
**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E
INFLUÊNCIA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL**

João Paulo Sorigotti da Silva

Presidente Prudente
2011

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E
INFLUÊNCIA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL**

João Paulo Sorigotti da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Gilberto Notário Ligerio.

Presidente Prudente
2011

DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E INFLUÊNCIA NA TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL

Monografia/TC aprovado como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

GILBERTO NOTÁRIO LIGERO

FRANCISCO JOSÉ DIAS GOMES

ROSELEINE APARECIDA DA SILVA

Presidente Prudente, 22 de outubro de 2011.

Não é necessário que haja, por
causa dos leves e dos mais leves,
míopes e pesados anões?
Assim falou Zaratustra.

Friedrich Wilhelm Nietzsche

RESUMO

Sabe-se que os Direitos Fundamentais representam a garantia básica do cidadão ante a opressão estatal. Partindo desta premissa, o presente trabalho buscará avaliar a incidência destes direitos na teoria geral do processo. A evolução histórica dos direitos fundamentais demonstra que eles estão intimamente ligados com o modelo de Estado e com as ideologias políticas. A principal fase de evolução dos direitos fundamentais deu-se com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social de Direito. Com essa evolução, passou-se a desenvolver algumas teorias a respeito da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. As teorias da *State Action*, da eficácia direta e da eficácia indireta demonstram, quantitativa e qualitativamente, os meios de se aplicar ou não os direitos fundamentais entre os particulares. No Brasil não há a adoção expressa a uma dessas teorias, mas os julgados do Supremo Tribunal Federal apontam para a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Neste contexto, com as recentes mudanças nos paradigmas processuais, a eficácia privada dos direitos fundamentais representa uma possibilidade de fazer com que o processo possa ser visto como um meio eficaz na proteção de direitos, mormente na tutela de direitos, fazendo incidir de maneira efetiva os direitos fundamentais na teoria geral do processo civil.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Eficácia. Relações Privadas. Evolução histórica. Dimensões. Teorias existentes. Jurisprudência brasileira. Supremo Tribunal Federal. Teoria geral do processo.

ABSTRACT

It is known that the Fundamental Rights represent the basic guarantee for the citizens against state oppression. Starting from this point, this monograph will rate the incidence of these rights in the process general theory. The fundamental rights history's evolution shows that they are intimately connected to the model of State and with its political ideologies. The main phase of the fundamental right's evolution happened with the transition from Liberal State to Social Right State. With this evolution, some theories have began been developed about the incidence of the fundamental rights in private relations. The State Action theory, the straight effectiveness and indirect effectiveness have shown, quantity and qualify, the ways to apply or not to apply the fundamental rights among the public. In Brazil, there is no express adoption to any of these theories, but the decisions from Supreme Federal Court has pointed to the indirect effectiveness of the fundamental rights theory in private relations. In this context, with the recent changes about process paradigms, the private effectiveness of the fundamental rights presents a possibility to make that the process can be seen as an effective tool in the right's protection, mostly in the right's tutelage, making incur in an effective way the fundamental rights in the general civil process theory.

Key Words: Fundamental Rights. Effectiveness. Private Relations. History Evolution. Dimensions. Existent theories. Brazilian's Decisions. Supreme Federal Court. General Process Theory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: BREVE SÍNTESE HISTÓRICA.....	12
2.1 Dimensões de Direitos.....	16
2.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.....	18
2.3 Dimensão objetiva e subjetiva dos Direitos Fundamentais.....	18
3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	22
3.1 Teoria da <i>State Action</i>	25
3.2 Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta (<i>mittelbare Drittwirkung</i>).....	26
3.3 Teoria da Eficácia Imediata ou Direta (<i>unmittelbare Drittwirkung</i>).....	28
4 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS RECENTES.....	30
5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS FORMAS DE INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	33
5.1 Inevitabilidade da ponderação de valores para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.....	34
5.1.1 Norma: Princípios e regras.....	34
5.1.2 Postulados Normativos.....	36
5.1.2.1 Principais postulados normativos usados na ponderação de valores...37	
5.1.2.1.1 Proibição de excesso.....	38
5.1.2.1.2 Proporcionalidade.....	38
5.1.2.1.3 Razoabilidade.....	42
5.1.2.2 Aspecto da desigualdade fática na ponderação de valores.....	43
6 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DO PROCESSO.....	47
6.1 Direito Processual Constitucional.....	48
6.1.1 Princípio do Acesso à Justiça.....	48
6.1.2 Princípio do Devido Processo Legal.....	49
6.1.3 As duas dimensões do devido processo legal: Substancial e Processual.....	50
6.2 Jurisdição.....	52
6.2.1 Características da Jurisdição.....	53
6.2.1.1 Substitutividade.....	53
6.2.1.2 Definitividade.....	54
6.2.1.3 Inércia.....	55
6.2.1.4 Lide.....	55
6.3 Ação.....	56
6.3.1 Condições da Ação.....	58
6.3.1.1 Possibilidade jurídica do pedido.....	58
6.3.1.2 Interesse de Agir.....	58
6.3.1.3 Legitimidade <i>ad causam</i>	59

6.4 Identificação da Ação: Elementos da Demanda.....	60
6.4.1 Partes.....	61
6.4.2 Causa de Pedir.....	62
6.4.3 Pedido.....	62
6.5 Processo.....	63
7 A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA GERAL DO PROCESSO.....	66
8 CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRFICAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscou delimitar a nova tendência em matéria de direitos fundamentais, qual seja, a eficácia destes nas relações privadas. É cediço que quando o assunto tratado são os direitos fundamentais, a tendência é que haja um debate fascinante, com enredo histórico e opiniões divergentes.

A parte histórica é sempre de suma importância quando o assunto a ser debatido guarda relação com os direitos fundamentais. Sendo assim, para compreender o atual estágio destes direitos, fez-se necessário perquirir o caminho histórico enfrentado por eles e para isso foi dedicado um capítulo do trabalho, no qual se buscou caracterizar principalmente que a evolução histórica dos direitos fundamentais ganhou relevância com o final do sistema feudal e evoluiu vertiginosamente até o advento do Estado Social de Direito.

Nesse ínterim, algumas teorias foram sendo desenvolvidas.

Atualmente, alguns Estados mais conservadores, como os Estados Unidos da América, insistem em adotar um sistema que veda a total aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, salvo algumas raras exceções, e é isso que prevê a teoria da *State Action*, de origem norte-americana e objeto de estudo do terceiro capítulo.

Nesse diapasão, o citado capítulo busca ainda delimitar os principais aspectos teóricos adotados em alguns Estados que já conseguiram desenvolver o raciocínio a respeito dos direitos fundamentais, principalmente no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Foi o que ocorreu na Alemanha e na Espanha, países em que se adota a teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Existem ainda alguns países, como Itália, Argentina e Portugal, que doutrinam a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais, devido à eficácia objetiva dos mesmos, capaz de propagar efeito por todo o ordenamento jurídico.

O embate com relação à aplicação ou não dos direitos fundamentais às relações privadas relaciona-se à questão de ser a autonomia privada também prevista como um direito fundamental. Ou seja, existe um

receio de que a incidência dos direitos e garantias fundamentais possa prejudicar a autonomia privada. Para elucidar esse ponto, o capítulo quinto teve como objetivo estudar as formas de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Nunca é demais lembrar que no Brasil os direitos fundamentais encontraram o seu ápice com a Constituição Federal de 1988, mas, infelizmente, o atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica brasileira não dá a devida atenção ao estudo da eficácia privada dos direitos fundamentais.

Modernamente, com o modelo econômico capitalista, já se sabe que os entes privados, em algumas ocasiões, são tão poderosos quanto alguns Estados. Seguindo esse panorama, tudo indica que a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais tornar-se-á cada vez mais forte, como forma de manter as garantias fundamentais dos cidadãos em consonância com a realidade prática.

Devido aos avanços da ciência jurídica, chega-se ao Século XXI com a noção de que o processo é um meio crucial e primordial na tutela de direitos. Com a fase instrumentalista do processo, este passa a atuar juntamente com o direito material em uma espécie de cumplicidade, ou seja, começa a ser estudado como um meio de garantir e buscar direitos. O acesso à justiça evidencia essa nova fase.

Dentro desse contexto, o capítulo sexto do trabalho traz de forma breve e sucinta os principais institutos da teoria geral do processo e as suas diretrizes voltadas para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, o que se fez por meio do estudo dos pilares básicos e fundamentais no desenvolvimento de um raciocínio processual sistemático.

Vale ressaltar que, no capítulo sétimo, após terem sido perscrutados os principais eixos do processo e dos direitos fundamentais focados na relação privada, fez-se uma espécie de simbiose destes institutos para delinear que a teoria geral do processo passa por uma fase de transformações, que alcançou o paroxismo com a Constituição Federal de 1988.

Hodiernamente, os institutos processuais precisam ser interpretados de acordo com a constituição. O surgimento de pensamentos ou

leis recalcitrantes deve ser visto como a manifestação de atos ilegais ou inconstitucionais, a depender do grau de agressão à eficácia dos direitos fundamentais na teoria geral do processo.

Por fim, seguindo a linha de raciocínio, os particulares devem ver o processo como uma espécie de *longa manus* da Constituição Federal, mormente da parte que trata dos direitos fundamentais.

A problematização focou a autonomia privada frente aos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito ao grau de incidência nas relações privadas. Analisou-se que não é plausível exigir dos indivíduos o mesmo respeito aos direitos fundamentais que é exigido dos estados, mas que a influência desses direitos às relações privadas está ligada à preservação da dignidade da pessoa humana com relação ao trato diário entre particulares.

Para se ter uma pequena noção do que será tratado, a cláusula de eleição de foro, em que pese ter sido acordada, em tese, livremente entre as partes, recebe atenção especial do jurista, tendo em vista que se as partes tiverem situação financeira ou cultural muito discrepante e a cláusula impossibilitar o acesso ao Judiciário com relação à parte mais fraca, esta cláusula será nula ou tida como inexistente. Tal exemplo é um nítido caso de influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, no caso o direito fundamental do acesso à justiça está incidindo em uma relação entre privados.

Enfim, o presente estudo teve como objetivo uma análise da nova tendência em matéria de direitos fundamentais, que é a sua influência na relação privada.

2 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: BREVE SÍNTESE HISTÓRICA

Para que haja uma completa compreensão da evolução das teorias da eficácia dos direitos fundamentais até chegar à eficácia entre particulares, é preciso compreender as formas pelas quais se encara o Estado como ente político e suas influências no Direito, mormente nos direitos fundamentais.

Nos relatos mais antigos existentes, que dizem respeito aos seres humanos nas suas relações com o Direito, este era visto como simples manifestação divina. A vida era guiada por fenômenos interpretados como simples obras de um Deus onipotente.

Com a evolução do pensamento e com o auxílio de grandes pensadores, como Sócrates em especial, que foi o fomentador das raízes que deram origem ao atual estágio de pensamento social, pautado pela moral e pela ética, o homem foi se habituando à vida em grupo regrada por normas gerais e abstratas.

Quando o tema a ser analisado são os direitos fundamentais, é conveniente começar o raciocínio da evolução de sua eficácia a partir da época histórica da Idade Média, dita idade das trevas. Nessa época, o poder era descentralizado em pequenos feudos espalhados por toda a Europa.

No século XI, esse paradigma político dos feudos começou a mudar. Isso se deu porque a burguesia queria aumentar os seus poderes e se sobrepôr à nobreza. No mesmo sentido, os reis queriam que a Igreja e a nobreza ficassem submissas ao seu poder. Sendo assim, burguesia e rei uniram-se com a finalidade de acabar com o regime feudal.

As epidemias, o fortalecimento do comércio, as revoltas populares e os interesses de burgueses e reis foram os motivos para o fim do sistema feudal por toda a Europa.

Nesse contexto surge o Absolutismo, que vigorou do século XVII até a Revolução Francesa em 1789. Este regime caracteriza-se pela concentração do poder político nas mãos do rei.

Parafraseando Paulo Bonavides (2010, p.132), durante o Absolutismo o rei tinha o poder absoluto e na frase histórica de John Emerich Edward Dalberg-Action: “O poder absoluto corrompe absolutamente”. Sendo assim, o rei concentrava o poder de criar leis, aplicá-las e julgá-las. O Estado era confundido com a pessoa do rei, como bem sintetizado nas palavras de Luís XIV: “O Estado sou eu”. Sendo assim, não havia nenhuma segurança à sociedade, devido ao fato de o monarca concentrar todo o poder em suas mãos.

