

# DA APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS COMO CONSEQUÊNCIA DA HORIZONTALIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

João Lucas Martins<sup>1</sup>

## Resumo

Sempre foi e sempre será notória a relevância do estudo dos direito e garantias fundamentais para alcançar uma melhor compreensão, construção e aplicação do direito. Perseguindo, portanto, tais objetivos, busca-se com o presente trabalho explorar a extensão do direito fundamental ao princípio do devido processo legal no âmbito das relações privadas. Para tanto, na medida necessária será explanado sobre o conteúdo do princípio citado, demonstrando suas dimensões formal e material. Ainda será abordado o tema da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, demonstrando as teorias que se arrimam ao assunto, sendo este ponto a chave para a compreensão do tema em pauta. Por fim, com os conceitos necessários preestabelecidos será mostrado em nosso ordenamento jurídico o que se tem a título de exemplo positivado na legislação sobre o assunto, bem como, de forma selecionada o alcance do devido processo legal emanado da Constituição para o caso concreto.

Palavras-chave: Relações privadas. Eficácia horizontal. Garantias fundamentais.

## Abstract

It always was and it always will be notes the relevance of the study of law and guarantees to achieve a better understanding, construction and application of the law. Therefore pursuing these goals, we seek to explore in this paper the extension of the fundamental right to the principle of due process in the context of private relations. For both the extent necessary will be explained on the content of the principle quoted, demonstrating their formal and material dimensions. Even discuss the issue of horizontal effect of direct and fundamental guarantees, demonstrating the theories that arrimam the subject, which is the key point for understanding the topic at hand. Finally, with the necessary pre-established concepts show in our legal system that we have an example positivised in legislation on the subject, as well as the selected shape the scope of due process emanating from the Constitution to the case.

Keywords: Private relations. Horizontal effectiveness. Fundamental guarantees.

## 1 INTRODUÇÃO

Dentre alguns movimentos históricos que fincaram o ideal do Estado Liberal, um dos mais famosos foi a Revolução Francesa, onde a luta da burguesia com a ideia de igualdade, pregou e conseguiu conquistar uma limitação a intervenção do Estado, consagrado o que chamamos de liberdades públicas (direitos e garantias fundamentais de primeira Dimensão).

---

<sup>1</sup> Acadêmico de Direito na Instituição de Ensino Faculdade Eduvale Avaré. Joaosp-14@hotmail.com

Deste modo, passou-se do “império do rei” para o “império da lei”. Aqui, vale destacar as palavras de (NOVELINO, 2012, p.38):

O Estado de direito é um Estado liberal de direito, que representa a institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do *ancien régime*. Contra a ideia de um Estado de polícia, que tudo regula e que assume a busca pela “felicidade dos súditos” como tarefa própria, no Estado Liberal há nítida distinção entre forças políticas e econômicas (Estado de abstenção).

Em vista do espírito engajado de liberdade, por óbvio que a autonomia privada já existente acabou por se tornar mais forte, o que de certo modo causou instabilidades. Tanto é, que frente a total ausência do Estado no âmbito da economia, bem como na seara de direitos sociais, em certo momento passou-se a lutar por uma posição ativa do Estado. Frente a isso, como estopim foi o final da primeira guerra mundial para a transformação do Estado Liberal em um Estado Social. Gritou-se pela intervenção do Estado para que suprisse as necessidades populares, haja vista que pela experiência vivida, conclui-se que era necessária a presença mais próxima do Estado. Queria-se, portanto, que fosse devolvida uma sensação de bem estar, igual àquela quando da limitação conquistada com o Estado Liberal.

No entanto, o que sempre se comenta é esse dever, ora de abstenção, ora de intervenção Estatal na esfera particular. Todavia, nesses primeiros modelos não se buscou na mesma medida a aplicação desses direitos nas relações particulares, acredito que em razão de que o vivenciado era novo, não sendo alvo de preocupação naquele momento. Essa preocupação surgiu e foi segundo (NOVELINO, 2012, p. 409) “Defendida a partir da década de 1950, a concepção que sustenta a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais teve Hans Carl Nipperdey como um de seus defensores pioneiros”.

