garantias da ciência processual, mormente os básicos constitucionais, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, além do recurso e o respectivo órgão recursal.⁴⁹⁴

Paula Sarno Braga também conclui que o art. 57 do Código Civil deve ter uma interpretação abrangente. O estatuto deve assegurar não só a ampla defesa, mas princípios e garantias inerentes ao devido processo legal, inclusive a publicidade.⁴⁹⁵

(PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 300-301). (grifo nosso).

⁴⁹² BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 213.

⁴⁹³ LARENZ, Karl. **Derecho Civil. Parte General**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 220-221.

⁴⁹⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 75. Sobre a impossibilidade de se falar em recurso quando a decisão for originária da assembleia por tratar-se do órgão hierarquicamente mais elevado conferir: DUARTE, Nestor. **Código Civil Comentado**. Doutrina e Jurisprudência. 14. ed. São Paulo: Manole, 2020. p. 65.

⁴⁹⁵ SARNO, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 218.

É claro que, quanto mais garantista for o procedimento desenvolvido no âmbito das associações, maior a possibilidade de as partes envolvidas ficarem satisfeitas com a solução de seus conflitos, evitando-se o recurso (ação) ao Poder Judiciário.

O ideal é buscar sempre a compatibilidade e o equilíbrio entre a autonomia privada e as garantias processuais.

É claro que algumas garantias serão aplicadas tal qual no processo estatal, como ampla defesa, contraditório, vedação de prova ilícita, etc. O próprio dever de fundamentação não é incompatível com a autonomia privada, pois uma decisão fundamentada, com base no que prevê a lei e o estatuto, terá maior legitimidade.

Entretanto, tratando-se de relações jurídicas de natureza privada, o cumprimento da publicidade aos processos decisórios nesta alçada não é imposto com a intensidade que se empresta aos processos estatais, pois, a depender do tipo de associação e da imputação que se faz ao associado, a publicidade pode causar danos à sua personalidade.

Esse também é o entendimento perfilhado por Álvaro Vilaça de Azevedo, que, ao descrever como deve ser o procedimento do processo decisório, destaca a necessidade de sigilo na realização de qualquer reunião ou assembleia que objetive discussão e decisão sobre o comportamento dos associados acusados de infração, o qual deverá, inclusive, ocorrer em local fechado.⁴⁹⁶

De todo modo, a publicidade não pode ser negada para as partes envolvidas no processo, principalmente para aquela que tem alguma imputação contra si, haja vista a necessidade de ter acesso aos documentos para poder exercer adequadamente seu direito de defesa. A publicidade, nesse sentido, tem íntima relação com o próprio exercício do direito de defesa.

Também é possível falar em publicidade referente aos próprios integrantes da associação que farão parte da reunião deliberativa da aplicação de penalidades. Possível, por exemplo, que, para além da convocação pessoal, os associados tenham ciência da assembleia e de seus fins (objeto) através da fixação da notícia no quadro de associados; ou até mesmo pela imprensa local. A única cautela que se impõe, nestes casos, é o respeito ao sigilo do nome do associado incriminado.⁴⁹⁷

O princípio da igualdade, a depender do processo decisório, poderá ter sua incidência mitigada. Em um processo tipicamente disciplinar terá total incidência, não podendo, por exemplo, ser dispensado tratamento diferenciado para associados que estejam na mesma

⁴⁹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva jur, 2019. p. 119.

⁴⁹⁷ Ibid. p. 119.

situação. O quadro é distinto, conforme será abordado mais adiante, nos processos de admissão de associados, em que a autonomia da vontade acaba por falar mais alto.

Também a imparcialidade é regra que deve ser observada no âmbito dos processos decisórios societários, nem que seja apenas nos de natureza disciplinar. Ao menos entre os membros da comissão processante e instrutória, espera-se equidistância na condução do processo, afastando-se dela sócio/associados que, porventura, tenham vínculos objetivos ou subjetivos que denotem parcialidade ou comprometimento com a solução do caso.

O que é certo, conforme destaca Fernando Rodrigues Martins, é que “é na análise de cada caso concreto que todo o sistema será chamado a interagir com o estatuto, seja na integração das lacunas, seja na interpretação mais consentânea aos direitos fundamentais ou ao personalismo e solidarismo ético.”⁴⁹⁸

O que se vê na prática, em que pese a previsão constitucional e legal, é que, não raras vezes, o Judiciário é chamado a intervir por não terem, no âmbito privado, respeitado, pelo menos, o conteúdo mínimo do devido processo legal.

No âmbito do STF, merece especial destaque a decisão proferida em 2005, no Recurso Extraordinário 201.819, com relatoria da Ministra Ellen Gracie, e cujo relator para o acórdão foi o Ministro Gilmar Mendes:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.⁴⁹⁹

Tratava-se de caso em que União Brasileira de Compositores (UBC), sociedade civil sem fins lucrativos, excluiu um de seus associados por supostas infrações estatutárias por ele cometidas, sem que lhe fosse assegurado o seu direito constitucional ao contraditório e à ampla

⁴⁹⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. *In*: NANNI, Giovanna Etori (coord). **Comentários ao Código Civil**. Direito Privado Contemporâneo. São Paulo: Saraiva jur, 2019. p. 142.

⁴⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 201819/RJ**. Relatora: Min. Ellen Gracie, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: jun. 2021.

defesa. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que havia sido violado esse direito fundamental e anulou a decisão da entidade.

Este é um dos principais julgamentos nesta matéria. Foi a primeira vez em que houve efetiva discussão teórica a respeito da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, tendo o Ministro Gilmar Mendes, inclusive, analisado a discussão que se dá nessa matéria no direito comparado, citando as teorias existentes (como da *state action*, por exemplo).

Embora não tenha adentrado na questão referente à forma que se dá a incidência dos direitos fundamentais, o Min. Gilmar Mendes afirmou que “o STF já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.”⁵⁰⁰

Esse julgamento enfatiza que o direito de autodeterminação das associações não é ilimitado, com restrições impostas pelo próprio conteúdo dos estatutos que a associação elabora, bem como normas e princípios de ordem pública que também são assegurados constitucionalmente aos sócios.⁵⁰¹

Outro aspecto que merece destaque é a invocação, feita pelo Relator do recurso, de que a aplicação direta dos direitos fundamentais (devido processo legal), no caso, também se justificaria pelo fato da entidade associativa ser integrante do sistema ECAD, responsável pela cobrança de direitos autorais. Conseqüentemente, estaria configurado um serviço público por delegação, que, por isso, estaria sujeito a respeitar os direitos e garantias fundamentais.

Assim, na esteira do que defende André Ruino do Vale:

As associações que possuem alto grau de influência em determinado setor social, cultural ou econômico perdem parcela de seu caráter privado, adquirindo relevância pública suficiente para submeter-se a certo controle estatal sobre seu funcionamento interno. Por isso, podem ser denominadas como entidades privadas de caráter ou função pública. O critério da posição de predomínio social e econômico, portanto, desencadeia uma eficácia de direitos fundamentais a favor do sócio, em detrimento da autonomia privada da associação. Assim, se uma associação privada detém posição de domínio ou uma função pública, deve submeter seus atos, principalmente aqueles que impõem a expulsão de sócios, a um amplo controle judicial.⁵⁰²

⁵⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 201819/RJ**. Relatora: Min. Ellen Gracie, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: jun. 2021.

⁵⁰¹ DO VALE, André Rufino. *Drittwirkung* de Direitos Fundamentais e associações privadas. **Direito Público**, n. 9, jul./set. 2005, p. 64. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1342>. Acesso em: jul. 2021.

⁵⁰² Ibid.

Portanto, este caso paradigmático atenderia, também, aos requisitos para a adoção da teoria de aplicação direta dos direitos fundamentais. Sendo a entidade detentora de parcela do poder social, já que os associados dependem dela para receberem seus direitos autorais, razoável que também a ela se apliquem as condicionantes do devido processo legal. O seguinte trecho do voto do Min. Gilmar Mendes é elucidativo:

Essa realidade deve ser enfatizada principalmente porque, para os casos em que o único meio de subsistência dos associados seja a percepção dos valores pecuniários relativos aos direitos autorais que derivem de suas composições, a vedação das garantias constitucionais de defesa pode acabar por lhes restringir a própria liberdade de exercício profissional. Logo, as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolam, em muito, a liberdade do direito de associação e, sobretudo, o de defesa. Conclusivamente, é imperiosa a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF). Tem-se, pois, caso singular, que transcende a simples liberdade de associar ou de permanecer associado. Em certa medida, a integração a essas entidades configura, para um número elevado de pessoas, quase que um imperativo decorrente do exercício de atividade profissional. (...) Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo aqui para legitimar a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF) ao processo de exclusão de sócio de entidade.⁵⁰³

Do trecho supra bem se vê que foram adotados critérios de ponderação entre os direitos fundamentais e a autonomia privada das associações. Levou-se em consideração, ainda, a posição de predomínio econômico e social da União Brasileira de Compositores para determinar a aplicação direta do direito fundamental à ampla defesa na relação que se estabeleceu com seu associado.⁵⁰⁴

5.3.2 Sociedades empresárias

O regime jurídico das associações no tocante à exclusão de associados –, e, segundo o ponto de vista que se defende nessa dissertação, até mesmo aplicação de outras penalidades –, aplica-se às sociedades, com exclusão da sociedade limitada, que tem disposição própria a

⁵⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 201819/RJ**. Relatora: Min. Ellen Gracie, 11 de outubro de 2005, p. 609. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: jun. 2021.

⁵⁰⁴ DO VALE, André Rufino. *Drittwirkung* de Direitos Fundamentais e associações privadas. **Direito Público**, n. 9, jul./set. 2005, p. 72. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1342>. Acesso em: jul. 2021.

respeito da exclusão extrajudicial de sócio minoritário⁵⁰⁵ no art. 1.085 do Código Civil, nestes termos:

Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa. Parágrafo único. Ressalvado o caso em que haja apenas dois sócios na sociedade, a exclusão de um sócio somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.⁵⁰⁶

Com esse dispositivo, o legislador estipulou diversos requisitos formais e materiais para ser possível a exclusão extrajudicial de sócio minoritário, que deverá ser convocado para a assembleia ou reunião que deliberará a respeito da exclusão, conferindo, assim, um julgamento de nível constitucional⁵⁰⁷, evitando-se sua possível anulação pelo Poder Judiciário por falta de observância de garantias constitucionais do processo.

Para exercer o seu “sagrado direito de defesa”, conforme destaca Manuel de Queiroz Pereira Calças, o sócio acusado de praticar o ato que configura justa causa para a exclusão deverá ser convocado em tempo hábil, que lhe permita a preparação de sua defesa e a apresentação perante o órgão competente para o julgamento, ocasião em que “todos os presentes terão o direito de voz, cabendo ao presidente do conclave dirigir os trabalhos com imparcialidade, observando o contraditório e o devido processo legal.”⁵⁰⁸

Toda essa legislação citada compatibiliza a livre iniciativa e a autonomia privada da sociedade e o direito do sócio, pois, através da garantia de ampla defesa, com possibilidade de produção de provas e imparcialidade dos órgãos competentes para a decisão, evita-se eventuais arbítrios que possam ser cometidos pela maioria em detrimento do sócio minoritário.

⁵⁰⁵ Manuel de Queiroz Pereira Calças adverte que “a exigência da aprovação da maioria absoluta dos sócios para a exclusão extrajudicial de sócio minoritário impede que haja exclusão de sócio majoritário que pratique ato de inegável gravidade, mercê do que a expulsão de sócio titular da maioria do capital social só poderá ocorrer na via judicial”. (CALÇAS, Manuel de Queiroz Pereira. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 1474).

⁵⁰⁶ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Poder Legislativo, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: out. 2020.

⁵⁰⁷ HENTZ, Luiz Antônio Soares; DIAS, Fábio Marques. Exclusão extrajudicial de sócio minoritário de sociedade limitada (Art. 1.085 do Código Civil). **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, número 197 jan./mar. 2013, p. 211. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496929/RIL197.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: set. 2021.

⁵⁰⁸ CALÇAS, Manuel de Queiroz Pereira. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 1475. (grifo nosso).

Aliás, quanto às sociedades, simples ou empresárias, cabe destacar o Enunciado n° 280 do CJP/STJ:

Por força do art. 44, § 2º, consideram-se aplicáveis às sociedades reguladas pelo Livro II da Parte Especial, exceto às limitadas, os arts. 57 e 60, nos seguintes termos: a) em havendo previsão contratual, é possível aos sócios deliberar a exclusão de sócio por justa causa, pela via extrajudicial, cabendo ao contrato disciplinar o procedimento de exclusão, assegurado o direito de defesa, por aplicação analógica do art. 1.085; b) as deliberações sociais poderão ser convocadas por iniciativa de sócios que representem 1/5 (um quinto) do capital social, na omissão do contrato. A mesma regra aplica-se na hipótese de criação, pelo contrato, de outros órgãos de deliberação colegiada.⁵⁰⁹

O teor do Enunciado vai ao encontro da já mencionada regra estabelecida no art. 44, § 2º, do CC, e é mais um avanço no tema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no direito brasileiro.

O STF, no Recurso Extraordinário n. 158.215/RS, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, com julgamento em 30 de abril de 1996, ou seja, antes mesmo da reforma ao Código Civil, já adotava entendimento no sentido da necessidade de se observar as garantias do devido processo legal nos processos extrajudiciais de exclusão de sócio/cooperado:

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

⁵⁰⁹ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n° 280.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/240>. Acesso em: jul. 2021.

processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.⁵¹⁰

Esse julgado, embora não tenha enfrentado expressamente a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, deixou claro o posicionamento da Corte em garantir ampla eficácia aos princípios do contraditório e ampla defesa, mesmo quando se tratar de relações entre particulares.

Nessa esteira, merece destaque a análise feita por Paulo Gustavo Gonet Branco a respeito do caso, que não considerou a ocorrência de simples desrespeito às regras estatutárias, mas de ofensa concreta a direitos fundamentais:

[...] O Tribunal não resumiu a questão posta ao seu descortino a um mero problema de desrespeito de cláusulas estatutárias sobre processo disciplinar, o que tornaria a Corte incompetente para a causa; ao contrário, à falta de todo procedimento prévio de defesa dos recorrentes, viu desrespeitada a incontornável necessidade de se ouvir o castigado antes da sanção, quer a medida seja aplicada pelo Estado, quer ela seja infligida no âmbito das relações privadas. O julgado em comento marca postura do Supremo Tribunal em conferir larga extensão à garantia da ampla defesa, firma precedente inserindo o direito brasileiro na corrente que admite a invocação de direitos fundamentais no domínio das relações privadas e dá entrada a novas e ricas perspectivas argumentativas na compreensão do direito de se associar e no manejo do próprio recurso extraordinário.⁵¹¹

No âmbito do STJ, o tema da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas é menos recorrente, considerando que só compete à Corte Cidadã a apreciação de questões infraconstitucionais. Contudo, merece destaque o entendimento que vem adotando a Corte de aproximar as sociedades anônimas de capital fechado das sociedades simples e limitadas, no tocante à possibilidade de exclusão de sócio.⁵¹²

Neste sentido, foi o que decidiu no Recurso Especial n. 917.531, ocasião em que Ministro Relator Luís Felipe Salomão ponderou que, apesar de não haver previsão legal a respeito da possibilidade de exclusão de sócio em sociedade anônima (pois sua obrigação era, apenas, de pagar o valor da emissão das ações que subscreveu ou adquiriu), a doutrina mais

⁵¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Recurso Extraordinário n. 158.215-4**. Relator: Ministro Marco Aurélio, 30 de abril de 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212594>. Acesso em: jul. 2021. (grifo nosso).