Com isso, o poder absoluto concentrado nas mãos dos reis abriu possibilidades para que este abusasse e desrespeitasse os direitos básicos dos cidadãos. Dentro do sentimento humano de justiça e segurança, começaram a surgir as primeiras reflexões no sentido de criar uma gama de direitos invioláveis. É considerada por muitos, a Magna Carta de João Sem-Terra, de 1215, o documento originário dos direitos fundamentais. Dentre os principais avanços consagrados pela Magna Carta, destacam-se a princípio da irretroatividade das leis e da legalidade.

Um resumo da situação política vivida na Inglaterra no período que sucedeu a Magna Carta é trazido por José Adércio Leite Sampaio (2004, p.150):

A Inglaterra, à época vivia sob o reinado de João Sem Terra, a descontentar a todos: exigia dos barões mais do que de costume, oprimia os pequenos senhores e cobrava pesadas contribuições dos comerciantes. [...] O descontentamento se agravou ao paroxismo com o aumento dos tributos destinados a financiar a guerra contra a França e com as prisões daqueles que se opuseram a tais medidas. Em janeiro de 1215, os barões reivindicaram uma carta de liberdades [...] como uma salvaguarda contra os atos arbitrários do Rei. [...] Finalmente, em 10 de junho, as partes chegaram a um acordo no campo de Runnymede, que resultou na Magna Carta, um documento oficial de concessões e reconhecimento de limites do poder real.

Para enfraquecer ainda mais o Absolutismo, os ideais do Iluminismo, principalmente os que serviram de base para os direitos humanos, inatos a toda e qualquer pessoa, começaram a ser propagados por entre os descontentes com aquele regime, sobretudo entre os burgueses.

O embate entre o absolutismo monárquico e os movimentos revolucionários serviu como um dos motivos para a Revolução Francesa. Este movimento de revolução trouxe os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, possibilitando, mais tarde, o surgimento de um Estado jurídico protetor das liberdades individuais por meio de uma previsão dos direitos individuais feito por um modelo constitucional.

Ainda parafraseando Paulo Bonavides (2010, p.145), vale consignar que com a pressão da burguesia, a teoria de John Locke, que se preocupava com a existência de uma gama de direitos intransponíveis e inatos ao seres humanos, dos quais o Estado deveria abster-se de intervir, também serviram como ideais liberais para o surgimento do Estado Liberal, no qual o mesmo era visto como um inimigo da liberdade e, desse modo, deveria ser limitado, respeitando um campo de direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse diapasão, vale consignar, nas palavras de Daniel Sarmento (2010, p.12) que:

[...] a doutrina liberal dos direitos humanos consolidou-se em outro sentido, pois foram articulados dois sistemas diferentes para a proteção da liberdade humana. Nas relações entre Estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com as regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na ideia de autonomia privada.

A propriedade privada era vista como o genuíno direito de liberdade. O Estado passou a prever apenas um leque de direitos garantidores de uma igualdade formal entre os cidadãos. A realização destes direitos dava-se por meio da ideologia não-intervencionista do Estado. Sendo assim, esse modelo de abstenção do Estado culminou com a racionalização dos direitos fundamentais.

A crescente industrialização fez surgir a expressão *laissez faire*, *laissez passer*, que preconiza o funcionamento livre do mercado, típico do

modelo Liberal. Devido a abstenção estatal, principalmente nas relações privadas, grandes abusos foram cometidos por aqueles que tinham o poder econômico. A exploração dos trabalhadores foi o maior exemplo desses abusos.

A sociedade passou a entender que liberdade não era apenas um texto constitucional de lei previsto formalmente, era mais do que isso.

Neste contexto, ganharam forças as ideias libertárias, pautadas no Socialismo e no Comunismo, de revolucionários como Karl Marx. De acordo com Daniel Sarmiento (2010, p.16),

[...] afirmava Marx que de nada adiantava o Estado abolir, para fins políticos, as distinções fundadas no nascimento, na classe e na ocupação profissional, se ele deixasse que estas distinções atuassem à sua maneira, na sociedade. Ao erigir uma barreira de isolamento entre poder político e mercado, colocando o segundo ao abrigo do primeiro, o Estado permitia que na sociedade se instalasse um verdadeiro Estado da natureza, onde valia apenas a lei do mais forte. Para o Marxismo, a liberdade privada, postulada pelo ideário da burguesia, supunha “uma realidade imaginária – a de indivíduos senhores das suas vontades, negociando paritariamente – totalmente contraditória com a realidade efectiva, que era antes a de indivíduos condicionados por constrangimentos econômicos sociais e negociando em posições desequilibradas.

Assim, com o passar do tempo, compreendeu-se que liberdade e igualdade são valores que necessitam de intervenção de um ente poderoso que vise a coibir a prática de abusos.

Devido a constante ameaça apresentada pela classe trabalhadora, amparada pelo Marxismo, aos exemplos apresentados pela Revolução Russa ocorrida em 1917 e à Primeira Guerra Mundial, os Estados passaram a garantir aos cidadãos um arsenal de direitos sociais, para evitar que regimes ditatoriais ascendessem ao poder. Foram editadas nesse contexto as épicas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), na Alemanha, que em seus textos, dentre os direitos sociais, previram também alguns direitos trabalhistas.

O Estado precisava intervir na aplicação do Direito, para que o mesmo caminhasse no sentido da igualdade material entre os cidadãos. Ou seja, não bastava prever um amplo leque de direitos, era preciso intervir na aplicação desses direitos para que não houvesse abuso do mais forte economicamente.

Com a implantação dessa nova ideologia estatal de intervenção na aplicação de direitos, teve origem o marco de transição do Estado Liberal ao Estado Social de Direito.

Surgem assim, as primeiras elucubrações acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais.

2.1 Dimensões de Direitos

As dimensões de direitos representam uma sistematização objetiva da evolução dos direitos fundamentais.

No modelo clássico, divide-se em três as dimensões de direitos.

A primeira dimensão de direitos teve como marco a queda das monarquias. O fato histórico que caracterizou o início da decadência das monarquias foi a submissão do rei João Sem Terra aos barões que organizaram uma espécie de revolta armada para pressionar o rei a assinar uma declaração que previa vários direitos, como a inviolabilidade do domicílio. Desse modo, os reis perderam a onipotência, que era justificada como uma dádiva dos deuses.

Alguns séculos mais tarde, a Revolução Francesa e a independência dos Estados Unidos da América representaram o advento do Estado Liberal, que resguardava principalmente as liberdades individuais. O Estado estava limitado ao máximo com relação à interferência nas vidas privadas.

Nas palavras de Pedro Lenza (2008, p. 588):

[...] alguns documentos históricos são marcantes para a configuração e emergência do que os autores chamam de direitos humanos de primeira geração (séculos XVII, XVIII e XIX): (1) Magna Carta de

1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; (2) Paz de Westfália (1648); (3) *Habeas Corpus Act* (1679); (4) *Bill of Rights* (1688); (5) Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789). Mencionados direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade.

Os direitos de segunda dimensão foram inspirados pelo momento histórico marcado pela Revolução Industrial, por volta do século XIX. Houve a crise do Estado Liberal e, conseqüentemente, a ascensão do Estado Social.

As péssimas condições de trabalho trazidas pela Revolução Industrial fizeram com que os trabalhadores começassem a reivindicar direitos no âmbito trabalhista. Surgiram movimentos populares como a Comuna de Paris e o Cartista, esta último na Inglaterra.

A Primeira Guerra Mundial marca o período em que os direitos fundamentais de segunda dimensão, que são os direitos sociais, culturais e econômicos, ganham força. A Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha e a Constituição Mexicana de 1917 marcaram o início da previsão constitucionais dos chamados direitos sociais.

Por fim, a terceira dimensão de direitos, que está ligada aos direitos de fraternidade, enxergam o ser humano como um cidadão inserido em um grupo social. Esta dimensão está relacionada aos direitos difusos e coletivos. A Segunda Guerra Mundial o fato histórico que proporcionou a evolução dos direitos humanos, criando-se assim a chamada terceira dimensão dos direitos fundamentais.

Modernamente, alguns autores já falam em direitos de quarta e até quinta gerações, como o direito ao desenvolvimento sustentável, o direito ao meio ambiente, à informação etc.

Tudo o que foi exposto com relação às dimensões de direitos evidencia que os direitos fundamentais estão em constante mutação, sempre propícios a evoluções. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas representa uma nova e genuína etapa de evolução dos direitos fundamentais, que começam a ser vistos como fonte de garantia e proteção nas relações entre particulares.

2.2 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

A Declaração Universal dos Direitos Humanos merece um tópico à parte em razão de sua importância atual na análise e na interpretação dos direitos fundamentais.

O principal motivo que levou à criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi a Segunda Guerra Mundial, no período entre 1939 e 1945. Esse fato histórico foi marcado pelo Holocausto, que foi o assassinato de milhões de judeus em nome da ideologia de Hitler da raça ariana.

Para servir como parâmetro do número de mortes ocasionadas pela Segunda Guerra, Rupert Butler (2004, p.89) cita que há uma estimativa que cerca de 2,5 milhões de japoneses, que formavam o Exército Imperial perderam a vida em combate.

Não se pode esquecer que foi durante a Segunda Guerra Mundial que o mundo tomou conhecimento da mais maligna e destrutiva arma, a bomba atômica. Esta foi usada pela primeira vez e dizimou as cidades japonesas de Nagasaki e Hiroshima.

Esses acontecimentos sintetizaram a fragilidade da vida humana frente ao jogo de interesses dos governos autoritários. Com a vitória dos Aliados (EUA, França, Inglaterra e Rússia), havia um sentimento de reprovação aos fatos ocorridos durante a Segunda Guerra. Nesse cenário foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos como uma espécie de resposta aos anseios sociais de respeito a uma gama de direitos que viessem a garantir um mínimo de dignidade às pessoas.

2.3 Dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

A dimensão subjetiva representa os indivíduos como titulares dos direitos fundamentais. Foi concebida principalmente durante o Estado Liberal, em que os direitos fundamentais eram vistos apenas como direitos oponíveis ao Estado.

Nesse contexto, surgiram os direitos públicos subjetivos, que representam a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, na qual a finalidade são os indivíduos, titulares de direitos oponíveis contra o Estado.

Nas palavras de André Rufino do Vale (2004, p.78):

Os direitos fundamentais, assim, visam, em primeira linha, à satisfação de interesses próprios dos titulares. Conferem aos indivíduos pretensões a que sejam realizadas ações ou omissões tendentes a assegurar os valores e bens constitucionais que lhes são conferidos pelas normas constitucionais. Como direitos subjetivos, os direitos fundamentais delimitam posições jurídicas individuais em face do Estado. Assim, são definidos como direitos subjetivos, liberdades, competências ou imunidades que o ordenamento confere aos indivíduos, para que exijam o respeito ou a proteção dos bens constitucionais fundamentais por parte dos poderes públicos.

Tem-se, assim, que a dimensão subjetiva não passa de um emaranhado de pretensões, nas quais os indivíduos têm direitos oponíveis ao Estado.

Mas, a simples dimensão subjetiva dos direitos fundamentais não foi suficiente para legitimá-los como capazes de irradiar efeitos por todo o ordenamento jurídico. Sendo assim, principalmente com o advento do Estado Social de Direito, os direitos fundamentais passaram a exigir um campo maior de atuação estatal capaz de fazê-los propagarem efeitos por todo o ordenamento.

Nesse contexto, surge uma nova visão dos direitos fundamentais, uma visão voltada para o campo do dever-ser jurídico, em que os direitos fundamentais não representam mais apenas uma restrita gama de direitos exigíveis pelos cidadãos ao Estado, muito mais do que isso, aos direitos fundamentais reconheceu-se um campo de abrangências capaz de incidir em todo o ordenamento jurídico. Tem-se assim a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que visa precipuamente a garantir a igualdade material entre os cidadãos.

Como afirma Daniel Sarmento (2010, p. 106 e 107),

[...] na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte da sua atuação. (...) Mas não é só. A dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E, como garantia de valores morais coletivos, os direitos fundamentais não são apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade. [...] A dimensão objetiva liga-se a uma perspectiva comunitária dos direitos humanos, que nos incita a agir em sua defesa, não só através dos instrumentos processuais pertinentes, mas também no espaço público, através de mobilizações sociais, da atuação em ONG's e outras entidades, do exercício responsável do direito de voto.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais teve como marco inicial o célebre caso Luth, ocorrido na Alemanha. Este caso ocorreu em 1958 e foi julgado pela Corte Constitucional da Alemanha.

