

# **A Aplicação das Garantias Fundamentais nas Relações Privadas: Um Estudo de Caso do Tribunal de Justiça de São Paulo**

The application of fundamental guarantees in private affairs: a study of case from the justice court of San Paulo

**Cristiana Maria Maia Silveira<sup>1</sup>**

**Bruno César Braga Araripe<sup>2</sup>**

## **RESUMO**

A garantia do contraditório e ampla defesa nas relações privadas é um tema de inegável importância. O foco deste artigo é analisá-lo a partir de um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo proferido em razão da exclusão de um sócio minoritário em uma sociedade limitada. O excluído alega não ter sido aplicada a garantia no momento de sua exclusão. A base empírica é a Constituição Federal Brasileira de 1988. O enfoque metodológico desta pesquisa pode ser caracterizado como qualitativo, de caráter exploratório e descritivo. Como resultado constatou-se que o TJ de SP não aplicou a garantia em estudo no acórdão proferido, indo de encontro ao que a doutrina majoritária e a jurisprudência pregam: a aplicação dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas.

**Palavras-chave:** Garantias fundamentais. Contraditório. Ampla defesa. Constituição Federal Brasileira de 1988.

## **ABSTRACT**

The guarantee of contradictory and full defense in private affairs is a matter of undeniable importance. The focus of this paper is to analyze it based on a judgment of Court of Justice of São Paulo related to the exclusion of a minority partner in a limited partnership. The excluded part claims not to have been applied to guarantee at the time of his exclusion. The empirical basis is the 1988 Brazilian Federal Constitution. The methodological approach of this research can be characterized as qualitative, exploratory and descriptive. As a result, there is an evidence that this Justice Court did not apply the guarantee in question and it is against to what the majority doctrine and jurisprudence, which suggests the application of fundamental rights and guarantees in private affairs.

**Keywords:** Fundamental Guarantees. Contradictory. Full Defense. 1988 Brazilian Federal Constitution.

---

<sup>1</sup> Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza.

<sup>2</sup> Discente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza.

## INTRODUÇÃO

Com o surgimento do neoconstitucionalismo e com a introdução da Teoria da Supremacia da Constituição, todo texto infraconstitucional passou a ser interpretado a luz da Lei Fundamental de um Estado.

Dentre os assuntos introduzidos nas Constituições de todo o mundo no Pós Guerra, têm-se os Direitos e Garantias Fundamentais. A doutrina tradicional dominante do Século XIX sustentava que a aplicação destes direitos visava apenas defender o indivíduo contra as ações do Estado. Não sendo utilizado para as relações privadas.

Entretanto, o ordenamento jurídico é um todo sistemático e a “*Supremacia Hierárquica da Constituição*” implica que, no processo hermenêutico, esta sirva de parâmetro de aferição da validade e de identificação do sentido das normas infraconstitucionais.” (PEREIRA, 2006, P. 49).

Diante disso, o presente artigo propõe estudar uma decisão proferida pela 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo que julgou, no dia 20 de outubro de 2011, a Apelação nº 9119256-71.2006.8.26.0000, proveniente da comarca de São José dos Campos, após o ajuizamento de uma Ação de Anulação de Deliberação de Exclusão de Sócio minoritário de uma Sociedade Limitada, que teve como relator o Desembargador Teixeira Leite.

O apelante alega cerceamento de defesa na sua exclusão da sociedade tendo em vista que não foi convocado para a assembleia que deliberou a sua eliminação. Proferida decisão, esta teve como resultado sentindo apostado ao desejado pelo apelante, pois afirma que a expulsão foi legal, já que a ela ocorreu porque o sócio minoritário ficou mais de um ano afastado da empresa e assim houve a perda do *affectio societatis*. Contudo, nela não foi levado em consideração os dispositivos constitucionais, em especial o princípio do contraditório e ampla defesa.

A garantia da ampla defesa e do contraditório é consagrada dentro do texto da Lei Fundamental, precisamente no artigo 5º, LV, o qual dispõe que “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” (BRASIL, *on-line*, 2011).

Tendo em vista que, segundo Barcelos (2006, p.39), a Constituição vincula todos dentro do sistema, além de ser norma jurídica central, não pode interpretar as relações existentes e as leis infraconstitucionais deixando de lado a efetividade da Lei Maior. Aliados ao fato de que, atualmente, predominam as posições teóricas que aceitam a aplicação dos direitos e garantias fundamentais na relação jurídica entre pessoas privadas, uma vez que esses institutos têm aplicação imediata de acordo com o art. 5º § 1º da CF/88.

