

Princípio do devido processo legal e sua aplicabilidade horizontal

Vinicius Cardona Franca

*Advogado da CAIXA na Bahia
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, junto à linha de pesquisa Cidadania e Efetividade dos Direitos
Especialista em Direito do Estado pelo curso JusPodivm/Unyahna*

RESUMO

Este artigo tem por objeto a análise da aplicabilidade do princípio do devido processo legal nas relações particulares. É apresentado um esboço da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e seu desenvolvimento pela jurisprudência alemã a partir do caso Lüth. Em seguida, apresenta-se um esboço dos principais modelos teóricos que procuram explicar a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Apresenta-se a ideia de obrigação como processo, a partir da teoria do fato jurídico e da ideia de ato complexo. Exploram-se as repercussões do *Drittwirkung* processual nos processos particulares em geral, na aplicação das sanções convencionais no âmbito privado e na execução do contrato de trabalho. Por fim, apresentam-se a teoria dos princípios e a regra da proporcionalidade como método harmonizador da aplicabilidade horizontal do *due process* com o princípio fundamental da autonomia da vontade.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Processo. *Due process of Law*. Constituição. Fato jurídico. Teoria dos princípios. Ponderação.

ABSTRACT

This article aims to analyze the applicability of the principle of due process of law in the private relations. It is presented a sketch of the doctrine of the horizontal effectiveness of fundamental rights and its development by the German jurisprudence since the Lüth case. Furthermore, it is presented a sketch of the main theoretical models that try to explain the so called horizontal effectiveness of the fundamental rights. It is presented the idea of obligation as a process, based on the theory of the legal fact and the idea of complex act. The repercussions of procedural *Drittwirkung* in the particular processes, the application of the conventional sanctions and the development of the employment contract are explored. Finally, it is presented the

theory of the principles and the rule of the proportionality as a method of compromise between the horizontal applicability of due process and the fundamental principle of the autonomy of the will.

Keywords: Fundamental rights. Process. Due process of law. Constitution. Legal fact. Theory of principles. Balancing.

Introdução

Entre os palpitantes problemas fornecidos pela dogmática dos direitos fundamentais, destaca-se por seu especial relevo aquele que acena com a possibilidade de efeitos jusfundamentais nas relações entre particulares, também denominado eficácia externa dos direitos fundamentais, ou sua eficácia contra terceiros (*Drittwirkung*), ou, ainda, efeitos horizontais dos direitos fundamentais (*Horizontalwirkung*).¹

O tema está longe de poder ser predicado como alguma novidade. Seu desenvolvimento iniciou-se pelo esforço jurisprudencial alemão no final da década de 50, já sob a vigência da Lei Fundamental de Bonn. As construções teutônicas, por sua vez, refletiram-se com vigor nas doutrinas espanhola e portuguesa, para só recentemente aportarem nos trópicos.

A eficácia horizontal, isto é, a possibilidade de os direitos fundamentais vincularem também os particulares em suas relações jurídicas privadas, contratuais ou não, tem sido tratada por constitucionalistas brasileiros de destacada produção acadêmica, tais como Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Wilson Steinmetz, Virgílio Afonso da Silva, entre outros. Contudo, é de se notar que as investigações levadas a cabo, entre nós, praticamente circunscrevem-se à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em geral.

Todavia, novas abordagens vêm surgindo, em busca de analisar a aplicabilidade, nas relações privadas, de determinados direitos fundamentais em particular. É o caso do direito fundamental ao devido processo legal, que outrora se cria oponível somente ao Estado. Hoje, ao se falar, no âmbito da teoria do negócio jurídico, na ideia de obrigação como processo, cada vez mais se admite e se reconhece a eficácia do *due process* no assim denominado processo negocial.

É este, pois, o assunto a ser enfrentado neste excuro: a cláusula do devido processo legal nas relações privadas, suas premissas teóricas e os problemas decorrentes desta proposta.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 1286.

1 Notas sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas

Pretende-se, aqui, apresentar uma abordagem sumária da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, acentuando-se sua origem histórica mais remota, seu resgate e desenvolvimento na jurisprudência alemã e seu tratamento na doutrina estrangeira, para somente depois cuidar especificamente da aplicabilidade da cláusula *due process of law* nas relações jurídicas privadas.

1.1 Eficácia horizontal: gênese e desenvolvimento histórico

É assaz difundida a ideia de que os direitos fundamentais de primeira geração, chamados negativos, de defesa etc., foram concebidos para serem exercidos pelo indivíduo somente contra o Estado, que em razão das limitações jusfundamentais deveria se abster de violar injustamente (fora das hipóteses de lei e sem o devido processo) a vida, liberdades, propriedade e o patrimônio jurídico do cidadão como um todo.

Essa foi, de fato, a função precípua dos direitos fundamentais no calor das revoluções liberais em fins do século XVIII. Todavia, como bem observou Sarmiento², tal acepção não foi de todo fiel ao jusnaturalismo contratualista legado pelo Iluminismo, pois, na ótica do Direito Natural, os direitos do homem eram realidades pré-políticas, anteriores à fundação do Estado e, por conseguinte, plenamente aplicáveis às relações privadas e a qualquer relação de poder, a bem da verdade.

Também não é incomum a assertiva de que o movimento do Estado Liberal para o Estado Social e o advento dos direitos sociais, econômicos e culturais ampliaram a significação dos direitos fundamentais e, como efeito, ensejaram sua extensão às relações privadas. É o que se percebe, por exemplo, na afirmação de Simm³:

Por isso as transformações sofridas pelo Estado e a evolução dos direitos fundamentais fizeram com que estes se tornassem também aplicáveis às relações privadas, entre particulares, especialmente para eliminar ou reduzir as desigualdades entre as pessoas, na busca de uma igualdade material e não meramente formal, até porque os direitos fundamentais alicerçam-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial.

² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 27.

³ SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n° 11, p. 1287-1303, nov. 2005, p. 1293.

Contudo, sugerir que há uma relação direta de causalidade entre advento do Estado Social e eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é exato. É uma acepção que merece reservas por sua imprecisão histórica.

De fato, o movimento do Estado Liberal para o Estado-Providência deu azo a profundas transformações na concepção do papel dos direitos fundamentais, de modo a ampliar seu significado. Todavia, a ideia de eficácia horizontal não pode ter surgido automaticamente dos direitos fundamentais prestacionais, simplesmente pelo fato de que tais direitos também foram precipuamente designados para serem exercitados contra o Estado. Embora alguns direitos fundamentais de segunda geração tivessem (e tenham) os detentores do poder econômico como sujeitos passivos, a exemplo dos direitos trabalhistas, o fato é que, na viragem do século XIX para o século XX, o Estado era (como ainda é) o grande garante da realização de direitos fundamentais, e dele se esperava (como ainda se espera) a intervenção no jogo das forças econômicas para assegurar trabalho, previdência social, saúde, educação etc.