Parafraseando Thiago Luís Santos Sombra (2004, p. 123), Erich Luth era Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo e organizou um boicote contra uma obra cinematográfica produzida por Veit Harlan, porque este havia participado ativamente durante a Segunda Guerra Mundial com o desenvolvimento de trabalhos anti-semitas encomendados pelo então Ministro da Propaganda Joseph Goebbels. A distribuidora e a produtora do filme ingressaram com ação judicial para evitar o boicote e obtiveram decisão favorável na Justiça Estadual de Hamburgo. Luth, por sua vez, recorreu para o Tribunal Constitucional e obteve julgamento favorável ao seu recurso. Este Tribunal argumentou com base na incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, dando início à teoria da *Drittwirkung*, que será mais tarde estudada, e à chamada eficácia objetiva dos direitos fundamentais.

Conforme obra de Daniel Sarmiento (2010, p. 112 e 113), vale transcrever o teor principal da decisão histórica da Corte Constitucional Alemã:

[...] a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro para aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível com este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito. O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. (...) Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação.

Por todo o exposto, compreende-se que a dimensão objetiva é um sistema de valores que permeia toda a unidade jurídica e que legitima a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

As cláusulas gerais como a ordem pública, abuso de direito, boa-fé, interesse público e bons costumes funcionam como mecanismos de manifestação da eficácia objetiva irradiante dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico. Esta eficácia há que ser analisada principalmente pelos juízes, que deverão adequar os casos concretos aos preceitos constitucionais dos direitos fundamentais.

3 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A noção tradicional dos direitos fundamentais caracteriza-os como direitos subjetivos públicos dos cidadãos, oponíveis somente contra o Estado.

Modernamente, com uma concepção mais arraigada na hierarquia das normas, tendo a Constituição como ápice normativo de todo o ordenamento jurídico, produzindo efeitos irradiantes por todas as normas (dimensão objetiva), passou-se a discutir na doutrina a possibilidade de vinculação aos direitos fundamentais pelos particulares em suas relações privadas.

É cediço que a tirania não provém apenas do Estado, provém também dos particulares, como acentua Stuart Mill (2006, p. 21),

[...] a sociedade pode e realmente executa suas próprias determinações, e se emite determinações erradas ao invés de certas, ou determinações sobre coisas nas quais absolutamente não deveria intervir, ela estará praticando uma tirania social mais terrível do que muitos tipos de opressão política, uma vez que, embora não usualmente apoiada por penalidades extremas, ela deixará poucos meios de escape, penetrando muito mais profundamente nos pormenores da vida, e escravizando a própria alma.

No atual estágio de evolução e desenvolvimento do mundo capitalista, no qual há uma constante mudança dos valores morais, devido, principalmente, à globalização em massa dos meios de produção e comunicação, existe uma diversidade cultural, e os direitos fundamentais tendem a evoluir e acompanhar as mudanças sociais.

Para se ter ideia do nível de evolução das empresas capitalistas, hoje, muitas delas possuem poder econômico maior e mais estável que alguns países. O que pensar quando se compara Suriname, Serra Leoa ou Zimbábue com empresas como a *Coca-cola* e a *Nike*? Fica evidente que não se deve esperar que no trato diário entre estas empresas e os cidadãos comuns, os direitos destes ficarão intangíveis.

O poderio econômico gera um descontrole na relação. Como ocorre com as cláusulas de eleição de foro. Nesse sentido, inclinar-se pela possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares é a medida mais razoável para que os cidadãos tenham seus direitos preservados.

Esses são alguns dos fatores que levaram ao estudo da possibilidade de incidir entre os particulares, tanto nas posições passivas quanto ativas, os direitos fundamentais.

Tem-se assim a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, em que os particulares passam a ser vistos como sujeitos passivos, nos quais incidirão os direitos fundamentais.

Na visão clássica, o particular possuía apenas status de sujeito ativo dos direitos fundamentais, oponíveis contra o Estado, o que era chamado de **eficácia vertical** dos direitos fundamentais.

Acontece que é pacífico entre os estudiosos do Direito a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e particular, que delimitam uma espécie de área de garantia, na qual o Estado não poderá intervir, sob pena de violar a Constituição e criar um campo perigoso de insegurança social.

Mas, a partir do momento em que se muda o cerne da questão e faz-se a substituição da figura do Estado por outro particular, formando a relação entre particulares, o assunto da eficácia dos direitos fundamentais torna-se dos mais tormentosos e discutidos.

A celeuma reside no fato de que a possibilidade da interferência de algum direito fundamental na relação entre particulares poderia fulminar ou prejudicar a livre iniciativa, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, previsto no artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal.

O tema em questão não reside apenas no campo das questões teóricas sem nenhum resultado prático, muito pelo contrário, afeta questões do cotidiano, como exemplos, pode-se citar alguns trazidos por Thiago Luís Santos Sombra (2004, p. 134 e 135):

Uma escola particular poderia recusar a matrícula de uma criança portadora de deficiência mental branda, após a sua aprovação em

teste de seleção, ante o argumento de que ela não acompanharia as demais crianças? Poderia uma escola religiosa – católica ou protestante – recusar a renovação da matrícula de uma criança pelo fato de ter descoberto que seus pais não professam a religião da escola? Seria possível que uma criança, concebida mediante reprodução assistida ou inseminação artificial em uma clínica privada, tivesse assegurado o direito a conhecer a verdadeira identidade de seu pai?

No mesmo sentido, vale transcrever um trecho da obra de George Marmelstein (2008, p. 282):

Na clássica obra de Shakespeare *O Mercador de Veneza*, o pano de fundo da história é a execução de um contrato particular de empréstimo firmado por Antônio, o mercador cristão, e Shylock, o agiota judeu. Ficou estipulado no contrato que, caso o mercador não devolvesse a quantia pactuada até o dia do vencimento, Shylock estaria autorizado a cortar uma libra de carne do corpo do mercador. Como a quantia não foi paga na data avençada, o agiota ingressou com ação judicial para executar o contrato.

Os exemplos citados giram em torno da dúvida de até que ponto se pode interferir nas atividades travadas entre os particulares em nome dos direitos fundamentais. Deve-se analisar, por exemplo, se um clube particular que permita o ingresso apenas de estudantes brancos está legitimado a agir de tal maneira, gerando preconceitos ou se pode o Estado intervir em um ente eminentemente privado e impor que o clube permita a entrada de pessoas negras, em nome do direito fundamental da igualdade, que veda qualquer distinção que tome por base o critério da cor.

Para tentar encontrar um raciocínio científico que resolvesse as questões expostas dos direitos fundamentais nas relações privadas, surgiram algumas teorias, que serão a seguir analisadas.

3.1 Teoria da *State Action*

Trata-se de uma teoria que teve origem nos Estados Unidos da América, onde o clássico modelo liberal faz com que a visão dos direitos fundamentais fique restrita ao campo de proteção do indivíduo contra a opressão do Estado.

A Suprema Corte americana tem jurisprudência no sentido de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas contra o Estado, com intuito de proteger as liberdades públicas consagradas na Constituição a favor dos cidadãos.

Como assenta Thiago Luís Santos Sombra (2004, p.192): “Para os norte-americanos, até mesmo a *Bill of Rights* e seus mecanismos de proteção dos direitos e garantias individuais são encarados como limites voltados tão-somente para as relações do Estado com os indivíduos.”

Contudo, os direitos fundamentais passaram a ser vistos, principalmente na Europa, com destaque na Alemanha, como passíveis de serem aplicados às relações entre particulares. Nesse diapasão, a jurisprudência norte-americana não pôde evitar, pelo menos nas situações práticas, que os direitos fundamentais começassem a incidir entre os particulares.

Como lecionado por George Marmelstein (2008, p.340):

Em primeiro lugar, há quem negue completamente a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Esse ponto de vista vigora, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde predomina a doutrina da *state action* (ação estatal), que defende a não-aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, salvo se houver lei expressamente prevendo essa aplicação ou então se o agente privado estiver exercendo uma função estatal.

Acontece que há uma enorme dificuldade em se conseguir separar o que seria função estatal, caracterizada pelo direito público, e função não-estatal, caracterizada pelo direito privado. Por isso, a teoria da *state action*

não se mostra consistente na solução dos casos concretos. Nesse sentido, leciona André Rufino do Vale (2004, p.120),

[...] assim, se se admite, sem maiores discussões, como cânone constitucional norte-americano, o fato de que os direitos fundamentais estão endereçados somente aos poderes públicos, o problema persiste quanto à delimitação, no caso concreto, das atividades que, apesar de aparentemente privadas, apresentam características camufladas de uma *state action*.

Os Estados Unidos da América mantêm uma postura enraizada no modelo liberal, por motivos culturais e políticos. Mas, como se observa da evolução constante dos direitos fundamentais e da sua eficácia objetiva, a tendência é cada vez maior é que os tribunais norte-americanos façam incidir estes direitos nas relações entre particulares.

O problema não está tanto em reconhecer a eficácia privada dos direitos fundamentais, mas em delimitar qualitativa e quantitativamente a incidência desses direitos nas relações entre particulares, sem suprimir o princípio da livre iniciativa. Essa questão faz os norte-americanos manterem-se conservadores, continuando com a negação da eficácia particular dos direitos fundamentais, por meio da adoção da teoria da *state action*.

3.2 Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta (*mittelbare Drittwirkung*)

A Teoria da Eficácia Mediata ou Indireta nega a incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque esta incidência poderia acabar fulminando a autonomia privada. Esta teoria, parafraseando Daniel Sarmiento (2010, p.146), foi delimitada por Günter Dürig ao analisar a eficácia dos direitos fundamentais pela perspectiva dos valores objetivos, capazes de irradiarem efeitos por todo o ordenamento jurídico.

Nos dizeres de George Marmelstein (2008, p.166), para Dürig as normas de direitos fundamentais necessitam de meios de intermediação, que as levam ao caso concreto, gerando eficácia entre os particulares. O posicionamento desse autor, expressado na Teoria da eficácia mediata, gira

em torno da premissa de que os particulares não podem invocar diretamente a Constituição para legitimar os direitos fundamentais nas relações privadas, é preciso que haja uma cláusula geral, que sirva como ponto para ligar os direitos fundamentais às relações privadas.

Esse posicionamento considerou o risco de desvirtuamento de todo o âmbito privado dos direitos, caso os direitos fundamentais passassem a incidir sem uma baliza delimitadora nos direitos e relações particulares.

Portanto, a teoria da Eficácia mediata dos direitos fundamentais nada mais é do que um meio termo entre a *State Action*, que nega a total aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas e a Teoria da eficácia imediata ou direta, que preconiza uma incidência direta destes direitos nas relações entre particulares.

Conforme salientou Daniel Sarmiento (2010, p. 200),

[...] caberia ao Legislativo proceder a uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, na qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social de cada época. Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria à lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança ao tráfico jurídico, e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes. Ao Judiciário sobraria o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos.

Por fim, vale asseverar que a teoria da eficácia mediata é uma boa forma de transição, como se fosse o primeiro passo rumo à aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por exemplo, em países como os Estados Unidos da América, em que há negação de incidência dos direitos fundamentais às relações privadas, a teoria da eficácia mediata pode representar um prelúdio à aplicação direta dos direitos fundamentais.

Vale consignar que esta teoria é amplamente aplicada na Alemanha, onde teve origem.

3.3 Teoria da Eficácia Imediata ou Direta (*unmittelbare Drittwirkung*)

A teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais defende a incidência direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Parafraseando Daniel Sarmiento (2010, p.149), a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais teve Hans Carl Nipperdey, então presidente do Tribunal Federal do Trabalho alemão, como precursor.

Nos dizeres de Thiago Luís Santos Sombra (2004, p.89), a partir do momento em que se adota um modelo de Estado Social de Direito, faz-se necessário reconhecer a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, porque estes direitos são a essência do Estado Social e fator preponderante na diferenciação do Estado Liberal.

Parte-se da ideia de que as Constituições possuem uma supremacia sobre as outras espécies normativas. Por isso, as regras e princípios nelas previstos possuem um âmbito objetivo de incidência que ampara todo o ordenamento jurídico. Este, por sua vez, deve ser interpretado seguindo as premissas constitucionais.

Seguindo esse raciocínio, ocorreria um paradoxo se admitisse a possibilidade de uma parte do direito, no caso o direito aplicado às relações privadas, ficar de fora da incidência da Constituição, marginalizado e sujeito a toda sorte de abusos.

Vale assentar a observação feita por Daniel Sarmiento (2010, p.205):

Cumprido destacar, no entanto, que os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado.

Deve-se ater ao fato de que a teoria da eficácia direta dos direitos não visa a limitar a autonomia privada, muito pelo contrário, o que se busca é a legitimidade plena da Constituição, fazendo-a incidir em todos os campos possíveis das relações travadas no mundo moderno, sejam entre Estado e indivíduos ou genuinamente entre indivíduos.