## **2 Das necessárias noções sobre os direitos e garantias fundamentais e sua horizontalização**

Para uma construção lógica do tema proposto mister se mostra a exposição de alguns conceitos, sendo assim de início devemos lembrar que quando estudamos o tema direitos e garantias fundamentais, sempre nos deparamos com uma evolução histórica, onde devido ao momento vivenciado, conquistou-se deveres do Estado para com seu cidadão.

Como é sabido e foi sumariamente trabalhado no tópico passado a primeira dimensão dos direitos fundamentais, que tem como um de seus expoentes a revolução Francesa de 1789, buscou e conseguiu limitar a intervenção do Estado na vida do particular, dando ao indivíduo direitos civis e políticos que se consagraram pela expressão “liberdades públicas”. Neste

primeiro marco histórico da evolução dos direitos e garantias fundamentais, conseguiu-se, portanto, a conquista de certos direitos ao cidadão (direitos civis e políticos), onde o Estado tem o dever de abstenção em relação a eles, não podendo assim interferir no exercício de tais direitos do indivíduo.

Só que não bastava a abstenção do Estado na vida do particular, isso era pouco, devia e deve o Estado equilibrar a balança social, deste modo, para que isso fosse feito, lutou-se pela implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sendo assim, aqui deve o Estado intervir para garantir uma isonomia substancial aos seus cidadãos. Essa é a segunda dimensão dos direitos e garantias fundamentais.

Ainda, há questões que transcendem a individualidade do ser humano, simplesmente porque existem preocupações que devem ser observadas à luz do gênero e não apenas do indivíduo, haja vista que não se compreendem só ao interesse individual. Com o espírito da fraternidade, buscando justamente tutelar essas situações devidas ao gênero, surgiram os direitos e garantias fundamentais de terceira dimensão, onde a preocupação se revela com os direitos metaindividuais, como por exemplo a proteção e o desenvolvimento do meio ambiente.

A doutrina ainda reconhece outras dimensões dos direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, uma quarta dimensão que na visão do Italiano Norberto Bobbio estaria ligada aos avanços no campo da engenharia genética. Todavia, em linha de pensamento diverso, a quarta dimensão estaria ligada a globalização política, explica (LENZA, 2012, p. 862 APUD BONAVIDES, p. 569) “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta dimensão, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”.

Digno de nota é o pensamento de Norberto Bobbio para alcançar uma compreensão do significado dessas dimensões, assevera o autor que:

Às primeiras, correspondem os direitos de liberdades; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direito possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie (BOBBIO, 1992, p. 6).

Superada a explicação propedêutica, o que revela de maior valia é observar que das dimensões dos direitos e garantias fundamentais expostas, todas revelam uma relação entre o Estado e o particular, ora sendo obrigado o Estado a não fazer, ora obrigando-se a fazer.

Verifica-se, portanto, uma situação de verticalidade entre os sujeitos da relação dos direitos e garantias fundamentais.

Porém, não só de relação Estado e particular vive a sociedade, pelo contrário, a todo tempo realizam-se relações exclusivas entre os cidadãos, que se escudam na autonomia privada para alcançar fins perquiridos.

Por óbvio que a autonomia privada, encontra guarida no bojo dos direitos fundamentais conquistados na primeira dimensão, no entanto, o que busca-se saber é até que ponto o exercício desses direitos se legitimam, afinal, vale tudo na autonomia privada ou ela deve estar em harmonia com os outros direitos e garantias fundamentais?

Em respostas as questões acima nasceram algumas teorias explicativas sobre a eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais. Passo a explanar cada uma delas a partir de agora.

