

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues S. Hogemann; Flavia Piva Almeida Leite; Saulo José Casali Bahia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-614-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – SALVADOR, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia, apresentou como temática central “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. Essa temática estimulou calorosos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias, que versaram, entre outros, sobre a ideia de diversidade ligada aos conceitos de pluralidade, multiplicidade, na intersecção de perspectivas que se destacam pelas diferenças, ou ainda, na tolerância mútua.

Em especial, a questão da eficácia social dos direitos e garantias fundamentais mereceu destaque no Grupo de Trabalho “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III”, na medida em que inequivocamente são questões que mais se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania, na medida em que propende a redução das desigualdades entre as pessoas, que pode proporcionar os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida.

Sob a coordenação da Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, da Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - Universidade Estadual Julio de Mesquita Filho - UNESP – SP e do Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia - Universidade Federal da Bahia, o GT “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III” promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Érica Silva Teixeira, Saulo José Casali Bahia, abordou a ficção jurídica que gira em torno da eficácia plena dos direitos fundamentais através das relações econômicas ignoradas pela atuação jurisdicional e, em paralelo, sobre como o método de ponderação de interesses pode servir de reforço normativo para incrementar discursos ideológicos.

O artigo intitulado OS DEVERES INDIVIDUAIS DOS CIDADÃOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Joshua Gomes Lopes , Ivson Antonio de Souza Meireles, apresenta uma breve visão histórica dos deveres e da cidadania, analisando seus significados na Antiguidade clássica e os deveres individuais dos cidadãos presentes na Constituição Federal de 1988.

Isadora Beatriz Magalhães Santos e Luciana Lopes Canavez apresentaram o artigo intitulado: A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA ANÁLISE PELA BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO que abordou um refletir sobre a eficácia horizontal como meio de promoção da equidade e da bioética interventiva.

OS REFLEXOS DA NOVA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA EM QUESTÕES DE GÊNERO, IDENTIDADE GENÉTICA E EUTANÁSIA, artigo de autoria de Riva Sobrado De Freitas , Danielle Jacon Ayres Pinto trouxe uma reflexão a respeito da necessidade da reconfiguração do Direito ao próprio Corpo, redesenhando seu conteúdo sob a ótica da Autonomia Privada Decisória.

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes e Mônica Neves Aguiar Da Silva são os autores do artigo intitulado: PANORAMA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA que abordou discriminação em razão da orientação sexual sob dois prismas: o da suposta auto degeneração do ser humano pelo exercício de sua orientação não-heterossexual e, em seguida, as atitudes dos que se proclamam heterossexuais ao agredirem moralmente os não-heterossexuais por acreditarem que estes são indignos.

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS, da autoria de Lucas Helano Rocha Magalhães e Juraci Mourão Lopes Filho teve por objetivo uma análise do principal meio de efetivação dos direitos fundamentais frente ao estado, o mandado de segurança, e estabelece um paralelo com a tutela de evidência que poderia ocupar seu espaço no ramo do direito privado.

Paulo Roberto Albuquerque de Lima apresentou o artigo A COMUNICAÇÃO REGIONALIZADA COMO DIREITO SOCIAL EM SUSPENSO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, abordando um estudo concentrado no inciso III do artigo 221 da Constituição Federal de 1988, evidenciando a intenção do legislador constitucional de garantir um direito social importante: preservação de identidade cultural, que, entretanto, nunca foi regulamentado.

O artigo intitulado O REGISTRO DE NASCIMENTO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Alessandro Aparecido Feitosa de Rezende e Rodrigo Rafael de Souza Picardi, trouxe a discussão a respeito do registro de nascimento, bem como os seus reflexos no mundo jurídico em especial no âmbito dos direitos fundamentais.

Os autores José Antonio Remedio e Fabricio Agnelli Barbosa apresentaram o artigo intitulado: O DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIUNDAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO, que busca analisar o instituto do direito adquirido e sua oponibilidade à norma constitucional originária e derivado, explorando as controvérsias existentes sobre a matéria.

A CORRUPÇÃO COMO NEGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS é o título do artigo de autoria de Maria Fausta Cajahyba Rocha, cujo objeto versou sobre as consequências que a corrupção desencadeia na sociedade contemporânea, notadamente no campo das violações dos Direitos Humanos.