Sendo assim, desde que a autonomia privada respeite a Constituição, toda e qualquer ligação será possível nas relações sociais.

4 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL: ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS RECENTES

No Supremo Tribunal Federal não se adota expressamente nenhuma das teorias expostas acima, mas da análise de alguns julgados, conclui-se que a tendência atual do Pretório Excelso é de julgar de acordo com as premissas da Teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, conforme a jurisprudência a seguir analisada.

No Recurso Extraordinário n. 158.215/RS, julgou questão que girou em torno da exclusão de dois sócios de uma Cooperativa, sem a observância dos princípios do devido processo legal e do contraditório, devido ao fato destes associados terem desafiado a Cooperativa em uma veiculação radiofônica.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, relator, consignou que,

[...] exsurge, na espécie, a alegada contrariedade ao inciso LV do rol das garantias constitucionais. Conforme ressaltado pela Procuradoria Geral da República, os Recorrentes foram excluídos do quadro de associados da Cooperativa em caráter punitivo, tal como depreende-se do acórdão atacado (folhas 245 a 249). O colegiado de origem acabou por mitigar a garantia da ampla defesa, levando em conta o desafio lançado pelos recorrentes no sentido de serem julgados pela Assembléia da Cooperativa. (...) Mais do que nunca, diante do clima reinante, incumbia à Cooperativa, uma vez instaurado o processo, dar aos acusados a oportunidade de defenderem-se e não excluí-los sumariamente do quadro de associados. (...) Provejo-o para, reformando o acórdão de folhas 246 a 249, julgar procedente o pedido formulado na demanda anulatória. Fulmino o ato da assembléia da Recorrida que implicou a exclusão dos Recorrentes do respectivo quadro social, reintegrando-os, assim, como os conseqüentes pertinentes a que estão previstos no Estatuto da Recorrida. (fl. 312)

Em outro julgado do Supremo Tribunal Federal, especificamente o Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ, houve a aplicação de forma expressa da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas para não dar provimento ao recurso interposto pela União Brasileira de Compositores - UBC, só que dessa vez o Supremo mostrou inclinação à teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, tendo em vista que considerou a atividade exercida pela Recorrente como atividade de caráter público, conforme trechos da ementa:

A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. (...) As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. (...). A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

Por fim, vale citar outro famoso julgado do Supremo Tribunal Federal, trata-se do Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF, que teve como relator o Ministro Carlos Velloso. No referido caso, um trabalhador brasileiro buscou na justiça tratamento igualitário aos trabalhadores franceses, que eram favorecidos pelo Estatuto Pessoal da empresa aérea *Air France*. O Supremo deu provimento à pretensão, de acordo com os trechos da ementa:

Ofensa ao princípio da igualdade. (...) A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. (...) Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. (...) R.E. conhecido e provido.

Pelo exposto, denota-se que o Supremo Tribunal Federal tende à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, embora não tenha se manifestado de forma expressa nesse sentido, podendo-se chegar a essa conclusão apenas interpretando a sistemática dos julgados do Pretório Excelso, que infelizmente ainda é escassa.

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS FORMAS DE INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A jurisprudência brasileira, conforme demonstrado acima, tende à incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ou seja, ocorre a incidência independente da existência de normas ordinárias criadas pelo legislador.

O raciocínio da prevalência da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas muito se deve ao princípio da supremacia da Constituição. Desse modo, o Poder Judiciário, como órgão estatal, está vinculado aos direitos fundamentais positivados na Constituição, fazendo-os incidir nas relações privadas.

Vale observar a lição de Daniel Sarmiento (2010, p. 257) ao expor que:

[...] não é possível resumir todas as hipóteses de aplicação direta dos direitos individuais nas relações privadas à moldura, por vezes estreita, do direito subjetivo. Os direitos individuais podem e devem ser aplicados diretamente. [...] o operador do direito não deve ser podado na sua criatividade, reconhecendo-se-lhe a possibilidade de, através dos mecanismos ou instrumentos que a situação concreta revelar como os mais apropriados, proteger os bens jurídicos tutelados pelas normas garantidoras dos direitos fundamentais. Esta é mais uma consequência do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e da constatação de que eles valem não apenas como direitos subjetivos, mas também como valores, cuja plasticidade permite que influenciem, através de diversas formas, a resolução das questões jurídicas envolvendo os bens jurídicos por eles protegidos.

Não se deve olvidar que o respeito aos direitos fundamentais, comissiva ou omissivamente, pelos particulares é obrigatório. Mas eles não têm um dever jurídico de proteção aos direitos fundamentais contra agressões de terceiros, nos moldes aplicados ao Estado. Isso porque o detentor legítimo do

uso da força é o Estado e o dever de proteção aos direitos fundamentais ameaçados por terceiros é múnus dos poderes estatais.

Não se exige dos particulares uma vinculação aos direitos fundamentais nos mesmos moldes da vinculação do Estado. É preciso que haja uma série de adaptações e ponderações, levando-se em consideração o caso concreto para fazer um correto e justo sopesamento entre autonomia privada e direitos fundamentais. Nesse contexto, a ponderação de valores auxiliará no caso concreto e, especificidades como a desigualdade fática entre as partes, levarão a uma justa adequação do direito fundamental à relação privada. Preserva-se, assim, a dignidade da pessoa humana.

5.1 Inevitabilidade da ponderação de valores para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas

Como dito linhas acima, o tema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas exige uma análise do caso concreto. Isso se deve ao fato de não ser possível exigir do indivíduo uma vinculação aos direitos fundamentais nos moldes aplicados ao Estado, que detém o poder da força. Neste capítulo, serão analisadas as principais determinantes que exigem um maior ou menor respeito dos particulares aos direitos fundamentais, analisando em quais situações poderá a autonomia privada prevalecer.

Para compreender a ponderação de valores, faz-se necessário um breve estudo sobre os princípios e as regras.

5.1.1 Norma: Princípios e regras

A norma é construída e reconstruída por meio da interpretação do texto de lei, disciplinando a vida em sociedade, ou seja, as normas não são simples textos de lei, são a essência extraída da interpretação do sistema jurídico como um todo.

Existem casos em que é preciso mais de um texto para formar uma norma. Há outras hipóteses em que existe texto e não existe norma, como

o preâmbulo da Constituição, e casos em que há apenas um dispositivo, do qual se constrói mais de uma norma.

A norma é gênero que tem como espécies o princípio e a regra.

Princípio é uma norma finalística, que indica o estado ideal de coisas a ser seguido, sem prever nenhuma conduta para atingi-lo. A regra, por sua vez, é uma norma descritiva, que indica a conduta a ser realizada, não sendo finalística.

Seguindo o raciocínio, vale transcrever lição de Humberto Ávila (2011, p. 43), que cita as principais distinções entre princípios e regras, ao consignar que:

[...] há o critério do caráter *hipotético-condicional*, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso. [...] há o critério do *modo final de aplicação*, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*. [...] o critério do *relacionamento normativo*, que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles. [...] há o critério do *fundamento axiológico*, que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

O ordenamento jurídico indica para diversos valores ideais que devem ser buscados. Algumas vezes os estados ideais são conflitantes. Mesmo assim, os princípios funcionam dentro desse antagonismo, mas nunca um vai desaparecer em detrimento de outro. A depender do caso concreto, um princípio prevalecerá, não significando que exista hierarquia entre eles.

Com relação às regras, elas não convivem conflitualmente. Em uma situação de antagonismo, uma regra prevalecerá em detrimento da outra.

Para que um sistema jurídico consiga um desenvolvimento satisfatório e apto a propagar justiça, é preciso que haja uma correlação entre princípios e regras. Se houvesse um ordenamento composto apenas de princípios, este seria muito flexível e geraria grande insegurança jurídica, porque para um mesmo princípio interpretado à luz do caso concreto, inúmeras e antagônicas podem ser as interpretações. Já um ordenamento composto genuinamente por regras pecaria pela rigidez e pela ausência de um campo fértil para as interpretações, que são de suma importância para manter o convívio social.

5.1.2 Postulados Normativos

Os postulados normativos são as normas que organizam a aplicação de regras e princípios.

É cediço que quando há princípios para serem aplicados, o processo de subsunção é insuficiente, sendo preciso recorrer aos postulados normativos para a ponderação de valores. Ou seja, postulado normativo é a norma que servirá de base à ponderação de valores quando existirem normas em conflito.

No mais das vezes é a aplicação dos postulados normativos nos conflitos entre princípios. Mas, excepcionalmente, eles podem ser aplicados nos conflitos de regras.

Ordinariamente, para a aplicação as regras, a subsunção é suficiente para solucionar o problema, recorrendo-se, em alguns casos aos princípios da especialidade, posterioridade e hierarquia, para solução do conflito.

Contudo, existem hipóteses excepcionais, nas quais ocorrerão conflitos entre regras e a subsunção não será suficiente para solucioná-los. Tome-se como exemplo o caso do motorista que dirige em alta velocidade, transgredindo normas de trânsito, para levar um doente em estado grave ao hospital. Neste caso, será passível de aplicação dos postulados normativos para o afastamento da infração administrativa em razão da maior proteção do bem jurídico vida.

Vale ressaltar que, nas palavras de Humberto Ávila (2011, p. 134):

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primeiramente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

A seguir serão analisados de maneira específica os postulados normativos e como influem na ponderação de valores, solucionando embates entre princípios e, excepcionalmente, entre regras.

5.1.2.1 Principais postulados normativos usados na ponderação de valores

A ponderação de valores nada mais é do que um método por meio do qual há um sopesamento dos elementos normativos (princípios e regras) conflitantes, para que seja dada a solução mais justa ao caso concreto.

Para a legitimação e implementação da ponderação de valores, e para que haja a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, destacam-se alguns postulados normativos usados como paradigmas para a solução das lides.

5.1.2.1.1 Proibição de excesso

O postulado da proibição de excesso representa o limite imposto às finalidades constitucionais e a proibição de excessivas restrições aos direitos fundamentais.

Nas palavras de Humberto Ávila (2011, p.158):

A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio (competência estatal para instituir impostos) não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra (proteção da propriedade privada).

A título de exemplo, feriria a proibição de excesso e, conseqüentemente, estaria eivada de inconstitucionalidade, uma lei estadual que elevasse a taxa judiciária a um valor exorbitante, impedindo a população de acessar o Poder Judiciário.

É preciso que a norma, seja um princípio ou uma regra, tenha sempre um mínimo de eficácia garantida. Sempre que haja a restrição de um direito fundamental, a proibição de excesso servirá como dique, impedindo que esvaziem as finalidades do direito ponderado.

5.1.2.1.2 Proporcionalidade

O postulado da proporcionalidade surge para avaliar a intervenção do Estado na liberdade das pessoas. Para a sua incidência, analisa-se, empiricamente, um meio e um fim. Este nada mais é do que um estado desejado de coisas.

Conforme leciona o já citado Humberto Ávila (2011, p.173), o postulado da proporcionalidade:

[...] se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

Como já fora dito, os princípios sempre visam a um fim, que é promover um estado ideal de coisas. O princípio da celeridade visa a um processo rápido. Já o princípio do devido processo legal visa a garantir o contraditório e a ampla defesa, o que muitas vezes, devido, por exemplo, aos recursos, interfere na celeridade processual. Gera-se, assim, um embate entre princípios. Nesse caso, o postulado da proporcionalidade deverá ser usado para modelar de maneira correta os princípios em conflito, para, a depender do caso concreto, fazer com que um deles prevaleça com maior intensidade.

Conforme visto linhas acima, o postulado da proporcionalidade é subdividido pela análise de três vertentes, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é uma premissa que verifica se o meio é apto à realização da finalidade visada. O meio, a ser analisado em relação de adequação ao fim, deve ser posto em confronto com os aspectos qualitativo, quantitativo e probabilístico. Dentre vários meios possíveis, o importante é que a administração pública tenha liberdade de escolher, desde que escolha um meio apto à concretização da finalidade.

Por exemplo, na construção de uma escola técnica, a finalidade da administração pública é preparar profissionais para o mercado de trabalho. Agora, se referida escola técnica fosse construída em uma área rural onde prevalece a criação de gado, ela deveria ter suas atividades, necessariamente, voltadas para uma preparação de profissionais que vão cuidar de gado?

É preciso que se analise que a finalidade da administração pública é a profissionalização da população daquela região. Se a escola técnica disponibilizar cursos de agricultura, não trazendo nenhuma matéria

relacionada com a criação de gados, não se pode cogitar de transgressão à vertente da adequação, porque a finalidade visada pela administração pública, qual seja, a profissionalização da população, foi atingida. Interpretar de maneira diferente seria tirar a liberdade de administração, o que acarretaria em um desequilíbrio à separação dos poderes.