Em função destas considerações, o presente trabalho busca fazer uma crítica da mencionada decisão, ocorrida no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, analisando o caso concreto a partir de uma interpretação Constitucional das normas infralegais com base na Supremacia da Constituição, levando em consideração a constitucionalização do direito civil, as teorias sobre a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, como também da garantia do contraditório e da ampla defesa.

## **1. POR UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMATIZADA COM A CONSTITUIÇÃO**

A hermenêutica apresenta uma teoria normativa da compreensão. Grande evolução ocorreu desde o seu início até os dias atuais, podendo ser citado como algumas de suas fases: a hermenêutica, a hermenêutica científica, hermenêutica jurídica clássica e nova hermenêutica constitucional.

No século XVIII, Gustav Hugo ensinou que a lei é o produto do gênero nacional. Esta ideia foi adotada por seu discípulo, Karl Friedrich Eichhorn, e exaustivamente desenvolvida na obra *History Of German Law and Institutions*, que fixou o modelo básico de toda a historiografia do século XIX. Já Karl von Savigny e Jacob Grimm não tardaram em juntar forças com Eichhorn e colocaram sua grande perícia e brilhante inteligência ao serviço da ideia e da lei, sendo uma verdade de sentido comum pelo menos durante um século. (BAUMAN, 2007)

A hermenêutica como um rigoroso método de interpretação surgiu com Schleiermacher e Dilthey, pois eles a tornaram uma teoria científica da interpretação. Somente a partir do século XIX é que ela entrou no Direito através de Savigny ao criar um dogmatismo exegético muito

disseminado em sua época. A hermenêutica jurídica clássica era metodológica e científica, voltadas para as normas com estruturas de regras (MAGALHÃES FILHO, 2009)

A nova hermenêutica constitucional é menos técnica e mais aberta, com influência da hermenêutica existencial ou ontológica de Gadamer, assim como da Tópica de Viehweg (MAGALHÃES FILHO, 2009). Um dos grandes defensores é Peter Haberle, que propõe uma adoção de uma hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta. A interpretação constitucional dos juízes, não deve ser a única. Os cidadãos, órgãos estatais, sistema público, opinião pública podem atuar, pelo menos como pré-interpretetes do complexo normativo constitucional. (HABERLE, 1997).

Para Pereira (2006, p. 47) “toda interpretação teve de ser contextualizada, uma vez que o interprete não capta o sentido da norma fora de sua existência histórica”. No mesmo sentido, Muller (2005, p. 47) afirma que “a interpretação do teor literal da norma é um dos elementos mais importantes no processo da concretização, mas somente um elemento. Uma metódica destinada a ir além do positivismo legalista deve indicar regras para a tarefa da concretização da norma no sentido abrangente da práxis efetiva.”

A interpretação constitucional é extremamente importante, pois através dela é que as demais normas do ordenamento jurídico serão válidas (KELSEN, 1984). Assim, deve-se procurar o verdadeiro alcance da Constituição, para que, conseqüentemente, tenha a abrangência das normas infraconstitucionais. Aliado a isto, há a Teoria da Supremacia hierárquica da Constituição, regulamentando que todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com os preceitos normativos constitucionais. Tendo em vista que a Constituição vincula todos dentro do sistema (Barcelos, 2006, p.39), além de ser norma jurídica central, as leis constitucionais e as relações existentes não podem ser interpretadas de modo que deixe de lado a efetividade da Lei Maior. Para Pereira (2006, p. 49) “a superlegalidade formal e material da Constituição faz com que esta irradie sua eficácia sobre toda a ordem jurídica, conformando a atividade do Estado e a vida social”.

Assim o ordenamento jurídico de um Estado deve ser analisado com um todo. A interpretação e concretização da norma infralegal deve ser feita a partir do contexto da norma constitucional já que

O sentido histórico-político de uma constituição está no fato dela ser o ordenamento fundante de uma determinada sociedade, incluídas as suas forças divergentes. O direito constitucional diz respeito à fundamentação da sociedade estatalmente organizada e do seu ordenamento jurídico global. Suas prescrições não estão garantidas por normas jurídicas hierarquicamente superiores. (Müller, 2005, p. 47)

Uma forma de interpretar o direito é aplicá-lo ao caso concreto. Esta atividade é exercida por um órgão do Estado, através de seus juízes ou funcionários públicos em geral, que se utiliza da norma do ordenamento jurídico para empregar às circunstâncias de fato. Alguns jusfilósofos destacam a relação entre interpretação e aplicação do direito que, embora façam parte de teoria distintas, no momento da elaboração da decisão jurídica ficam frente a frente, instante em que a aplicação e criação do direito se entrelaçam.