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentou o artigo intitulado: CONSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO: A POSSIBILIDADE DE CONTROLE À JURISDIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL A PARTIR DA COMPARAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA em que realizou uma análise reflexiva acerca dos desafios e possibilidades de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a constituição equatoriana, que assimilou o conceito de jurisdição indígena a partir do Novo Constitucionalismo LatinoAmericano.

A DEFESA DA PROPRIEDADE PRIVADA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL: O RELEVANTE PAPEL DO CADE, da autoria de Jarbas José dos Santos Domingos, promoveu uma análise filosófica e jurídica da propriedade, bem como um estudo da história e dos dados oficiais da desigualdade social no Brasil e do papel do Cade na redução das desigualdades sociais.

Na sequência, Luiz Carlos De Oliveira Paiva Júnior em seu artigo intitulado A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL propõe demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais, abordando sua previsão no Estado Democrático de Direito e tratando sobre sua eficácia irradiante e horizontal.

No artigo A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA, Alyne Mendes Caldas discute a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da necessidade de proteção da autonomia da vontade, estabelecendo um diálogo entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema constitucional português.

A seguir, Max Emiliano da Silva Sena, por meio do trabalho A FUNÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS propõe que no Pós-positivismo, o Direito reencontra-se com valores, outrora desconsiderados pelo Positivismo.

Em sua apresentação do trabalho intitulado A PROBLEMÁTICA DOS CUSTOS NO CAMPO DA EXECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, Diogo Oliveira Muniz Caldas e Alvaro dos Santos Maciel apontam que na esteira do neoconstitucionalismo, o cumprimento e o respeito dos direitos fundamentais e sociais brasileiros, uma grande celeuma surge nos tribunais e na doutrina ao debruçarem-se acerca da proteção desses direitos. Concluindo que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos direitos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Por sua vez, Pedro Luis Piedade Novaes em seu artigo intitulado A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA discorre que o resguardo do sigilo da fonte jornalística tem proteção expressa no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, todavia, apesar de ser uma garantia fundamental voltada para a profissão do jornalista, existem muitas críticas quando ao seu alcance, não havendo consenso na doutrina quanto ao modo como este instrumento de trabalho deva ser utilizado pela imprensa para divulgação de uma notícia.

No artigo ADPF: A DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS NO CONTROLE JUDICIAL DE ATOS POLÍTICOS os autores Antonio Jose Souza Bastos e Felipe Jacques Silva discorrem que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como importante ação constitucional que se presta à tutela dos preceitos fundamentais, não pode ser manejada em face de todos os atos de Poder Público, isto porque, os atos políticos têm sido afastados da apreciação do Poder Judiciário, em virtude de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo as apresentações, Breno Soares Leal Junior e Leandro José Ferreira, no artigo intitulado AS REPERCUSSÕES E DESDOBRAMENTOS DO JULGADO DA ADI 4983, E SUAS EXPECTATIVAS PARA OS ENTENDIMENTOS FUTUROS analisam o entendimento proferido sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 ajuizada em face da lei cearense 15.299/13 que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural do estado.

No artigo intitulado CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, Rodrigo Garcia Schwarz e Candy Florencio Thome identificam como a atuação dos tribunais pode contribuir para a tutela dos direitos sociais fundamentais.

Por sua vez, Rogério Piccino Braga e Diomar Francisco Mazzutti discorrem sobre a pouca afinidade que o constitucionalismo brasileiro guarda com determinadas liberdades, decorre indubitavelmente de dois fatores tratados no texto a seguir. Primeiro deles, a inconsistente solidificação enunciativa e material do que se convencionou denominar de constitucionalismo, notadamente no que concerne às oscilações dos processos de democratização e redemocratização no Brasil. Segundo, sob a ótica global, a não previsão no contrato social - da forma como explicado por Thomas Hobbes e por Rousseau e ainda vigente - de demandas por liberdades sociais e jurídicas prementes.

Roberto Berttoni Cidade e TATIANE de souza em seu artigo intitulado DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ÂMBITO NORMATIVO: LIMITES IMANENTES OU CONFORMAÇÃO? apontam que os Direitos Fundamentais vêm das conquistas históricas, contendo valores sociais primordiais que, positivados, ganharam status direitos subjetivos, inseridos na mais alto patamar do sistema legal, cuja função de nortear e harmonizar o sistema depende do âmbito normativo à eles atribuídos, identificados nas óticas da teoria interna e externa.