A análise de outros argumentos, como a inviabilidade da criação de uma escola técnica com fins de agricultura em uma localidade eminentemente pecuária, não cabe no momento de verificar a vertente da adequação. Esta deve ser analisada unicamente com relação ao fim. Se a finalidade da administração pública, que era a profissionalização da população daquela região, foi alcançada, presente estava a adequação.

Desse modo, a medida tomada pelo Poder Público só poderá ser tida como inadequada quando o meio for manifestamente incompatível com o fim.

Com relação à vertente da necessidade, sua análise gira em torno da existência de meios diferentes do escolhido pela administração pública ou pelo Poder Legislativo, e que sejam aptos a realizar a finalidade visada, restringindo, de maneira menos intensa, os direitos fundamentais envolvidos.

Para se analisar a vertente da necessidade, há duas etapas, a primeira é simples e gira em torno de ser o meio alternativo apto a atingir a finalidade. Já a segunda etapa visa a verificar se o meio alternativo é menos restritivo aos direitos fundamentais do que o meio eleito pelo Poder Executivo ou Legislativo.

Nas palavras de Humberto Ávila, a dificuldade desse exame da vertente da necessidade está:

[...] no fato de que os meios promovem os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probabilístico). Um meio não é, de todos os pontos de vista, igual a outro. Em alguma medida, e sob algum ponto de vista, os meios diferem entre si na promoção do fim. Uns promovem o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndios, outros com mais gastos; uns são mais certos, outros mais incertos; uns são mais simples, outros mais complexos; uns são mais fáceis, outros mais difíceis, e, assim, sucessivamente. Além disso, a distinção entre os meios será em alguns casos

evidente; em outros obscura. Por último, mas não por fim: alguns meios promovem mais o fim em exame, e também os outros com ele relacionados, enquanto outros meios promoverão em menos intensidade o fim em exame, mas com mais intensidade outros cuja promoção também é determinada pelo ordenamento jurídico.

Diante disso, a solução para a escolha de um meio está no respeito à separação dos poderes. Ou seja, um meio só pode ser considerado desnecessário em relação a outro se todos ou a grande maioria dos aspectos analisados forem discrepantes. A análise feita pelo Poder Executivo e Legislativo, deve sempre visar a um fim e o aspecto da necessidade possui várias vertentes para alcançá-lo. Se houver plausibilidade entre o meio adotado, deverá ser respeitado. O meio só poderá ser afastado se for manifestamente desnecessário em comparação com outro, menos agressivo ao direito fundamental ponderado.

Por fim, a última vertente do postulado da proporcionalidade, é a proporcionalidade em sentido estrito, que se resume na comparação entre o fim e sua importância e a restrição ao direito fundamental. O raciocínio é no sentido das vantagens do fim visado em relação às restrições necessárias de algum direito fundamental para atingi-la.

Para serem proporcionais em sentido estrito, as vantagens relacionadas ao fim devem ser maiores que as desvantagens que ocasionarão com a restrição de um ou mais direitos fundamentais como meio para a realização deste fim. O maior desafio dessa última vertente está relacionado à subjetividade. Pois, os critérios de proporcionalidade em sentido estrito variam de pessoa, levando-se em consideração fatores como o tempo, lugar e ambiente.

Assim, toda vez que houver uma medida concreta que vise a um fim, fazendo divergir duas normas de direito fundamental, haverá necessidade de analisar a medida, relacionando-a com o postulado da proporcionalidade.

5.1.2.1.3 Razoabilidade

A razoabilidade é um postulado visto como uma relação existente entre o caso concreto e as normas, auxiliando as balizas de aplicação da norma, a intensidade e os casos que exigem tal aplicação.

As normas são enquadradas na realidade social, tendo como razoáveis as situações que acontecem diariamente dentro da normalidade.

No mesmo sentido a lição de Humberto Ávila (2011, p. 168), ao dispor que:

[...] a interpretação das normas exige o confronto com parâmetros externos a elas. Daí se falar em dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas (*Natur der Sache*). Os princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) impedem a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados. Desvincular-se da realidade é violar os princípios do Estado de Direito e do devido processo legal. [...] Em segundo lugar, a razoabilidade exige uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. [...] A razoabilidade também exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Seguindo o raciocínio, o postulado da razoabilidade estabelece que as condições previstas abstratamente para a incidência de uma norma são condições essenciais, mas não suficientes para que haja a sua aplicação. Não se trata de uma espécie de marginalização de algumas situações excepcionais, o que, para alguns, pode ocasionar insegurança jurídica. Muito pelo contrário, o postulado da razoabilidade está em harmonia com o princípio da justiça, que é um dos objetivos fundamentais da Constituição, conforme o artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal.¹

Por fim, é importante salientar as distinções entre razoabilidade e proporcionalidade. Na lição de Humberto Ávila (2011, p.171):

¹ Artigo 3º da Constituição Federal: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: Inciso I - construir uma sociedade livre, *justa* e solidária.

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. [...] A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promova-se o fim. [...] a razoabilidade não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim. [...] A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto. [...] Com efeito, o postulado da proporcionalidade pressupõe a relação de causalidade entre o efeito de uma ação (meio) e a promoção de um estado de coisas (fim). Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação encolhido e a medida adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela.

5.1.2.2 Aspecto da desigualdade fática na ponderação de valores

No presente trabalho, já foi dito que o fato de se adotar a teoria do vínculo direto das relações privadas aos direitos fundamentais não significa igualar o âmbito de eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares com a que ocorre na relação com o Estado. Existem vários direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos dos presos, que, pela sua própria natureza, são impossíveis de exigirem respeito por parte dos particulares.

A vinculação das relações privadas entre particulares aos direitos fundamentais requer uma série de adaptações e especificidades, quando posta em comparação à vinculação do Estado. Por exemplo, os Estado deve tratar todos de maneira igual, sem qualquer distinção. Já com relação ao particular, não é razoável exigir que ele trate todos os vizinhos de maneira igual, ou que goste de seus filhos de maneira igual, em nome do direito fundamental da

igualdade. É preciso levar em consideração que a liberdade do homem está intimamente conectada com um mínimo de arbítrio.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2000, p.159):

[...] tem-se entendido que a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada. Esta ponderação num Estado que “leva a sério” a democracia, deve ser realizada primeiramente pelo legislador. No entanto, na falta de norma, ou diante de sua inadequação em face dos valores constitucionais em jogo, a competência transfere-se para o juiz. Nestas hipóteses, a resolução da colisão não terá como fugir “de uma análise tópicosistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto”.

Desse modo, um critério a ser utilizado na fixação de parâmetros para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas está relacionado ao grau de desigualdade fática presente empiricamente entre os particulares envolvidos.

Sabe-se que a celeuma da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas está no fato de haver um embate entre um direito fundamental qualquer, que variará de acordo com o caso concreto, e o direito à autonomia privada.

Desse modo, um dos paradigmas a serem observados no raciocínio concernente ao direito que prevalecerá diz respeito à desigualdade fática entre as partes. Ou seja, quanto maior for a desigualdade fática, mais intensa deve ser a proteção dada ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada.

De outro modo, quanto maior for a igualdade fática entre as partes, mais intensa deverá ser a proteção dada ao direito à autonomia privada, mas sempre exigindo que se respeitem, pelo menos na sua esfera mais íntima, os direitos fundamentais, sob pena de ferir a dignidade da pessoa

humana. Esse raciocínio está amparado expressamente no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal², que prevê a redução das desigualdades sociais.

No mesmo raciocínio, vale transcrever o pensamento de Daniel Sarmiento (2010, p.262), segundo o qual:

[...] a desigualdade material justifica a ampliação da proteção dos direitos fundamentais na esfera privada, porque se parte da premissa de que a assimetria de poder prejudica o exercício da autonomia privada das partes mais débeis. É assim, enfim, porque se entende que quando o ordenamento jurídico deixa livres o forte e o fraco, esta liberdade só se torna efetiva para o primeiro. O hipossuficiente, no mais das vezes, vai acabar curvando-se diante do arbítrio do mais poderoso, ainda que, do ponto de vista puramente formal, seu comportamento possa parecer decorrente do exercício da sua autonomia privada. [...] Desnecessário frisar que, no caso brasileiro, diante da nossa gritante desigualdade social, esta questão assume um relevo ímpar. [...] no campo das relações econômicas, a essencialidade do bem é um critério importante para aferição da intensidade da proteção conferida à autonomia privada. Portanto, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo, e menos a tutela da autonomia privada.

O raciocínio exposto já foi adotado por ramos do nosso direito, como é o caso do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor, nos quais existe uma gama de normas de ordem pública, que estão acima da autonomia das partes para proteger os mais fracos.

Conclui-se que depende exclusivamente da análise do caso concreto para se sabe o grau de proteção dada aos direitos fundamentais nas relações privadas. Por exemplo, na relação entre pais e filhos, a autonomia privada é prevalente, não sendo possível que se exija por parte do pai um tratamento igualitário dos filhos em nome do princípio da igualdade ou sob pena de asfixia das relações humanas. No mesmo sentido, entrevista para contratação de empregados, a autonomia privada é prevalente, conquanto que

² Artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: Inciso III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdade sociais e regionais.

não fira de maneira discrepante um direito fundamental, como seria ferida a dignidade da pessoa humana se o empregador deixasse de contratar determinado funcionário pelo fato do mesmo ser negro.

Por fim, a importância da autonomia privada na ponderação de valores é uma variante vinculada ao grau de desigualdade das partes envolvidas e também em razão da natureza da questão em análise.

Dentro de tudo que foi dito com relação aos direitos fundamentais nas relações privadas, inclusive com uma análise da ponderação de valores como solução para o caso concreto, faz-se necessário utilizar os conceitos já delineados em um ramo do Direito que representa o meio de alcançar a tutela jurisdicional, que é o processo. A Teoria Geral do Processo é o instituto mais importante para que haja uma análise aprofundada da possibilidade de se aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações privadas.

6 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DO PROCESSO

O homem é gregário por natureza. A partir do momento em que há reunião de dois ou mais indivíduos para a formação de um grupo social, faz-se necessário a imposição de regra de conduta, que nada mais é do que o Direito. Este serve de paradigma para reger a vida social dos indivíduos.

Os critérios que ditam o Direito estão ligados ao que é justo ou injusto, moral ou imoral, em determinada sociedade, tendo como base o tempo e o lugar. É cediço que os costumes são variáveis e evoluem e o Direito deve seguir essa evolução para continuar legítimo no âmbito da comunidade. Nada mais é, o Direito, que um meio de controle social.

Primeiramente, foi a fase da vingança privada, na qual prevalecia a lei do mais forte, mais astuto ou mais inteligente. Era também uma das características da vingança privada a autotutela, que se caracteriza pela resolução dos conflitos pela própria força.

Nas palavras da professora Fernanda Tartuce (2008, p. 37 e 38)

Pela autotutela, o contendor resolve o conflito por sua própria força, agindo de per si para obter uma posição de vantagem em relação à situação desejada. [...] a autotutela é atualmente considerada um instrumento precário e aleatório; afinal, não seria apta a garantir propriamente justiça, mas, sim, a vitória do mais forte, esperto ou ousado sobre o mais fraco ou tímido.

Posteriormente, com os avanços culturais das sociedades, passou à autocomposição, voltada principalmente aos direitos disponíveis, na qual as partes entram em acordo, sem auxílio de um terceiro, visando à solução do conflito. Após esta fase, houve a adoção da heterocomposição, em que um terceiro, chamado também de árbitro, era eleito pelas partes para solucionar o conflito. O árbitro julgava sempre com base nos costumes morais e religiosos da sociedade.

Nos dizeres de Fernanda Tartuce (2008, p. 74)

Fala-se em heterocomposição (ou heterotutela) quando um terceiro, alheio ao conflito, define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores. O estímulo a tal forma de encaminhamento do conflito foi marcado pela redução paulatina de situações permissivas da autotutela (com a proibição da justiça privada) e pelo fato de ser a autocomposição um fenômeno eventual (em virtude da intensa e acirrada litigiosidade). Tal mecanismo pode se verificar por duas vias: a arbitral, na qual o terceiro, de confiança de ambas as partes, é por elas escolhido para decidir o impasse; e a jurisdicional, pela qual uma das partes acessa o Poder Judiciário para obter uma decisão sobre o conflito proferida por autoridade estatal investida de poder coercitivo.

Com o surgimento do Estado, este foi gradativamente chamando para si o poder de solucionar os conflitos. Para facilitar a conformação das partes com as decisões, surgiram as primeiras regras dotadas do caráter de abstração. Nesse contexto nasce a figura do legislador.