Entretanto, na sua origem, início do século XX, o projeto do Estado Social contava com sérios problemas no plano da eficácia jurídica para vincular o Estado e *a fortiori* os particulares. Ao discorrer sobre os percalços para a efetiva implementação de Weimar, Alexy⁴ aduz:

O problema principal dos direitos fundamentais de Weimar era o de sua força de validade. [...] Na literatura bramia um litígio sobre isso, se e em qual proporção as normas de direitos fundamentais, do título de direitos fundamentais, eram meras proposições programáticas sem força vinculativa jurídica.

Não obstante, impende reconhecer que, embora não se possa falar em relação direta de causa e efeito entre Estado Social e eficácia horizontal, pode-se vislumbrar uma causalidade mediata, pois a própria construção das ideias de ordem objetiva de valores e efeitos irradiantes pela Corte Constitucional alemã tem em Weimar sua gênese. Assim vaticina Alexy⁵:

O balanço positivo deve estar no início. Dele faz parte a teoria do ordenamento de valores dos direitos fundamentais, que nos anos 50 foi acolhida pela jurisprudência e, naturalmente, tem raízes de Weimar. Ela é – sem prejuízo de algumas irritações – a base para a irradia-

⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 98.

⁵ *Ibidem*, p. 101.

ção dos direitos fundamentais sobre todos os âmbitos, portanto também sobre o direito privado.

Fique, pois, bem firmado que a noção de eficácia horizontal não surgiu *tout court* (e nem assim poderia ser) do advento do Estado Social. Sua origem remota repousa nas formulações jusnaturais do Iluminismo por um lado, e, por outro, somente com os avanços e retrocessos, isto é, com a gradativa e dialética afirmação dos direitos fundamentais sociais, desde Weimar até o pós-Segunda Guerra, puderam a jurisprudência e doutrina alemãs amadurecer a concepção de direitos fundamentais sociais, para só então desenvolverem teoricamente a ideia de eficácia horizontal. É esse um aspecto que, embora sutil e aparentemente despiciendo, passa ao largo da percepção de boa parte dos doutrinadores, segundo cremos.

1.1.1 A importância da sentença Lüth

O caso Lüth foi objeto de pronunciamento pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1958.⁶ A seguir, um pequeno excerto do julgado, segundo a tradução livre de Silva⁷:

A Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, funda, no título dos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores, por meio da qual se expressa um [...] fortalecimento da validade [...] dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos.

O Tribunal Constitucional entendeu que o chamamento ao boicote levado a cabo por Lüth estava *prima facie* protegido pela

⁶ Erich Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, durante um festival de cinema em 1950, concitou o público, os produtores e os exibidores de cinema a boicotar os filmes de Veit Harlan, a quem acusava de propagar a ideologia nacional – socialista durante o Terceiro Reich, especialmente através da película *Judeu doce*, principal filme da propaganda nazista antissemita. O tribunal de segunda instância de Hamburgo condenou Lüth à obrigação de não fazer, isto é, de omitir-se de cada chamamento ao boicote do novo filme de Harlan, *Amante imortal*, sob fundamento de que o chamado ao boicote violaria o § 826 do Código Civil, que proíbe ocasionar, “em um modo que infringe os bons costumes, um dano doloso a outrem”. Lüth interpôs recurso de apelação perante o Tribunal Superior do Land, bem como reclamação constitucional diante do Tribunal Constitucional Federal.

⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

liberdade de manifestação de opinião (artigo 5, alínea 1 da Lei Fundamental). Argumentou que, sempre que a aplicação de normas do direito civil conduz à limitação de um direito fundamental, deve haver uma ponderação dos princípios constitucionais colidentes. O resultado da ponderação efetuada pelo Tribunal foi que ao princípio da liberdade de opinião deve ser dada a primazia diante de princípios em sentido contrário. Lüth, então, venceu.⁸

Alexy⁹ esclarece que, através do caso Lüth, pela primeira vez a Corte Constitucional alemã pôde desenvolver uma perspectiva mais ampla ou holística dos direitos fundamentais, qual seja, a de essa categoria não se esgotar apenas na proteção de determinadas posições do cidadão frente ao Estado.

Prossegue a afirmar que a sentença Lüth reúne três ideias que formaram fundamentalmente o direito constitucional alemão. A primeira reside em que a proteção dos direitos individuais não se subsume apenas à garantia de direitos clássicos de defesa do cidadão contra o Estado. Por isso os direitos fundamentais personificam uma “ordem objetiva de valores”, ideia que foi amadurecida e desenvolvida *a posteriori* pela Corte. Depois o Tribunal referiu-se aos “princípios [...] que se expressam nos direitos fundamentais”. Assim, a primeira ideia fundamental lançada pela sentença Lüth pode resumir-se em que os direitos fundamentais detêm caráter não apenas de regras como também de princípios. A segunda ideia, intimamente imbricada com a primeira, consiste em que os valores ou princípios jurídico-fundamentais valem não apenas para as relações cidadão-Estado, mas além, “para todos os âmbitos do Direito”. Assim é que surge a ideia de efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico. A terceira ideia repousa em que tanto valores como princípios, dadas suas estruturas, tendem a colidir. Diante da colisão de princípios, diz o Tribunal alemão: “Torna-se necessária, por conseguinte, uma ponderação de bens”.¹⁰

Destarte, foi a partir das noções de ordem objetiva de valores e de eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*) e dos deveres de proteção do Estado que se preparou terreno fértil para que germinasse a ideia da eficácia horizontal. Na sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais funcionariam como regentes de todos os âmbitos do Direito, já que corresponderiam à decisão constitucional básica, ou ainda, às bases da ordem jurídica.¹¹ Nessa perspectiva, a raio

⁸ ALEXY, 2007, p. 107.

⁹ Ibidem, p. 106.

¹⁰ Ibidem, p. 107 et seq.

¹¹ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 107.

de incidência dos direitos fundamentais transcenderia a relação indivíduo-Estado para proteger a pessoa humana em toda e qualquer situação de perigo ou ameaça de aviltamento de suas posições jurídicas fundamentais, inclusive nas relações mantidas com outros particulares, que a um só tempo figurariam como titulares e destinatários de direitos fundamentais.