Com o intuito de finalizar as discussões acerca desses direitos e garantias fundamentais, Rejane Francisca dos Santos Mota apresenta o trabalho intitulado MÍDIA E DIREITO PENAL: ARTICULAÇÃO E INFLUÊNCIA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO versou sobre as relações entre mídia e o Direito Penal no Brasil.

Por fim, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III parabenizaram e agradeceram aos autores dos trabalhos que compõem esta obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da

apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – UNIRIO / UNESA

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite – UNESP

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA
EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS**

**A CONSTITUCIONAL REVIEW OF THE INTEREIM RELIEF BASED IN THE
EVIDENCE TO THE IMPROVIMENT OF EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL
RIGHTS IN PRIVATE RELATIONS**

**Lucas Helano Rocha Magalhães
Juraci Mourão Lopes Filho**

Resumo

Este trabalho busca analisar o papel dos direitos fundamentais dentro das relações individuais de acordo com as principais teorias que discutem o tema, dando especial destaque para doutrina e jurisprudência nacionais. Desta forma, realiza-se uma análise do principal meio de efetivação dos direitos fundamentais frente ao estado, o mandado de segurança, e estabelece-se um paralelo com a tutela de evidência que poderia ocupar seu espaço no ramo do direito privado. A pesquisa será de natureza bibliográfica com leitura especializada da doutrina.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Mandado de segurança, Tutela de evidencia, Relações privadas

Abstract/Resumen/Résumé

This study seeks to analyze the role of fundamental rights within private relationships according to the main theories that discuss the theme, giving special emphasis to national doctrine and jurisprudence. Therefore, an analysis of the main ways of effecting fundamental rights against the state, the injunction (mandado de segurança) is carried out, and a parallel is established with the interim relief based in the evidence that could occupy its space in the branch of private law. The research will be of bibliographic nature with specialized reading of the doctrine.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Injunction, Interim relief, Private relations

INTRODUÇÃO

O direito brasileiro, tradicionalmente, importa muitas teses do direito constitucional alemão, mas algumas delas são aplicadas no Brasil mesmo sendo minoritárias em seu país de origem. Este é o caso da teoria aplicada na efetivação dos direitos fundamentais entre particulares, em que na origem prevalece majoritariamente a aplicação mediata, por meio da legislação, consoante firmado desde o seminal caso Lütth. No Brasil, por sua vez, busca-se uma aplicação direta, de modomesmo a controlar as escolhas legislativas evidentes, prestigiando, aqui, corrente minoritária na origem.

Podem-se destacar quatro teorias que tem maior impacto no direito brasileiro sendo a de cunho mais privatista a *stateaction*, e gradualmente se dirigindo a um modelo de aplicação do direito do constitucional por meio das teorias da aplicação indireta, dos deveres de proteção até o modelo adotado no Brasil, e de perfil mais constitucional, a teoria da aplicação direta.

Essa importação, contudo, possui algumas falhas, pois várias disposições constitucionais não se coadunam perfeitamente com ela. É possível citar como exemplo alguns instrumentos processuais que instrumentalizam a aplicação dos direitos fundamentais. Nesse âmbito, destaca-se a limitação do mandado de segurança, que atinge somente aos membros do Poder Público e àqueles que atuam em funções delegadas. Embora não tenha sido adotado no Brasil, existe uma clara correlação mais próxima dessa feição do mandando de segurança com o modelo teórico do *stateaction*, e não com o da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Tem-se, então, uma limitação desse remédio constitucional se cotejado à teoria que vem se consolidando aqui.

Essa incongruência entre o modelo adotado pela jurisprudência e a ação constitucional evidencia, pois, algumas implicações curiosas da importação, como a ausência de um remédio constitucional próprio e específico— de modo similar ao mandado de segurança ou a ação popular — para proteção dos direitos fundamentais entre particulares.

Para analisar esse descompasso, este estudo foi dividido em três partes: a primeira dedicada à análise das principais teorias sobre a aplicação do direito, percorrendo sobre as quatro teorias supracitadas; a segunda, que analisa os efeitos destas teorias na doutrina e na jurisprudência brasileira e, por último, uma análise sobre os mecanismos processuais capazes de resguardar esses direitos e como deveriam ser aplicados nos casos concretos que envolvem direitos fundamentais. Neste ponto expõe-se a forma de aplicação do

mandado de segurança e como podemos ter um mecanismo análogo na tutela de evidência. Busca-se, portanto, dar um olhar constitucionalmente adequado a esse instrumento, assim como definida pelo atual Código de Processo Civil, para que ela supra a inexistência de um remédio próprio.