### **3 Teorias desenvolvidas sobre o tema**

#### **3.1 Teoria da ineficácia horizontal (*state action*)**

Fruto norte-americano a presente teoria defende que nas relações privadas os direitos e garantias fundamentais não possuem eficácia. Tal argumento foi lançado por ganhar guarida na Constituição norte-americana de 1787, que foi um dos marcos na conquista de limitar o Estado na esfera do particular, portanto, enxerga-se apenas a proteção contra violações pelo Estado. Evidente que esta teoria não se compatibiliza com nosso ordenamento jurídico atual, essa conclusão pode-se tirar das palavras de (DIDIER, 2010, p. 50):

A atual Constituição brasileira, pela “moldura axiológica” em que se encontra estampada (de índole eminentemente intervencionista e social), admite a ampla vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nela erigidos, de modo que não só o Estado como toda sociedade podem ser sujeitos passivos desse direito.

#### **3.2 Teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta**

Por esta teoria tem-se a visão da incidência dos direitos e garantias fundamentais na esfera privada através de uma atuação legislativa, ou seja, caberia ao Estado operabilizar a produção dos efeitos desses direitos na orbita privada.

Essa necessidade de intermediação se dá para esta teoria, pelo fato de que a incidência direta dos direitos e garantias fundamentais nas relações particulares acabaria por prejudicar a manifestação da autonomia da vontade. Nesse sentido NOVELINO (2012, p.408) relata:

Para este modelo os direitos fundamentais não podem ser invocados a partir da Constituição por não ingressarem no cenário privado como direitos subjetivos. A incidência direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares aniquilaria a autonomia da vontade, causando uma desfiguração do direito privado.

Nota-se, portanto, que o limite da autonomia da vontade privada para esta teoria é preestabelecido pelo legislador, posto que na ocasião da confecção do texto legal é ele que, utilizando do princípio da proporcionalidade, verifica a necessidade do direito fundamental se sobrepor à vontade particular.

### **3.3 Teoria da eficácia horizontal direta ou imediata**

Com um ideal mais ousado que as outras teorias, aqui defende-se a incidência dos direitos e garantias fundamentais de forma direta, sem a necessidade de uma atuação Estatal voltada a uma produção legislativa para a aplicação de tais direitos e garantias. Neste ponto, como consequente do raciocínio nasce a necessidade de uma valoração entre a autonomia da vontade privada e o direito fundamental que incide no caso concreto, haja vista que nem sempre eles serão compatíveis, devendo o intérprete valer-se dos juízos de proporcionalidade e razoabilidade para averiguar a preponderância de um em relação ao outro.

Alerta Novellino (2012) para as seguintes críticas com relação a adoção desta teoria:

I – a desfiguração e a perda de clareza conceitual do direito privado; II – a ameaça à sobrevivência da autonomia privada, conceito chave do direito civil; e III – a incompatibilidade com os princípios democráticos, da separação dos poderes e da segurança jurídica. (NOVELINO, 2012, p. 409).

Respeitando sempre opiniões em sentido contrário, se pode crer que as críticas demonstradas alhures não têm uma carga relevante de robustez, em razão de que todo o ordenamento deve partir da harmonia com a Constituição, logo, não há em se falar em “perda da clareza conceitual do direito privado”, ou “ameaça a sobrevivência do direito privado”, haja vista que são institutos que partem da própria Bíblia Política, sendo portanto, inevitável em decorrência da dinamicidade da vida em sociedade a valoração entre eles.

### **4 Primeiras linhas sobre o princípio do devido processo legal**

O devido processo legal é consagrado historicamente pela expressão “*due process of law*”, prevendo uma importante limitação ao poder de intervenção do Estado no que tange à liberdade ou ao patrimônio do indivíduo. A partir do princípio do devido processo legal, não há mais uma política do “vale tudo”, de modo que se deseja o Estado privar o seu cidadão seja de seus bens ou até de sua própria liberdade, deverá respeitar regras preestabelecidas para

isso. Engajada nesse espírito, estabelece nossa Bíblia Política de 1988 em seu artigo 5, LIV, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Ainda pode-se observar este princípio como uma cláusula geral onde dela se extrai outros direitos e garantias fundamentais, como por exemplo o contraditório, a ampla defesa, o acesso à justiça etc. Ensina DIDIER JR (2011, p. 44) que “o devido processo legal é um direito fundamental de conteúdo complexo”, e ainda explica:

Nesse sentido, tanto se pode referir ao direito fundamental ao processo devido, como um direito fundamental dotado de um conteúdo complexo, como também é possível referir-se a cada uma das exigências aninhadas nesse conteúdo complexo como constituindo um direito fundamental. (...) A vantagem em se identificar cada uma dessas exigências e denomina-las individualmente é a de facilitar a sua operacionalização pelo intérprete, isto é, auxiliá-lo na solução de questões relacionadas com a concretização de tais valores. (DIDIER JR, 2011, p. 44 APUD GUERRA, 2003, p. 100)

Digno de nota, ainda, é o fato de que não basta apenas a existência de uma estrutura preestabelecida, deve-se verificar no caso concreto uma prestação efetiva de tal direito. Sendo assim, enxerga-se uma bipartição deste princípio, sendo ele enxergado sob uma vertente com sentido formal e outra com sentido de cunho material.

## **5 Dimensões do devido processo legal**

### **5.1 Devido processo legal na acepção formal**

Neste sentido, busca-se garantir a observância do que prevê o ordenamento jurídico, logo o julgador para verificar o controle de obediência do devido processo legal, deve cotejar o ocorrido com a previsão legal. Deste modo, se respeitado o modelo previsto no ordenamento a restrição da liberdade ou dos bens do cidadão será devida.

Logo, a forma que se deve realizar determinado ato é uma garantia inderrogável, de modo que sendo violada, haverá prejuízo e portanto a nulidade daquele ato. Todavia, essa questão é dotada de profunda complexidade se cotejarmos o exposto acima, com a teoria geral das nulidades processuais, principalmente no que tange a seara do processo penal que frequentemente aqueles que interpretam a Constituição relativizam a aplicação do princípio com fundamento de que é necessário a prova do prejuízo.

### **5.2 Devido processo legal na acepção material ou substantivo**

Nessa visão do devido processo penal, também conhecida como “*substantive due process*”, deve-se respeitar muito mais do a forma, deve-se alcançar um processo justo e adequado. Ensina NOVELINO (2012, p. 576 APUD CANOTILHO, 2000, p.482):

A teoria substantiva está ligada à ideia de um processo legal justo e adequando, materialmente informado pelos princípios da justiça, com base nos quais os juízes podem e devem analisar os requisitos intrínsecos da lei.

Sendo assim, a nascente dessa vertente do princípio trabalhado se dá com o legislador que deve se prender a observar os critérios de justiça, proporcionalidade, razoabilidade e racionalidade. Nesse sentido, são as palavras de (NOVELINO, 2012, p. 576) “O devido processo legal substantivo se dirige, em um primeiro momento, ao legislador, constituindo-se em um limite à sua atuação, que deverá pautar-se pelos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade”.

## **6 Da horizontalização indireta do direito fundamental ao princípio do devido processo legal no ordenamento jurídico**

### **6.1 Do Código civil**

Dispõe o artigo 57 do Código Civil vigente (introduzido pela Lei 11.127/05), que para se exclua membro de uma associação, havendo por óbvio justo motivo, ainda sim a ele deve ser oportunizado a aplicação de um devido processo legal onde se garanta o direito de defesa. No entanto, essa disposição não é fruto da redação original do Código Civil, haja vista que na redação passada em caso de previsão expressa do estatuto seria possível a expulsão do sócio, cabendo recurso para a assembleia geral. Ainda no caso de omissão do ato constitutivo, haveria a convocação da assembleia geral, que caso deliberasse por maioria de votos, estaria operabilizada a exclusão do associado. Veja-se a redação passada e a vigente.

Antes da Lei 11.127/05:

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, obedecido o disposto no estatuto; sendo este omissivo, poderá também ocorrer se for reconhecida a existência de motivos graves, em deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembléia geral especialmente convocada para esse fim<sup>2</sup>.