6.1 Direito Processual Constitucional

O direito processual tem suas premissas fixadas na Constituição Federal. Na atual fase de desenvolvimento do direito, em que tem destaque o pós-positivismo, os princípios se tornam essenciais a um estudo sistemático da teoria geral do processo. Vale ressaltar alguns dos princípios mais importantes para a chamada constitucionalização do processo e sua aplicabilidade nas relações privadas.

6.1.1 Princípio do Acesso à Justiça

Previsto no artigo 5º, inciso XXXV³, da Constituição Federal. Este princípio garante a todos o acesso ao Judiciário, seja para garantir direito ou prevenir ameaça a direito.

³ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O legislador, quando da feitura das leis, deverá facilitar o acesso à justiça. Um exemplo diz respeito às normas que garantem celeridade, baixo custo ou justiça gratuita.

A Defensoria Pública é um forte intermediador que visa a legitimar este princípio. Neste sentido, vale transcrever a lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p.88):

Para a efetivação da garantia, a Constituição não apenas se preocupou com a assistência judiciária aos que comprovarem insuficiência de recursos, mas a entendeu à assistência jurídica pré-processual. Ambas consideradas dever do Estado, este agora fica obrigado a organizar a carreira jurídica dos defensores públicos.

Atualmente, não se busca apenas o acesso à justiça, mas o acesso à ordem jurídica justa. O processo é visto como um processo de resultado, que busca à efetivação da proteção da tutela jurisdicional

6.1.2 Princípio do Devido Processo Legal

De maneira simples, o devido processo legal é a somatória das garantias e direitos, implícitos ou expressos, que são aplicados no processo.

Para que haja um correto e hígido desenvolvimento da jurisdição, preservando-se as garantidas constitucionais dos litigantes e legitimando todo o processo civil, faz-se necessário a previsão de um trâmite processual legal.

Como leciona o Professor Nelson Nery Júnior (2002, p. 32 e 33):

[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies. [...] Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico.

Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.

O devido processo legal abrange as garantias da ampla defesa e do contraditório, todos com prestígios de garantias fundamentais, que protegem e dão segurança ao indivíduo de só ser condenado, civil ou criminalmente, se antes ocorrer um processo previamente previsto em lei.

Nas palavras de Hélio do Valle Pereira (2008, p. 52 e 53):

[...] o processo não pode representar um jogo opressivo de forças, mas sim a revelação da consciência jurídica. Haverão de ser respeitados o tratamento igualitário das partes, a defesa, a fundamentação das decisões, a imparcialidade do julgador, o estabelecimento de prévio procedimento e assim indefinidamente. Enfim, o *due process of law* é uma síntese das aspirações constitucionais no que se refere ao direito processual.

Tem-se, assim, o devido processo legal como o grande legitimador das garantias constitucionais previstas aos cidadãos, protegendo os seus direitos e garantias fundamentais. A evolução do processo dá azo ao uso do devido processo legal nas relações entre particulares, como maneira de proteção aos direitos constitucionalmente previstos, como por exemplo o de não ser excluído de um clube sem o direito à ampla defesa.

6.1.3 As duas dimensões do Devido Processo Legal: Substancial e Processual.

O devido processo legal não é uma simples sequência de atos voltada ao pronunciamento judicial, é um instrumento voltado à tutela jurisdicional, respeitando os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Passa a ser, o devido processo legal, uma tendência nas relações, principalmente nas relações privadas, mormente naqueles em que há desigualdade fática entre as partes.

Na lição de Nelson Nery Júnior (2002, p. 37):

A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o substantive *due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro modo, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.

O devido processo legal substancial está ligado ao processo que respeita o interesse público, em consonância com a razoabilidade. Esta dimensão do devido processo legal está intimamente ligado à incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas porque abarca preceitos como a liberdade de contratar, desde respeitados os direitos fundamentais do cidadão.

Já no que diz respeito ao devido processo legal processual, esta dimensão é a mais empregada pelos juristas brasileiros, principalmente aqueles que são mais conservadores e está ligada ao trâmite processual, respeitando os ritos previstos na lei, como por exemplo o direito à citação, ao arrolamento de testemunhas, à igualdade entre as partes etc.

Hodiernamente, o devido processo legal substancial ganha força porque se vive uma nova ordem social no Brasil. Uma ordem em que o princípio da dignidade da pessoa humana é o reitor da convivência harmônica e pacífica entre os cidadãos.

Nesse contexto, a jurisdição será cada vez mais importante porque é um pressuposto processual de existência e, como tal, necessária para garantir o acesso à justiça, que é um meio de promover os objetivos da ordem constitucional brasileira, previstos no artigo 3º da Carta Magna de 1988.⁴

⁴ Artigo 3º da Constituição Federal de 1988: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

6.2 Jurisdição

Quando se analisa a Teoria Geral do Processo, é essencial que haja um estudo da jurisdição, que representa um dos institutos fundamentais do processo.

A jurisdição é desenvolvida por meio do processo, visando à solução dos conflitos de interesse e, conseqüentemente, fazendo com que as partes alcancem a tutela jurisdicional.

A jurisdição é uma função do Estado, na qual este, na pessoa do juiz, substitui a vontade das partes, aplicando o direito ao caso concreto, para a solução de um conflito de interesses, sempre por intermédio do processo.

No intuito de compreender o significado de jurisdição, é preciso contrapô-la às outras atividades estatais, quais sejam, administrativo, legislativo e judiciário.

Ao legislativo compete a produção das leis, impondo direitos e obrigações. Já ao administrativo compete executar tais leis, sempre visando ao bem estar social. Por fim, falando de maneira simplória, ao judiciário compete aplicar as leis, resolvendo os conflitos de interesses. Sendo assim, jurisdição pode ser afirmada como, em regra, atividade do judiciário de dizer o direito, substituindo a vontade das partes, com decisões dotadas de definitividade, gerando segurança jurídica.

Para explicar com mais apuro o real alcance e significado de jurisdição, vale transcrever o pensamento de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p.149):

Que ela (*jurisdição*) é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei

lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).

Portanto, a jurisdição nada mais é do que uma função estatal, voltada à aplicação coativa e imparcial do direito quando provocada.

Na relação privada em que se discute a incidência ou não dos direitos fundamentais, a jurisdição é de suma importância porque é o meio de fazer a tutela jurisdicional alcançar os particulares nas suas relações privadas.

O Poder Judiciário, órgão titular da jurisdição e, conseqüentemente, responsável por dizer o direito, deve estar preparado para seguir a nova tendência dos direitos fundamentais, que é a influência desses nas relações privadas e, para isso, precisa analisar as condições do caso concreto para auferir a condição de igualdade ou desigualdade entre as partes, fazendo incidir em maior ou menor grau os direitos fundamentais nas relações privadas, em nome da dignidade da pessoa humana. Esse assunto será retomado no próximo capítulo, mas desde agora é importante um breve estudo sobre as características da jurisdição.

6.2.1 Características da Jurisdição

Para uma boa assimilação do conceito de jurisdição, faz-se necessário um breve estudo das suas características, para que se possa enquadrar um ato como sendo jurisdicional.

6.2.1.1 Substitutividade

Quando põe em prática a jurisdição, o juiz, representando o Estado, dotado de imparcialidade, substitui a vontade das partes, dizendo quem tem razão e fazendo valer as regras de direito material.

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, (2010, p.150):

Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se. A única atividade admitida pela lei quando surge o conflito é a do Estado que substitui a das partes. [...] As atividades do Estado são exercidas através de pessoas físicas, que constituem seus agentes, ou seus órgãos (o juiz exerce a jurisdição, complementada sua atividade pelas dos órgãos auxiliares da Justiça). E, como essas pessoas não agem em nome próprio mas como órgãos do Estado, a sua imparcialidade é uma exigência da lei; o juiz ou auxiliar da Justiça (escrivão, oficial de justiça, depositário, contador) que tiver interesse próprio no litígio ou razões para comportar-se de modo favorável a uma das partes e contrariamente à outra (parentesco, amizade íntima, inimizada capital) não deve atuar no processo.

Percebe-se que a substitutividade, dentre as características da jurisdição, é uma das mais importantes.

6.2.1.2 Definitividade

Somente os atos de jurisdição gozam da característica de se tornarem imutáveis, sem possibilidade de modificação ou revisão. Esta característica está estampada no artigo 5º, inciso XXXVI⁵ da Constituição Federal.

A definitividade é caracterizada pela coisa julgada, que nada mais é do que a imutabilidade das consequências de uma sentença. Ou seja, as partes não podem rediscutir o objeto da demanda em outra ação nem o juiz pode proferir outra decisão com relação à matéria petrificada pela coisa julgada. Essa é uma característica genuína do Poder Judiciário, a quem cabe dar o último pronunciamento em matéria que fira ou ameaça ferir direito. Vale

⁵ Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

asseverar que os pronunciamentos do Poder Legislativo e Administrativo não gozam de definitividade, podendo ser revistos pelo Poder Judiciário.

6.2.1.3 Inércia

O Poder Judiciário é inerte. Para que haja a pacificação social, é preciso que os sujeitos de direito que se sintam prejudicados em algum direito procurem o Judiciário para a solução de seus conflitos. Do contrário, caso a jurisdição se manifestasse de ofício, poderia haver discórdias, injustiças e a impessoalidade restaria prejudicada. É esse o sentido do artigo 2º do Código de Processo Civil⁶.

Somente em casos muito específicos e somente por meio de lei, pode-se excepcionar essa característica da jurisdição.

6.2.1.4 Lide

Na grande maioria dos casos a jurisdição exige uma lide, que nada mais é do que um conflito de interesse resistido pela parte contrária. Sem conflito de interesses, o sujeito não teria por que se dirigir ao Judiciário para ver seu direito satisfeito.

É justamente a lide que leva à necessidade do Judiciário intervir na relação, substituindo as partes e proferindo decisão eivada de imutabilidade.

A lide é importante também para diferenciar jurisdição contenciosa de voluntária, tendo em vista que o objetivo desta última não é uma lide, mas apenas uma administração pública de interesses privados, devido ao caráter indisponível e público do direito envolvido, como ocorre na separação judicial em que haja filho menor, salvo nos casos em que a separação é litigiosa.

⁶ Artigo 2º, do Código de Processo Civil: Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer nos casos e formas legais.

6.3 Ação

A ação é garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso XXXV⁷, da Constituição Federal. Neste sentido, lei nenhuma poderá restringir esse direito sob pena de inconstitucionalidade material.

É por intermédio do exercício do direito de ação que há a provocação do Poder Judiciário, rompendo a inércia da jurisdição.

Para chegar ao conceito atual de ação, diversas teorias foram desenvolvidas para tentar explicá-la, assim como a sua relação com o direito material.

Primeiramente, houve a fase da *teoria civilista (imamentista)*, que preconizava a ação como o direito material reagindo a uma violação. Era o direito material em movimento. Portanto, não havia autonomia do direito processual.

Após essa fase, Wach, estudioso alemão, desenvolveu a *teoria concreta* do direito de ação. Nas palavras de Hélio do Valle Pereira, com relação à *teoria concreta* (2008, p. 76):

[...] tem direito de ação quem tem *razão*, isto é, quem vai a juízo e logra êxito. Contudo, o direito subjetivo (material) e o direito de ação (processual) são coisas diversas. É que, excepcionalmente, se pode ir a juízo mesmo que ausente um direito por defender. A tese se refere à ação declaratória negativa (art. 4º, inc. I), justamente aquela que é proposta para que o autor obtenha uma sentença reconhecendo que não existe entre ele e o réu uma relação jurídica (não há direito material!). Por isso, para tal teoria, o direito de ação pode ser eventualmente exercido mesmo quando não haja um direito subjetivo correspondente.

Portanto, para a *teoria concreta*, a ação seria nada mais do que o direito de obter um provimento judicial favorável, de procedência. Ou seja, o resultado vincularia o direito de ação.

⁷ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.

Por não conseguir explicar se haveria processo sem ação quando improcedente a demanda, perdeu força a *teoria concreta* e solidificou-se a *teoria abstrata*, que prevê a existência do direito de ação mesmo quando a demanda tenha sido julgada improcedente.

Segundo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, para a *teoria abstrata* (2010, p.274):

[...] o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode até mesmo ser temerária, sendo suficiente, para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito. E com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável. Sendo a ação dirigida ao Estado, é este o sujeito passivo de tal direito. [...] Assim, o interesse tutelado pelo direito é o interesse principal e o interesse à tutela deste, por parte do Estado, é o interesse secundário.