Por fim, podemos concluir que embora a tutela de evidência atenda parte das demandas, sua pressuposição de inexistência de matérias de teóricas a serem discutidas no caso concreto inviabiliza sua aplicabilidade de maneira ampla. Assim, matérias que ainda não foram profundamente discutidas no judiciário e não tiveram a construção de um sistema claro de precedentes permanecem sem um meio eficaz de efetivação quando ocorrerem violações de direitos fundamentais.

1. A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas

A tese referente à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas ganhou força durante o século XX principalmente entre os publicistas, embora até hoje ainda exista forte resistência entre os estudiosos do direito privado. A primeira manifestação desta aplicação, chamada por muitos de horizontal¹, pelo judiciário ocorreu no caso *Luth*², em 1958, no qual o Tribunal Constitucional Alemão reconheceu uma aplicação, ainda que indireta, dos direitos fundamentais entre particulares. É o que se observa da seguinte passagem do julgamento, que inclusive recupera o histórico dos direitos fundamentais inicialmente em face do poder público para evoluir para uma proteção também de particulares:

[...]a *Grundgesetz*, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 et seq., 197 et seq.]; 6, 32 [40 s.]), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais [...]. Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Desta forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito. O conteúdo normativo dos direitos fundamentais enquanto normas objetivas desenvolve-se no direito privado por intermédio do veículo (*Medium*) das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica. Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, será, no que tange ao seu conteúdo, o

¹Prefere-se o uso da expressão de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas em vez de aplicação horizontal, porque nem sempre os particulares, mesmo em relações privadas, estão no mesmo plano de possibilidades e faculdades, sendo justamente esse desnivelamento entre os sujeitos de direito que determina o peso (ou força hermenêutica) de um direito fundamental para cada um.

²No caso *Luth*, Erich Lüth interpôs recurso constitucional contra decisão que o condenou pela convocação pública de boicote ao filme dirigido por Veit Harlan, que anteriormente dirigira filmes de propaganda anti-semita.

direito pre-existente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito pre-existente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes destas normas comportamentais do direito civil influenciadas pelo direito fundamental permanece, no direito material e processual uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, ainda que sua interpretação tenha que seguir o direito público, a Constituição. (SCHWABE, 2005, p. 387-388)

Estruturaram-se em face dessa decisão e de outras cortes constitucionais algumas teorias sobre esta aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, entre elas destaca-se, adicionalmente, o modelo americano (*stateaction* e *publicfunction*) que não reconhecem a possibilidade de aplicação horizontal dos fundamentais, abrindo uma única exceção para os particulares que atuam em funções tipicamente públicas; o modelo alemão que defende a aplicação indireta (ou mediata) por meio das cláusulas gerais do Direito Civil; em outro extremo, existe a teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais entre particulares e, por fim, existe a teoria dos deveres de proteção.

1.1. *Stateaction* e *publicfunction*

A doutrina americana adotou a tese de que as obrigações referentes aos direitos fundamentais não se estendem às relações entre particulares. Esta posição é referente à teoria do *stateaction* “os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Constituição daquele país, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção apenas da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão” (SARMENTO, 2011, p 63).

O argumento baseia-se na forte influência do pensamento originário da constituição americana, o exemplo mais proeminente do liberalismo clássico, e na defesa de uma interpretação pouco extensiva da Constituição americana.

Outro argumento relevante é a grande autonomia legislativa dos entes federados, uma vez que cabe aos estados e não à União legislar sobre as relações privadas. Desta forma, a teoria serviria como salvaguarda da autonomia dos Estados. Nesse sentido, bem escreve Paul SchiffBerman:

Having its genesis in an 1883 Supreme Court decision overturning Reconstruction-era civil rights legislation,¹⁰ the state action doctrine, in its least nuanced form, rests on the observation that most constitutional commandments proscribe only the conduct of governmental actors. For example, the Fourteenth Amendment provides that “No state shall. . .”¹¹ As a result, the Supreme Court has often refused to apply these constitutional provisions to so-called “private action.” Thus—and again to express the doctrine in its least subtle form—the state cannot constitutionally exclude African Americans from a government housing facility, but the Constitution is silent with regard to an individual’s choice to exclude African-Americans from his or her home. (BERMAN, 2000)

A tese doutrinária vigorou com grande força até a segunda metade do século XX, quando a Suprema Corte passou a limitar a aplicabilidade da teoria do *state action* passando a adotar a *public function theory*, a qual sustenta que “quando particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão também sujeitos às limitações constitucionais” (SARMENTO, 2011, p. 64). Esta teoria age em duas frentes bem delimitadas em decisões da Suprema Corte americana.