1.2 Teorias sobre a relação entre direitos fundamentais e direito privado

Muito embora não seja este o espaço idôneo para apresentar e criticar a contento as teorias que procuram explicar o fenômeno da eficácia horizontal, não se pode fugir a uma explanação, ainda que superficial, dos principais elementos de tais modelos teóricos, sem os quais qualquer abordagem do presente tema fatalmente se mostrará incompleta.

O primeiro de tais modelos, em verdade um não modelo, consistiu na “negação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas”.¹² Tratava-se de uma doutrina minoritária, que sustentava a inaplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais baseada, sobretudo, em razões históricas ou na dita função “clássica” que os direitos fundamentais desempenham ou deveriam desempenhar no ordenamento jurídico: funcionar exclusivamente como direitos de defesa do cidadão perante o Estado.¹³

Outro grupo minoritário no direito estrangeiro envolve os modelos chamados de “equiparação” e “imputação”. O modelo conhecido como equiparação corresponde à construção pretoriana da *State Action Doctrine*, concebida nos Estados Unidos, onde a doutrina e a jurisprudência se mantiveram fiéis a uma acepção liberal dos direitos fundamentais.¹⁴ Nessa ótica, a constituição e os direitos fundamentais nela insculpidos só vinculam, *prima facie*, o próprio Estado. Para a *Supreme Court*, admitir-se-á a incidência de direitos fundamentais na esfera privada se e tão somente o particular se encontrar investido do desempenho delegado de alguma função pública típica (*public function theory*) ou se em sua conduta puder ser vislumbrada, substancialmente, alguma implicação imputável aos poderes públicos.¹⁵

Já o modelo da imputação corresponde à teoria de Jüngen Schwabe, para quem, ao contrário da *state action*, em que ações

¹² SILVA, 2005, p. 68.

¹³ Consoante Silva (2005), nessa linha destacou-se o pensamento de Uwe Diederichsen.

¹⁴ Ibidem, p. 99.

¹⁵ SARMENTO, 2004, p. 229.

privadas são equiparadas a ações estatais para vincular os particulares aos direitos fundamentais, o particular é “liberado” dessa vinculação e seus atos são imputados diretamente ao Estado. O fundamento de Schwabe consiste em que, se um particular viola o direito fundamental de outro, e tal ação violadora não é disciplinada por norma infraconstitucional, essa conduta deve ser encarada como permitida pelo Estado, a quem a responsabilidade da violação deve ser imputada diretamente, em razão de sua omissão na esfera legislativa para reputar ilegal a conduta do particular.¹⁶

Foi na Alemanha, entretanto, que se desenharam os dois modelos que recebem em maior grau a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a saber: o modelo de efeitos indiretos e o modelo de efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O modelo de efeitos indiretos, também conhecido como teoria da eficácia indireta ou mediata, foi desenvolvido especialmente pela doutrina de Günter Dürig.¹⁷ O ponto de partida desse modelo é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, ou um direito fundamental à autonomia privada e à responsabilidade individual. A fim de conciliar os direitos fundamentais e o direito privado sem que haja um domínio dos primeiros sobre o segundo, propõe-se a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo próprio do direito privado. Exige-se a intermediação do legislador, que deverá elaborar lei infraconstitucional contemplando e imprimindo maior concreção à previsão constitucional. O juiz, por sua vez, em caso de ausência de norma ordinária reguladora, deverá, no máximo, invocar cláusulas gerais e “conceitos indeterminados” presentes no sistema privado ou, ainda, princípios constitucionais apenas como vetores hermenêuticos para interpretação e aplicação do direito privado, mas jamais aplicar diretamente os direitos fundamentais para solucionar lides entre particulares.

O modelo de efeitos diretos ou teoria da eficácia direta ou imediata foi pioneiramente defendido por Hans Carl Nipperdey, quando na presidência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, a partir de uma decisão sobre igualdade de salários entre homens e mulheres, em 1957. Para Nipperdey, os direitos fundamentais têm “efeitos absolutos” e, portanto, prescindem de mediação legislativa para lograr eficácia nas relações privadas. Nisso repousa a diferença fundamental entre o modelo de efeitos indiretos e o de efeitos diretos, posto que, neste último, mesmo sem o material normativo do direito privado e, sobretudo, a despeito desse material, os direi-

¹⁶ SILVA, 2005, p. 104.

¹⁷ *Ibidem*, p. 80.

tos fundamentais conferem diretamente direitos subjetivos aos particulares nas relações que travam entre si. Além disso, Nipperdey sustentava que a aplicação horizontal dispensa o uso de “artimanhas interpretativas”, vale dizer, os direitos fundamentais não precisam de qualquer “porta de entrada”, ou dos “pontos de infiltração” das cláusulas gerais, para surtir efeitos nas relações interprivadas.¹⁸

Cabe alertar, contudo, que a complexidade dos problemas que envolvem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas vai muito além da mera adesão irrefletida a um dos modelos citados. Sucede que muitas análises acerca da eficácia horizontal limitam-se à exposição dos modelos consagrados doutrinariamente e à opção por um deles, ainda que acompanhadas por algumas poucas proposições originais. A mera descrição formal de modelos, bem como a adesão a um deles, não é suficiente para uma teorização coerente sobre a constitucionalização do Direito e, mais especificamente, sobre os efeitos de direitos fundamentais nas relações privadas.

Com efeito, a pretensa dicotomia entre eficácia direta e eficácia indireta já não se justifica teoricamente, assim como a acepção que põe necessariamente em campos opostos os direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade. Como se verá ao fim deste excuro, o viés de solução dos problemas que envolvem a ampla aplicação de posições jusfundamentais nas relações privadas passa pela teoria dos princípios e pela técnica da ponderação. Por ora, debrucemo-nos sobre o tema principal aqui versado: a eficácia do direito fundamental ao devido processo legal nas relações privadas.

2 Devido processo legal nas relações privadas: o *Drittwirkung* processual

Avulta de modo especial a cizânia em torno da aplicabilidade do direito fundamental ao devido processo legal no âmbito do “processo negocial”, expressão de que se valem alguns processualistas para designar as relações privadas sob um prisma eminentemente processual, sobretudo o *iter* de formação do negócio jurídico.¹⁹

Talvez essa seja uma das mais revolucionárias consequências da doutrina da eficácia horizontal, pois exige que o direito fundamental ao *due process of law* e seus conseqüentários, contraditório,

¹⁸ SILVA, 2005, p. 87.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v 1, p. 27 et seq.

ampla defesa, produção de provas, juiz natural, publicidade etc. vinculem não somente o Estado como também os particulares. A ideia repousa em que os particulares, vinculados entre si por relações jurídicas, não se valham de prerrogativas contratuais ou legais para modificar a situação jurídica da outra parte sem a sua prévia oitiva e oportunidade de defesa.