⁵¹¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, out./dez. 2003, p. 173-174.

⁵¹² Neste sentido: DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2019. p. 309.

moderna tem-se posicionado pela possibilidade de haver a exclusão de acionista quando ele também tem outros deveres na sociedade.⁵¹³

O ministro aduz que, embora “a única hipótese legal de perda da condição de acionista por deliberação da companhia decorre da não integralização das ações por ele subscritas ou adquiridas, nos termos do art. 106 combinado com o art.107, II, da Lei 6.404/76”, essas regras se referem a sociedades de capital aberto, e que, para as sociedades de capital fechado e personalista, é possível que haja dissolução parcial, *verbis*:

Nessa esteira de intelecção, caracterizada a sociedade em tela como fechada e personalista, o que tem o condão de propiciar a sua dissolução parcial - fenômeno até recentemente vinculado às sociedades de pessoas -, é de se entender pela possibilidade de aplicação das regras atinentes à exclusão de sócios das sociedades regidas pelo Código Civil, máxime diante da previsão contida no art. 1.089 do CC: “A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.” Ademais, a Lei 6.404/76 não veda que o estatuto social prescreva hipóteses e procedimentos de exclusão de sócio, tendo em vista o caráter regulamentador que assume tal ato constitutivo das sociedades anônimas.⁵¹⁴

Nestes termos, é possível vislumbrar hipóteses em que o estatuto social, além da pena máxima de exclusão, preveja outras penalidades a serem aplicadas ao acionista que pratica atos violadores de deveres sociais, devendo, por isso, haver previsão do procedimento a ser seguido pela sociedade para estas situações, com respeito ao devido processo legal, tal como ocorre nas sociedades simples e limitada.

É o que se extrai desse julgado que, embora não se refira à aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas, garante a possibilidade de exclusão de acionista do quadro societário, mencionando, inclusive, a possibilidade de previsão estatutária para que se dê extrajudicialmente, com aplicação subsidiária das normas do Código Civil.

Ainda no que toca às sociedades empresárias – e, aqui, especialmente, no tocante às Sociedades Anônimas de capital aberto, na forma do art. 4º da Lei 6.404/1976 –, não se pode negar a existência de espaços de decisão privados, mas que acabam por ter reflexos públicos.

⁵¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 917.531**. Relatório e Voto. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 17 de novembro de 2011, p. 11-12. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18563300&num_registro=200700073925&data=20120201&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: ago. 2021.

⁵¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 917.531**. Relatório e Voto. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 17 de novembro de 2011, p. 15. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18563300&num_registro=200700073925&data=20120201&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: ago. 2021. (grifo nosso).

Basta pensar, por exemplo, no caso de dadas deliberações assembleares que são de interesse de todo o mercado, e não apenas dos sócios atuais.

O que, ordinariamente, tem-se nominado como “notícia de fato relevante”, nada mais é do que a aplicação, no âmbito do mercado de capitais (e das sociedades anônimas de capital aberto), do princípio constitucional da publicidade, ato que tem efeitos práticos importantes.

Ao tratar do direito de retirada, o art. 137 da Lei das Sociedades Anônimas é expresso no sentido de que o acionista dissidente de deliberação da assembleia, inclusive o titular de ações preferenciais sem direito de voto, poderá exercer o direito de reembolso das ações de que, comprovadamente, era titular na data da primeira publicação do edital de convocação da assembleia, ou na data da comunicação do fato relevante objeto da deliberação, se anterior.

Aliás, o não cumprimento da publicidade no âmbito das referidas sociedades empresárias pode acarretar graves consequências, eis que o art. 157, §§ 1º, “e”, 4º e 5º, da Lei 6.405/1967, ao tratar do dever de informar, dispõe que os administradores da companhia aberta – sob pena de responsabilização pessoal, civil e criminal, pelos danos causados (art. 158)⁵¹⁵ – são obrigados a comunicar, imediatamente, a bolsa de valores e a divulgar, pela imprensa, qualquer deliberação da assembleia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia. Salvo se entenderem que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia, cabendo à Comissão de Valores Mobiliários, a pedido dos administradores, de qualquer acionista, ou por iniciativa própria, decidir sobre a prestação de informação e responsabilizar os administradores, se for o caso.

5.3.3 Condomínio

Em tema de condomínio, há precedentes do STJ no sentido de que a aplicação de sanções aos condôminos só deve ser feita mediante a aplicação das garantias do contraditório e ampla defesa, de modo a ser certa a afirmação de que, também no referido Tribunal, reconhece-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, *verbis*:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. AÇÃO DE COBRANÇA DE MULTA CONVENCIONAL. ATO ANTISSOCIAL (ART. 1.337, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL). FALTA DE

⁵¹⁵ MOTA, Fernando de Andrade. **O dever de divulgar fato relevante na companhia aberta**. São Paulo: Almedina, 2015. p. 227-240.

PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CONDÔMINO PUNIDO. DIREITO DE DEFESA. NECESSIDADE. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. PENALIDADE ANULADA. 1. O art. 1.337 do Código Civil estabeleceu sancionamento para o condômino que reiteradamente venha a violar seus deveres para com o condomínio, além de instituir, em seu parágrafo único, punição extrema àquele que reitera comportamento antissocial, verbis: "O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia". 2. Por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve-se reconhecer a aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório. Com efeito, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais, Precedentes do STF. 3. Também foi a conclusão tirada das Jornadas de Direito Civil do CJF: En. 92: Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo. 4. Na hipótese, a assembleia extraordinária, com quórum qualificado, apenou o recorrido pelo seu comportamento nocivo, sem, no entanto, notificá-lo para fins de apresentação de defesa. Ocorre que a gravidade da punição do condômino antissocial, sem nenhuma garantia de defesa, acaba por onerar consideravelmente o suposto infrator, o qual fica impossibilitado de demonstrar, por qualquer motivo, que seu comportamento não era antijurídico nem afetou a harmonia, a qualidade de vida e o bem-estar geral, sob pena de restringir o seu próprio direito de propriedade. 5. Recurso especial a que se nega provimento.⁵¹⁶

Ao condomínio, apesar de não se configurar como pessoa jurídica, é reconhecida uma personalidade jurídica especial, pois atua na vida negocial a fim de realizar seus objetivos.⁵¹⁷

Em semelhança ao que ocorre com as associações e sociedades, a convenção do condomínio é o negócio jurídico que vincula os condôminos, com seus direitos e deveres e todo seu regramento, inclusive nos termos do art. 1.334, inciso IV, do Código Civil, as sanções que poderão ser aplicadas aos condôminos.

O art. 1.337 e parágrafo do Código Civil estabelece requisitos formais para a aplicação de penalidade à condômino que, reiteradamente, descumpra seus deveres (que podem estar

⁵¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.365.279/SP**. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 25 de agosto de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52685559&num_registro=201102462648&data=20150929&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: ago. 2021. (grifo nosso).

⁵¹⁷ BENACCHIO, Marcelo. **Comentários ao Código Civil**: Direito Privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva jur, 2019. p. 1699.

previstos na lei ou na própria convenção), ou mantém reiterado comportamento antissocial, gerando incompatibilidade de convivência com os demais condôminos.

Aqui, em consonância com o que decidiu o STJ, deve haver prévia notificação do condômino acusado, para que possa ter garantido o seu direito de defesa, reconhecendo também nas relações condominiais as garantias constitucionais do processo.

A razoabilidade e a proporcionalidade referente à penalidade aplicada devem ser observadas, pois a sanção pecuniária que está prevista em lei não é a única possível de ser aplicada ao condômino antissocial, podendo também ser imposta sua exclusão da utilização de certas áreas comuns (como áreas de lazer), quando se constatar que as multas previstas pelo Código Civil não forem capazes de impedir a prática dos atos que impedem a convivência comum.⁵¹⁸

Sem querer adentrar na divergência existente a respeito da possibilidade de expulsão do condômino antissocial, o fato é que, na esteira da corrente que defende a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, e da jurisprudência que vem reconhecendo essa aplicação, foi aprovado, na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado n. 508, que admite a possibilidade de a assembleia deliberar a esse respeito, desde que garantido o devido processo legal:

Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal.⁵¹⁹

Pelo que se expôs até aqui, conclui-se que o entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, é no sentido da vinculação de todas essas entidades privadas (associações, sociedades empresárias e condomínios) às garantias constitucionais nos processos decisórios realizados em suas respectivas instâncias, de modo a se evitar decisões arbitrárias, sem significar atentado à autonomia privada.

⁵¹⁸ TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo; RENTEIRA, Pablo. **Fundamentos de Direito Civil** – Vol. 5. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 256. No mesmo sentido: VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1172. Em sentido contrário: BENACCHIO, Marcelo. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado contemporâneo**. São Paulo: Saraiva jur, 2019. p. 1708.

⁵¹⁹ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n. 508**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: ago. 2021.

5.3.4 Mitigação do princípio da igualdade no processo de (in)admissão de membros

As associações, assim como as sociedades, são constituídas pela reunião de pessoas que objetivam um fim comum.

A liberdade de associar-se é um direito fundamental, estabelecido no art. 5º, inc. XVII da Constituição Federal, que engloba, também, a liberdade de escolher com quem se associar, dentro da premissa da liberdade negocial (expressão da autonomia privada).

Diante dessas considerações, poderia o princípio da igualdade, corolário do devido processo legal, limitar o poder de escolha nos processos decisórios de admissão de membros das sociedades/associações?

A questão não é tão simples de ser respondida, haja vista a existência, principalmente nas associações, de diversos motivos, muitas vezes de índole pessoal, para determinar a sua existência.

Identidade de ideologia ou de objetivos; comunhão de pensamentos entre os associados, que podem ser de aspectos religiosos, culturais e até profissionais; são questões levadas em consideração na hora em que o indivíduo vai exercer sua liberdade de associação. O princípio da igualdade nos processos de escolha de membros, se aplicado tal qual se aplica nos processos decisórios de natureza pública, aniquilaria, integralmente, a autonomia privada, pois as pessoas poderiam ser compelidas a se associarem com quem não têm identificação alguma.

Nessas situações, o princípio da igualdade pode ser mitigado, sob pena de se violarem outros direitos fundamentais, como a própria liberdade de associação, a liberdade religiosa, a liberdade de expressão. Do contrário, manifesto o prejuízo ao próprio desenvolvimento das relações humanas.

A depender da finalidade para a qual uma associação é constituída, o estatuto poderá estabelecer condicionantes para o ingresso, sendo possível, por isso, que uma associação, cujo fim seja honrar a memória das vítimas do holocausto, negar o ingresso de pessoas que não reconheçam sua existência.⁵²⁰

Portanto, a admissão de associados estará vinculada à observância dos fins da associação, que poderá fazer um juízo de oportunidade e conveniência a respeito da admissão de novos membros, de modo que há condições de admissibilidade que deverão ser preenchidas pelo pretenso associado.⁵²¹

⁵²⁰ DE VALDÉZ, José Manuel Días. *La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados*. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XLII, p. 149-186, 2014. p. 162.

⁵²¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 74.

Em respeito à autonomia privada, não parece razoável impor aos associados, em nome do princípio da igualdade, a obrigação de admitir pessoas que possam comprometer a finalidade associativa.

Isso não quer dizer que o princípio da igualdade e sua consequente proibição de discriminação não tenha eficácia imediata nas relações privadas. Ele apenas deverá ser harmonizado com outros princípios de igual relevância.⁵²²

José Carlos de Vieira Andrade aduz que a liberdade dos indivíduos deve prevalecer sobre o princípio da igualdade, desde que não haja salvaguarda para práticas de atos discriminatórios que atinjam, de maneira intolerável, a dignidade humana, acarretando violação a direitos da personalidade.⁵²³

O autor português também ressalva as situações em que há desigualdade entre os particulares envolvidos, de modo que, se uma das partes detém posição de domínio econômico e social ou gozar de uma situação de monopólio, a liberdade não prevalecerá. Assim, se há uma única piscina em um local aberto ao público, conclui, o autor, que não se pode excluir determinadas pessoas em virtude de raça, língua, condição social dentre outros motivos.⁵²⁴

O autor espanhol Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano advoga a tese de que o princípio da igualdade não se sobrepõe à autonomia privada. Embora seja um limite, para configurar discriminação a diferenciação deve ser manifesta, competindo a quem alega prová-la.⁵²⁵

É possível aos particulares, portanto, notadamente nos processos decisórios de admissão de membros de associações ou sociedades, adotar certos critérios discriminatórios que não são permitidos ao Poder Público, desde que não sejam irrazoáveis e violadores da dignidade humana e pautadas no preconceito.

Nessa esteira, decidiu o STJ no Recurso Especial n. 1.713.426/PR. A recusa da associação (um clube esportivo) em inadmitir a frequência, nas suas dependências e promoções, de ex-companheiro do sócio – sob o argumento de que o estatuto só possuía cláusula protetiva de ex-cônjuge de sócio proprietário de título –, viola a igualdade e a proteção constitucional de

⁵²² Joaquim José Gomes Canotilho também afirma que em determinados casos é difícil dialogar com o princípio da igualdade, aduzindo que para a solução justa do caso concreto, é necessário haver a concordância de vários outros princípios. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1293-1294).

⁵²³ ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019. p. 255-256.

⁵²⁴ Ibid. p. 257-258.

⁵²⁵ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz. *Principio de Igualdad Y Derecho Privado*. *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, Tomo XLIII, fascículo II, p. 425. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1990-20036900428_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Principio_de_igualdad_y_Derecho_privado. Acesso em: ago. 2021.

todas as entidades familiares, tais como o casamento, a união estável e as famílias monoparentais.⁵²⁶

O Ministro Relator Ricardo Villas Boas Cueva destacou que a admissão especial para frequentar clubes tem caráter discricionário e facultativo. Mas, no caso específico, ponderou que o indeferimento de sua outorga foi inaceitável, eis que o uso abusivo da autonomia da vontade da associação provocou violação direta da Constituição Federal, que estabelece, na dignidade da pessoa humana, seu fundamento basilar (art. 1º, III, CF/1988); não sendo razoável dispensar tratamento diferenciado entre a união estável e o casamento.⁵²⁷

Da mesma maneira que ocorre nas associações e sociedades, defende-se a possibilidade de os condomínios também estabelecerem restrições para a admissão de novos membros, mitigando-se o princípio da igualdade,

É o que também defende Silvio de Salvo Venosa, que sustenta a possibilidade de as convenções de condomínio impedirem o ingresso de moradores, de pessoas de grande notoriedade; de pessoas muito famosas (atores, atletas, políticos, etc.), que possam pôr em risco o sossego e a tranquilidade dos demais residentes.⁵²⁸

Nesses termos, privilegiando também a autonomia da vontade, o autor referido aduz que essa é a tendência atual, inclusive sendo a solução adotada por países de primeiro mundo. Cada condomínio será instituído de acordo com o perfil dos moradores. Cita, como exemplo, o caso do ex-presidente americano Richard Nixon, que não pôde se mudar para um apartamento que havia adquirido em Nova Iorque em virtude de proibição, expressa na convenção de condomínio, de ocupação por pessoas dessa categoria.⁵²⁹

As situações aqui narradas não contradizem a afirmação de que os processos decisórios de natureza privada devam ser pautados pelo devido processo legal. Até porque os direitos fundamentais também não são ilimitados e a liberdade individual, notadamente no campo de atuação puramente privado (como é a escolha de com quem se associar), deve ter uma margem de arbítrio. Submeter os particulares, nestas situações, à observância do princípio da igualdade, tal qual o dos processos decisórios conduzidos pelo Poder Público, pode acarretar situações absurdas, conforme destaca Bilbao Ubillos (que é defensor da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas):

⁵²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.713.426/PR (2017/0307936-5)**. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, 04 de junho de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703079365&dt_publicacao=07/06/2019. Acesso em: ago. 2021.