A tarefa da práxis do direito constitucional é a concretização da constituição por meio da instituição configuradora de normas jurídicas e da atualização de normas jurídicas no Poder Legislativo, na administração e no governo; ela é a concretização da constituição que primacialmente controla, mas simultaneamente aperfeiçoa o direito na jurisprudência, dentro dos espaços normativos. (Müller, 2005, p. 36)

Para Müller (2005), publicação da fundamentação da decisão é um elemento de estabilidade do ordenamento jurídico. A importância disto se dá por convencer os atingidos, tornar a decisão controlável por parte dos tribunais de instância superior em razão de possível reexame, além de possibilitar a aplicação do mesmo entendimento por outras demandas jurídicas.

Um ponto que não pode ser deixado de lado na interpretação da norma constitucional é a importância dos direitos e garantias fundamentais. Há autores que fazem a diferença entre os dois institutos, afirmando que os direitos fundamentais são os princípios jurídicos positivados em vigor numa ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal. Já as garantias fundamentais são os meios processuais existentes para a defesa dos direitos fundamentais. Segundo Miranda,

Os direitos representam só por si certos bens; as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelos nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se” (MIRANDA, 1993, p. 88-89)

A teoria dos direitos fundamentais é de extrema importância, pois eles pertencem a um conjunto normativo forte, sendo considerado por alguns autores como autônomos. Muller aponta a diferença entre eles e os princípios interpretativos constitucionais, ressaltando sua relevância:

Os princípios da interpretação da constituição desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência só são autônomos em grau reduzido. Na maior parte eles configuram subcasos dos aspectos linguísticos, históricos, genético, sistemático e “teleológico” da concretização. Os pontos de vista autônomos são a aceção dos direitos fundamentais como um “sistema de direitos fundamentais” fechado e coerente, destacado do contexto das normas constitucionais restantes, e a concepção do direito constitucional como uma “ordem de valores” ou como um “sistema de valores”; outrossim, o imperativo da interpretação das leis em conformidade com a constituição e o critério de aferição da correção funcional da concretização da constituição. (Müller, 2005, p. 71-72)

Assim, nos dias atuais, a interpretação das normas infraconstitucionais deve estar conectada com o que estabelece as normas constitucionais, sem deixar de lado os direitos e garantias fundamentais.

## **2. O DIREITO CIVIL ANTES E DEPOIS DA SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO**

Nenhum ramo jurídico, no atual estágio do direito, pode furtar-se à submissão completa aos parâmetros existentes na Lei Fundamental, já que atualmente não há contestação em relação à supremacia das normas constitucionais.

Todavia nem sempre foi assim. Ao longo da história há uma alternância da primazia do público sobre o privado e vice-versa, constatando um movimento cíclico. Na Grécia Clássica, pode-se dizer que havia certa igualdade entre os ramos jurídicos, já que os cidadãos participavam das reuniões da ágora, tanto para decidir interesses da comunidade quanto para julgar seus compatriotas em processos públicos. Já em Roma, ocorre uma divisão mais clara entre as duas áreas, tendo os cidadãos interferência muito pouco no âmbito público.

No período medieval, por ter como principal estrutura os feudos, houve uma preponderância do privado sobre o público, já que todos os assuntos eram decididos pelos senhores feudais e tudo girava em torno da propriedade.

Com o fim da idade média, ocorreu a imigração da população dos feudos para as cidades e a formação do Estado Moderno. Neste período há uma nova reorganização entre o público e o privado, tendo em vista que a segurança da população, administração das cidades, campanhas militares ficaram concentradas nas mãos do soberano. Assim foi necessário desenvolver a esfera pública. Vale destacar que nesse período havia um crescimento da burguesia que expandia o comércio, derrubando as barreiras alfandegárias e multiplicando as moedas, buscando com isso progredir o ramo privado. Por consequência, começou a haver a dicotomia marcante entre o Direito Público e Direito Privado. Segundo FACCHINI NETO (2003, p.17),

O Direito Público passa a ser visto como o ramo do direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, ao passo que o Direito Privado é compreendido como o ramo do direito que disciplina a Sociedade Civil, as relações intersubjetivas, e o mundo econômico (sob o signo da liberdade). As relações privadas são estruturadas a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (reinos esses que o Direito Público não podia atingir) em todos os Códigos civis que surgem nesse primeiro ciclo das codificações.