São exemplos comuns: a aplicação de pena ao condômino que violou a convenção condominial; a organização religiosa que excomunga um fiel; o clube que aplica determinada penalidade a um associado etc. Nessas e noutras situações, sustenta-se que ao sujeito deve ser concedida a oportunidade de se defender amplamente e de ser ouvido efetivamente, de modo a procurar convencer em seu favor a instância decisória privada.

Em alentado estudo sobre o tema, a processualista Paula Sarno Braga, a partir da teoria do fato jurídico, adota a noção de *ato complexo* como combinação de atos necessários para a realização de uma finalidade, os quais podem se relacionar de diferentes maneiras. O procedimento, nessa ótica, é um tipo de *ato complexo* de formação sucessiva, cujos atos integrantes reúnem-se numa cadeia causal, ordenada e progressiva, que segue rumo à obtenção de um ato único e final.²⁰

No bojo do conceito de procedimento está o conceito de processo. Os processos estatais têm como importante e comum característica o fato de se dirigirem à formação de uma decisão, típico ato jurídico de natureza normativa. De tal arte, identificam-se o processo jurisdicional, vocacionado à produção de uma norma jurídica de efeitos concretos, destinada a regular a situação jurídica apresentada ao Poder Judiciário pelas partes interessadas e marcada pela predisposição à imutabilidade (coisa julgada); o processo administrativo, que se desenvolve perante o Estado-Administrador e destina-se a produzir uma decisão reguladora de situação jurídica que envolve Estado e agente público, Estado e administrado ou mesmo administrados e administrados, não caracterizada pela imutabilidade; e, ao cabo, o processo legislativo, cuja competência é constitucionalmente conferida ao Poder Legislativo, produtor de atos jurídicos normativos gerais e abstratos, leis em sentido amplo, que regulam as mais variadas situações jurídicas e servem de pontos de partida para a formação das decisões jurisdicionais e administrativas.²¹

Os processos estatais, de maneira geral, estão vinculados à cláusula do devido processo legal, é dizer, estão jungidos a regras

²⁰ BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 35 et seq.

²¹ *Ibidem*, p. 37 et seq.

previamente estabelecidas que regem seu desenvolvimento no *iter* de formação da decisão e das quais não devem se afastar (devido processo em sua dimensão procedimental). De maneira específica, estão vinculados à pretensão de correção, justiça e razoabilidade dos resultados da decisão (devido processo em sua dimensão material ou substantiva), pretensão esta que advém da exigência da observância de um ordenamento jurídico justo, a saber, aquele que consubstancia um Estado Democrático de Direito.

Sucedo que já não se fala exclusivamente em processos estatais de produção de norma jurídica. Fala-se hoje com tranquilidade em processos particulares, isto é, atos complexos, de formação sucessiva, de natureza negocial. A doutrina atual reconhece a obrigação como um processo, o qual alberga diferentes etapas que podem ser alcinhas de nascimento, desenvolvimento e adimplemento da obrigação, que além da prestação principal agrega um amplo leque de direitos, deveres, faculdades, ônus, sujeições etc., a configurar uma relação jurídica complexa e dinâmica.²² Nessa perspectiva, é de se reconhecer um processo particular obrigacional, consistente em ato complexo de formação sucessiva destinado à produção de um ato normativo (ato negocial), cujo escopo é regular os interesses das partes envolvidas.²³

O processo obrigacional tem por fundamento o poder negocial que é conferido aos particulares pelo ordenamento jurídico, a saber, verdadeiro poder privado conhecido como *autonomia da vontade*. Trata-se do poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares a fim de que, livres e soberanamente, autorregulem seus próprios interesses ligados a seus bens, direitos, fins e pretensões. A autonomia da vontade manifesta-se como a atribuição de autodeterminação e de autovinculação dos particulares, que no exercício dos seus afazeres se tornam legisladores dos próprios interesses, seja para criar direitos, seja para criar deveres.²⁴ Tal é a típica acepção civilística de autonomia da vontade ou autonomia privada, expressões que aqui serão manejadas de forma indistinta. Assim a concebia Orlando Gomes, *in verbis*:

O Direito Positivo reconhece às pessoas o poder de provocar efeitos jurídicos por meio de certos atos. Tal é o território da *autonomia privada*, isto é, do poder atribuído ao particular de partejar, por sua vontade, relações jurídicas concretas, admitidas e reguladas, *in abstracto*, na lei.

Na conceituação de autonomia privada reúnem-se os dois institutos centrais do Direito Privado: a *proprie-*

²² BRAGA, 2008, p. 40.

²³ *Ibidem*, p. 47.

²⁴ STEINMETZ, 2004, p. 190.

*dade e o contrato ou o negócio jurídico que, sendo mais amplo, a este abrange.*²⁵

No que respeita à vigente ordem constitucional brasileira, diversos são os dispositivos, esparsos por todo o Texto Magno, que dão fundamento à autonomia privada enquanto verdadeiro princípio constitucional, a saber: (a) a cláusula geral de liberdade, insculpida no art. 5º, *caput*; (b) o princípio da livre iniciativa, no art. 1º, IV e art. 170, *caput*; (c) o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, no art. 5º, XIII; (d) o direito de propriedade, art. 5º, *caput* e XVII; (e) direito de herança, art. 5º, XXX; (f) direito das classes profissional e econômica de regularem seus interesses por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, no art. 7º, XXVI; tutela da família, casamento e união estável, art. 226, *caput*, §§ 1º *usque* 4º.

Na perspectiva constitucional, entretanto, a autonomia privada envolve não apenas bens de interesse econômico-patrimonial como também interesses de caráter existencial e personalíssimo. Assim é que cada indivíduo está autorizado a fazer suas próprias escolhas, tais como que carreira profissional seguir, como orientar sua conduta sexual, de que religião ser adepto, com que pessoa contrair núpcias e assim por diante.

Isso posto e devidamente compreendida a ideia de processos privados obrigacionais, tutelados pelo princípio da autonomia da vontade, vejamos mais a fundo os processos negociais em geral, alguns processos negociais em particular e de que maneira a cláusula *due process* neles é aplicável.

2.1 Devido processo legal nos processos particulares em geral

Entendida a obrigação como processo, propõe-se cindi-lo em *processo de formação* ou *aperfeiçoamento* do negócio jurídico, no qual avulta a preocupação com os requisitos de validade, e em *processo de execução* do negócio jurídico, no qual interessa o adimplemento restritivo dos negócios, isto é, a imposição de limitações e privações de direitos das partes envolvidas.²⁶

No que toca à formação dos negócios jurídicos, aos contratos em particular, sua conclusão nem sempre exsurge automaticamente do encontro de vontades das partes, e sim de uma sequência de entendimentos, ajustes, proposições, contrapropostas e aceites, os quais constituem momentos ou etapas distintos e que muita vez geram consequências jurídicas específicas.

²⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 263.

²⁶ BRAGA, 2008.

De maneira muito genérica, podem-se observar no processo de aperfeiçoamento dos contratos uma fase inicial desencadeada por tratativas preliminares – fase de pontuação ou negociação –, que gera uma proposta definitiva –; uma fase de postulação – por uma das partes, que será aceita ou não pela contraparte –; e uma fase de decisão.²⁷

Na fase de *pontuação* ou *negociação*, as partes efetuam contatos preambulares, verbalmente ou por escrito (documentados em correspondências epistolares ou eletrônicas), que podem envolver anotações, rascunhos, cartas de intenções etc. Cuida-se de pura negociação, sondagem das partes entre si. Aqui, as partes não estão vinculadas juridicamente: não há obrigação de contratar. Todavia, a legítima expectativa de contratação, eventualmente frustrada por deslealdade, falta de informação, ardil e má-fé, pode ser tutelada juridicamente, e a parte que der ensejo a tal frustração ilegítima pode responder pelos danos causados, máxime no que tange a possíveis despesas efetuadas na negociação, a não contratação com terceiros etc., tudo em razão da transgressão da boa-fé objetiva.²⁸

A cláusula do devido processo legal está a exigir precisamente que a etapa formativa do negócio se desenrole num tom de cooperação e solidariedade entre as partes, de modo que o conteúdo material das tratativas seja equilibrado e proporcional e realizem-se os princípios da boa-fé objetiva e da equidade contratual.²⁹

A fase de *postulação* equivale à proposta, oferta, oblação ou policitação, isto é, o negócio jurídico unilateral receptício mediante o qual o proponente, ofertante ou policitante exterioriza sua vontade de celebrar o negócio. Salvo nas hipóteses dos artigos 427 e 428 do Código Civil de 2002, a proposta vincula o proponente, não cabendo retratação ou modificação, visto que seu destinatário, o oblato, não raro faz investimentos, realiza despesas, dispensa outras propostas e contrata análises mercadológicas na expectativa de celebrar o negócio nos termos ofertados. Já a *aceitação* consiste em negócio jurídico unilateral receptício através do qual o oblato revela sua concordância com a proposta formulada.³⁰

Tanto a fase de postulação como a de aceitação, no bojo do processo negocial, também sofrem os efeitos do *due process*, na sua qualidade de princípio limitador dos poderes privados. Com efeito, todo o processo negocial deve ser marcado de forma inde-

²⁷ BRAGA, 2008, p. 88.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem, p. 204 et seq.

³⁰ Ibidem, p. 89 et seq.

lível pela dimensão substantiva do devido processo legal, ou seja, por solidariedade, cooperação, probidade e transparência entre as partes.

É preciso ter em mente que, ao se cogitar a aplicação do devido processo legal em relações entre particulares, o escopo último outro não é senão a contenção ou limitação dos poderes privados. Não é incomum a situação de grave desigualdade no poderio econômico das partes, o que acarreta iniquidades já desde a formação do negócio, que fatalmente serão refletidas no seu próprio conteúdo, isto é, em prestações desproporcionais, ou mesmo na hipótese de não conclusão do negócio, a gerar graves prejuízos a uma das partes pela não observância da boa-fé objetiva.

Situações de desproporcionalidade são também usuais na fase de execução dos negócios, a exigir a atuação do *due process*, como se verá a seguir.

2.2 Devido processo legal no adimplemento restritivo dos negócios

O negócio jurídico, também na sua fase de execução, está sujeito a situações que impõem a observância do devido processo legal. O chamado processo de “adimplemento restritivo” consiste naquele em que uma das partes tem o poder de infligir restrições à esfera jurídica da outra mediante decisão unilateral, parcial e não jurisdicional.³¹

Tal é o caso das chamadas sanções convencionais, a exemplo da penalidade infligida ao cooperativado que viola disposição do estatuto da cooperativa; da multa imposta a condômino que pratica conduta antissocial tipificada na convenção condominial e respectivo regimento interno; da sanção aplicada ao membro de certo clube, por violar regra do respectivo estatuto; e assim por diante.

A aplicação das penalidades convencionais está sujeita à observância do devido processo legal. A decisão restritiva ou limitativa de direitos deve ser precedida de prévio procedimento que atenda às regras convencionadas no negócio, sobretudo regras que contemplem a possibilidade de oitiva e defesa da parte, produção de provas em seu favor, publicidade da decisão, isto é, todos os corolários da cláusula *due process*.

É possível, à luz da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, levar essa proposta a âmbitos em que o Estado, desde o advento do paradigma liberal, não se imiscui, tais como as relações entre organizações religiosas e membro fiel, por exemplo.

³¹ BRAGA, 2008, p. 205.

As igrejas e instituições religiosas em geral contam com ampla tutela constitucional de seu direito de auto-organização e independência do Estado. E assim de fato deve ser. Contudo, tal liberdade não pode constituir um cheque em branco que enseje a violação de direitos fundamentais, como sói ocorrer. A igreja ou denominação religiosa que excomunga um membro, por exemplo, está jungida a suas próprias normas. Não pode olvidá-las. Além disso, a fim de excluir um membro, deve observar o devido processo legal, sob pena de ter a reintegração determinada pela via judicial.

Idêntica postura devem adotar as organizações desportivas, como as federações e confederações que cuidam das mais variadas modalidades de esporte. A punição de um atleta ou de um clube tem de observar o devido processo legal, pelos mesmos fundamentos antes apontados.

No que respeita à jurisprudência brasileira, há que se reconhecer que não são tão raras as manifestações dos tribunais a respeito do tema. Todavia, o fato é que ainda não encontrou eco nos nossos pretórios uma discussão fértil e profícua acerca das condições e limites da aplicabilidade horizontal. Seja como for, há, no Supremo Tribunal Federal, algumas decisões que merecem destaque.

Por ocasião do Recurso Extraordinário nº 158.215-RS (relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996), a Segunda Turma do Pretório Excelso preconizou a incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares. Cuidou-se da hipótese de um membro expulso de cooperativa sem a observância da garantia do contraditório e da ampla defesa no âmbito do devido processo legal. A ementa do julgado restou lavrada nos seguintes termos:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS – EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a

pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO – CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa (RE nº 158.215-RS, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 07/06/1996).