Redação atual:

Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso,

---

<sup>2</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)

nos termos previstos no estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

<sup>3</sup>

A mudança no texto não foi de graça, mais sim fruto de um juízo de proporcionalidade entre o direito de associação frente a autonomia privada. Nas relações entre particulares, principalmente nos tempos atuais cada vez mais preocupa-se com o próprio interesse individual ou determinados interesses de um grupo em comum, de modo que com apoio no exercício da autonomia privada poderia ocorrer sérias violações ao direito fundamental da livre associação de forma arbitrária. Deste modo, o princípio do devido processo legal serve como um meio para que o exercício da autonomia privada não viole o direito fundamental de associação do indivíduo, posto que se verificado no caso concreto através da efetiva aplicação do princípio do devido processo legal que a exclusão do associado é devida, alcançará o cume de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

## **6.2 Da convenção 158 da OIT ratificada e denunciada pelo Brasil: “uma novela jurídica”**

Tal convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 68 de 1992 e foi promulgada sendo introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do decreto nº 1855 de 10 de abril de 1996. Nela garante-se uma série de direitos aos trabalhadores a respeito do término da relação de emprego por iniciativa do empregador. No entanto, a que se revela mais atraente aos fins que se propõe este trabalho, é justamente, a previsão de que o empregador deve dar a oportunidade (contraditório) a seu empregado de exercer um direito de defesa, deste modo respeitando um devido processo legal para a demissão do empregado.

É o que estabelece o artigo 7º, da seção B da Convenção Internacional exposta. Vejamos:

Artigo 7- Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivos relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade<sup>4</sup>.

Devido aparentemente por pressão de quem tinha interesse contrário, no mesmo ano, valendo do Decreto de nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, o Chefe do Executivo denunciou o referido tratado no cenário internacional, ou seja, tornou público que o país não seguiria mais aquele tratado. Como marco inicial ficou estabelecido a data de 20 de novembro de 1997. Vejamos a redação:

---

<sup>3</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)

<sup>4</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1855.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1855.htm)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996<sup>5</sup>.

Vale destacar, que antes da denúncia do Diploma em comento, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal uma ADI (1480-DF)<sup>6</sup>, buscando questionar a constitucionalidade desta Convenção frente as normas já existentes, quais sejam os artigos 7º, I e ao artigo 10, I do ADCT, da Constituição Federal, onde estabelecem que a regulamentação quanto a dispensas arbitrárias por parte do empregador, são reservadas à lei complementar<sup>7</sup>. Contudo, com sua denúncia por meio do Decreto 2.100/96 a ação foi extinta por perda do objeto, haja vista que a denúncia configura modalidade de extinção de tratados, convenções etc.

Por inconformismo, veio fogo do lado contrário, sendo ajuizada ADI (1625-DF), no ano de 1997 questionando a constitucionalidade do decreto citado alhures, em razão de que a denúncia foi feita apenas por ato do Presidente da República, não ocorrendo portanto, à época, referendo do Congresso Nacional. Atualmente, o andamento mais recente da citada ação é datado em 19/05/2014, estando os autos do processo com vista para a Ministra Rosa Weber<sup>8</sup>. Sendo assim, doravante quando o Supremo Tribunal Federal se manifestar a respeito do tema, terá, se entendida pela constitucionalidade do Decreto que denunciou a Convenção, nenhuma mudança no cenário jurídico atual. Entretanto, se a decisão se pautar em sentido contrário, certamente que reflexos valiosos incidirão no ordenamento jurídico, haja vista que se passa a indagar sobre a produção dos possíveis efeitos dessa decisão dentro do ordenamento jurídico interno e também com relação aos efeitos gerados perante a OIT. Bem, o que nos resta é esperar pela decisão do Pretório Tribunal Superior.

## **7 Da horizontalização dos direitos e garantias fundamentais de forma imediata ou direta**

---

<sup>5</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d2100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm)

<sup>6</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1480&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>

<sup>7</sup> <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1646696>

<sup>8</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1675413>

Tem sido costumeiro o debate e o reconhecimento da aplicação dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas, porém, para tanto necessário se demonstrou a valoração no caso concreto.