Após a Revolução Francesa, predominou o Estado Liberal e sua pouca intervenção, preponderando o direito privado sobre o direito público. A criação contemporânea de direitos fundamentais foi delineada de acordo com o pensamento iluminista, pois, naquela época, buscava-se distanciar as práticas estatais absolutistas da esfera privada. A separação do Estado e da sociedade era tida como garantia das liberdades. Assim consagrou-se a igualdade formal, a garantia da liberdade individual e o direito de propriedade.

Neste mesmo momento surgiram os Códigos, porquanto havia uma necessidade de regular todo o espaço jurídico de uma nação. Consistia-se, assim, a vitória jurídica da burguesia sobre a antiga nobreza e seus privilégios, fato este confirmado ao analisá-los, percebendo-se que neles continha a ideologia da burguesia, isto é, liberalismo econômico, valorização da propriedade territorial e liberdade contratual.

Em todo este contexto, surgiram os direitos fundamentais e o seu embasamento filosófico, qual seja, a garantia do cidadão em face do Poder Público. Sarlet (2011, p. 45) ratifica esta ideia ao escrever que “a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais [...] culminou com a afirmação (ainda que não em caráter definitivo) do Estado de Direito, na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos.

Todavia, com as transformações que ocorreram no século XIX, em especial as decorrentes da Revolução Industrial, mostraram que a abstenção estatal não podia continuar. A partir de então, começaram a ser questionadas as ideias de não intervenção do Poder Público nas relações sociais. Assim, no século XX inicia-se o que se denomina de *Welfare State* e com ele nascem os direitos de segunda geração e ganha força uma maior manifestação estatal. Neste momento surgiu a proteção do direito ao trabalho, à saúde, à educação, à moradia, à cultura, ao lazer com o objetivo de diminuir as disparidades existentes.

Os direitos fundamentais, até então embasados na não interferência estatal, ganham uma nova roupagem e passa a estabelecer várias obrigações positivas por parte do Estado. Conforme Sarlet (2011, p.47), “a nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do estado na esfera da liberdade individual, mas, sim [...] de propiciar um direito de participar do bem-estar social. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.” A doutrina mostra que os principais aplicadores da constitucionalização destes direitos foram as constituições mexicana (1917), russa (1918) e alemã (1919).

Então houve uma modificação entre a separação do Direito Público e o Privado, de modo que a preponderância do Direito Civil foi enfraquecida pela incidência de normas constitucionais no Direito Privado. Não há como negar que o modelo do *Welfare State* trouxe mudanças também para o direito civil, tendo em vista que ocorreu

Uma certa *publicização* do direito privado, no sentido em que o Estado passa a intervir de forma imperativa, em extensas áreas que antes eram deixadas ao livre jogo das vontades privadas. Parte dessa regulamentação passou a ter tamanha importância que foi elevada à dignidade constitucional. Temos, então, o fenômeno da *constitucionalização* de certos princípios e institutos fundamentais do direito privado. (FACCHINI NETO, 2003, p. 29)

A Alemanha foi o primeiro país a colocar em prática a idéia acima através do *leading case* chamado “caso Lüth” em 1950.<sup>1</sup> Neste caso, Lüth foi processado por perdas e danos por expressar

---

<sup>1</sup> Este caso é comentado por vários autores. Ver 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 como público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 124; MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constitucionalização, direitos fundamentais e direito**

a sua opinião sobre um filme. A Corte Constitucional Alemã, desempenhando seu papel de guardião dos direitos fundamentais dos indivíduos contra agressões advindas tanto do Poder Público como de particulares, aceitou a tese jurídica do direito fundamental à liberdade de expressão de Lüth, dando ganho de causa a ele. Nesta celebre decisão alemã, “restou assinalado o significado jurídico objetivo dos direitos fundamentais e seu efeito irradiador sobre o direito civil, tomando-se posição, com isso, a respeito do efeito perante terceiros dos direitos fundamentais”. (FACCHINI NETO, 2003, p. 29). Entendeu-se, desse modo, que os direitos fundamentais devem ser levados em consideração, sem o litigo perder a sua natureza de lide privada, contudo, sem deixar de conter a influência do direito constitucional.

Não pode ser deixada de lado, no estudo da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, a influência do neoconstitucionalismo no estudo do direito constitucional. O neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, “trazendo como principais mudanças de paradigmas, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.” (BARROSO, 2010, p.118)

Com a força normativa da Constituição, os dispositivos nela inseridos que eram tidos como exortações morais em um documento político, passam a ter imperatividade vinculante, com aplicação coercitiva exigível.