No Recurso Extraordinário nº 201.819-RJ, através do seu voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes enfrentou um caso típico de aplicabilidade horizontal, para o que se valeu da doutrina alemã e do histórico jurisprudencial da Corte Constitucional alemã, bem como das poucas e recentes manifestações da doutrina e da jurisprudência brasileiras. Trata-se de aresto paradigmático, pois corresponde a um dos poucos, entre a nossa jurisprudência, em que se discute mais a fundo as questões atinentes aos direitos fundamentais e sua eficácia nas relações privadas. Mais uma vez, a questão cingiu-se à liberdade e autonomia de associação versus direito ao contraditório e à ampla defesa. Importa, pois, destacar as considerações tecidas pelo Ministro no seu voto-vista, retiradas do Informativo nº 405 do Supremo Tribunal Federal:

Destarte, a exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. De outro lado, diante da iminência de expulsão disciplinar, ainda que o recorrido tivesse optado por ingressar em outras entidades congêneres, nacionais ou estrangeiras, o ônus subsistiria em razão da eliminação automática do associado, nos termos do art. 18 do Estatuto Social da recorrente (fl. 48). [...] Essas considerações parecem fornecer diretrizes mais ou menos seguras e, até certa parte, amplas, para a aplicação do direito de defesa no caso de exclusão de associados. Todavia, afigura-se-me decisivo no caso em apreço, tal como destacado, a singular situação da entidade associativa, integrante do sistema ECAD, que, como se viu na ADI nº 2.054-DF, exerce uma atividade essencial na cobrança de direitos autorais, que poderia até configurar um serviço público por delegação legislativa. Esse caráter público ou geral da atividade parece decisivo 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.

Estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos já pelo caráter público — ainda que não estatal — desempenhado pela entidade, peço vênia para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela Eminente Relatora. Voto, portanto, pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu desprovimento.

Como se pode inferir da passagem transcrita acima, o Ministro Gilmar Mendes considerou legítima a aplicação *direta* do direito fundamental ao devido processo legal à relação privada em questão. Sem embargo, a decisão em comento não está a sugerir que o direito fundamental ao devido processo legal é sempre diretamente eficaz nas relações entre particulares. Sucede que, à luz das especificidades do caso concreto, ponderou-se que o caráter público de que se reveste uma das atividades da associação — ainda que esta se organize como pessoa jurídica de direito privado — confere um peso maior em favor da aplicação do direito fundamental discutido.

2.3 Devido processo legal na execução e na rescisão dos contratos de trabalho

O mesmo se cogita para as relações trabalhistas, ao menos pela doutrina europeia mais vanguardista. Fala-se em direito de defesa do trabalhador nas hipóteses de despedida por justa causa. Gil y Gil apresenta a controvérsia no Direito Espanhol em termos da aplicabilidade imediata ou apenas indireta do art. 7 da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o qual dispõe:

No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.³²

O mesmo autor coloca o direito de defesa na relação de trabalho como um princípio elementar de justiça, ao partir da noção de despedida como a máxima das sanções, que não pode prescindir de prévio diálogo entre as partes. A observância do devido processo, aduz ainda o citado autor, permite que um sistema de relações trabalhistas possa ser qualificado como minimamente civilizado.

³² GIL Y GIL, Jose Luis. **Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa**. Madrid: Secretaria General Tecnica (Centro de Publicaciones), 1993, p. 102.

Ainda que não se admita a aplicabilidade direta do princípio desde a constituição ou convenção da OIT, sustenta-se a aplicabilidade do direito de defesa através do princípio da boa-fé objetiva como fonte de integração do contrato, solução que consubstancia a teoria da eficácia indireta.³³

Sem embargo, a própria Convenção 158 da OIT estabelece o princípio da razoabilidade como critério de limitação do direito de defesa. Ora, na qualidade de norma-princípio, o direito fundamental de defesa é relativo e está sujeito à ponderação na sua aplicação ao fato. O próprio Gil sustenta que o direito de defesa na relação de trabalho não deve se converter numa prerrogativa aos moldes do Direito Administrativo. A normação de um procedimento rígido no âmbito da CLT, por exemplo, se mostraria incompatível com a dinâmica necessária à gestão empresarial.³⁴

Ideal seria, para a satisfação do princípio sem comprometimento da autonomia da vontade empresarial, o estabelecimento em acordo ou convenção coletiva, ou mesmo em regulamento de empresa, de procedimento que albergasse minimamente a notificação regular e escrita do trabalhador, prazo para defesa, com possibilidade de apresentação de documentos, ouvida de pessoas etc, assistência facultativa pelo sindicato ou advogado, ou seja, um procedimento que impedisse a aplicação da despedida como pena, sem a possibilidade de o empregado influir na decisão em seu próprio favor.

Para muitos, a aplicação dessa doutrina no Brasil soaria quase herética. De pronto argumentar-se-ia que a possibilidade de restringir, dificultar, burocratizar ou engessar a livre despedida do empregado não se coaduna com as necessidades do livre mercado e comprometeria a competitividade das empresas no mercado global, especialmente de países emergentes como o Brasil, cujas possibilidades de competição já se mostram assaz prejudicadas por fatores diversos. O argumento, porém, só é válido para quem enxerga o trabalhador como mais um insumo do processo produtivo, de que se quer dispor livremente, e não como um ser humano e cidadão, portador de valor e dignidade e merecedor de cuidados, como elemento central e imprescindível de qualquer organização.

Verifica-se no ordenamento juslaboral francês dispositivo que consagra o direito de defesa do empregado diante da iminência de sanção disciplinar ou mesmo despedida. Dispõe o art. L 122-14, parágrafo primeiro, do *Code du Travail*, que o trabalhador faz jus a uma "entrevista prévia", na qual o empregador deverá expor os motivos da decisão e ouvir as razões do obreiro.³⁵

³³ GIL Y GIL, 1993, p. 105.

³⁴ Ibidem, p. 113.

³⁵ Ibidem, p. 112.

A questão de fundo que subjaz a essa celeuma conduz a perguntar se o empregador dispõe livremente ou não do posto de trabalho do empregado. Ainda se justifica aceitar, entre nós, um direito potestativo do empregador de resilir o contrato de trabalho? A questão deve ser respondida à luz da função histórica e ideológica do Direito do Trabalho e, sobretudo, ao lume da ordem econômica instituída pela Constituição Federal de 1988.