Neste sentido, a grande diferenciação ocorreu em virtude da defesa do argumento de que “certas atividades que, independentemente de delegação, são de natureza essencialmente estatal, e, portanto, quando os particulares as exercitam, devem submeter-se integralmente aos direitos fundamentais previstos na Constituição” (SARMENTO, 2011, p. 65). O caso concreto analisado aqui foi o de *Marsh v. Alabama* (326 U.S. 501), julgado em 1946, no qual se discutia se uma empresa, detentora de uma região significativa de uma cidade, poderia ou não restringir a liberdade religiosa. Neste julgamento, a Suprema Corte decidiu que a proibição seria invalidada, em virtude da existência de uma “cidade privada” que a equipararia ao Estado, por ser uma afronta à liberdade religiosa.

Outro caso é o da tutela jurisdicional de um contrato que afronta a constituição. No caso *Shelley v. Kraemer* (334 U.S. 1), julgado em 1948, foi indeferido o pleito que requeria o cumprimento de uma convenção que proibia a venda de imóveis a minorias raciais. Neste julgamento, a Suprema Corte decidiu que embora válido contrato, o Estado não poderia conceder a tutela em virtude da violação constitucional ocorrida com a discriminação. Desta forma, o Estado não poderia conceder chancela ao ato que feria a Constituição.

Mais recentemente, tem havido a busca de maior expansão da aplicação do *Bill of Rights* entre particulares, especialmente no regulamento da liberdade de expressão no ciberespaço. Mais uma vez Paul Schiff Berman:

Debates about the state action doctrine are arising again in the online context largely because we are facing the very real possibility that all of cyberspace will become an effectively private, Constitution-free zone. In cyberspace, one uses privately owned browsers to access privately-owned online service providers, with messages traveling over privately-owned routers to privately-owned web sites. Moreover, perhaps the single greatest form of control in cyberspace, the governance of the domain name system, is currently in the hands of a private not-for-profit corporation, the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (“ICANN”).¹⁶³ And, the “code writers” of cyberspace, who have functioned to this point through relatively independent bodies of experts setting policy by means of open meetings and consensus decision making,¹⁶⁴ are now at risk of being captured by competitive market interests.¹⁶⁵ Thus, “[w]e are entering a world where code is corporate in a commercial sense, and leaving a world where code was corporate in a very different sense.” (BERMAN, 2000)

Portanto, mesmo em sua origem norte-americana essa perspectiva teórica tem sido revista em prol de uma incidência mais determinante dos direitos fundamentais entre particulares, o que demanda, por óbvio, uma adequação das correlatas garantias processuais.

1.2.A aplicação indireta (ou mediata) por meio das cláusulas gerais

A teoria tem origem na segunda metade do século XX, na Alemanha, sendo defendida por Günter Dürig, em 1956, sendo até hoje a mais adotada nas cortes alemãs. Podemos descrevê-la como uma tese intermediária, uma vez que nega ao mesmo tempo o *stateaction* e a aplicação direta dos direitos fundamentais.

Dürig defende que a autonomia e a liberdade individuais seriam um limite para aplicação dos Direitos Fundamentais entre particulares. Desta forma, destaca a necessidade de “necessidade de construir certas pontes entre o Direito Privado e a Constituição, para submeter o primeiro aos valores constitucionais” (SARMENTO, 2011, p. 67). Para isso, sugere que sejam utilizadas as lacunas textuais deixadas pelo legislador nas cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados como áreas de porosidade, ao Direito Constitucional, dentro do Direito Privado.

A teoria defende que a aplicação de maneira contida é fundamental para manutenção da autonomia individual dentro do Direito Privado, sob o risco de desfigurá-lo e impedir o desenvolvimento das atividades dos particulares. Justificam esse impedimento na concretude do risco de uma “hiperjudicialização” dos contratos, o que levaria a um aumento descomunal da força do judiciário e a uma elevada insegurança jurídica.