Para trabalhar esse assunto será utilizada como exemplo a relação particular entre escola e aluno. Deste modo a questão é, pode uma escola particular com fundamento em quebra das normas escolares, de forma unilateral expulsar seu aluno diretamente, sem oportunizar a ele um direito de debater os fundamentos da que levaram a tomada dessa decisão, ou deve o estabelecimento de ensino, em respeito aos direitos fundamentais assegurar ao estudante o contraditório e a ampla defesa através de um devido processo legal?

Assim como decidiram alguns Tribunais, neste caso deve-se primar pelo respeito do direito fundamental a um devido processo legal, e assim justifico.

Em primeiro lugar embora haja uma relação entre particulares, o serviço de ensino escolar é uma atividade carregada de caráter público, que consagra a segunda dimensão dos direitos e garantias fundamentais. Deste modo, não há pura e simplesmente o exercício da autonomia privada como fim a ser alcançado, mas em especial, ela funciona como meio para o alcance de um direito fundamental, qual seja a educação. Portanto, privar um aluno do ensino, ainda que fundamentadamente por violação às regras de comportamentos estabelecidas pelo estabelecimento de ensino acaba por ferir, por exemplo, o “caput” do artigo 6º bem como o artigo 205 da Constituição Federal, sendo mister a existência de um devido processo legal no qual respeite-se não só a forma, mas também o exercício do contraditório e da ampla defesa de forma efetiva (com proporcionalidade). Além do ensino, no caso concreto, pode haver violação não só ao direito à educação, mas a outros tantos de relevância constitucional, como por exemplo a honra, a imagem, etc.

Neste diapasão, imagina-se a situação de uma imputação a determinado aluno a prática de fato tido como típico na seara penal, dentro do ambiente escolar. Para exemplificar observa-se o tipo do artigo 28 da Lei de Drogas. Ora, colocando o caso na balança jurídica é inadmissível que se atribua ao particular valorar de forma unilateral um fato que de antemão goza de presunção de inocência, ao passo que para o Estado punir o indivíduo por suposta prática do delito em comento, obrigatoriamente deve assegurar a ele um devido processo legal. Deste modo se se tolerar na orbita jurídica esse agigantamento da vontade privada, ocorrerá sem dúvidas um retorno aos tempos dos impérios.

Segue a transcrição do julgado utilizado como paradigma para a construção do raciocínio:

CIVIL. DANO MORAL. EXPULSÃO DE ALUNO. INOBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INOBSERVÂNCIA DO REGIMENTO ESCOLAR. DANO EM RICOCHETE DOS PAIS. AUSÊNCIA DE DANOS MATERIAIS. A EDUCAÇÃO É CONSIDERADA GENERICAMENTE COMO SERVIÇO PÚBLICO E EMBORA NÃO SE SUBMETA AO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO, QUANDO PRESTADA POR PARTICULARES, SE SUBSUME AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SOBRETUDO NO QUE DIZ RESPEITO À OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA SUA RELAÇÃO COM O ALUNO, EM RESPEITO AO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE ORIGINALMENTE FORAM CONCEBIDOS PARA SEREM OPOSTÍVEIS CONTRA AS ARBITRARIEDADES DO ESTADO, HODIERNAMENTE TÊM SIDO INVOCADOS E ADMITIDOS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS, NOS TERMOS DA DENOMINADA "TEORIA DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS". CONFIGURA ILEGALIDADE A INOBSERVÂNCIA DE PROCEDIMENTO PREVISTO NO REGIMENTO ESCOLAR PARA O DESLIGAMENTO DO ALUNO DA INSTITUIÇÃO. A OPORTUNIDADE DE DEFESA DEVE SER EFETIVA E NÃO SE CONFUNDE COM A OPORTUNIDADE DE RECORRER. SE A DECISÃO É TOMADA ANTES DE SE OFERECER A OPORTUNIDADE DE CONTRADITÓRIO, OFENDE-SE O COROLÁRIO DO SISTEMA DE DEFESA, NO QUAL SE ENQUADRA O PROCESSO DIALÉTICO ONDE A TESE E ANTÍTESE ANTECEDEM A SÍNTESE. A INDENIZAÇÃO SE MOSTRA CABÍVEL EM RAZÃO DA INOBSERVÂNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA PORQUANTO OFENDE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AO SUBMETTER O INDIVÍDUO A UMA ARBITRARIEDADE. ASSISTIR AO FILHO SER SUBMETIDO À SITUAÇÃO DE INJUSTIÇA E ILEGALIDADE QUE RESULTOU EM GRAVE ABALO EM SUA AUTOESTIMA, SÉRIOS TRANSTORNOS EM SUA VIDA ESCOLAR, CERTAMENTE CAUSA INTENSA DOR E SOFRIMENTO AOS PAIS, CAPAZ DE ULTRAPASSAR A ESFERA DOS DESAPONTAMENTOS CORRIQUEIROS OFENDENDO ATRIBUTOS DA PERSONALIDADE COMPATÍVEIS COM O DANO MORAL. NA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO, UTILIZANDO-SE DO MÉTODO BIFÁSICO, O JULGADOR DEVE CONSIDERAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO USUALMENTE UTILIZADO EM SITUAÇÕES SIMILARES E POSTERIORMENTE OS CONTORNOS ESPECÍFICOS QUANTO À SITUAÇÃO EM CONCRETO, COMO A EXTENSÃO DO DANO, CONDIÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES, ETC. INCABÍVEL A INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL QUANDO HOUVE EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-DF - APC: 20120111047688 DF 0029166-88.2012.8.07.0001, Relator: LEILA ARLANCH, Data de Julgamento: 29/01/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 28/02/2014. Pág.: 108)<sup>9</sup>