Manuel Carlos Palomeque Lopez³⁶ apresenta o conflito laboral como “conflito matriz ou arquétipo da sociedade capitalista”, que ensejou o surgimento do Direito do Trabalho como uma resposta defensiva do Estado a fim de conter e institucionalizar o conflito entre capital e trabalho em termos compatíveis com o sistema econômico estabelecido, de modo a impor a esse conflito um canal de desenvolvimento compatível com a permanência e o progresso do capitalismo das vigas mestras da sociedade burguesa. A função histórica e ideológica do Direito do Trabalho se insere no quadro mais amplo do Estado Social, que representa, ao fim e ao cabo, uma tentativa de solução de compromisso entre o interesse do capital e os interesses econômicos, sociais, culturais e políticos de legiões de vitimados pelo capitalismo industrial inconsequente do século XIX.³⁷

O Estado Social como solução compromissória é visto por muitos como fracassado e hoje superado pela pós-modernidade. Fala-se da incompatibilidade de princípios e projetos que o Estado-Providência procurou harmonizar. Buelga procura apresentar o espírito de Weimar nos seguintes termos:

La existencia de principios contradictorios en la Constitución expresa la naturaleza pacticia del nuevo Estado, resultado de la confluencia de intereses de clase antagonicos en el proceso constituyente. [...] Así, Weimar es una constitución sin decisión, en la medida en que su contenido no expresa proyecto político alternativo. Weimar es la impotencia o la inexistencia de compromiso que permitiera desplegar efectos a los principios socialistas incorporados a la constitución.³⁸

O fato, porém, é que essa tentativa conciliatória está ainda juridicizada em boa parte das constituições ocidentais, inclusive na Constituição Federal brasileira de 1988, que tem como um dos princípios fundamentais internos “os valores sociais do trabalho e da

³⁶ LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. **Direito do trabalho e ideologia**. Tradução de António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001, p. 19.

³⁷ LOPEZ, loc. cit.

³⁸ BUELGA, Gonzalo Maestro. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002, p. 25 et seq.

livre iniciativa" (art. 1º, IV), como objetivo "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 2º, III), como princípios da Ordem Econômica a propriedade privada (art. 170, II), a função social da propriedade (art. 170, III), a livre concorrência (art. 170, IV), a busca do pleno emprego (art. 170, VIII) e como base e objetivo da Ordem Social, respectivamente, o primado do trabalho e o bem-estar e justiça sociais (art. 193).

Parece que se por um lado a livre iniciativa é garantida ao empresário, permitindo-o decidir sobre os rumos que deve dar ao seu empreendimento, por outro lado a incidência de direitos fundamentais, como o devido processo legal, nas relações de trabalho homenageia os objetivos constitucionais de cada vez mais aproximar a economia nacional duma situação de pleno emprego. Assim, por mais que haja imperativos macro ou microeconômicos, crises e necessidade de reestruturação empresarial acompanhada de despedidas em massa, nada disso deveria passar ao largo da plena fiscalização e acompanhamento sindical, cujo papel é exigir do dador de trabalho, nesses casos, a exposição clara dos motivos econômicos ou simplesmente estratégicos que conduziram à decisão e, além disso, a negociação como forma de contenção dos efeitos colaterais das decisões empresariais sobre os trabalhadores. Tudo isso consagra um amplo processo coletivo de diálogo que amiúde tem acontecido, mas que também deve ocorrer no plano individual, através da jurisdicização de um *due process of law*.

Baylos, considerando o direito ao trabalho na Ordem Social da Constituição de Espanha, afirma:

[...] as políticas públicas de emprego devem continuar centradas no fomento do emprego indefinido e na transformação do trabalho temporário em trabalho por tempo indefinido, pressionando, assim de maneira modesta certamente, para limitar os processos de precarização e de destruição do emprego. [...] A todas essas esferas de regulamentação, deve unificar o princípio do pleno emprego, entendido num sentido forte como emprego com qualidade, base do exercício da cidadania.³⁹

É possível e necessária, mesmo num contexto de economia emergente, como o contexto brasileiro, a aplicação do devido processo às relações de trabalho, quer se trate de despedida enquanto sanção disciplinar, quer se trate de despedida por razões financeiras, de gestão estratégica etc. Na segunda hipótese, que suscitaria mais controvérsias, ainda que não se possa falar, entre nós, no di-

³⁹ BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social – o direito ao trabalho como direito constitucional. **Revista trabalhista – direito e processo**, v. 10, p. 21-51, 2004, p. 50.

reito subjetivo a um posto de trabalho, é possível conter e controlar despedidas absolutamente arbitrárias através da exigência de um processo que envolva diálogo, possibilidade de convencimento em contrário, fiscalização sindical e plena, exaustiva e satisfatória motivação da decisão empresarial, inclusive com o fito de desestimular a possibilidade do empregador de sempre solucionar pecuniariamente a rescisão do contrato.

3 Teoria dos princípios, colisão de direitos fundamentais e ponderação

Admitida a hipótese de aplicabilidade do devido processo legal nas relações privadas, como harmonizar os efeitos desse princípio com a autonomia da vontade? Seria possível a restrição contratual ou convencional do direito fundamental ao devido processo?

Boa parte da doutrina tem buscado enfrentar a questão da eficácia horizontal colocando necessariamente em campos opostos os direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade. Não se trata de uma necessária relação de oposição, mas de gênero e espécie, visto que a autonomia privada é ela mesma um direito fundamental. Sucede que, em certas situações, ela poderá colidir com outros direitos fundamentais, pois é esperado que assim aconteça. Segundo cremos, pois, eventuais problemas relacionados à aplicação de direitos fundamentais nas relações privadas em geral, inclusive trabalhistas, devem ser examinados e tratados como colisão de direitos fundamentais.

Para Alexy, “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir”.⁴⁰ Essa afirmação peremptória repousa em que a interpretação dos catálogos de direitos fundamentais, como tarefa primeira da ciência dos direitos fundamentais, encontra claros limites na própria estrutura dessa categoria normativa. É a estrutura dos direitos fundamentais que enseja sua inexorável colisão de uns com os outros, o que por seu turno impõe limites às regras usuais de interpretação jurídica.