Por fim, parafraseando Hélio do Valle Pereira (2008, p. 129), a *teoria abstrata* foi ponderada por Enrico Tullio Liebman, dando origem à *teoria eclética*, por ficar no meio entre a *teoria concreta* e a *teoria abstrata*, como se fosse uma figura híbrida. Para Liebman, para que haja exercício do direito de ação, é preciso a satisfação das condições da ação.

O estudo do direito de ação é importante para o presente trabalho porque é ela o instituto que dá origem ao processo, rompendo a inércia da jurisdição. Desse modo, a ação é um ponto crucial para legitimar a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por isso, fez-se necessário uma breve análise dos principais institutos processuais ligados ao direito de ação e que deles se originam, análise esta que será feita a seguir.

6.3.1 Condições da Ação

As condições da ação são pressupostos para a legitimidade do provimento jurisdicional. Podem ser encaradas em consonância com o princípio da economia processual, tendo em vista que as ações que não atendam às condições da ação não passarão pelo juízo prévio de admissibilidade, sem do extintas sem julgamento do mérito. Passa-se à análise das condições da ação.

6.3.1.1 Possibilidade jurídica do pedido

A possibilidade jurídica dos pedidos está ligada ao óbice às demandas que tenham por objeto pedido vetado pelo ordenamento jurídico. Exemplos clássicos dizem respeito à cobrança via judicial das dívidas de jogo e ao pedido de herança de pessoa viva.

É preciso ter cuidado para não confundir a possibilidade jurídica do pedido com as causas que levam à improcedência de demanda. Por exemplo, se há um dano decorrente de acidente automobilístico, haverá possibilidade jurídica. Mas, caso o autor não se desincumba do ônus de provar a culpa do réu, a demanda será julgada improcedente. Neste caso, estão presentes as condições da ação, nada influenciando o resultado de improcedência da demanda.

Vale ponderar que no projeto do Novo Código de Processo Civil, a possibilidade jurídica do pedido, como condição da ação, desapareceu.

6.3.1.2 Interesse de Agir

O interesse de agir exige que, para que haja julgamento de mérito, a ação tenha possibilidade de ser útil ao autor. Este critério de utilidade gira em torno das premissas de necessidade e adequação.

Com relação à necessidade e adequada legitimadoras do interesse de agir, vale transcrever o pensamento de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p.149):

Repousa a *necessidade* da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial. [...] *Adequação* é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir ao juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser.

6.3.1.3 Legitimidade *ad causam*

A *legitimidade* está ligada ao vínculo subjetivo existente entre o autor, réu e o fato por ele narrado na inicial. Trata-se de condição da ação na qual é possível verificar que as partes envolvidas no processo estão autorizadas legalmente para postular um direito ou defender-se da pretensão de quem pede.

A legitimidade pode ser ativa ou passiva, aquela para o autor, esta para o réu. De acordo com o artigo 6º do Código de Processo Civil⁸, de regra, é titular da ação a pessoa titular do direito material, é a chamada legitimidade ordinária. Já a legitimidade extraordinária se dá quando alguém, autorizado por lei, pleiteia direito alheio em nome próprio.

⁸ Artigo 6º do Código de Processo Civil: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

6.4 Identificação da Ação: Elementos da Demanda

A demanda é o exercício do direito de ação, por meio de um pedido formulado ao Estado, para que haja prestação de tutela jurisdicional. É, melhor dizendo, o conteúdo formal da ação. No mais das vezes a demanda se dá por intermédio da petição inicial. Vale dizer também que a sentença deve estar correlacionada com a demanda.

Uma das mais importantes funções da demanda é no sentido de identificar a ação, auxiliando na caracterização da coisa julgada (quando já houve sentença transitada em julgado) ou na litispendência (quando as ações são concomitantes).

Na lição de Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes (2006, p. 243):

Cada demanda, portanto, terá suas *questões litigiosas* e o conjunto delas formará o que se denomina *causa petendi*, ou causa de pedir, que, juntamente com o pedido, a define. Da mesma forma, se o réu pudesse alegar mais de um fundamento para a rejeição do pedido (art. 474 do CPC) e se limitara a suscitar apenas um deles, ficaria igualmente impedido de contrapor os demais em qualquer demanda posterior, ou no processo em que o autor vitorioso procurasse executar a sentença.

Pelo exposto, faz-se necessário um breve estudo dos três elementos caracterizadores da demanda (teoria das três identidades), quais sejam, partes, causa de pedir e pedido, em consonância com o artigo 201, §2º, do Código de Processo Civil⁹, que serão a seguir analisados.

⁹ Artigo 301, §2º, do Código de Processo Civil: Uma ação é idêntica a outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

6.4.1 Partes

As partes nada mais são dos que os envolvidos na relação processual por meio do contraditório frente ao Estado-juiz. Parte, nas palavras de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 284):

É aquele que, por si próprio ou através de representante, vem deduzir uma pretensão à tutela jurisdicional, formulando pedido (autor), bem como aquele que se vê envolvido pelo pedido feito (réu), de maneira que uma sua situação jurídica será objeto de apreciação judiciária. A qualidade de parte implica sujeição à autoridade do juiz e a titularidade de todas as situações jurídicas que caracterizam a relação jurídica processual.

A capacidade processual, que é um pressuposto processual de validade, é a aptidão para fazer parte da relação processual em nome próprio ou alheio. Em regra, a capacidade processual é atingida aos 18 anos. Os incapazes, relativa ou absolutamente, dependerão, respectivamente, de assistência e representação.

Vale asseverar também que nem sempre as partes envolvidas no litígio do direito material coincidem com as partes formadoras da relação jurídica processual. É o que ocorre, por exemplo, na legitimação extraordinária, na qual se defende direito alheio em nome próprio.

A legitimidade é o vínculo das partes com a situação fática relatada e se classifica em ordinária e extraordinária.

A legitimidade ordinária nada mais é do que a parte pleitear direito próprio em nome próprio. Enquanto a legitimidade extraordinária, que é excepcional, ou seja, só admitida quando há expressa previsão legal, caracteriza-se pelo fato de pleitear direito alheio em nome próprio, nos termos do artigo 6º¹⁰. É exemplo de legitimidade extraordinário o

¹⁰ Artigo 6º do Código de Processo Civil: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

caso do representante legal que atua judicialmente em nome do menor impúbere.

6.4.2 Causa de Pedir

A causa de pedir são os motivos de fato e de direito que servirão de fundamento à pretensão do autor, dando ensejo à lide e justificando a necessidade de se socorrer ao Poder Judiciário para ter a sua pretensão satisfeita. Vale ressaltar que uma das principais características da causa de pedir é o auxílio na definição entre competência absoluta ou relativa.

Outro importante aspecto da causa de pedir é a sua subclassificação em remota e próxima. Aquela diz respeito aos fatos jurídicos, que precisam ser provados como verdadeiros para que o autor satisfaça a sua pretensão; esta se relaciona aos fundamentos jurídicos, que nada mais é do que o enquadramento do fato ao direito.

Por fim, faz-se necessário frisar que o atual Código de Processo Civil adota a teoria da substanciação da causa de pedir. Por intermédio desta teoria, entende-se que, na petição inicial, o autor deve descrever os fatos juridicamente relevantes, juntamente com a relação jurídica material da qual se origina o direito pretendido.

6.4.3 Pedido

O pedido ou objeto trata-se do provimento feito pelo autor ao juiz para a solução do conflito de interesses e restabelecimento do direito.

Transcrevendo Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 284):

Esse provimento terá natureza cognitiva quando caracterizar o *juízo* da pretensão deduzida em juízo pelo autor; tratar-se-á, então, de uma *sentença de mérito* (meramente declaratória, constitutiva ou condenatória). Ou terá natureza *executiva*, quando se

tratar de medida através da qual o juiz realiza, na prática, os resultados determinados através da vontade concreta do direito (no processo de execução). Há também o provimento *cautelar* que visa a resguardar eventual direito da parte contra possíveis desgastes ou ultrajes propiciados pelo decurso do tempo [...]. Por outro lado, todo provimento que o autor vem a juízo pedir refere-se a determinado *objeto*, ou bem da vida [...]. Assim é que, considerando-se uma massa de ações propostas ou a propor, distinguem-se elas entre si não só pela natureza do provimento que o autor pede, como também pelo objeto do seu alegado direito material.

Por fim, é importante ressaltar que o pedido subdivide-se em imediato e mediato. Aquele é o tipo de tutela jurisdicional que o juiz vai prestar (ex: condenatória). Este é o bem da vida que o juiz protegerá. (ex: dinheiro).

6.5 Processo

A noção de processo muitas vezes é confundida com procedimento, desse modo, é importante citar a lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 301):

[...] O processo pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos. O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, o jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. O processo (...) é, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera.

A função jurisdicional depende do processo para alcançar a justiça, solucionando os conflitos de interesses e levando os bens da vida a quem tem direito. O processo funciona como uma espécie de ponte entre o direito material e o fato jurídico. Opera-se, assim, a jurisdição.

Os elementos já estudados, como a demanda e a ação formam um conjunto que, juntamente com o processo, exercitam a jurisdição, que é uma das funções do Estado. Seguindo esse raciocínio, o direito de ação é exercitado pela demanda, no mais das vezes por meio da petição inicial. Desse modo, rompe-se a inércia da jurisdição e para se chegar a um pronunciamento definitivo e imutável, o processo, originado com o protocolo da exordial, visto como um desencadear de atos procedimentais ligados por uma relação jurídica processual entre as partes e o juiz, leva o direito a quem tem razão.

O atual Código de Processo Civil de 1973 traz três modalidades de processo, quais sejam, de conhecimento, de execução e cautelar.

Para melhor explicar, vale transcrever lição do professor Hélio do Valle Pereira (2008, p.71):

O processo de conhecimento foi imaginado como a modalidade processual por excelência, na qual as partes têm ampla possibilidade de debate fático e jurídico, além da produção de provas. A sentença será o ato que dita a solução para o caso concreto, tal qual estipulasse uma regra jurídica individualizada. (...) A execução segue bases diversas. Nela, o autor (ali chamado exequente) tem que apresentar um título, o qual, por previsão legal (...) conta com presunção de legitimidade. Essa força, surgida por exceção, propicia que o executado seja imediatamente afetado pela atuação judicial, ainda que não haja uma sentença a referendar o suposto direito. Quer dizer, enquanto o processo de conhecimento da dialética que faz gerar a sentença, de caráter declaratório, a execução se vinca apenas em um título. (...) Já o processo cautelar serve como um apoio às ações de conhecimento ou de execução. Por ele, a urgência que possa surgir, permite-se que o juiz tome providências práticas, mesmo que de maneira condicionada somente a uma análise menos aprofundada dos temas de fato e de direito. Contudo, essas providências imediatas têm alcance limitado, não se prestando a propiciar o gozo do direito litigioso.

Cada uma dessas três espécies de processo exerce influência nas relações privadas, tendo como paradigma os direitos fundamentais, na exata medida das características conceituais acima delineadas.

Após a análise dos principais institutos formadores da Teoria Geral do Processo, chega-se ao ponto principal do trabalho, no qual há a síntese dos direitos fundamentais com a Teoria geral do processo, delineando a influência nas relações privadas.

7 A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL

O Código Civil de 2002 traz em seu artigo 57¹¹ uma garantia que, em uma primeira leitura parece simplória, sem maiores consequências jurídicas.

Mas, por trás desse artigo, uma nova maneira de se interpretar as garantias fundamentais pode ser extraída, qual seja, a interpretação de que a garantia de um processo passa a estar imbuído também nas relações genuinamente privadas, vestígios do direito processual constitucional.

Do dispositivo citado linhas acima é fácil concluir que sempre que haja um vínculo de pessoas físicas ligadas para um fim comum, que é um esboço de formação do pensamento coletivo, como ocorre, por exemplo, nas pessoas jurídicas, haverá a garantia do devido processo, com direito de defesa e de recurso.

Analisando o processo constitucional, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 85) propugnaram que:

[...] o processo não é apenas instrumento científico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos, e políticos. Claro é que a história, a sociologia e a política não de parar às portas da experiência processual, entendida como fenômeno jurídico. Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios.

Obviamente que não se pode exigir dos particulares, mormente em associações, que eles disponibilizem nas relações entre si de um trâmite processual nos moldes previstos no Código de Processo Civil. O que se quer

¹¹ Artigo 57 do Código Civil: A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto.

extrair da atividade particular é que não haja lesões a direitos submetidas ao puro alvedrio de quem detém algum tipo de poder de mando. Por exemplo, não é razoável permitir que a diretoria de um clube exclua os seus membros por motivos pessoais ou fúteis, sem garantir a eles o direito de ser ouvido e de se defender, sem que seja necessário recorrer ao Poder Judiciário, tornando altamente moroso a solução do conflito.