⁵²⁷ Ibid.

⁵²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 1173.

⁵²⁹ Ibid. p. 1173.

La libertad individual (em su vertiente negocial o asociativa) incluye necesariamente una margen de arbitrio. Puede ejercerse de forma irracional o incongruente. En lugar de imponer rigidamente a cada individuo que trate a los demás con exquisita igualdad en sus relaciones recíprocas, obligándole a justificar de forma objetiva cualquier desviación de esa regla, se debe permitir un espacio de actuación puramente privada, un reducto de vida auténticamente privada, que queda fuera del alcance de las normas constitucionales, en el que los individuos son libres de discriminar a la hora de seleccionar las personas con las que van a relacionarse, de regular esas relaciones (determinando el contenido de los contratos, de los estatutos sociales o de las disposiciones testamentarias) y de comportarse, em general, de na manera que le está vedade al Estado.⁵³⁰

5.4 No âmbito dos processos decisórios na relação de emprego

Diferente do que ocorre no âmbito do direito civil – em que se constata a tendência, tanto da jurisprudência quanto da legislação, de reconhecer a necessidade de observância dos corolários do devido processo legal nos processos decisórios, especialmente de cunho disciplinar –, no Direito do Trabalho esse quadro, lamentavelmente, não é presente. Inexiste previsão legal de qualquer procedimento para incidência de tais garantias no curso da relação de trabalho, seja para caso de pleitos de extensão de vantagens a empregados na mesma situação, seja nos processos decisórios disciplinares (como nos que acarretem despedidas por justa causa).⁵³¹

Embora a relação de emprego seja eivada de poder privado concentrado na figura do empregador – a quem, nos dizeres de Silvia Teixeira do Vale, “é destinado o poder diretivo, regulamentar e disciplinar”⁵³² –, não há na Consolidação das Leis do Trabalho a exigência de observância dos corolários do devido processo legal nos processos decisórios instaurados a pedido ou contra o empregado (que troca sua força de trabalho por remuneração).

Se no âmbito das associações, sociedades e até dos condomínios (em que nem há situação de sujeição entre os membros), a própria legislação avança no sentido de estabelecer garantias mínimas de um processo justo; com muito mais razão essas garantias processuais devem ser prestigiadas no âmbito das relações de emprego, haja vista a existência de um estado de sujeição do empregado ao poder de mando do empregador.

⁵³⁰ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamento español*. In: SARLET, Ingo; MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg (org.). **Direitos fundamentais e direito privado uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 208.

⁵³¹ O artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho elenca as hipóteses em que o empregador pode dispensar o empregado por justa causa.

⁵³² VALE, Silvia Teixeira do. **Devido processo legal na relação de emprego**: contraditório no poder disciplinar e motivação na cessação contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 39-40.

Aliás, as primeiras discussões a respeito da eficácia horizontal dos direitos fundamentais aos processos decisórios de ordem privada se deram no âmbito trabalhista, conforme aponta Bilbao Ubillos:

*A nadie puede sorprender, por tanto, que la génesis y el desarrollo má fecundo de la teoría de la Drittwirkung haia tenido como escenario el campo de las relaciones laborales. Esa especial receptividade nos es casual: se explica por la nota de subordinación intrínseca al cumplimiento da la prestación por el trabajador. Aunque la empresa há dejado de ser una zona franca em la que el empresário ejerce una autoridad indiscutida y hemos assistido en las últimas décadas a un proceso de penetración de la Constitución dentro de las fábricas y de progresivo reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores em tanto que ciudadanos, lo cierto es que, como organización económica, estructurada jerárquicamente, la empresa genera una situación de poder y, correlativamente, otra de subordinación.*⁵³³

Veja-se a questão dos processos disciplinares. A possibilidade de aplicar penalidades ao empregado decorre da lei, do contrato e até mesmo de normas coletivas. Não desde advertência até a cessação do contrato de trabalho por justa causa.

O empregador, em virtude de seu poder disciplinar, pode aplicar, diretamente, a penalidade que for mais conveniente ao caso concreto. No entanto, esse poder não é ilimitado, esbarrando em direitos fundamentais, inclusive o devido processo legal, que, conforme a linha que se defende nessa dissertação, aplica-se diretamente nas relações privadas, independentemente de previsão legal infraconstitucional (eficácia direta).

Não se olvida que o empregador também é titular de direitos fundamentais; que sua autonomia da vontade e liberdade contratual deve ser respeitada. Mas isso não afasta a existência de direitos fundamentais do empregado. Em qualquer processo decisório nas relações de emprego, não só disciplinar, deve ser observado o devido processo legal, a fim de se evitar arbitrariedades daquele que detém o poder. E, também, para conferir maior legitimidade ao que foi decidido, evitando-se, assim, possível anulação posterior perante o Poder Judiciário.

Na esteira do que expõe Silvia Teixeira do Vale, o respeito ao devido processo legal “é direito laboral inespecífico, princípio basilar de qualquer Estado Democrático de Direito e, como tal, é cláusula aberta, albergando o direito de ser ouvido; o direito ao oferecimento e à produção de provas; e o direito a uma decisão fundamentada.”⁵³⁴

⁵³³ UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 304.

⁵³⁴ VALE, Silvia Teixeira do. **Devido processo legal na relação de emprego**: contraditório no poder disciplinar e motivação na cessação contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 237.

Além do mais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de emprego, conforme destaca Ney Maranhão viabiliza o avanço teórico:

[...] condizente, a um só tempo, com a *democratização do poder empregatício* e com a *humanização do contrato de trabalho*, medidas inteiramente coerentes com a elevada centralidade que a Carta Federal empresta à dignidade da pessoa humana, à solidariedade e, também, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, arts. 1º, III e IV, e 3º, I).⁵³⁵

Analisemos algumas hipóteses concretas de aplicação dos direitos fundamentais processuais nos processos decisórios nas relações de trabalho.

O empregador não pode adotar condutas discriminatórias entre seus empregados, eis que o comportamento viola, frontalmente, o princípio da igualdade. Foi o que decidiu o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 161.243/DF, em caso paradigmático referente à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.⁵³⁶

O caso se referia à negativa de uma companhia aérea francesa de estender, aos empregados brasileiros, as mesmas vantagens salariais dos empregados franceses, sem qualquer justificativa para essa diferenciação.

Com a ponderação de valores, o Relator Ministro Carlos Velloso, deu prevalência ao direito fundamental da igualdade em detrimento da autonomia privada, garantindo a todos os empregados (brasileiros e franceses) o mesmo tratamento.

Ainda sobre a aplicação do princípio da igualdade nas relações de emprego, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 443, no sentido de que “presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”⁵³⁷

O objetivo da súmula é proteger de discriminação o trabalhador com doença grave, tratando de modo desigual os empregados na medida de suas desigualdades (igualdade material).

⁵³⁵ MARANHÃO, Ney. Eficácia horizontal do *due process* laboral: reflexões sobre o direito fundamental a um procedimento trabalhista justo como fator de controle do poder privado empregatício. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 4, p. 169-170, out./dez. 2013.

⁵³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 161.243-6/DF**. Relator: Ministro Carlos Velloso, 29 de outubro de 1996. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>. Acesso em: ago. 2021.

⁵³⁷ Id. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 443**. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443. Acesso em: out. 2021.

Contudo, como não há, propriamente, um rol indicando quais são essas doenças consideradas graves, o enunciado sumular não é capaz de proteger adequadamente o trabalhador, o que acarreta insegurança jurídica.

Por essa razão, nos processos de despedida de trabalhador que esteja gravemente doente, indispensável a instauração de um procedimento de justificação da demissão, garantindo-se ao empregado o direito de se manifestar e provar a natureza de sua enfermidade, antes da deliberação patronal sobre a dispensa, evitando-se, assim, a judicialização direta da questão. Conforme aduz Daniel Sarmiento e Fábio Rodrigues Gomes, a falta de motivação:

[...] deixa no ar a existência de uma razão que não pode ser exposta ao público, seja porque é proibida institucionalmente, seja porque é condenável moralmente. De um jeito ou de outro, o silêncio patronal se torna eloquente o bastante para que sua decisão seja inexoravelmente invalidada.⁵³⁸

Referida Súmula teve sua constitucionalidade questionada perante o STF na ADPF n. 648, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria. O argumento da requerente, dentre outros, era o de que seu conteúdo acabava por criar uma estabilidade, sem previsão legal, aos portadores de doença grave, limitando o direito potestativo dos empregadores de poderem dispensar seus funcionários. Aduziu-se, ainda, que o enunciado violava o devido processo legal ao inverter o ônus da prova, no sentido de que cabe ao empregador provar que a dispensa não tem cunho discriminatório.

No entanto, a Relatora Ministra Carmem Lúcia, em julgamento realizado em 21 de junho de 2021, negou seguimento à ADPF por questões processuais. Considerou não haver decisões conflitantes a justificar a ação, destacando, em seu voto, que “o inconformismo com decisões favoráveis aos empregados não caracteriza a matéria como controvérsia judicial relevante.”⁵³⁹

No tocante à garantia constitucional processual da motivação/fundamentação, também deve ela estar presente nos processos de despedida ou de imposição de outras penalidades nas relações de emprego, sendo, inclusive, manifestação da boa-fé objetiva.⁵⁴⁰

⁵³⁸ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações particulares: o caso da relação de trabalho. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. p. 100.

⁵³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 648/DF**. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, 21 de junho de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756349193>. Acesso em: ago. 2021.

⁵⁴⁰ VALE, Sílvia Teixeira do. **Devido processo legal na relação de emprego**: contraditório no poder disciplinar e motivação na cessação contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 175.

Por isso, a dispensa do empregado da iniciativa privada – da mesma forma que se dá com a motivação de dispensa de empregado público, exigida pelo art. 2º e art. 50 da Lei 9.784/99⁵⁴¹ – deve ser, como regra, fundamentada, a fim de que o trabalhador demitido possa ter conhecimento das razões/motivos da decisão do empregador.

Inclusive porque art. 7º, inciso I da Constituição Federal, protege o trabalhador contra despedida arbitrária ou sem justa causa, consagrando uma “verdadeira fórmula de ponderação”: não se reconhece o poder ilimitado do empregador de despedir sem motivar sua decisão; mas também não se garante estabilidade de emprego ao trabalhador.⁵⁴²

Certamente se ponderará, em sentido contrário ao dantes posto, que não há disciplina legal normativa que obriga o empregador da iniciativa privada a justificar, perante o empregado, as causas de aplicação de penalidades, inclusive a demissão. Porém, rememore-se que, quando se tratou das teorias existentes a respeito da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, verificou-se que uma delas apregoa a sua incidência nas situações em que uma das partes é detentora de poder (aplicação direta).⁵⁴³ Por isso, em que pese a legislação trabalhista não prever qualquer tipo de procedimento prévio, a fim de se efetivar princípios como o contraditório, a ampla defesa, a proporcionalidade da penalidade aplicada, a vedação de provas ilícitas, tais mandamentos vêm da Constituição e devem ser aplicados também nas relações de emprego. É o que defende Luciano Martinez:

⁵⁴¹ Importante ressaltar que o Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial 247 da SDI-1, no sentido de que a dispensa do empregado público contratado por empresa pública ou por sociedade de economia mista independem de motivação. No entanto, Luciano Martinez destaca que essa orientação contraria o interesse público além de ser contrária ao estabelecida na lei 9784/99 que se aplica tanto à Administração Direta quanto à Indireta, como se constata em seu artigo 1º. (MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2020. p. 742.

⁵⁴² Neste sentido conferir voto do Ministro Celso de Mello *in*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480-3/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello, 04 de setembro de 1997, p. 243. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>. Acesso em: ago. 2021.

⁵⁴³ Neste sentido conferir julgado do Tribunal Superior do Trabalho que deixou expresso na Ementa: “[...] A partir da segunda metade do século XX, consolidou-se a percepção de que também os denominados “poderes privados” podem vulnerar os direitos fundamentais das pessoas com as quais mantêm relações jurídicas, principalmente naquelas de natureza assimétrica, em que um dos polos está em estado de sujeição ou é hipossuficiente do ponto de vista jurídico, econômico ou social. Daí a consagração da denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* ou *a sua eficácia na esfera do Direito Privado* ou *entre particulares*, instrumento mediante o qual o Poder Judiciário atua para limitar o exercício arbitrário ou abusivo do poder por particulares que atinja os direitos fundamentais daqueles com os quais estes se relacionam. Também não cabe, hoje, nenhuma dúvida quanto à aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais em geral no âmbito das relações trabalhistas. Afinal, a doutrina contemporânea reconhece e proclama que “os direitos fundamentais não são como os chapéus que se deixam na entrada do local de trabalho, eis que tais direitos, assim como as cabeças, não podem ser separados da pessoa humana em nenhum lugar, sob nenhuma circunstância(...)” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). **Recurso de Revista 1102-84.2012.5.08.0003**. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta, 24 de maio de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/2f22e70edbab50d00c983fc1e67ede> 29. Acesso em: set. 2021.

Afinal, se a exclusão de um sócio de uma associação ou a expulsão de um aluno de uma escola demandam a observância de um procedimento prévio no curso do qual lhes sejam garantidos os plenos direitos de defesa, o mesmo haveria de ocorrer no âmbito de uma relação de emprego, vale dizer, a oposição de penas disciplinares aos empregados somente deveria ser reconhecida em procedimento — oral ou escrito — que lhes assegurasse a observância de um devido processo legal no âmbito privado. Mas que devido processo legal no âmbito privado seria esse? Sem dúvidas, trata-se de um direito atribuído ao empregado, tal qual aquele oferecido a qualquer acusado, de ser ouvido sobre o assunto que motivou a sua dispensa e de apresentar provas capazes de convencer o empregador da inexistência do fato que motivaria a sanção. Não existindo o instrumento regulamentar patronal, haveria de admitir-se em favor do empregado, no mínimo, o direito de apresentar as suas razões contra as acusações que lhe foram dirigidas mediante contraditório fundado em oralidade. Esse entendimento decorre da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.⁵⁴⁴

O Tribunal Superior do Trabalho —, em 2016, reconheceu que o devido processo legal não só pode, como deve, ser invocado nas relações particulares:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - DESCABIMENTO. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. PROCEDIMENTO PREVISTO EM REGRAMENTO INTERNO. "POLÍTICA DE ORIENTAÇÃO PARA MELHORIA". DEVIDO PROCESSO LEGAL. EFICÁCIA HORIZONTAL DO PRINCÍPIO. 1. O princípio do devido processo legal é expressão da garantia constitucional de que as regras pré-estabelecidas pelo legislador ordinário devem ser observadas na condução do processo, assegurando-se aos litigantes, na defesa dos direitos levados ao Estado-Juiz, todas as oportunidades processuais conferidas por Lei. 2. O referido princípio, como tradicionalmente concebido, evidencia eficácia vertical, uma vez que impõe obrigações ao Estado, em benefício do cidadão. Contudo, com o objetivo de concretizar uma proteção mais abrangente aos direitos fundamentais, a Suprema Corte já decidiu que a garantia do devido processo legal deve e pode ser invocada em relações entre particulares, materializando aquilo que a doutrina denomina eficácia horizontal. 3. Na hipótese em que o próprio empregador estabelece procedimento a ser seguido para o desligamento do empregado, a observância deste consiste em direito fundamental do trabalhador. 4. Assim, a dispensa imotivada, sem observância do procedimento estabelecido pelo próprio empregador, ofende a garantia do empregado ao devido processo legal em sua acepção horizontal. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2020. p. 750. (grifo nosso).