Qualquer debate acerca dos direitos e garantias fundamentais no meio das relações privadas deve abordar o reconhecimento da constitucionalização do Direito Civil, já que nenhum ramo jurídico pode evitar a obediência aos parâmetros dispostas na Lei Fundamental, tendo em vista a supremacia das normas constitucionais.

Em relação ao Brasil, especificamente, percebeu uma notória influência individualista no Código Civil de 1916, que dava destaque ao indivíduo e o aspecto patrimonial, acarretando reflexos no âmbito de incidência das normas reguladoras das relações privadas.

Com a supremacia da Constituição, tal visão mudou o posicionamento civilista no ordenamento jurídico. Com isto, a clássica dicotomia público/privado sofreu uma relativização de sua abrangência, isto é, houve “um suavizar das fronteiras demarcatórias das áreas do direito, sem suprimir, todavia, a clássica distinção entre o público e o privado”. (MELGARÉ, 2010, p. 153).

Por meio da Constituição de 1988, houve uma releitura dos institutos do Direito Civil. “A constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”. (BARROSO, 2007, p. 20).

### **3. TEORIAS SOBRE A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

Em relação à aplicação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas há algumas teorias: a negação da eficácia dos direitos fundamentais e a doutrina da *State Action*, teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, dentre outras. O presente tópico abordará somente as duas últimas em razão do que está regulado em nossa Lei Fundamental.

Nipperdey foi a primeira pessoa a sugerir a aplicação dos direitos fundamentais nas relações inter privados (*Drittwirkung der Grundrechte*) em um trabalho publicado em 1954 na Alemanha, pondo-a em prática ainda no mesmo ano. Sobre esse assunto, Ubillos tece o seguinte comentário afirmando que

Es a partir de La década de los 50 cuando em Alemania comienzan a oirse voces que defienden la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, si bien com modalidades y condiciones de aplicación diferentes. [...] Es n concreto una sentencia de la Sala Primeira de este tribunal del año 1954 la que sugiere por primeira vez esa relevancia directa em las relaciones inter privados. En ella se recoge la afirmación de que los derechos fundamentales contienen ‘principios ordenadores para la vida social’ de carater vinculante, que tienen una significación inmediata para el tráfico jurídico privado. (UBILLOS, 2003, p. 307)

Normalmente utiliza-se a expressão eficácia horizontal dos direitos fundamentais para fazer referência à aplicação destes direitos nas relações entre particulares com o objetivo de se contrapor à idéia de eficácia vertical, expressão que está relacionada à aplicabilidade destes direitos como protetores do indivíduo contra o abuso ou arbítrio do Estado, visando impedir a interferência do

deste na vida privada.<sup>2</sup> De acordo com Figer (2000, p. 91-92), “esse atuar, não mais passivo, em que as relações se estabeleciam entre Estado e indivíduo, *verticalmente*, se faz necessário entre as relações interprivadas, *horizontalmente*, pois a agregação aos direitos fundamentais, em especial o direito de igualdade, no mais das vezes tinha, por origem, os detentores do poder social e econômico”.

A teoria da eficácia indireta ou mediata (*Mittelbare Drittwirkung*) foi elaborada primeiramente por Günter Düring em uma obra publicada em 1956. Seus defensores afirmam que os direitos fundamentais nas relações entre particulares somente podem ser aplicado no caso concreto após uma prévia intervenção legislativa, isto é, o legislador privado fica com a função de mediar a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares através de elaboração de leis que, de forma abstrata, arrolaria situações nas quais seria plausível a incidência destas normas sem afronta à autonomia privada.

Esta teoria “nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o direito privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional” (SARMENTO, 2010, P. 198). Assim, estaria dando ao Poder Judiciário um poder excessivo, caso não exista a norma infraconstitucional, pois o julgador poderia retirar do texto constitucional um direito fundamental e aplicá-lo diretamente, acarretando insegurança jurídica tendo em vista o grau de indeterminação destas normas. Segundo Ubillos (2003, p.310), os defensores da eficácia através da lei, afirmam que os juízes “se converteria en el señor del derecho fundamental, una circunstancia que juzgan inquietante”.