Note-se que no caso houve reflexos não só na ordem de quem teve diretamente o seu direito violado, sendo atingida terceiros.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a todo exposto, ficou demonstrada no presente trabalho a importância e relevância do estudo do direito constitucional como um todo, mas que frente à todos os

<sup>9</sup> <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116318428/apelacao-civel-apc-20120111047688-df-0029166-8820128070001>

momentos históricos vivenciados nunca se deve perder de vista, seja o caso que for, da observância dos direitos e garantias fundamentais. Tratando em específico do direito a um devido processo legal, sua aplicação na seara privada é de suma importância para a pacífica vida em sociedade, haja vista que se assim não fosse, estar-se-ia admitindo a criação de justiça privadas, onde apenas a voz de um ou alguns interesses se sobressairiam a um direito fundamental violado. No entanto, ainda, não basta a observância meramente formal do devido processo legal, devemos sempre ter em mente que ele deve ser capaz de oferecer ao indivíduo a oportunidade real dos corolários fundamentais que derivam do citado princípio (ampla defesa, contraditório, imparcialidade, e todos os demais que se compatibilizem com o caso concreto), de forma substancial. Disso, fica a conclusão que em especial nos casos concretos onde a aplicação do devido processo legal como meio de tutelar direitos e garantias fundamentais não estejam preestabelecidos na legislação (teoria da eficácia imediata ou direta), haverá sempre que ser feito um juízo de valor utilizando principalmente da máxima constitucional da proporcionalidade, onde em cotejo dos direitos ali em conflito se façam presentes os necessários requisitos, quais sejam, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito, conclua o intérprete que deve ser dado ao caso a aplicação do devido processo legal, para que assim se legitime a privação de um bem jurídico. No mais, deve-se considerar que ainda nos casos de aplicação direta desses direitos, cabe a observância dessa necessidade por parte do particular, caso não observada, cabe a quem teve o direito fundamental violado por não observância do devido processo legal buscar o judiciário, para saber se realmente teve seu direito tolhido.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *A Era Dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 15 triagem. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, volume 1. 12 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 1*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15 ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2012.

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1480&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> <acesso em 26 ago. 2014>

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1675413> <acesso em 28 ago. 2014>

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1646696> <acesso em 28 ago. 2014>

<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116318428/apelacao-civel-apc-20120111047688-df-0029166-8820128070001> <acesso em 29 ago. 2014>