⁵⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). **Agravo de Instrumento Recurso de Revista n. 20650-18.2014.5.04.0333**. Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 03 de agosto de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#c568b671ec498622afe301e06c1>. Acesso em: ago. 2021.

A legislação trabalhista brasileira não seguiu o exemplo da portuguesa, em que há previsão, ao menos para os processos disciplinares, de um procedimento com fases divididas entre acusação, defesa, instrução e decisão.⁵⁴⁶

Porém, a Constituição Federal de 1988 dispõe de um arsenal de princípios que, conforme referida decisão do TST, podem e devem ser aplicados nas relações de emprego.

Na dispensa por justa causa, por exemplo, situação de clara imposição de sanção ao empregado, com a resolução do contrato de trabalho, o princípio da motivação será observado, com a informação ao empregado do ato praticado que configurou justa causa. Conferida ciência da motivação ao destinatário da decisão (e somente a ele), o princípio do contraditório e da ampla defesa também serão atendidos, com a possibilidade do empregado se defender e, eventualmente, provar que não praticou o ato que lhe é imputado.

Sobre o contraditório e ampla defesa, convém fazer referência à Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispõe sobre o Término da Relação de Trabalho por iniciativa do Empregador, assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982, aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro, mediante o Decreto Legislativo n. 68/92, publicado no DOU de 17 de setembro de 1992. Ela traz regras que impedem despedidas imotivadas, além de impossibilitar despedidas sem antes dar a possibilidade do trabalhador se defender dos atos que lhe são imputados.

Ocorre que referida Convenção foi denunciada à OIT em 20 de novembro de 1996, por meio do Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, tendo iniciado, a partir de então, uma série de discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da vigência ou não da convenção internacional. O tema hoje pende de análise junto ao STF (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1625-3/DF).

De todo modo, mesmo à míngua de previsão normativa expressa, parece consentâneo com o Estado Democrático de Direito o empregador oportunizar ao empregado, nos processos decisórios disciplinares, oportunidade de contraditório e ampla defesa. Isso não significará inviabilização de seu poder disciplinar ou de sua autonomia privada (até porque funcionará como acusador e julgador). Mas conferirá maior legitimidade ao processo decisório privado, diminuindo eventual resistência judicial em aceitar a aplicação da penalidade.

Ney Maranhão, em importante passagem sobre o tema, adverte sobre a necessidade da aplicação das garantias constitucionais do processo no bojo dos contratos de trabalho,

⁵⁴⁶ Sobre o procedimento disciplinar laboral de Portugal conferir: VALE, Silvia Teixeira do. **Devido processo legal na relação de emprego**: contraditório no poder disciplinar e motivação na cessação contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 151-155.

defendendo a necessidade “de se instaurar alguma instância prévia de diálogo como instrumento de legitimação democrática do poder empregatício disciplinar.”⁵⁴⁷

Ainda na toada da aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, considera-se que as provas obtidas por meios ilícitos também não são admitidas no seu âmbito, sendo, portanto, vedado ao empregador tomar decisões em desfavor do empregado com base nelas. Se nem o Estado, que visa sempre o interesse público, pode se valer de provas ilícitas, com muito mais razão essa proibição se estende aos particulares.

5.4.1 E-mail corporativo e provas ilícitas

Nessa temática das provas ilícitas, questão bastante controversa é a do controle, pelo empregador, do conteúdo das mensagens encaminhadas e recebidas pelo empregado com o uso do e-mail corporativo. Tema que tangencia, também, a análise dos direitos fundamentais do empregado à intimidade e vida privada.

Estaria a empresa/empregador, em virtude de seu poder diretivo e fiscalizatório, autorizada(o) a fiscalizar o e-mail do empregado? Se não e, mesmo assim, a empresa/empregador tiver acesso não autorizado ao teor das mensagens, isso configura prova ilícita para embasar uma despedida por justa causa?

O STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 1.875.319/PR, entendeu que não viola o direito à intimidade e, conseqüentemente, não é prova ilícita, o acesso de mensagens do e-mail corporativo pelo empregador. Conforme a Corte, trata-se de uma ferramenta de trabalho, fornecida pela empresa, que não pode ser equiparada às correspondências pessoais.⁵⁴⁸

Neste julgado, o Tribunal entendeu que as mensagens estavam no computador utilizado como ferramenta de trabalho fornecido pela própria empresa e, neste caso, não é necessária autorização judicial para obtenção dessas provas a partir do acesso de e-mail corporativo.

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho não é diferente.

No julgamento do Recurso de Revista n. 613/2000-013-10-00-7, o Tribunal entendeu que o empregado, devidamente cientificado de que o e-mail se presta apenas às finalidades corporativas, não deve ter expectativa de privacidade, podendo o empregador, exercendo seu

⁵⁴⁷ MARANHÃO, Ney. Eficácia horizontal do *due process* laboral: reflexões sobre o direito fundamental a um procedimento trabalhista justo como fator de controle do poder privado empregatício. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 4, out./dez. 2013. p. 166.

⁵⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.875.3119**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 15 de setembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001178257&dt_publicacao=23/09/2020. Acesso em: ago. 2021.

direito de propriedade e de proteger sua própria imagem, fiscalizar e rastrear as mensagens de e-mail tanto no aspecto formal quanto material:

PROVA ILÍCITA. E-MAIL CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (e-mail particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado e-mail corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o e-mail corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de e-mail corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.⁵⁴⁹

⁵⁴⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (1ª Turma). **RR-613/2000-013-10-00.7**. Relator: Ministro João Oreste Dalazen, 10 de junho de 2005. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>

Em julgado de 2020, o mesmo Tribunal entendeu que não configura prova ilícita o rastreamento de e-mail corporativo, pois tem natureza jurídica de instrumento de trabalho:

PROVA ILÍCITA. "E-MAIL" CORPORATIVO. ACESSO E UTILIZAÇÃO DO CONTEÚDO DAS MENSAGENS DOS EMPREGADOS PELO EMPREGADOR. POSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. I. Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho. Daí porque é permitido ao empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado em e-mail corporativo, isto é, checar as mensagens, tanto do ponto de vista formal (quantidade, horários de expedição, destinatários etc.) quanto sob o ângulo material ou de conteúdo, não se constituindo em prova ilícita a prova assim obtida. II. Não viola os arts. 5º, X e XII, da Constituição Federal, portanto, o acesso e a utilização, pelo empregador, do conteúdo do "e-mail" corporativo.⁵⁵⁰

As hipóteses aqui narradas se referem ao e-mail corporativo, que é considerado um instrumento de trabalho. A situação é diferente quando se trata de e-mail pessoal. Nesse caso, o direito à intimidade/privacidade deve prevalecer, não justificando sua fiscalização por parte do empregador.

5.5 No âmbito das concorrências públicas organizadas por entes privados

Estabelecido que as entidades privadas devem observar o devido processo legal, sem significar que não haja espaço para a ponderação com sua autonomia privada, notadamente com a liberdade contratual, a reflexão que se propõe neste momento é a respeito das concorrências públicas promovidas por essas entidades.

É comum concursos de ampla concorrência promovidos não só por entidades públicas (como impõe a CF), mas também privadas, como editoras, canais de televisão e até mesmo entidades privadas de ensino, com ampla divulgação e publicidade, para alcançar um elevado número de participantes.

Nesse caso, na medida em que a entidade organizadora do concurso, embora privada, publica edital estabelecendo exigências, aquele que se inscreve cria uma expectativa em torno do resultado (premiação) e espera, por isso, que a avaliação da candidatura se dê à luz das garantias constitucionais.

/1724843/recurso-de-revista-rr-613002320005100013-61300-2320005100013/inteiro-teor-10792867?ref=juris-tabs. Acesso em: ago. 2021.

⁵⁵⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4ª Turma). **RR-1347-42.2014.5.12.0059**. Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos, 23 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: ago. 2021.

Basta pensar nos concursos para vagas de graduação, especialização e mestrado/doutorado das universidades privadas; nos certames para bolsas de estudos realizados por colégios privados de ensino médio; nos concursos literários e de slogans de entidades privadas (fundações, sociedades e associações). Em todas estas situações, não se pode afastar, como regra, a necessidade de atendimento dos direitos fundamentais processuais, sendo assegurado aos participantes, à luz das premissas estabelecidas no edital da concorrência, o recebimento de uma decisão proferida luz do contraditório e da ampla defesa, da imparcialidade, publicidade, motivação, etc.

O princípio da igualdade, nesse tipo de concorrência, deve estar presente tal como estaria se fosse promovido por uma entidade estatal. Nessa situação, a entidade está em clara posição de poder, não podendo excluir arbitrariamente participantes que preenchem os requisitos impostos no edital. Não cabe, nesse tipo de concurso, margem para arbítrio e discricionariedade na admissão dos participantes: todos os indivíduos que cumprem os requisitos exigidos no edital podem participar.

Conforme destaca a autora portuguesa Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie, ao promover um concurso com ampla divulgação, prometendo prêmios ao vencedor (vaga, dinheiro, publicação, etc.), a entidade privada se coloca na esfera pública do indivíduo e deve obediência às garantias fundamentais incidentes nos processos decisórios:

[...] tratando-se de uma atividade que se enquadre na esfera pública do indivíduo, encontrando-se este numa relação permanente com o público, parece haver aí, em princípio, uma justificação para esta vinculação; finalmente, quando estamos perante entidades privadas dotadas de poderes de facto, havendo uma situação de desequilíbrio negocial, faz também sentido que se aplique este princípio.⁵⁵¹

Diga-se o mesmo no que tange à imparcialidade dos avaliadores. Tirando hipóteses específicas expressamente previstas no edital de concorrência, é consentâneo com a Constituição Federal que a avaliação destes certames se dê por critérios objetivos e aferíveis por todos os participantes, admitindo-se, apenas, em casos excepcionalíssimos, certa dose de discricionariedade/subjectivismo (como nos concursos literários, por exemplo).

A banca julgadora ou o responsável pela seleção deve, também, ser equidistante dos participantes do processo; desinteressada na causa. E, em havendo violação dessa suposta

⁵⁵¹ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 61.

imparcialidade privada, isso parece suficiente para o Estado/Juiz se imiscuir na questão e anular o certame ou da decisão por conta da violação do nominada direito fundamental

Como condição de aferição da imparcialidade, tem-se, na publicidade, garantia constitucional de extrema importância nestes concursos públicos organizados por entidades privadas. Embora não na mesma extensão do que ocorre nos domínios do direito público, somente através da divulgação dos critérios de avaliação utilizados (gabaritos, espelhos, notas de todos os participantes, etc.) é que se pode aferir a normalidade do resultado alcançado, viabilizando mecanismos de controle interno (recursos) e externos (Poder Judiciário) à entidade organizadora.

Conseqüentemente, no exercício da referida atividade de controle, exsurge o contraditório e ampla defesa, possibilitando àqueles que sintam prejudicados pela tomada de decisão se insurgirem contra a decisão tomada, apresentando razões e eventuais provas de que o resultado da concorrência deveria ser outro.

5.5.1 Ofertas públicas de empregos em entidades privadas

Diferente é a situação na oferta de empregos por entidades privadas. Conforme já se destacou quando se tratou da incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, o princípio da igualdade deve ser mitigado a favor da autonomia privada, sem, contudo, possibilitar condutas discriminatórias.

Por mais qualificado que seja o candidato ao emprego, haverá sempre uma desigualdade na relação laboral, com a proeminência do poder do empregador que se dá, não só durante a execução do contrato de trabalho, mas, principalmente, no momento da admissão (na postulação da vaga de trabalho).⁵⁵²

Como já posto, em virtude dessa desigualdade, as garantias constitucionais do processo devem ser diretamente aplicadas nos processos decisórios havidos na relação de emprego. Porém, no processo de oferta de empregos e conseqüente admissão dos empregados, justifica-se um arrefecimento da incidência do princípio da igualdade. Conforme apontam Daniel Sarmento e Fábio Rodrigues Gomes, ao particular deve ser garantido um certo grau de liberdade na hora de contratar:

⁵⁵² SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de emprego. **Revista TST**, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. p. 89. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28342/003_sarmento_gomes.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: ago. 2021.

Em primeiro lugar porque, a não ser em situações específicas, o empregador privado não é equiparável ao Estado no que toca à vinculação aos direitos fundamentais, mantendo um grau de liberdade na sua atuação mais amplo do que aquele detido pelos Poderes Públicos. Um empregador, por exemplo, pode, em geral, selecionar um trabalhador em detrimento de outro candidato à mesma vaga, por ter sentido maior afinidade pessoal com o primeiro, mas jamais se admitiria que a Administração Pública agisse da mesma maneira num concurso público.⁵⁵³

Portanto, nas ofertas de empregos de entidades privadas, há certa margem de liberdade que não é admitida para os entes estatais, desde que se leve em consideração a advertência de Guilherme Machado Dray, que analisou o tema na perspectiva do Direito português (mas que pode ser aqui aplicada):

Importa, em suma, compatibilizar as exigências decorrentes do princípio da igualdade e da defesa da dignidade humana, por um lado, com a autonomia privada, a liberdade negocial e a liberdade de gestão empresarial, por outro lado. O que está em causa é a proscrição de discriminações irrazoáveis, arbitrárias e injustificadas, contrárias à dignidade humana. Para além deste reduto intransponível, rege a autonomia privada.⁵⁵⁴

Quanto a impossibilidade de discriminação nas ofertas de emprego e na contratação, a própria Consolidação das Leis do Trabalho contém disposição expressa no art. 373-A⁵⁵⁵. O que se defende é que, havendo várias pessoas interessadas na mesma vaga de emprego, ao empregador privado deve ser garantida uma margem de discricionariedade que não é garantida

⁵⁵³ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de emprego. **Revista TST**, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. p. 89. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28342/003_sarmento_gomes.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: ago. 2021.

⁵⁵⁴ DRAY, Guilherme Machado. O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 2, jul./dez, 2003, p. 125. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/43/43>. Acesso em: ago. 2021.

⁵⁵⁵ Art. 373-A da CLT: Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

ao Estado, compatibilizando os princípios corolários do devido processo legal com a autonomia privada.