Com relação ao condômino nocivo, que é aquele que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio, nos termos do artigo 1337, “*caput*” e parágrafo único do Código Civil¹², a assembleia de moradores, para deliberar o afastamento de referido condômino, precisa recorrer ao Poder Judiciário. Desse modo, garante-se ao condômino nocivo recalitrante o direito de ser ouvido, conseqüentemente fazendo incidir o devido processo legal na relação particular em uma genuína relação privada, que é a relação entre condôminos.

Ainda usando o exemplo do condômino nocivo, esta relação privada entre condôminos terá assegurada todas as garantias constitucionais fundamentais relacionadas à teoria geral do processo. Ou seja, o âmbito privado processual ativo, representado pela assembleia de moradores, será obrigado, por intermédio do direito fundamental à ação, a provocar a jurisdição, instaurando um processo, para conseguir excluir o condômino nocivo. O código não permite que a assembleia geral simplesmente faça uma consulta entre os moradores e exclua o condômino nocivo em caso de maioria de votos, porque a este se garante o acesso ao judiciário para ter preservados os seus direitos fundamentais, dentre os quais o da moradia.

Do contrário, abrir-se-ia uma lacuna aos abusos da assembleia geral que poderia deliberar a exclusão de um condômino por qualquer motivo. Por isso, o acesso ao Poder Judiciário é um meio necessário para o fim de exclusão do condômino nocivo, preservando-se os direitos fundamentais

¹² Artigo 1337 “*caput*” e parágrafo único: O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das falas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem. Parágrafo único: O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia.

mesmo se tratando de uma relação privada, que, em tese, poderia ser resolvida nos moldes da convenção ou no ato constitutivo do condomínio.

O mesmo raciocínio pode ser seguido com relação ao já citado exemplo do membro de um clube que não pode ser excluído deste sem ter direito ao contraditório e à ampla defesa que podem vir previstos institucionalmente dentro do estatuto da associação, desde que respeitados as premissas mínimas da Constituição. Todavia, sempre será possível ao membro que se achar lesado recorrer a o Judiciário para fazer incidir os direitos fundamentais às relações privadas, como por exemplo quando o estatuto prever um contraditório precário.

Nesse contexto, os direitos fundamentais representam um campo mínimo de garantia que deve ser respeitado todas as vezes que houver alguma atividade particular que interfira na esfera de direitos de outras pessoas.

Para que seja preservada a dignidade da pessoa humana, que é o princípio reitor e fundamento do Estado Democrático de Direito, qualquer atividade que interfira negativamente na vida de outra pessoa deve garantir ao lesado um mínimo de dignidade e permitir que ele seja ouvido e possa se defender, seja mostrando o porquê da decisão ser errônea, seja mostrando os motivos justificadores de eventual conduta sua desabonadora que possa ter servido de justificativa para lesionarem seu direito.

O já citado artigo 57 do Código Civil fala em justa causa. A justa causa é parâmetro a ser seguido e apurado nas decisões particulares que interfira na esfera de direitos e interesses de outro particular.

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas só vem a justificar uma tendência que já foi adotada pelo diploma civil brasileiro, que é o caso do explanado artigo 57.

No mesmo diapasão, vale observar que o artigo 111¹³ do Código de Processo Civil traz a possibilidade de as partes fixarem, por acordo livre de vontades, a competência da causa em razão do valor do bem posto em conflito

¹³ Artigo 111 do Código de Processo Civil: A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes, mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo o foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

ou do território. A Súmula 335 do Supremo Tribunal Federal reconhece como válida a referida cláusula, que é conhecida como eleição de foro.¹⁴

Sabe-se que a cláusula de eleição de foro nada mais é, pelo menos em tese, do que um livre acordo de vontade entre as partes, normalmente particulares, dotadas de plena capacidade civil, titulares de direitos e obrigações, destinado a estabelecer o foro competente para se discutir eventual conflito de interesses.

Aparentemente, seria um paradoxo limitar o alcance da cláusula de eleição de foro, quando as partes possuem uma desproporção econômica, em nome da livre iniciativa. Por exemplo, um acordo firmado em São Paulo entre a Coca-Cola e um pacato cidadão dono de um bar, no qual se estabelece o foro da comarca de Rio Branco/AC para a discussão de eventual conflito, poderia ser tido como válido sob o argumento de ter sido realizado por partes capazes e de livre acordo. Para evitar teratologias como esta, a aplicabilidade dos direitos fundamentais à teoria geral do processo funcionará como uma espécie de panaceia, em nome dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, para se entender o real significado de se proporcionar um devido processo aos particulares nas relações entre si, tem-se o princípio da operabilidade, que é um marco importante no novo Código Civil e tido, juntamente com o princípio da eticidade e socialidade, como fator de promoção da lei civil por um longo período de tempo devido à margem de discricionariedade interpretativa garantida por meio de cláusulas abertas, como é o caso da boa-fé e da função social da propriedade.

Mas, no caso da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, o que abrange a garantia de um devido processo legal ou, a depender do nível de autonomia das partes, devido processo convencionado entre os interessados, desde que respeitados os preceitos mínimos que assegurem a dignidade da pessoa humana, não é preciso recorrer às cláusulas gerais como espécies de “portas de entrada” para os direitos fundamentais (como defende a teoria da aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais às relações privadas), sempre a depender do caso concreto e do alvedrio do intérprete. Basta que haja recorribilidade aos direitos fundamentais, mormente

¹⁴ Súmula 335 do Supremo Tribunal Federal: É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato.

o direito da dignidade da pessoa humana, fazendo prevalente a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Pelo exposto, a teoria geral do processo é uma disciplina a ser objeto de estudos juntamente com os direitos fundamentais. O processo deve ser visto como um meio de satisfação de direitos, um meio justo de se chegar ao direito material.

Não se pode esquecer que todo o ordenamento jurídico tem suas arestas de sustentação nos preceitos fundamentais da Constituição. Existem meios de defesa da ordem jurídica exclusivamente voltados para a proteção do ordenamento jurídico, como é o caso da Ação Direita de Constitucionalidade ou da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. O Supremo Tribunal Federal tem, quase que exclusivamente, a função de proteger a Constituição e, consequentemente os princípios fundamentais.

É preciso considerar que a Constituição é uma decisão política fundamental, que representa a sociedade no momento de sua criação. Os institutos derivados da Constituição, que são autônomos e limitados, como é o caso das emendas constitucionais, existem com a função de manter a Constituição em consonância com o espírito da sociedade.

O Direito visa a proteger a sociedade e garantir a aplicação total dos direitos fundamentais às relações privadas nada mais é do que proteger os cidadãos, mormente nos trâmites processuais, fazendo prevalecer o espírito social. Vale observar que a moral, ordem maior que rege a conduta de determinada sociedade, baseada no tempo e no espaço, é impossível de ser observada integralmente pelo Direito. A moral nunca pode ser vista como o Direito de uma sociedade, sob pena da prevalência dos pensamentos utilitaristas, pautados nos valores do prazer, no caso, no prazer dos órgãos legislativos

Os valores morais mínimos devem ser protegidos, como meio de garantia de uma convivência harmônica e estão representados pela dignidade da pessoa humana, que é um princípio reitor dos direitos fundamentais como um todo.

A eficácia privada dos direitos fundamentais visa a garantir um devido processo, com ampla defesa; que se divide em direito de presença mais direito de audiência. Aquele nada mais é do que a parte ter direito de estar

presente em todos os atos processuais; este, representa o direito de ser ouvido, de se manifestar. O Contraditório também deve integrar o processo, preservando assim a dignidade da pessoa humana.

Por todo o exposto até aqui, o mais sensato é a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas (*unmittelbare Drittwirkung*), que é a mais plausível hoje em dia. Os direitos fundamentais precisam incidir diretamente à relação privada porque representam o espírito da sociedade em determinado momento histórico e cultura, sintetizado na Constituição. Esta, como a lei fundamental e limite de poder do país necessita ser observada e respeitada em todas as relações, sejam públicas ou privadas.

A maneira mais equânime de fazer prevalecer os direitos fundamentais em qualquer relação é observada com a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

8 CONCLUSÃO

Em razão da pesquisa realizada no presente trabalho, algumas conclusões foram extraídas.

Primeiramente, o mundo capitalista e globalizado está, atualmente, em constante mutação. A sociedade moderna não tem limites para a informação e para as misturas, sejam culturais, econômicas ou sociais.

Nesse panorama, passam a existir super empresas, que em muitos casos formam oligopólios. No mesmo caminho, alguns indivíduos possuem uma fortuna incomensurável. A desigualdade entre os particulares, pessoas comuns do dia-a-dia, é latente. Nesse sentido, pensar nos direitos fundamentais apenas como limitador dos poderes estatais é fazer moucos os ouvidos para um estrondoso barulho que assombra e ameaça os direitos fundamentais.

Antigamente era o poder da força que fazia prevalecer esta ou aquela vontade. Hoje, no mundo capitalista, o poder econômico faz as vezes da força e os particulares que gozam deste poder, principalmente as empresas privadas, têm a vantagem de fazer valer as suas vontades nos momentos de negociarem com as pessoas comuns, em alguns casos desesperadas, seja pelo desemprego ou muitas vezes pelo despreparo cultural, tornando-as ingênuas e de fácil manipulação.

Nesse contexto, a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas mostra-se como o fator de equilíbrio das relações privadas.

O Estado não representa mais a única força motriz do âmbito social. Os particulares evoluíram e graças a isso o Neoliberalismo está em voga. A solução para os conflitos modernos entre particulares pode estar no âmbito do Direito ligado à eficácia direta dos direitos fundamentais às relações privadas.

Em segundo lugar, conclui-se que os direitos fundamentais são um importante instrumento que influenciam a teoria geral do processo.

Desse modo, as relações privadas, seja em um simples clube, em um condomínio ou em uma escola religiosa, devem respeito aos direitos fundamentais.

Os direitos evoluem, e essa nova faceta dos direitos fundamentais nada mais é do que uma evolução que se amolda aos preceitos culturais e morais da sociedade, embasados na Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição cidadã.

A autonomia privada não se verá abalada pela incidência direta dos direitos fundamentais. Ela continuará operante, mas, obviamente, como tudo no mundo do direito, deverá guardar relação direta de compatibilidade com as regras e princípios constitucionais, até por uma questão de razoabilidade que se exige com relação à ordem social e aos preceitos jurídicos-morais tidos por ela como tutelados pelo direito.

Deve-se entender que quando se fala de aplicar os direitos fundamentais às relações privadas, o único objetivo é fazer com que os ditames constitucionais sejam respeitados. A autonomia privada restará intangível, desde que seja exercitada dentro dos limites da Constituição.

Por fim, a nova face dos direitos fundamentais, tidas como a fase da eficácia direta destes direitos entre os particulares servirá como resposta a uma sociedade em plena evolução.

É importante frisar que quando se busca a incidência direta dos direitos fundamentais às relações privadas, não se pretende eliminar a autonomia privada, mas simplesmente fazer com que ela respeite a Constituição, que é a lei fundamental de uma sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed. São Paulo. 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**. Editora Renovar. São Paulo, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Editora Campus. São Paulo. 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. Editora Malheiros. São Paulo. 2010.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. Editora Malheiros. 6ª Ed. São Paulo. 1996.

BUTLES, Rupert. **A Gestapo**. Editora Escala. Volume 1. São Paulo. 2004.

CANARIS. Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Editora Almedina. 2009

CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER. **Teoria Geral do Processo**. Editora Malheiros. São Paulo. 2010

COUTO. Sérgio Pereira. **Dossiê Hitler**. Universo dos Livros. 2010

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. Editora Saraiva. São Paulo. 2008.

GOMES, Fábio Luiz e SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Teoria Geral do Processo**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2006.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2002.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. Editora Método. São Paulo. 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Editora Saraiva. São Paulo. 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. Editora Atlas. São Paulo. 2008.

MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**. Editora Escala. São Paulo. 2006. P.21.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual de Direito Processual Civil**. Editora Conceito. Florianópolis. 2008.

SAMPAIO. José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Editora *DelRey*. Belo Horizonte, 2004

SARLETE, Ingo Wolfgang. ***Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação os particulares aos direitos fundamentais***. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2000.

SARMENTO. Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Editora *Lumen Juris*. Rio de Janeiro, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Editora Malheiros. São Paulo. 2008.

SIQUEIRA. Dirceu Pereira. **Direitos Fundamentais: da normatização {a efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**. Editora Abril. São Paulo. 2009

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas**. Editora Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre. 2004.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**. Editora Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre. 2004.