A teoria da eficácia direta ou imediata defende a possibilidade de alguns direitos fundamentais serem aplicadas diretamente do texto constitucional. Deve-se ressaltar a expressão “alguns direitos fundamentais”, pois, por razões lógicas, alguns deles somente podem ser aplicados

---

<sup>2</sup> A doutrina aponta algumas críticas a cerca desta expressão. Em relação ao tema ver o 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 como público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 114.

pelo poder público, sem que isso retire a força da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais.<sup>3</sup>

Dentre as duas teorias discorridas, teoria da eficácia direta ou imediata é a que deve ser seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro em razão do que dispõe o art. 5º, §1º: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, *on-line*, 2011). Além do mais, a jurisprudência brasileira, sobretudo o STF, vem aplicando-a em suas decisões.

De acordo com Sarmiento (2010, p.328-329), caso tenha alguma legislação ordinária regulando uma situação, é de competência do juiz, a princípio, interpretar a norma e aplicá-la de acordo com o caso concreto, salvo se a norma for inconstitucional, situação que terá que afastá-la. Todavia, na hipótese de omissão do legislador, pode extrair uma solução da Lei Fundamental.

Outro ponto que cabe destacar é que a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais não significa a sua aplicação de maneira absoluta e sem critérios frente ao caso concreto. A doutrina especializada defende a idéia de que a autonomia privada deve ser analisada sob a ótica do direito fundamental que foi violado. Somente após uma ponderação dos aspectos conflitantes é que deve fazer a opção por preponderar algum deles. A razão disso é para que prevaleça uma maior proteção aos indivíduos frente aos grupos privados ou indivíduos poderosos, mostrando uma especial sensibilidade às relações de desigualdade que se multiplicam no mundo privado.

Muitos defendem que esta teoria promove o esvaziamento da autonomia privada, gera insegurança jurídica pela ampliação dos poderes dos juízes frente ao do legislador democrático e a desfiguração do Direito privado pelos direitos fundamentais. Contudo Sarmiento (2010, p. 328) rebate todas estas críticas alegando que

A autonomia privada no direito pátrio não é absoluta, e não será desconsiderada pela aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas entre particulares, desde que seja devidamente sopesada na ponderação de interesses. A insegurança jurídica também existe na aplicação das cláusulas gerais do Direito Privado, e ela pode ser

---

<sup>3</sup> Como exemplos, podem ser citados os direitos sociais e políticos previsto, respectivamente, nos capítulos II e IV do Título II da Constituição Federal de 1988.

minimizada com a construção de Standards adequados de ponderação. O fortalecimento dos poderes judiciais na aplicação do direito é uma consequência do pós-positivismo, que investe na juridicidade dos princípios, e da assunção da supremacia material da Constituição, potencializada pelos diversos mecanismos de jurisdição constitucional. E esta supremacia, aliada à ambição normativa de constituições como a brasileira, que propositadamente se imiscuem nas relações privadas, produz, como resultado inexorável, a constitucionalização do Direito Privado. (SARMENTO, 2010, P. 328)

#### **4. GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

O conceito de garantias está intrinsecamente ligado à definição de direitos fundamentais. Assim, é necessário primeiramente delimitar os direitos fundamentais e, depois, adentrar no estudo das garantias.

Segundo Lopes (2001, p.35) “os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal”. Já as garantias “tradicionalmente, correspondiam ao direito que todo cidadão tinha de exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos. Na atualidade, salienta-se o seu caráter instrumental, na medida em que se identificam com os meios processuais adequados à defesa dos direitos fundamentais, com o que não se confundem mais com os próprios direitos”. (LOPES, 2001, p. 45). Diante das definições, pode-se dizer que as garantias são os meios processuais adequados à defesa dos direitos fundamentais.

Na Lei Fundamental vêm expressas várias garantias, contudo será objeto de estudo somente a garantia do contraditório e da ampla defesa em razão do caso concreto que o artigo se propõe a estudar. Tal garantia está positivada no art. 5º, LV: “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”. (BRASIL, *on-line*, 2011).

Contraditório significa o acusado poder ter ciência da acusação a que está a si imputada e de então poder manifestar-se contra ela. Já a ampla defesa é a possibilidade do acusado produzir as provas que entenda ser essencial para demonstrar que a sua alegação corresponde à verdade.

O contraditório está ligado ao direito fundamental à igualdade previsto no art. 5º, I da CF. “A isonomia prometida pela Constituição de 88 não é apenas formal. Ela não representa só um limite, mas configura também uma verdadeira meta para o Estado, que deve agir positivamente para promovê-la, buscando a redução para patamares mais decentes dos níveis externos de desigualdade presentes na sociedade brasileira” (SARMENTO, 2010, p. 141-142). Ainda segundo Santos (2011, p. 56) ela deve “assegurar a paridade de tratamento entre as partes”.