5.5.2 Negativa de contratação de prestador de serviço por aplicativos de transporte/entrega (o caso UBER)

Ainda que haja enorme discussão doutrinária/jurisprudencial se a relação entre os motoristas de aplicativo e as tomadoras do serviço é de emprego ou de natureza civil, discute-se, academicamente, sobre a possibilidade de recusa de aceitação, por parte das operadoras do serviço, de aceitação de motoristas que, em tese, atendam aos requisitos para inscrição como motoristas. Afinal, como é sabido, essas empresas de ordinário oferecem, para qualquer pessoa que queira para elas prestar serviços, a possibilidade de cadastramento, condicionando a admissão, apenas, a alguns requisitos genéricos.

Em pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, constatou-se a tendência de se privilegiar a autonomia da vontade, entendendo-se lícita a recusa na contratação/cadastramento de motorista. Prevaleceu o entendimento de que a empresa contratante tem responsabilidades perante terceiros, devendo, por isso, zelar pela segurança dos serviços prestados (o que depende muito da qualidade de seus colaboradores).

Nesse sentido foi a decisão do Recurso Inominado Cível n. 0744231-27.2018.8.07.0016, julgado pela 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. O caso se refere a ação movida por motorista que teve seu cadastro negado, mesmo tendo apresentado a certidão negativa de antecedentes criminais. Segundo o autor, a negativa da empresa em cadastrá-lo era injusta, pois foi absolvido na ação penal contra ela ajuizada e extinta sua punibilidade:

EMENTA JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. UBER. CERTIDÃO NEGATIVA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. NADA CONSTA. DIREITO À LIVRE CONTRATAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...)4. O conjunto probatório dos autos revela que a ré agiu nos estritos limites do seu direito à livre contratação. 5. Nos termos do art. 421, Código Civil, a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Haverá violação à função social do contrato, quanto a prestação de uma das partes for desproporcional, houver vantagem exagerada para uma das partes e/ou quebra da base objetiva ou subjetiva do contrato. Na espécie, não restou comprovado nenhuma dessas condições. 6. Não é possível compelir a empresa a celebrar contrato de prestação de serviços com quem quer que seja, em face da sua autonomia privada e liberdade de contratar, direito fundamental constitucionalmente assegurado. Registre-se que, visando à qualidade de seus serviços e à segurança de seus usuários, pode a ré/recorrida adotar critérios, bem como criar regras, requisitos e condições aos usuários e motoristas parceiros que pretendam se cadastrar em sua

plataforma. No caso sob exame, não restou comprovado que a ré/recorrida tenha criado exigências específicas ao cadastro do autor. Ademais, consta no site da empresa que a ré procederá à checagem das informações referente aos antecedentes criminais do motorista no momento do cadastro. 7. Por todo o exposto, impõe-se a manutenção da sentença vergastada. 8. Recurso conhecido e improvido.⁵⁵⁶

No mesmo sentido, há precedente do Tribunal de Justiça do Paraná, que entendeu ser lícita a recusa de cadastramento, desde que: a) não configure ato discriminatório; e b) não tenha havido garantia de contratação (mera expectativa de direito); *verbis*:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DANOS MORAIS. UBER. Cadastro do motorista não aprovado. Sentença que julgou a demanda improcedente, eis que não verificada a prática de qualquer ato ilícito pela demandada. Insurgência Recursal. Recorrente que pleiteia a total procedência dos pedidos iniciais, a fim de que seja determinado o seu cadastramento imediato na plataforma da recorrida, bem como que esta seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais. Ausência de comprovação de que a recusa se deu por qualquer fator discriminatório, tampouco que houve uma garantia de contratação após apresentação dos documentos necessários. Critério de Contratação pela Empresa. Princípios da Liberdade Contratual e da Autonomia da Vontade. Ausência de Ilegalidade. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça. Razões Recursais que não são capazes de infirmar o julgado. Sentença mantida por seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 46 da Lei nº 9.099/95. Recorrente condenado ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa. Recurso conhecido e não provido.⁵⁵⁷

O entendimento dominante, portanto, é o de ser possível, desde que não se trate de conduta discriminatória, a recusa da tomadora de serviços na contratação de candidato a servir como motorista de aplicativo de transporte, entrega, etc. Privilegia-se, assim, a autonomia privada e a livre iniciativa, não havendo violação do devido processo legal se, mesmo preenchidos os requisitos mínimos de cadastramento, houver preferência na contratação de um prestador de serviço em detrimento do outro.

⁵⁵⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal). **Recurso Inominado Cível nº 0744231-27.2018.8.07.0016**. Relator: Carlos Alberto Martins Filho, 19 de março de 2019. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: ago. 2021. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal). **Recurso Inominado nº 0735798-05.2016.8.07.0016**. Relatora: Soniria Rocha Campos D'Assunção, 07 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: ago. 2021.

⁵⁵⁷ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais). **Recurso Inominado nº 0050080-22.2019.8.16.0182**. Relatora: Juíza Denise Hammerschmidt, 05 de março de 2021. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000015269081/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0050080-22.2019.8.16.0182#integra_2100000015269081. Acesso em: ago. 2021.

Inclusive, há julgados que até dispensam as operadoras de justificar o critério de não admissão, como se vê no trecho do voto do Recurso Inominado n. 0030373-46.2017.8.16.0018, da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Paraná:

[...] Acresce observar que a ré Uber tem total liberdade e autonomia para contratar ou até mesmo excluir do seu cadastro qualquer pessoa, já que atua no setor privado, ficando a seu critério a contratação do pessoal. A reclamada pode e deve selecionar os motoristas parceiros a fim de garantir a qualidade do seu serviço prestado, já que tem responsabilidade em relação ao consumidor. Conforme já salientado na decisão de primeiro grau, o fato de o autor ter comprado um carro no intuito de exercer tal atividade em nada altera a situação fática, já que fez isso por sua conta e risco, considerando que não havia qualquer garantia dada pela ré de que, com a aquisição do bem, seu cadastro seria efetivado. Veja-se, ainda, que a ré não está obrigada justificar os motivos que ensejaram a recusa do cadastro. Ora, se por ocasião da demissão de uma pessoa não é obrigatória a dar justificativa, muito menos para a não contratação dela.⁵⁵⁸

Na mesma toada, há precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Em um agravo de instrumento interposto contra uma decisão que indeferiu medida de urgência para efetuar o cadastramento do motorista agravante, ficou estabelecido que, embora haja frustração decorrente da recusa, a admissão de motoristas pela empresa não pode ser compulsória, justamente por haver diversos fatores que ultrapassam o preenchimento dos requisitos exigidos para a contratação.

Segundo o julgado, podem haver situações em que a empresa deseja reduzir as contratações em certos períodos, além de outros motivos que são inerentes à autonomia privada e que não precisariam ser justificados. O julgado foi assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. APLICATIVO UBER. CREDENCIAMENTO. AGRAVANTE QUE ALEGA TER PREENCHIDO TODOS OS REQUISITOS EXIGIDOS PELA AGRAVADA PARA A CONTRATAÇÃO, RAZÃO POR QUE A NEGATIVA SERIA INDEVIDA. LIBERDADE CONTRATUAL. ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL. A EXPOSIÇÃO DE REQUISITOS MÍNIMOS PARA A HABILITAÇÃO DOS MOTORISTAS PARCEIROS NÃO TORNA COMPULSÓRIA A CONTRATAÇÃO DE TODOS AQUELES QUE OS PREENCHEREM. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 300 DO CPCP. ENUNCIADO N. 59 DESTA E. CORTE. PRECEDENTES.

⁵⁵⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais). **Recurso Inominado n° 0030373-46.2017.8.16.0018**. Relator: Juiz Nestário Queiroz, 26 de setembro de 2019. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/2100000006097361/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0030373-46.2017.8.16.0018>. Acesso em: ago. 2021. (grifo nosso).

MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.⁵⁵⁹

Se no momento da contratação tem prevalecido, sem maiores discussões, a autonomia privada e a liberdade contratual sobre o princípio da igualdade e o dever de fundamentação (corolários do devido processo legal), no desligamento ou cancelamento do cadastro anteriormente realizado a resposta não é tão simples.

Estaria a empresa contratante autorizada a cancelar o cadastro e bloquear o acesso dos motoristas ao aplicativo sem qualquer notificação? Se houver notificação, esta precisa ser fundamentada? É preciso que se conceda a oportunidade do contraditório ao motorista descadastrado?

A autonomia privada e a liberdade de contratar não parecem ser suficientes para justificar as respostas a estas indagações.

Não se nega o direito de a empresa contratante zelar pela eficaz prestação dos serviços, com a possibilidade de reavaliações periódicas a respeito do preenchimento dos requisitos exigidos pelos prestadores de serviços (como ficha de antecedentes criminais, padrão mínimo na qualidade do serviço prestado etc.). Mas não se nega, também, a existência do princípio da função social do contrato e de todos os direitos fundamentais referidos no presente estudo.

Dentro do ideário de que o contrato é o instrumento realizador dos direitos fundamentais nas relações privadas, não parece ser possível defender a possibilidade de o contratante bloquear ou descadastrar o prestador do serviço sem qualquer notificação fundamentada, inadmitindo, assim, qualquer direito de defesa.

Mesmo que haja disposição contratual expressa no sentido de que seria possível o desligamento imotivado por parte da operadora, esse comportamento parece vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Primeiro, porque, regra geral, os contratos celebrados entre motoristas/entregadores e operadoras são de adesão: o contratado se adequa aos requisitos exigidos pela empresa tomadora dos serviços sem qualquer possibilidade de negociação, submetendo-se ao poderio econômico e social da contratante. Não há, assim, voluntariedade na contratação da regra limitativa de direitos fundamentais, o que a torna nula de pleno direito

⁵⁵⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (25ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento nº 0022275-06.2021.8.19.0000**. Relatora: Desembargadora Isabela Pessanha Chagas, 02 de junho de 2021. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043F6F9845ED2427E8627C14DA29B20806C50F032B5620>. Acesso em: ago. 2021.

Segundo, porque, mesmo se de adesão o contrato não fosse, pela força irradiante das normas e princípios constitucionais para todos os ramos do direito, seria devido ao contratado plena explicação da causa do desligamento, requisito *sine qua non* para que possa, interna (contestação) ou externamente (Poder Judiciário), defender-se no processo decisório de cunho privado. A relação de assimetria entre as partes contratantes justifica a aplicação direta dos direitos fundamentais à esfera privada.

E, terceiro, não se pode esquecer que, na sociedade contemporânea, o direito contratual também deve ser voltado para a promoção da dignidade humana. Não é incomum que, no curso dos contratos (e, às vezes, até na fase pré-contratual), os motoristas/entregadores invistam em seus veículos, até porque, também não poucas vezes, essa é a única fonte de renda que têm. Privá-los dela, sem nenhuma explicação ou direito de defesa, compromete os próprios valores eleitos como regentes do direito contratual.

Pese o quanto aqui posto, no âmbito dos Tribunais de Justiça existem julgados no sentido de considerar válido o cancelamento do cadastro sem qualquer oportunidade de manifestação do prestador de serviço.⁵⁶⁰

No entanto, em pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Paraná, no período de janeiro a agosto de 2021, dois julgados reconheceram o direito do motorista se manifestar previamente ao desligamento.⁵⁶¹

O primeiro julgado, de julho de 2021, reconhece claramente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nesta hipótese.

A apelação foi proposta pela Uber contra sentença de primeiro grau, que determinou não só o recadastramento do motorista, como, também, o pagamento de indenização por danos

⁵⁶⁰ Nesse sentido: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (33ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível n. 1004943-11.2020.8.26.0271**. Relatora: Desembargadora Ana Lucia Romanhole Martucci, 03 de setembro de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14986917&cdForo=0>. Acesso em: set. 2021.; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (33ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível n. 1 1077181-56.2020.8.26.0100**. Relatora: Desembargadora Ana Lucia Romanhole Martucci, 14 de abril de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14540312&cdForo=0>. Acesso em: set. 2021.; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n. 0087085-21.2020.8.19.0001**. Relator: Desembargador Cesar Cury, 09 de setembro de 2021. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00041C9E278025D5D4EA0D3D67FCEBAFD706C50F594F3707&USER=>. Acesso em: set. 2021.; DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal). **Recurso Inominado Cível n. 0714429-34.2020.8.07.0009**. Relator: Juiz Arnaldo Correa Silva, 28 de junho de 2021. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: set. 2021.

⁵⁶¹ Na pesquisa foi usada a palavra-chave UBER e surtiu 79 processos, sendo dois dentro da temática que se propõe na presente dissertação.

morais e lucros cessantes. Além de a operadora não ter justificado o desligamento, não oportunizou ao motorista direito algum de defesa, *verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. CANCELAMENTO UNILATERAL IMOTIVADO DO CADASTRO DE MOTORISTA PARCEIRO DE PLATAFORMA “UBER”. SENTENÇA QUE DETERMINOU RECADASTRO E CONDENOU A EMPRESA EM LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS. TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. INCIDÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE QUE O MOTORISTA CUMPRIU TODAS AS CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA A CONTINUIDADE DA RELAÇÃO CONTRATUAL E NÃO HOUVE QUALQUER FORMA DE DEFESA OFERECIDA PELA EMPRESA. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO DE LUCROS CESSANTES E DANOS MORAIS POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA APENAS NESTE PONTO. REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.⁵⁶²

No mesmo sentido foi o que restou decidido pelo TJPR no julgamento da Apelação n. 0057781-53.2019.8.16.0014. Embora o julgado não trate da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, fundando-se na aplicação do princípio da boa-fé, também aqui se determinou o recadastramento do motorista sumariamente excluído, considerando o desrespeito ao seu direito de defesa e a absoluta falta de motivação da decisão tomada.⁵⁶³

Em outro giro, mas ainda no mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal também reconheceu, expressamente, a incidência dos direitos fundamentais nesta situação, determinando o recadastramento do motorista de aplicativo delgado sem obediência ao contraditório:

APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. PLATAFORMA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE (UBER). CANCELAMENTO UNILATERAL DO CADASTRO DE MOTORISTA PARCEIRO. TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. INCIDÊNCIA. NOTIFICAÇÃO NECESSÁRIA. LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1. A convergência das disposições constitucionais no âmbito do direito civil se trata

⁵⁶² PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (4ª Câmara Cível). **Apelação Cível n. 0008949-94.2020.8.16.0194**. Relator: Hamilton Rafael Marins Schwartz, 09 de junho de 2021. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000017480241/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0008949-94.2020.8.16.0194#integra_4100000017480241. Acesso em: ago. 2021. (grifo nosso).

⁵⁶³ Id. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (12ª Câmara Cível). **Apelação Cível n. 0057781-53.2019.8.16.0014**. Relator: Desembargador Luís Espíndola, 06 de agosto de 2021. Disponível: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000015793011/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0057781-53.2019.8.16.0014>. Acesso em: ago. 2021.

de um novo caminho doutrinário, denominado de Direito Civil Constitucional, o qual ganha maior prestígio com a aplicação dos direitos e garantias fundamentais às relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). 2. É garantido ao motorista de aplicativo o direito ao contraditório antes da empresa rescindir unilateralmente o contrato, ainda que a entidade seja de natureza privada, pois os direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente não cedem diante de princípios que regem as relações jurídicas firmadas entre particulares, por força da aplicação da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que foi albergada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, notadamente por ocasião do julgamento do RE 201.819/RJ. 3. (...). 4. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.⁵⁶⁴

Portanto, pelo menos na situação de cancelamento de cadastro de motorista/entregador, a autonomia privada deve ceder espaço para a incidência dos direitos fundamentais, aplicando-se, ao processo de tomada de decisão, *mutatis mutandis*, as garantias constitucionais do processo.