Assim, a proteção dos direitos fundamentais não se daria por uma aplicação direta das normas constitucionais, mas por uma irradiação dos valores consagrados na Constituição sobre a legislação ordinária. Dessa forma, seriam aplicados por meio das normas de Direito Civil onde fosse possível uma interpretação adequada, que seria realizada sempre sob a óptica dos valores constitucionalmente eleitos.

1.3. A aplicação direta (ou imediata)

Essa teoria também se origina na doutrina alemã, sendo defendida por Hans Carl Nipperdey, no início dos anos 50, e arguindo que os direitos fundamentais, embora vinculem prioritariamente o Estado, podem ser suscitados diretamente nas relações privadas, tendo aplicação *erga omnes*. Mais ainda, a opção por esse modelo seria uma decorrência natural do Estado Social, uma vez que as ameaças aos direitos fundamentais não partem apenas do Estado, não sendo possível, portanto, admitir o direito privado como uma esfera apartada do direito constitucional.

Contudo, conforme críticas realizadas a essa teoria, esta aplicação direta pode prejudicar a autonomia particular. Assim, “impõe que seja devidamente sopesada na análise de cada situação concreta”. Dessa forma, existindo lei específica que discorra sobre o tema, deve-se aplicar a lei vigente e não uma ponderação direta e renovada em cada caso concreto sobre direitos fundamentais. Esse método de aplicação evita uma exagerada preponderância do Poder do judiciário e garante uma segurança jurídica mais significativa.

1.4. Deveres de proteção

Trata-se de uma nova corrente doutrinária defendida especialmente por Claus-Wilhelm Canaris, pode ser vista como variante da teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais, fazendo um aparte para justificar esta aplicação direta nos deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado.

Canaris defende que “o Estado, tanto ao editar normas como ao prestar a jurisdição, está obrigado não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também a protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares” (SARMENTO, 2011, p.73).

Assim, estrutura sua argumentação em torno de uma obrigação negativa, a proibição de intervenção, e uma obrigação positiva, dever de obrigação, do Estado. Assim, a vinculação do Estado pode ocorrer de duas maneiras: pela vinculação do legislador, com base na supremacia da Constituição e pela aplicação judicial das normas legislativas, quando os juízes devem não só se abster de violar os direitos fundamentais, mas também buscar sua proteção. Desta forma, tanto o legislativo, quanto o judiciário estariam vinculados pela constituição ao exercerem suas atividades, não sendo possível, portanto, eximir-se da obrigação de resguardar os direitos fundamentais.

Canaris ainda adverte que a autonomia privada, por ser um direito fundamental, pode ser ponderado quando ocorrerem colisões com outros direitos fundamentais estiverem em jogo.

2. Aplicação dos direitos fundamentais entre particulares no Brasil

No Brasil, o tema teve muito destaque no meio doutrinário, no ano de 2003, quando Daniel Sarmento e Wilson Steinmetz defenderam teses de doutorado discutindo o assunto. Ambos levantaram questões sobre qual o efeito dos direitos fundamentais entre particulares, contudo apresentaram soluções complementares.

Daniel Sarmento defende que a aplicação dos direitos fundamentais depende da desigualdade entre os litigantes, dessa forma “quanto maior for a desigualdade (fática entre os envolvidos), mais intensa será a proteção ao direito fundamental”(SARMENTO, 2004, p. 303) em contraposição quando existe uma razoável igualdade entre as partes “a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito” (SARMENTO, 2004, p. 303).

Dessa forma, fica claro que Sarmento defende a utilização dos direitos fundamentais como uma forma de reequilibrar as relações entre particulares quando de um lado temos uma grande corporação (como uma holding) e do outro um consumidor. Posteriormente, Sarmento estendeu sua teoria ao direito do trabalho onde reforça sua tese sobre a desigualdade, ao destacar que “Isso porque ele estará sempre submetido às diretrizes de organização, ao poder de fiscalização e às normas disciplinares estabelecidas pelo empregador. Em suma: estará sempre juridicamente subordinado.” (SARMENTO, 2011, p. 88)

Sarmento destaca ainda a natureza do direito negociado, se existencial ou econômico, afirmando que no primeiro caso a autonomia privada terá uma importância maior que no segundo. E que quando possuírem natureza econômica, a proteção estará vinculada à sua essencialidade.

Wilson Steinmetz por outro lado entende que tanto a própria autonomia privada é um direito fundamental, sendo, portanto, sopesável quando confrontado por outros.