A garantia da ampla defesa está associada ao direito fundamental de liberdade estabelecido também no art. 5º, I da CF. Segundo Canotilho (1999, p. 1180-1181), a liberdade pode ser vista sob três pontos: liberdade como direito de defesa (*abwehrrecht*), liberdade no sentido de direito à liberdade e liberdade no sentido de alternativa de comportamento. No caso em análise aplica-se a liberdade como direito de defesa.

O contraditório e a ampla defesa estão atrelados à idéia de processo.<sup>4</sup> Todavia, fazendo uma interpretação do artigo 5º, LV da CF, esta garantia deve ser aplicado não somente dentro do processo, mas sim diante de qualquer acusação geral. Ratificando este raciocínio, “um dos direitos fundamentais que se apontam como de incidência no âmbito dos relacionamentos privados é o direito de ampla defesa. Este direito é tido como de observância obrigatória, em se tratando de exclusão de sócio ou de membro de associação particular”. Continua ainda afirmando que “casos, no entanto, de desprezo à garantia de defesa do expulso - defesa que há de abranger a notificação das imputações feitas e o direito de ser ouvido - tendem a ser inseridos na lista dos temas de índole

---

<sup>4</sup> Para este estudo, a maioria dos conceitos encontrados relaciona-se ao processo. Conforme Santos (2011, 56), “o direito fundamental à igualdade (art. 5, I da CF/1988 e art. 125, I, do CPC) apresenta-se no processo em duas perspectivas. Do ponto de vista estático, diz respeito à estrutura do processo, o qual deverá ser organizado de forma isonômica, evitando privilégios e corrigindo eventuais desigualdades a partir da previsão de técnicas processuais que possibilitem essa finalidade. Em perspectiva dinâmica, por sua vez, a igualdade relaciona-se à direção do processo, que deverá assegurar a paridade de tratamento às partes”. (SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, n.192, p. 47-96, 2011). Para Reichehelt (2008, p. 338), “observa-se que a garantia do contraditório tem por conteúdo quatro parâmetros mínimos que devem ser observados quando do desenvolvimento da marcha do processo: a) o direito dos sujeitos processuais à participação no debate processual; b) o direito à instauração de um diálogo entre sujeitos processuais; c) o direito ao estabelecimento de uma mecânica de colocação entre os sujeitos processuais para a construção do provimento jurisdicional e d) o direito dos sujeitos processuais a não serem surpreendidos quando da prolação da decisão jurisdicional.” (REICHELT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n.162, p. 330-351, 2008.).

constitucional, em que se admite, ademais, a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das associações particulares”. (BRANCO, *on-line*, 2011).<sup>5</sup>

Assim, é como tem manifestado o Supremo Tribunal Federal, como faz-se possível observar no Recurso Extraordinário n 201.819/ RJ.<sup>6</sup> Abaixo, partes importantes da ementa:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (BRASIL, *on-line*, 2011).

No mesmo sentido, o RE n° 158.215/ RS<sup>7</sup> que defende a incidência direta dos direitos fundamentais sobre a relação entre particulares, em especial a aplicação da garantia do contraditório e ampla defesa no caso de membro expulso de cooperativa. Transcreve-se, a seguir, a ementa:

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 se torne 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. (BRASIL, *on-line*, 2011).

---

<sup>5</sup> De acordo com o exposto acima a ampla defesa é uma garantia e não um direito fundamental.

<sup>6</sup> RE n 201.819/RJ, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, segunda turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27/10/2006.

<sup>7</sup> RE n 158.215/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda turma, julgado em 30/04/1996, DJ 07/06/1996.

De acordo com as considerações acima, não há como negar que no Brasil, no caso de expulsão de sócio de sociedade ou cooperativa, deve ser concedida, inicialmente, a oportunidade do excluído de apresentar as suas razões, em respeito a imperativa contida nas garantias do contraditório e ampla defesa existente nas relações entre particulares.

## CONCLUSÃO

A aplicação das normas do direito civil dissociado de uma interpretação constitucional não vigora nos dias atuais. Hodiernamente prevalece a Teoria da Supremacia Hierárquica da Constituição. Através da sua aplicação aliado às técnicas interpretativas é que são delimitadas as normas válidas do ordenamento jurídico. Dentro deste contexto, não pode ser esquecida a teoria dos direitos fundamentais e garantias fundamentais, já que constituem um conjunto normativo forte de uma Carta Magna.