5.6 Nas redes sociais e afins

5.6.1 O impacto da rede mundial de computadores nos direitos da personalidade

Uma das mais marcantes características da sociedade contemporânea é a do volume de informações que são produzidas e divulgadas diariamente. Amplitude e velocidade de difusão que são potencializadas pelo uso de meios tecnológicos de informação pela rede mundial de computadores.

Grupos em aplicativos de mensagens (WhatsApp, Messenger, Telegram, etc.), sites de notícias, jornais digitais, blogs, vlogs, podcasts, redes sociais, comunidades virtuais, são apenas alguns exemplos de instrumentos surgidos com a expansão do uso da internet.

A partir da virtualização do mundo, impõe-se uma revisitação da análise dos direitos da personalidade. Não mais visualizados, exclusivamente, sob a ótica da vida física, real e mundana do indivíduo. A personalidade projeta-se sobre a existência de um “ser” virtual de cada um de nós, impactando nas relações de consumo (comércio eletrônico); no uso dos nomes sociais e comerciais (marca); na existência, digamos, de um direito universal no livre recebimento (acesso) e propagação das informações e do pensamento pelos meios digitais.

⁵⁶⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação n. 07070225120188070007**. Relator: Robson Barbosa de Azevedo, 14 de agosto de 2019. Disponível em: <https://pje2i.tjdft.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=86538bb482a766dae7c3e0dcaea42ff954202814357b5543e9ddae6db3fece9837f7d320b0c8aee457c41fd0cd24a6a287dcce0fed8712c1&idProcessoDoc=10605620>. Acesso em: ago. 2021. (grifo nosso).

Esse quadro de livre e amplo trânsito de ideias pela rede mundial de computadores traz, em reboque, a intrincada questão do abuso. Proporcionalmente ao exponencial emprego do meio digital para a propagação do conhecimento e avanço da educação, tutela da saúde e da cidadania, tem-se o emprego da tecnologia para propagação do medo, da desinformação e de uma série de inverdades sobre as pessoas, governos e sobre as próprias impressões científicas/técnicas a respeito de uma infinidade de assuntos (*fake news*).

Nesse ambiente virtual, povoado por informações de todos os gêneros (verdadeiras x falsas, lícitas x ilícitas, relevantes x irrelevantes, irrelevantes x perigosas etc.), exsurge a discussão sobre o papel de moderação que servidores de aplicação têm quanto aos conteúdos que são difundidos em suas plataformas. Tal como o âncora de um debate presencial, os aplicativos que recepcionam e divulgam as informações produzidas e replicadas pelos seus diversos usuários têm algum compromisso com a tutela da verdade ou com os direitos da personalidade virtual dos seus usuários e de terceiros?

Evidentemente, há uma colisão de direitos fundamentais a partir da expansão dos direitos da personalidade para o plano virtual. De um lado, o direito à liberdade de crença e de manifestação do pensamento, que, em uma ampla acepção, pode ser visto como o direito de acreditar no que se queira e, assim, posicionar-se publicamente. Por outro, tem-se a questão do direito à honra e a dignidade da pessoa humana, que, diante da ampla difusão de dados pessoais nas redes (verdadeiros e falsos), podem causar danos irreparáveis ao indivíduo, sua família e – em casos extremos –, à coletividade e à própria segurança pública, social e democrática de uma nação.

Há, portanto, nessa amplíssima arena digital – que não encontra barreiras físicas e, em muitas ocasiões, nem de acesso –, espaços enormes para a tomada de decisões pelos provedores de aplicação. Entre o garantir a livre circulação de ideias e a limitação do abuso, há, nesses espaços de cunho privado, campo fértil para o debate sobre a aplicação das garantias do devido processo legal.

5.6.2 A Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet

Desde 2014, o Brasil conta com uma avançada normativa sobre o funcionamento da internet. Trata-se da Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet.

De acordo com a “Constituição da Internet” no país, são fundamentos e princípios do funcionamento da rede:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: **I - o reconhecimento da escala mundial da rede; II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III - a pluralidade e a diversidade; IV - a abertura e a colaboração; V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI - a finalidade social da rede.**⁵⁶⁵

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: **I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.**⁵⁶⁶

Dos destaques em negrito nos dispositivos retro transcritos, bem se vê a necessidade de convivência de fundamentos e princípios que, nos casos concretos, podem se antagonizar. Garante-se a liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento por seus usuários, assegurando uma suposta neutralidade da rede. Porém, concomitantemente, reconhece-se o fim social que deve inspirar o uso da internet, especialmente porque fundada no respeito aos direitos humanos, no desenvolvimento da personalidade e no exercício da cidadania em meios digitais, responsabilizando-se todos os envolvidos (usuários e operadores do sistema) nos termos da lei.

Não é a internet, portanto, “terra sem lei”. Tanto usuários como provedores podem ser responsabilizados civil e criminalmente pelos ilícitos praticados em ambiente virtual, não sendo a liberdade de expressão salva-guarda para a prática de condutas que, em ambiente real, são igualmente vedadas.

Evidentemente, sanções pecuniárias de cunho civil e criminal devem ser buscadas pelas vias processuais próprias e perante o Estado, conforme, aliás, indicam os arts. 18 a 23 da Lei, que tratam, respectivamente, da responsabilização (excepcional) dos provedores de aplicação pelo conteúdo postado por terceiros, bem como da requisição judicial de dados dos provedores para identificação de usuários a coberto (sob anonimato).

⁵⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Poder Legislativo, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: set. 2021. (grifo nosso).

⁵⁶⁶ Ibid.

Conforme arts. 18 e 19 do Marco Civil, o provedor de conexão à internet (o que conecta o usuário à rede) não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Do mesmo modo, o provedor de aplicação (o que armazena e reproduz o conteúdo produzido por seus usuários) somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Observe-se, portanto, que, ao menos no que tange à responsabilidade civil, os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento nas redes estão sujeitos à reserva judicial. Não respondem os provedores de conexão e, especialmente, de aplicação –, salvo nos casos de divulgação de material contendo nudez ou cenas de sexo sem autorização dos participantes, após notificação do usuário (art. 21) – pela manutenção nos aplicativos de conteúdos gerados por seus usuários e terceiros, que, em princípio, somente serão removidos se existente ordem judicial, deferida em ação civil ou penal.

Admite-se, contudo, que os próprios provedores de aplicação, através de políticas próprias de uso e moderação de conteúdo, estabeleçam regras para seus usuários, limitando postagens que sejam capazes de violar os fundamentos e princípios da Lei 12.965/2014 e, também, da Constituição Federal brasileira. Essa é a exegese que parece adequada dos arts. 2º, II, VI e 3º, e 20, do Marco Civil, e que permitirá adequado equilíbrio entre a liberdade de manifestação e a necessidade de os provedores respeitarem o ordenamento jurídico pátrio, cumprindo a função social da internet.

Exemplificativamente, o Facebook estabelece seus padrões de conduta, fixando regras sobre conteúdos atinentes à violência e à incitação, organizações e indivíduos perigosos, coordenação de danos e divulgação de crime, produtos controlado, fraude e dolo, automutilação e suicídio, exploração sexual, abuso ou nudez infantil, exploração sexual de adultos, bullying e assédio, exploração humana, violações de privacidade e direitos de privacidade de imagem, discurso de ódio, violência e conteúdo explícito, nudez adulta e atividades sexuais, abordagem sexual, integridade da conta e identidade autêntica, spam, segurança cibernética, comportamento não autêntico, notícias falsa, mídia manipulada, propriedade intelectual, entre outras.⁵⁶⁷

⁵⁶⁷ FACEBOOK. **Padrões da Comunidade do Facebook**. Disponível em: <https://transparency.fb.com/pt-br/policies/community-standards/?from=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2Fcommunitystandards>. Acesso em: set. 2021.

O Twitter também tem regras que devem ser cumpridas por seus usuários, estabelecendo políticas para postagens de conteúdos relacionados a nudez não consensual, propagação de ódio, exploração sexual de menores, uso de falsa identidade ou indevido nome de usuário, marcas, patentes e etc.⁵⁶⁸

Estes provedores de aplicação – entre tanto outros –, reservam-se o direito de controlar conteúdos relativos a referidos temas, inclusive restringindo o alcance de dadas postagens, excluindo-as e, em casos extremos, excluindo perfis e banindo o usuário, especialmente nos casos de contas falsas e reiteração de condutas violadoras das regras da comunidade (que são de aceitação compulsória no instante em que o usuário passa a usar o serviço).

A partir das premissas estabelecidas neste trabalho – isto é, de que se aplicam aos processos decisórios privados, feitas as devidas adaptações, as garantias do devido processo legal –, acredita-se que, aos usuários atingidos por decisões dos provedores de remoção de conteúdo, limitação de alcance de publicações, exclusão de contas, banimento e afins, devem ser assegurados o contraditório, a ampla defesa e os recursos a elas inerentes.

Não com a intensidade existente nos processos decisórios estatais, como já afirmado em diversas passagens deste trabalho.

E não, necessariamente, de modo prévio, já que o próprio processo decisório de natureza estatal admite decisões de caráter cautelar e *inaudita altera pars* (art. 9º, do CPC); não havendo, portanto, ilegalidade na admissão de tomada de decisões preventivas pelos provedores, a bem da exclusão ou suspensão de conteúdos violadores das suas políticas ou das leis brasileiras (direitos autorais, dignidade da pessoa humana, etc.).

A Constituição Federal emana sobre todo ordenamento jurídico seus efeitos, sendo essa, talvez, a justificativa para que, no próprio art. 20 da Lei 12.965/2014, conste expressamente:

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário. Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o

⁵⁶⁸ TWITTER. **Regras e políticas.** Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies>. Acesso em: set. 2021.

conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.⁵⁶⁹

A disposição é bastante clara no sentido de que o provedor de aplicação comunicará ao usuário penalizado as razões pelas quais sua conduta não se adequa às normas, o que está em conformidade com a garantia da motivação/fundamentação, derivada do devido processo legal.

Acredita-se, contudo, que, apesar da literalidade normativa, no sentido de que isso serviria para permitir “o contraditório e a ampla defesa em juízo”, também deveria haver exercício de direito de defesa perante o próprio provedor, que já tendo, eventualmente, agido cautelarmente para indisponibilização do conteúdo, pudesse reavaliar sua decisão e, eventualmente, mantê-la – com a parte eventualmente recorrendo ao Poder Judiciário para reversão da decisão –, ou revertê-la, com o restabelecimento do conteúdo ou do perfil.

Até porque, convenha-se, nem sempre as políticas de moderação de dadas redes sociais em funcionamento no país são suficientemente divulgadas, tampouco claras, a respeito dos conteúdos vedados, o que pode implicar em violação da livre manifestação do pensamento, um dos princípios informadores do uso da internet no Brasil (art. 3º, I, da Lei 12.965/2014).

Embora não em virtude de imperativo legal, mas por ato de voluntariedade própria, vale anotar que o Facebook, ao menos de 2020, criou um Comitê de Supervisão (*Oversight Board*). Trata-se de instituição (aparentemente) autônoma, que possibilita o manejo de recursos contra decisões do provedor de remoção de conteúdos das plataformas de mídia social Facebook e Instagram.

Nas hipóteses em que admitida a sua atuação, o Comitê de Supervisão decide, em última instância em âmbito particular e extrajudicial, sobre a regularidade do procedimento do provedor na remoção de conteúdos. O Comitê de Supervisão tem, conforme declaradamente indicado no próprio site do órgão, o objetivo de “promover a liberdade de expressão por meio da tomada de decisões independentes e baseadas em princípios com relação ao conteúdo no Facebook e no Instagram e por meio da emissão de recomendações sobre a política de conteúdo relevante da empresa do Facebook.”⁵⁷⁰

Pese a louvável iniciativa do Facebook e Instagram, isso não parece suficiente para atender integralmente a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre

⁵⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Poder Legislativo, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: set. 2021.

⁵⁷⁰ COMITÊ de supervisão. Disponível em: <https://oversightboard.com/>. Acesso em: 20 out. 2021.

usuário/provedor. Conforme advertem Rodrigo da Guia Silva e Marcela Guimarães Barbosa da Silva:

[...] 1) parece inequívoco que a criação do Comitê de Supervisão proporcionou certo acesso às garantias de contraditório, ampla defesa e devido processo legal, mas não se pode perder de vista que a efetiva oitiva dos usuários acerca da exclusão de seus conteúdos pela plataforma acontece somente em âmbito revisional; 2) nem todas os recursos enviados são analisados pelo comitê, mas, sim, apenas aqueles reputados mais controversos — *"um número seletivo de casos altamente emblemáticos"*, a fim de aferir *"se as decisões do Facebook foram tomadas de acordo com os valores declarados pela plataforma"* —, de modo que em muitos casos os usuários continuam sem a oportunidade do exercício do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal; e 3) as decisões sumárias abarcadas pelo comitê para julgamento de recursos limitam-se a moderações de conteúdos e publicações específicas, sem abranger a possibilidade de veiculação de pleitos por usuários afetados pela exclusão integral de seus perfis.⁵⁷¹

5.6.3 A Medida Provisória 1.068/2021

Houve tentativa recentíssima do Governo Federal brasileiro em ampliar o alcance do direito de defesa no âmbito das relações entre usuários e provedores. Através da Medida Provisória n. 1.068/2021, acrescentou-se, no Marco Civil da Internet, um capítulo sobre os direitos e garantias dos usuários das redes sociais:

Art. 8º-A. Aos usuários, nas relações com os provedores de redes sociais, são assegurados os seguintes direitos, sem prejuízo do disposto na Seção I deste Capítulo: I - acesso a informações claras, públicas e objetivas sobre quaisquer políticas, procedimentos, medidas e instrumentos utilizados para fins de eventual moderação ou limitação do alcance da divulgação de conteúdo gerado pelo usuário, incluídos os critérios e os procedimentos utilizados para a decisão humana ou automatizada, ressalvados os segredos comercial e industrial; II - contraditório, ampla defesa e recurso, a serem obrigatoriamente observados nas hipóteses de moderação de conteúdo, devendo o provedor de redes sociais oferecer, no mínimo, um canal eletrônico de comunicação dedicado ao exercício desses direitos; III - restituição do conteúdo disponibilizado pelo usuário, em particular de dados pessoais, textos, imagens, dentre outros, quando houver requerimento; IV - restabelecimento da conta, do perfil ou do conteúdo no mesmo estado em que se encontrava, na hipótese de moderação indevida pelo provedor de redes sociais; V - não exclusão, cancelamento ou suspensão, total ou parcial, de serviços e funcionalidades da conta ou do perfil, exceto por justa causa, observado o disposto no art. 8º-B; VI - não exclusão, suspensão ou bloqueio da divulgação de conteúdo gerado

⁵⁷¹ SILVA, Rodrigo da Guia; SILVA, Marcela Guimarães Barbosa. O contraditório e a ampla defesa nas redes sociais virtuais. **Conteúdo Jurídico**, ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/opiniao-contraditorio-ampla-defesa-redes-sociais-virtuais>. Acesso em: set. 2021.