A solução reclamada pelo problema das colisões de direitos fundamentais reside em que se admitam limitações e sacrifícios a serem efetuados de um lado ou mesmo de ambos. A questão, assim, é como tais limitações e sacrifícios devem ocorrer. Para tanto, é preciso responder se direitos fundamentais têm caráter de princípios ou de regras. Trata-se da distinção teórico-estrutural da norma em princípios e regras. Segundo Alexy, para muito além de uma

⁴⁰ ALEXY, op. cit., p. 56 et seq.

diferença gradual – abstração e generalidade – há, sobretudo, uma diferença qualitativa: princípios são mandamentos de otimização, enquanto regras têm o caráter de mandamentos definitivos. Os princípios, enquanto mandamentos de otimização, são comandos que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Estas últimas são, além de outras regras, determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. Portanto, os princípios admitem graus diferentes de realização e a ponderação é a forma de aplicação do Direito que os caracteriza. Já as regras, como mandamentos definitivos, consistem em normas que ou são satisfeitas ou não são. Se válidas e aplicáveis, as regras estão a exigir o cumprimento do seu conteúdo *in totum*. Sua aplicação é uma questão de tudo ou nada. Não são suscetíveis de ponderação: a subsunção é sua forma característica de aplicação. As regras contêm, portanto, fixações no espaço do fática e juridicamente possível.⁴¹

É com fulcro nas circunstâncias relevantes do caso concreto que um princípio terá de ceder diante do outro, pois são as circunstâncias que determinam o peso relativo de cada princípio no caso concreto. Contudo, ao contrário do que sucede com as regras, um princípio que preferiu a outro num dado caso não necessariamente terá a mesma precedência diante de outras circunstâncias fáticas. Alexy⁴² afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos, prevalecendo o de maior peso. Esse procedimento racional de identificar e valorar as condições sob as quais, no caso concreto, um princípio precede ao outro e de fundamentar por que, sob certas condições, ocorre essa precedência consiste no método de ponderação de bens, o que remete àquilo que comumente se chama de princípio da proporcionalidade.

Adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são os elementos constitutivos daquilo que na doutrina e jurisprudência constitucionais contemporâneas, de matriz germânica, chama-se princípio da proporcionalidade. O princípio da idoneidade exige que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva – o meio, a medida – do direito fundamental enseja o alcance da finalidade perseguida. Deve-se excluir o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio sem ao menos fomentar o princípio colidente, cuja realização eles pretendem servir. O princípio da necessidade ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86 et seq.

⁴² ALEXY, 2002 apud STEINMETZ, 2004, p. 206.

eficazes para atingir o fim pretendido, o escolhido é o menos gravoso ao direito fundamental em questão.⁴³

Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito demonstra o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ordena-se que os meios eleitos devem se manter em uma relação razoável com o resultado perseguido. Esse princípio tem por objeto a ponderação propriamente dita e é sintetizado por Alexy no que por ele foi chamado de “lei de ponderação”, que reza: “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.⁴⁴

Essa ponderação é realizada em três passos ou graus. O primeiro passo reside em aferir o grau de prejuízo ou não cumprimento de um princípio. O passo seguinte consiste em verificar a importância do cumprimento ou realização do princípio em sentido contrário. No derradeiro passo, requer-se atestar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo do outro. Esse último passo ou grau do princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o que Alexy chama de “ponderação no sentido restrito e verdadeiro”.⁴⁵

O objetivo desse passeio pelas linhas elementares do pensamento de Alexy foi afirmar que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais, são relativos e requerem ponderação, seja nas relações dos particulares entre si, seja nas relações destes com o próprio Estado. Como bem observou Freitas:

[...] resulta imperiosa a conclusão no sentido da inexistência, ao menos no atual estágio de desenvolvimento do Direito, de alternativa plausível ao método da ponderação de bens quando se cuida de apor limites e restrições a direitos fundamentais sem reserva legal e de se efetivar o controle de constitucionalidade acerca destas afetações desvantajosas.⁴⁶

Diante do atual estágio da ciência jurídica, já não se pode falar em princípios e direitos fundamentais caso não se esteja efetivamente disposto a ponderar. E ponderar requer, amiúde, em frente de determinadas situações, fazer concessões, restringir garantias e conquistas, dar um passo atrás, assim como, diante de outras condições fáticas, se faz possível avançar.

⁴³ ALEXY, 2007, p. 110.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 65.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 68.

⁴⁶ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais** – Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 162.

Acerca das potencialidades dos direitos fundamentais, com acerto observou Alexy

[...] o que os direitos fundamentais realmente são de nenhum modo decide somente o texto constitucional. Decisivo [sic] são a vontade política do povo, a situação econômica e a prática jurídica e a ciência do direito.⁴⁷

É preciso, de fato, lançar fora todo o fundamentalismo dos direitos fundamentais.

Conclusão

Buscou-se, neste excuro, sustentar uma plena aplicabilidade do direito fundamental ao devido processo legal nas relações privadas como consectário da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em geral.

Embora legatária da acepção iluminista de direitos do homem, a ideia da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas teve sua gênese nas construções da jurisprudência alemã, que desenvolveu as noções de ordem objetivas de valores, irradiação de direitos fundamentais por todo ordenamento jurídico e ponderação de interesses. Apenas de forma mediata a ideia da eficácia horizontal surgiu como consectário do Estado Social.

A partir da teoria do fato jurídico e da ideia de ato complexo, é possível se admitir a obrigação como processo, para então se admitir, por conseguinte, a eficácia do devido processo nos processos negociais em geral, nas hipóteses de adimplemento restritivo dos negócios (aplicação de sanções convencionais) e mesmo na execução do contrato de trabalho.

Os direitos fundamentais, contudo, na qualidade de princípios, são relativos e sujeitos à ponderação, quando em colisão com outros princípios, o que é natural e esperado num catálogo amplo como o brasileiro. A busca de soluções para os problemas que envolvem colisões de direitos fundamentais, segundo a teoria dos princípios hegemônica, requer que se aceite a ponderação como procedimento racional e compatibilizador dos conflitos, que por vezes reclama restrições e sacrifícios de certos interesses.

Tal concepção dos direitos fundamentais é, segundo cremos, a maneira mais racional de compatibilizar uma plena aplicabilidade do princípio do devido processo legal com o princípio da autonomia da vontade, de modo a proteger o indivíduo submetido aos poderes privados de eventuais abusos tendo em conta, ainda as-

⁴⁷ ALEXY, 2007, p. 100.

sim, a possibilidade de restrição e limitação de seus próprios direitos fundamentais, inclusive o direito a um processo devido.

Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BAYLOS, Antonio. Proteção de direitos fundamentais na ordem social – o direito ao trabalho como direito constitucional. **Revista trabalhista – direito e processo**, Rio de Janeiro, v. 10, p. 21-51, 2004.
- BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- BUELGA, Gonzalo Maestro. **La constitución del trabajo en el Estado Social**. Granada: Comares, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 1.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. **Direitos fundamentais** – Limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GIL Y GIL, Jose Luis. **Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa**. Madrid: Secretaria General Tecnica (Centro de Publicaciones), 1993.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. **Direito do trabalho e ideologia**. Tradução de António Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SIMM, Zeno. Os direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, nº 11, p. 1287-1303, nov. 2005.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.