Ao aplicar o direito ao caso concreto em uma decisão jurídica, a subsunção das teorias ao fato é percebida na fundamentação. Apesar do relatório e dispositivo, a fundamentação é uma parte importantíssima em um acórdão, pois é por causa dela que os atingidos são convencidos, além de tornar a decisão controlável por parte dos tribunais de instância superior em razão de possível reexame e de possibilitar a aplicação do mesmo entendimento por outras demandas jurídicas.

Entretanto não foi o que ocorreu no caso em estudo já que o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo no acórdão da apelação nº 9119256-71.2006.8.26.0000 demonstrou, ao menos neste caso, discordância com a doutrina majoritária e jurisprudência do STF.

Transcrevendo-se o teor do referido acórdão, lê-se que o apelante “em suas razões (fls. 225/236) alega cerceamento de defesa [...]. Reitera que sua exclusão da sociedade foi ilegal, pois, ausente a justa causa e realizada de forma extrajudicial. Acrescenta que as regras do novo código civil determinam que o sócio excluído tenha direito de se defender, o que não ocorreu, já que não foi convocado para a assembléia”. Todavia, em sua decisão<sup>8</sup>, o Tribunal caminhou em sentido

---

<sup>8</sup> As idéias defendidas neste artigo não “caem por terra” diante do argumento utilizado pelo relator de que no caso concreto deve ser aplicado as normas do Código Civil de 1916 em razão da data do fato ocorrido, isto é, 23 de dezembro de 2002 (novo código civil somente entrou em vigor no dia 10 de janeiro de 2003) por quatro motivos: 1) art. 5º §1º da CF impõe a eficácia imediata das normas e garantias fundamentais, 2) o fato ocorreu na vigência da CF

oposto, pois argumentou que a exclusão foi legal, tendo em vista a quebra do *affecitio societatis*<sup>9</sup>, evitando-se por completo de abordar a questão levantada pelo apelante de cerceamento de defesa no momento de exclusão do sócio, isto é, antes do processo, não permitindo, para tal caso, que houvesse a ingerência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas.

Conforme observado no decorrer do artigo, o direito comparado, a doutrina majoritária e a jurisprudência estão concordes em aplicar os direitos e garantias fundamentais nas relações privadas, baseado no art. 5º § 1º da CF, isto é, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, *on-line*, 2011).

A garantia do contraditório e da ampla defesa está no art. 5º, LV da nossa Lei Fundamental e estabelece que “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”. (BRASIL, *on-line*, 2011). Pela interpretação da norma transcrita, conclui-se que a garantia em estudo não deve ser aplicada somente dentro do processo, mas também perante a acusação de uma pessoa por algum fato.

É evidente, portanto, que a decisão proferida não está em conformidade com a interpretação constitucional que deve ser dado à norma infraconstitucional e com o que há de mais recente na doutrina e jurisprudência brasileira, em especial ao que se refere a aplicação da garantia do contraditório e ampla defesa nas relações entre privadas.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flavio. (orgs.). **Direitos fundamentais: um estudo em homenagem ao professor Ricardo Galdino Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**- tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

---

88 e 3) aplicação do princípio da força normativa da Constituição já falado anteriormente- p. 5 deste artigo, 4) unidade do ordenamento jurídico.

<sup>9</sup> *Affecitio societatis* significa a intenção dos sócios em constituir uma sociedade.

BAUMAN, Zygmunt. La hermenêutica y las ciencias sociales. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Associações, expulsão de sócio e direitos fundamentais. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/PDF\\_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-PAULO-GUSTAVO-GONET.pdf](http://www.direitopublico.com.br/PDF_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-PAULO-GUSTAVO-GONET.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2011.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>> Acesso em: 15 nov.2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico- evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constitucionalização, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FINGER, Julio Cesar. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes como público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos interpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. **Minidicionário Houaiss de lexicografia e banco de dados da Língua Portuguesa S/C Ltda**. 3 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista machado. 6 ed. Coimbra: Armenio Armando, 1984.

MAGALÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. 3 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. T. IV. Coimbra: Coimbra, 1993.

MELGARÉ, Plínio. Notas sobre a repersonalização do direito civil. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (org.). **Dignidade da pessoa humana- fundamentos e critérios interpretativos**. [S.I]: Malheiros, 2010.

MÜLLER, Frieddrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. São Paulo: Renovar, 2005.

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

SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, n.192, p. 47-96, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Em qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamnetales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 229-338.