pelo usuário, exceto por justa causa, observado o disposto no art. 8º-C; e VII - acesso a resumo dos termos de uso da rede social, com destaque às regras de maior significância para o usuário. Parágrafo único. É vedada aos provedores de redes sociais a adoção de critérios de moderação ou limitação do alcance da divulgação de conteúdo que impliquem censura de ordem política, ideológica, científica, artística ou religiosa, observado o disposto nos art. 8º-B e art. 8º-C.⁵⁷²

Art. 8º-B Em observância à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a exclusão, o cancelamento ou a suspensão, total ou parcial, dos serviços e das funcionalidades da conta ou do perfil de usuário de redes sociais somente poderá ser realizado com justa causa e motivação. § 1º Considera-se caracterizada a justa causa nas seguintes hipóteses: I - inadimplimento do usuário; II - contas criadas com o propósito de assumir ou simular identidade de terceiros para enganar o público, ressalvados o direito ao uso de nome social e à pseudonímia e o explícito ânimo humorístico ou paródico; III - contas preponderantemente geridas por qualquer programa de computador ou tecnologia para simular ou substituir atividades humanas na distribuição de conteúdo em provedores; IV - prática reiterada das condutas previstas no art. 8º-C; V - contas que ofertem produtos ou serviços que violem patente, marca registrada, direito autoral ou outros direitos de propriedade intelectual; ou VI - cumprimento de determinação judicial. § 2º O usuário deverá ser notificado da exclusão, do cancelamento ou da suspensão, total ou parcial, dos serviços e das funcionalidades da conta ou do perfil. § 3º A notificação de que trata o § 2º: I - poderá ocorrer por meio eletrônico, de acordo com as regras de uso da rede social; II - ocorrerá de forma prévia ou concomitante à exclusão, ao cancelamento ou à suspensão, total ou parcial, dos serviços e das funcionalidades da conta ou do perfil; e III - conterá a identificação da medida adotada, a motivação da decisão e as informações sobre prazos, canais eletrônicos de comunicação e procedimentos para a contestação e a eventual revisão pelo provedor de redes sociais. § 4º As medidas de que trata o caput também poderão ser adotadas a requerimento do próprio usuário, de seu representante legal ou de seus herdeiros, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas na legislação.⁵⁷³

Art. 8º-C Em observância à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a exclusão, a suspensão ou o bloqueio da divulgação de conteúdo gerado por usuário somente poderá ser realizado com justa causa e motivação. § 1º Considera-se caracterizada a justa causa nas seguintes hipóteses: I - quando o conteúdo publicado pelo usuário estiver em desacordo com o disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; II - quando a divulgação ou a reprodução configurar: a) nudez ou representações explícitas ou implícitas de atos sexuais; b) prática, apoio, promoção ou incitação de crimes contra a vida, pedofilia, terrorismo, tráfico ou quaisquer outras infrações penais sujeitas à ação penal pública incondicionada; c) apoio, recrutamento, promoção ou ajuda a organizações criminosas ou terroristas ou a seus atos; d) prática, apoio, promoção ou incitação de atos de ameaça ou violência, inclusive por razões de discriminação ou preconceito de raça, cor,

⁵⁷² BRASIL. **Medida Provisória n. 1.068, de 6 de setembro de 2021**. Altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, e a Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre o uso de redes sociais. Brasília, DF: Poder Executivo, 06 set. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm#art1. Acesso em: out. 2021. (grifo nosso).

⁵⁷³ Ibid. (grifo nosso).

sexo, etnia, religião ou orientação sexual; e) promoção, ensino, incentivo ou apologia à fabricação ou ao consumo, explícito ou implícito, de drogas ilícitas; f) prática, apoio, promoção ou incitação de atos de violência contra animais; g) utilização ou ensino do uso de computadores ou tecnologia da informação com o objetivo de roubar credenciais, invadir sistemas, comprometer dados pessoais ou causar danos a terceiros; h) prática, apoio, promoção ou incitação de atos contra a segurança pública, defesa nacional ou segurança do Estado; i) utilização ou ensino do uso de aplicações de internet, sítios eletrônicos ou tecnologia da informação com o objetivo de violar patente, marca registrada, direito autoral ou outros direitos de propriedade intelectual; j) infração às normas editadas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária referentes a conteúdo ou material publicitário ou propagandístico; k) disseminação de vírus de software ou qualquer outro código de computador, arquivo ou programa projetado para interromper, destruir ou limitar a funcionalidade de qualquer recurso de computador; ou l) comercialização de produtos impróprios ao consumo, nos termos do disposto no § 6º do art. 18 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; III - requerimento do ofendido, de seu representante legal ou de seus herdeiros, na hipótese de violação à intimidade, à privacidade, à imagem, à honra, à proteção de seus dados pessoais ou à propriedade intelectual; ou IV - cumprimento de determinação judicial. § 2º O usuário deverá ser notificado da exclusão, da suspensão ou do bloqueio da divulgação de conteúdo por ele gerado. § 3º A notificação de que trata o § 2º: I - poderá ocorrer por meio eletrônico, de acordo com as regras de uso da rede social; II - ocorrerá de forma prévia ou concomitante à exclusão, à suspensão ou ao bloqueio da divulgação de conteúdo; e III - conterá a identificação da medida adotada, a motivação da decisão e as informações sobre prazos, canais eletrônicos de comunicação e procedimentos para a contestação e a eventual revisão pelo provedor de redes sociais. § 4º As medidas de que trata o caput também poderão ser adotadas a requerimento do próprio usuário, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas na legislação.⁵⁷⁴

Art. 8º-D Para aplicação do disposto nos art. 8º-B e art. 8º-C, será considerada motivada a decisão que: I - indicar a parte específica do contrato de prestação de serviços ou do termo de uso relativo aos serviços fornecidos pelo provedor de aplicações de internet que foi violada; II - especificar a postagem ou a conduta considerada afrontosa ao contrato de prestação de serviços ou ao termo de uso; e III - informar o fundamento jurídico da decisão.⁵⁷⁵

Referida Medida Provisória, contudo, foi rejeitada sumariamente pela Presidência do Senado Federal, entre outros motivos, porque seu conteúdo:

[...] disciplina, com detalhes, questões relativas ao exercício de direitos políticos, à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, matérias absolutamente vedadas de regramento por meio do

⁵⁷⁴ BRASIL. **Medida Provisória n. 1.068, de 6 de setembro de 2021**. Altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, e a Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre o uso de redes sociais. Brasília, DF: Poder Executivo, 06 set. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm#art1. Acesso em: out. 2021. (grifo nosso).

⁵⁷⁵ Ibid. (grifo nosso).

instrumento da Medida Provisória, conforme expressamente previsto pelo art. 62, § 1º, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal.⁵⁷⁶

Deixando completamente de lado a motivação político-ideológica por detrás da Medida Provisória referida, e posta à crítica alguns arroubos normativos que acabariam, em vez de ampliar o direito de defesa dos usuários, por legitimar a prática de *fake news*, discurso de ódio e desinformação (o art. 8º-A, parágrafo único, é sintomático), parece-nos que o conteúdo destacado é aderente à postura metodológica defendida nesta dissertação, no sentido de assegurar amplitude do direito de defesa não só em juízo, mas também nos processos decisórios de natureza privada.

⁵⁷⁶ Com a devolução da MP pelo Senado, o Presidente da República encaminhou Projeto de Lei, de mesmo teor, para o legislativo federal (CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer Proferido em Plenário. **PLC 2393/2021**, proposto pela Deputada Renata Abreu. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2288859>. Acesso em: set. 2021).

6 CONCLUSÃO

É chegado o momento de concluir:

1. As garantias processuais constitucionais são direitos fundamentais derivados do devido processo legal (contraditório, ampla defesa, igualdade, juiz natural, imparcialidade do julgador, publicidade, vedação da prova ilícita etc.). Essas garantias gozam, na atualidade, de duplo espectro protetivo: na ordem internacional, com previsão em diversos tratados e convenções internacionais, e na ordem interna, com previsão nas diversas constituições dos países do mundo.

2. O selamento da Magna Carta pelo Rei João Sem Terra (1.215) foi um marco na história do constitucionalismo inglês, com a previsão de vários princípios, dentre eles, o devido processo legal (“*law of the land*”).

3. No seu surgimento, o devido processo legal era uma garantia para apenas parcela de indivíduos, os barões feudais. Com o passar dos anos e com a evolução da sociedade, a garantia foi ressignificada e passou a influenciar o ordenamento jurídico dos demais países ao redor do mundo.

4. Foi nos Estados Unidos da América, principalmente após a 14ª Emenda, que o devido processo legal teve seu maior desenvolvimento. Além do *procedural due process of law*, que garante a regularidade dos procedimentos (garantia do contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador etc.), consolidou-se a afirmação da existência do *substantive due process*, que visa impedir restrições ilegítimas e desarrazoadas dos direitos individuais.

5. No Brasil, a cláusula do devido processo legal passou a ser expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LIV. É um direito fundamental consentâneo com o Estado Democrático de Direito, tendo seus contornos práticos representados por seus corolários, que também têm previsão constitucional.

6. A previsão do art. 5º, LIV, da CF é dirigida aos Três Poderes da República (Judiciário, Executivo e Legislativo). Protege os cidadãos de arbitrariedades e abusos desses Poderes, sendo importante garantia das liberdades individuais. De modo que ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem que todas as garantias constitucionais e legais sejam asseguradas, seja em processo decisório jurisdicional ou administrativo.

7. Mas não é somente aos Poderes Estatais que o devido processo legal deve ser dirigido. Também se aplica, com as adaptações necessárias, aos processos decisórios de natureza privada, funcionando, também, como limite ao poderio particular e, conseqüentemente, à autonomia privada.

8. Os direitos fundamentais, por estarem no ápice de hierarquia das normas jurídicas, têm eficácia irradiante. Com as devidas adaptações, devem incidir em toda a ordem jurídica, inclusive nas relações travadas entre particulares.

9. Várias teorias foram desenvolvidas ao longo dos anos para explicar o modo como ocorre essa incidência, variando, entre elas, a intensidade e as hipóteses de aplicação (*State action*, Teoria de Schwabe, aplicação indireta e aplicação direta).

10. No Brasil, pese não haver disposição a esse respeito na Constituição Federal, doutrina e jurisprudência se inclinam para a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, isto é, a incidência decorre do próprio texto da CF/1988, não havendo necessidade de disposição infralegal dispor a respeito.

11. O princípio do acesso à justiça, previsto na Constituição Federal de 1988, apesar de sua inegável importância, acabou por acarretar uma hiperjudicialização dos conflitos de interesses. Como consequência, reformas constitucionais (EC 45/2004) e legislativas buscaram a melhoria da prestação jurisdicional, mas também alternativas de pacificação *extras muros*, ou seja, fora do âmbito do Poder Judiciário.

12. Meios alternativos (privados) de solução de conflitos, como arbitragem, mediação e conciliação, são disponibilizados para as partes resolverem suas demandas. Sem, contudo, significar abandono das garantias do devido processo legal. Se através da construção dessa denominada Justiça Multiportas –, que busca a desjudicialização dos conflitos –, a lei estabelece que devem ser observadas as garantias derivadas do devido processo legal, é compatível com essa tendência que outros processos decisórios do âmbito privado também observem esse conteúdo.

13. Nos processos decisórios no âmbito das associações, sociedades e condomínios, o próprio legislador já prevê que o processo de exclusão de associado/sócio/condômino deve garantir o direito de defesa. Podemos ir além e afirmar que esse direito não deve ser garantido, apenas, quando se pretende aplicar a pena de exclusão, mas qualquer outro tipo de penalidade. O estatuto dessas entidades deve estabelecer o procedimento a ser adotado em seus processos decisórios, assegurando-se não só o direito de defesa, mas todos os princípios inerentes ao devido processo legal, buscando-se sempre a compatibilização da autonomia privada com as garantias constitucionais. Agindo assim, as associações, sociedades e condomínios não correrão o risco de verem anuladas suas decisões pelo Poder Judiciário.

14. Afirmar que as garantias constitucionais do processo têm aplicação direta nos processos decisórios de natureza privada não significa dizer que incidirão da mesma forma que nos processos jurisdicionais. Os processos de admissão de associados/sócios, por exemplo,

podem ter a incidência do princípio da igualdade mitigado, pois aos particulares é garantida uma certa dose de discricionariedade na hora de escolher com quem se associar. Os condomínios também estão autorizados a estipularem restrições/condições para a admissão de novos membros, privilegiando-se a autonomia privada.

15. Se no âmbito do Direito Civil, a própria legislação segue a tendência de se reconhecer a necessidade de observância do devido processo legal nos processos decisórios privados, na legislação trabalhista isso não ocorre. Apesar dessa omissão, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais garante sua aplicação, com as devidas adaptações, nos processos decisórios no âmbito das relações de emprego.

16. Não se nega que o empregador também é detentor de direitos fundamentais. No entanto, como titular do poder disciplinar e regulamentar, a observância das garantias processuais constitucionais (tanto nos procedimentos instaurados a pedido do empregado, quanto nos disciplinares) confere maior legitimidade ao que for decidido, evitando-se o arbítrio e a anulação das decisões pelo Poder Judiciário.

17. A vedação às provas ilícitas também é um dos corolários do devido processo legal. Nessa temática, a jurisprudência brasileira não considera prova ilícita o controle, pelo empregador, do e-mail corporativo do empregado.

18. As entidades privadas também podem promover concorrências públicas, como concursos para vagas em graduação e pós-graduação, ofertas de bolsa de estudos, competições literárias. Em todas essas situações, na medida em que a entidade privada se coloca na esfera pública do indivíduo, que cria uma expectativa sobre a lisura do processo, os princípios processuais constitucionais devem ser observados.

19. Nas ofertas públicas de emprego por entidades privadas o devido processo legal também deve ser observado. Porém, com a mitigação necessária para se compatibilizar com a autonomia privada. O princípio da igualdade por exemplo, pode ser mitigado na medida em que o particular deve ter uma certa liberdade na hora de escolher quem contratar.

20. No momento da contratação de motoristas de aplicativo, a jurisprudência tem privilegiado a autonomia da vontade e a liberdade contratual, considerando lícita a negativa de cadastramento (desde que não seja fundada em critérios discriminatórios). Diferente é a situação de motorista já cadastrado, que antes de ser descredenciado deve ter a oportunidade de se defender.

21. Por fim, no âmbito da internet, tanto usuários como os provedores de aplicação podem ser responsabilizados civil e criminalmente pelos ilícitos praticados em ambiente virtual. De um lado, garante-se a livre manifestação de pensamento. De outro, a função social da rede

(que não é “terra sem lei”). Em vista disso, os próprios provedores adotam políticas de uso das plataformas e se reservam o direito de controlar conteúdos, restringir o alcance de dados postagens, e até, em casos extremos, excluir perfis e banir o usuário. Nesse processo decisório também deve ser aplicado o contraditório e ampla defesa, não com a intensidade de um processo estatal, e não necessariamente de maneira prévia, mas a Constituição emana seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, e aqui também seus princípios devem ser observados.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ADKINS v. Children's Hosp., 261 U.S. 525 (1923). *Justia US Supreme Court*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/261/525/>. Acesso em: 03 jul. 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho; ARAÚJO, Nadia de. O Código de Processo Civil de 2015 e a homologação de laudos arbitrais estrangeiros. *In*: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 Anos da Lei de Arbitragem, homenagem a Petrônio R. Muniz**. Atlas: São Paulo: 2017.
- AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- ANDRADE, Juliana Loss. Online Courts: panorama e reflexões. *In*: FUX, Luiz; ÁVILA, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Tecnologia e justiça multiportas**. Indaiatuba: Foco, 2021.
- ANDREWS, Neil. Decisões judiciais e o dever de fundamentar: a experiência inglesa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 192, p. 99-127, 2011.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. O controle judicial sobre a limitação à produção probatória determinada pelos árbitros. Violação ao devido processo legal ou revisão indevida do mérito? **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, n. 45, 2015.
- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**. n. 163, ano 33, setembro. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 50-59, 2008.
- _____. **Sistema Constitucional Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva jur, 2019.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BENACCHIO, Marcelo. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado contemporâneo**. São Paulo: Saraiva jur, 2019.

BITAR, Orlando. **Obras Completas de Orlando Bitar**. 2. v. Belém: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1951.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 96-97. Disponível em: <http://files.gocufg.webnode.com/200000052-e499ae594b/Norberto%20Bobbio%20-%20As%20Ideologias%20e%20o%20Poder%20Em%20Crise.pdf>. Acesso em: set. 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, out./dez. 2003.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n. 508**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: ago. 2021.

_____. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n° 280**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/240>. Acesso em: jul. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: jul. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, Poder Legislativo, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: jul. 2020.

_____. **Decreto 4.311 de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Brasília, DF: Poder Executivo, 24 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm. Acesso em: jul. 2021.

_____. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Poder Executivo, 06 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: jul. 2020.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Poder Legislativo, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: out. 2020.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Poder Legislativo, Diário Oficial da União, 16 mar. 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm . Acesso em: jul. 2020.

_____. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Legislativo, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: fev. 2021.

_____. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Legislativo, 08 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: set. 2021.

_____. **Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Poder Legislativo, 24 set. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: jul. 2021.

_____. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Poder Legislativo, Diário Oficial da União, 01 fev. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: fev. 2021.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Poder Legislativo, 24 abr. 2014.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: set. 2021.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União 01.02.1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em fev. de 2021.

_____. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Poder Legislativo, 01 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: out. 2021.

_____. **Medida Provisória n. 1.068, de 6 de setembro de 2021**. Altera a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, e a Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre o uso de redes sociais. Brasília, DF: Poder Executivo, 06 set. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1068.htm#art1. Acesso em: out. 2021.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em: jul. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 636**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, **Diário de Justiça**, 13 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2836>. Acesso em: out. 2021.

_____. **Tribunal Federal de Recursos**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/juritfr/>. Acesso em: fev. 2021.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/>. Acesso em: ago. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 443**. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443. Acesso em: out. 2021.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Curso de Arbitragem**: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CALÇAS, Manuel de Queiroz Pereira. **Comentários ao Código Civil**: Direito Privado Contemporâneo. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

CÂMARA de conciliação, mediação e arbitragem: CIESP, FIESP. **Regulamento de arbitragem**. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>. Acesso em: jul. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer Proferido em Plenário. **PLC 2393/2021**, proposto pela Deputada Renata Abreu. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2288859>. Acesso em: set. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil No Contexto do Direito Pós- Moderno. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito Constitucional Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. 51, ano XIII, jul./set., 2016.

_____. **Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *In*: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et al.* **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei no 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

_____. Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas. *In*: ALVES PEREIRA, Celso Antônio; ALBUQUERQUE DE MELLO, Celso Renato Duvivier de (org.) **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CHURCHILL, Winston S. O berço da Inglaterra. *In*: _____. **História dos povos de língua inglesa**. São Paulo: IBRASA, 1960.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMITÊ de supervisão. Disponível em: <https://oversightboard.com/>. Acesso em: 20 out. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em jul. de 2020.

CONVENÇÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Estrasburgo, 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em jul. de 2020.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DANTAS, San Tiago. **Problemas de direito positivo: estudos e pareceres I**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 28. Disponível em: http://www.santiagodantas.com.br/wp-content/uploads/problemas_de_direito_positivo-ocr.pdf. Acesso em: 29 jun. 2020.

DE VALDÉZ, José Manuel Días. *La prohibición de una discriminación arbitraria entre privados*. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, XLII, p. 149-186, 2014.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Nações Unidas – Brasil*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: jul. de 2020.

DELEGADOS DA CONVENÇÃO DE FILADÉLFIA. **A Constituição dos Estados Unidos da América**. Estados Unidos, 1787. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: out. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros. 2003.

DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de Direito Comercial**. São Paulo: Atlas, 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/>. Acesso em: set. 2021.

DO VALE, André Rufino. *Drittwirkung* de Direitos Fundamentais e associações privadas. **Direito Público**, n. 9, jul./set. 2005, p. 64. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1342>. Acesso em: jul. 2021.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e *due process of law*: ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DOS SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

DRAY, Guilherme Machado. O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 2, jul./dez, 2003, p. 125. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/43/43>. Acesso em: ago. 2021.

DUARTE NETO, Bento Herculano; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed. Curitiba: Iesde, 2012.

DUARTE, Nestor. **Código Civil Comentado**. Doutrina e Jurisprudência. 14. ed. São Paulo: Manole, 2020.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACEBOOK. **Padrões da Comunidade do Facebook**. Disponível em: <https://transparency.fb.com/pt-br/policies/community-standards/?from=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2Fcommunitystandards>. Acesso em: set. 2021.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FLAGG Bros., Inc. v. Brooks, 436 U.S. 149 (1978). *Justia US Supreme Court*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/436/149/>. Acesso em: jun. 2021.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da Administração Pública Federal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, jul./set., 2003, p. 263-264. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45453/45017>. Acesso em: set. 2021.

FRANCO, Fernão Borba. A fórmula do devido processo legal. **Revista de Processo**, n. 94, abr./jun., p. 80-108, 1999.

_____. Recrutamento e poder do juiz. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 22, n. 86, abr./jun., 1997.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2021.

_____. Recentes notas sobre o impedimento no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, v. 34, n. 174, p. 85-86, 2009.

GASPAR, Renata Alvares. Causas de denegação de homologação de decisões arbitrais estrangeiras: um diálogo com a jurisprudência brasileira e com a doutrina especializada. 1ª parte: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano VII, n. 24, jan./mar. 2010; 2ª parte: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano VII, n. 25, abr./jun. 2010.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. O princípio da impessoalidade. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 33, jan./fev., p. 1-28, 2013. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=681>. Acesso em: mar. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias Constitucionais do Direito de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Ensaio sobre a processualidade**. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e devido processo legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Processo Constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HENTZ, Luiz Antônio Soares; DIAS, Fábio Marques. Exclusão extrajudicial de sócio minoritário de sociedade limitada (Art. 1.085 do Código Civil). **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, número 197 jan./mar. 2013, p. 211. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496929/RIL197.pdf?sequence=1&isAllo wed=y>. Acesso em: set. 2021.

HESSELINK, Martijn. O efeito horizontal dos direitos sociais no direito Contratual europeu. Tradução de Kelly Cristina Canela e Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto. **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**, v. 17, n. 26, 2013. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/842>. Acesso em: out. 2021.

HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**, Rio de Janeiro, Ano 15, v. 22, n. 1, jan./abr., 2021, p. 380-381. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/56701>. Acesso em: set. 2021.

JACKSON v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345 (1974). **Justia US Supreme Court**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/419/345/>. Acesso em: jun. 2021.

KAIRYS, 1982 *apud* SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil. Parte General**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LEI modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional (1985). Disponível em: <https://s.conjur.com.br/dl/lei-modelo-arbitragem-elaborada.pdf>. Acesso em: jul. 2021.

LEMES, Selma Maria Ferreira. O Superior Tribunal de Justiça – STJ e o Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira à Luz da Convenção De Nova Iorque de 1958. *In*: ALMEIDA, Luis Fernando do Vale de (coord.) **Aspectos Práticos da Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LIBERTY of subject. 1354. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/Edw3/28/3>. Acesso em: jul. 2020.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, p. 79-81, 1983.

LIMA, Maria Rosynete de Oliveira. Direitos Fundamentais e as Relações entre Particulares. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal**, n. 3, jan./jun., 2000.

_____. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro. **Pacote anticrimes**. Salvador: Juspodvm, 2020.

LOCHNER v. New York, 198 U.S. 45 (1905). *Justia US Supreme Court*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

LONGO, Samantha Mendes. Plataformas on line de mediação. *In*: ÁVILA, Henrique de Almeida; LAGRASTA, Valeria Ferioli. **Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: 10 anos da Resolução CNJ 125/2010**. São Paulo: CNJ/IPAM, 2020.

LOSANO, Mario. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos Lucon. Devido processo legal substancial. *In*: DIDIER JR, Fredie (org.). **Leituras complementares de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2008.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a Constituição Federal de 1988. **Doutrina e Jurisprudência** – Direito Comparado Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, n. 2, p. 89-203, jul./dez. 1998, p. 131-132. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/view/333/295>. Acesso em: set. 2021.

MAGNA Carta – 1215. **Biblioteca virtual de Direitos Humanos**, Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>. Acesso em: jul. 2020.

MARANHÃO, Ney. Eficácia horizontal do *due process* laboral: reflexões sobre o direito fundamental a um procedimento trabalhista justo como fator de controle do poder privado empregatício. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 4, p. 169-170, out./dez. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido Processo Legal Substantivo**: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva jur., 2020.

MARTINS, André Chateaubriand. Os diferentes níveis de ordem pública sob uma perspectiva da jurisprudência brasileira em arbitragens doméstica e internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, v. 37, jan./mar. 2013.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *In*: NANNI, Giovanna Etori (coord). **Comentários ao Código Civil**. Direito Privado Contemporâneo. São Paulo: Saraiva jur, 2019.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAZZOLA, Marcelo. **Tutela jurisdicional colaborativa**: a cooperação como fundamento autônomo de impugnação. Curitiba: CRV, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2017.

_____. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros 1995.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Direitos Fundamentais. 5. ed. Lisboa: Coimbra, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *In*: _____. **Temas de direito processual**, segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. *In*: _____. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOROSINI, Fábio. O mito da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade**: mediação, arbitragem e conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOTA, Fernando de Andrade. **O dever de divulgar fato relevante na companhia aberta**. São Paulo: Almedina, 2015.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. **Processo administrativo**: Lei 9.784/99 comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

NOWAK, John E., Ronald D., YOUNG, J. Nelson. *American Constitutional Law*. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 1986.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. **Comentários ao CPC/2015**: processo de conhecimento e cumprimento de sentença. 2. ed. São Paulo: Método, 2018.

_____; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Perpetuatio iurisdictionis* ou perpetuação do juiz natural? **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 22, p. 189-203, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15, 1998, p. 13. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70385/39893>. Acesso em: set. 2021.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio. Uma releitura do princípio do acesso à justiça e a ideia da desjudicialização. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 11, jan./jun. 2013, p. 69. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18064>. Acesso em: set. 2021.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Expressões do Devido Processo Legal. **Revista de Processo**, n. 106, ano 27, abr./jun., p. 297-306, 2002.

PARANÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Disponível: <https://www.tjpr.jus.br/>. Acesso em: ago. 2021.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. Vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. **Revista de Direito Público**, Ano XX, n. 82, abr./jun., 1987.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PICARDI, Nicola. *Il giudice naturale: principio fondamentale a livello europeo*. **Revista dos Tribunais**, v. 182, 2003.

PINTO, Carlos Arberto Mota. **Teoria Geral de Direito Civil**. 4. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2005.

PORTUGAL. **Lei 41, de 26 de junho de 2013**. Institui o Código de Processo Civil. Diário da República Eletrônico, 26 de jun. de 2013. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/497406/details/maximized>. Acesso em: jul. 2020.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/consultas>. Acesso em: ago. 2021.

RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo Bercovitz. *Principio de Igualdad Y Derecho Privado*. *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, Tomo XLIII, fascículo II, p. 425. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1990-20036900428_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Principio_de_igualdad_y_Derecho_privado. Acesso em: ago. 2021.

RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**. Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ROQUE, André Vasconcelos. As provas ilícitas no projeto do novo código de processo civil; primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 6. n. 6, p.5-31, 2010, p. 9. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21566>. Acesso em: 11 jul. 2020.

_____. *In*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Teoria Geral do Processo**. Parte Geral. Comentários ao CPC de 2015. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Teoria Constitucional e Pensamento Jurídico-Privado Contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XIV, n. 59-60, jul./dez., 1981.

SANTOS, Silas et. al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SÃO PAULO. **Lei n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>. Acesso em: fev. 2021.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em: set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **B. Cient. ESMPU**, Brasília, a. 4, n.16, p. 193-259, jul./set. 2005, p. 204. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-16-julho-setembro-de-2005/direitos-fundamentais-e-direito-privado-algumas-consideracoes-em-torno-da-vinculacao-dos-particulares-aos-direitos-fundamentais>. Acesso em: set. 2021.

_____. 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, 2000.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. *In*: DIDIER JR., Fredie. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação. direitos fundamentais e relações privadas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

_____; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de emprego. **Revista TST**, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011. p. 89. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28342/003_sarmento_gomes.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: ago. 2021.

_____; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações particulares: o caso da relação de trabalho. **Revista TST**, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011.

SARNO, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

SCHWARTZ, 1979 apud BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

SILVA, Rodrigo da Guia; SILVA, Marcela Guimarães Barbosa. O contraditório e a ampla defesa nas redes sociais virtuais. **Conteúdo Jurídico**, ago. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/opinio-contraditorio-ampla-defesa-redes-sociais-virtuais>. Acesso em: set. 2021.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O processo administrativo e a invalidação de atos viciados**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOMBRA, Thiago Luís Sombra. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. A identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STTUBS, William. *The constitutional history of England*. 5.ed. Oxford: Clarendon Press, v. I, 1891.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do Devido Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TANIGUCHI, Yasuhei. O código de processo civil japonês de 1996: um processo para o próximo século? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 25, n. 99, jul./set., 2000.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. São Paulo: Método, 2019.

TARZIA, Giuseppe. *La parità delle armi tra le ter parti e poteri del giudice nel processo civile*. *Studi Parmensi*, v. 18, p. 357-359, 1977.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os Chamados Microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org) **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

_____; MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo; RENTEIRA, Pablo. **Fundamentos de Direito Civil** – Vol. 5. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, n. 65, ano 17, jul./set., 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. **Revista dos Tribunais**, v. 80, n. 665, mar. 1991.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRIBE, 1988 apud LIMA, Maria Rosynete Ferreira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: jul. de 2020.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário de 30 anos da Constituição Federal. *In*: MARX NETO, Edgard Audomar *et al.* **Processo Civil Contemporâneo**. Homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TWITTER. **Regras e políticas**. Disponível em: <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies>. Acesso em: set. 2021.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* *In*: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamento español*. *In*: SARLET, Ingo; MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jorg (org.). **Direitos fundamentais e direito privado uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007.

VALE, Silvia Teixeira do. **Devido processo legal na relação de emprego**: contraditório no poder disciplinar e motivação na cessação contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VEGA GARCÍA, Pedro. *La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte)*. **Pensamiento Constitucional**, ano IX, n. 09, p. 31. Disponível em: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3335/3183>. Acesso em: abr. 2021).

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

_____. **Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2004.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

VON GEHLEN, Gabriel Mena Barreto. O Chamado Direito Civil Constitucional. *In*: MARTINS COSTA, Judith. **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.