Desta forma, dever-se-ia seguir o modelo de sopesamento proposto por Alexy³: ou seja, por meio da proporcionalidade em sentido estrito.

Desta forma, defende uma preponderância *prima facie* da autonomia do particular, contudo advertindo que “precedências *prima facie* não contêm determinações definitivas em favor de um princípio” (STEINMETZ, 2004, p. 215). Dessa forma, podemos afirmar que Steinmetz advoga que no caso concreto, a autonomia do particular poderá ser afastada em virtude de uma preponderância de outro direito fundamental.

Assim, é possível concluir pela complementaridade das teorias de Sarmiento e Steinmetz, uma vez que o primeiro trata de pressupostos necessários para aplicação direta dos direitos fundamentais, enquanto o segundo indica o método mais adequado para fazê-lo.

As teorias aqui expostas foram colocadas em destaque pela forte influência que tiveram dentro do judiciário brasileiro, nos alongaremos na análise da teoria da eficácia direta e imediata. Segundo esta corrente doutrinária, os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente às relações entre os particulares. Ou seja, os particulares são tão obrigados a cumprir os ditames dos direitos fundamentais na mesma medida o Poder Público. Uma obrigação decorrente das normas constitucionais tem por sujeito passivo tanto o Estado (eficácia vertical) quanto o particular (eficácia horizontal).

No Supremo Tribunal Federal, ocorreram alguns julgamentos ao longo dos anos noventa, destacando-se em especial o Recurso Extraordinário (RE)160222/RJ⁴, que não chegou a analisar o mérito quanto à aplicação do direito, e, posteriormente, nos RE 158.215-RS⁵ e 161.243-DF⁶, ambos julgados em 1996, a eficácia da aplicação dos direitos fundamentais foi reconhecida, contudo sem qualquer tipo de aprofundamento teórico.

³Robert Alexy vê os direitos fundamentais como normas de otimização, devendo sempre ser efetivados no maior grau fática e juridicamente possível. Desta forma, defende a inexistência de colisões de direitos fundamentais. Segundo sua teoria, estas colisões seriam somente aparentes, sendo dever de o provimento jurisdicional encontrar o ponto de equilíbrio entre os direitos: o ponto de máxima eficácia dos dois no caso concreto.

⁴O RE, julgado em 1995, embora não tenha se aprofundado no tema reconheceu sua possibilidade: “o constrangimento questionado a intimidade das trabalhadoras, embora existente, fora admitido por sua adesão ao contrato de trabalho: questão que, malgrado a sua relevância constitucional, já não pode ser solvida neste processo, dada a prescrição superveniente, contada desde a sentença de primeira instância e jamais interrompida, desde então”.

⁵O RE tratou da exclusão, sem o devido processo legal, de associado. Neste caso o relator fundamentou: “Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal”, afastando desta forma a liberdade contratual dos particulares.

⁶O RE tratou do tratamento diferenciado entre empregados em razão de sua nacionalidade. Neste caso o relator fundamentou: “Trata-se, então, realmente, de DISCRIMINAÇÃO em razão de nacionalidade **PROIBIDA** pelo art. 153, § 1º, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, como, aliá, continua sendo vedada, na atualmente vigente ordem constitucional, por força do que reza o art. 5º, **caput**, da Carta de 1988.”, afastando desta forma a liberdade contratual dos particulares.

Neste sentido, frisa-se que a jurisprudência já vinha reconhecendo essa possibilidade de forma contundente. Contudo, no acórdão do RE 201.819⁷ tem-se uma confrontação ampla entre as diversas teorias sobre a aplicação dos Direitos Fundamentais entre particulares, que pode servir como paradigma deste estudo.

Neste julgamento, construíram-se dois polos: um defendido pela Ministra Ellen Grace⁸, que elegeu o modelo teórico do *stateaction* e outro defendido por Gilmar Mendes, que elegeu o modelo teórico da aplicação direta, sendo acompanhado, em seu voto, pelos ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes destaca que em estudos realizados sobre a jurisprudência alemã verificou que o Tribunal Federal do Trabalho adotou entendimento em favor da teoria de Canaris. Em seu julgamento, o Tribunal Federal do Trabalho considerou que “uma série de direitos fundamentais destinam-se não apenas a garantir os direitos de liberdade frente ao Estado, mas também a estabelecer as bases essenciais da vida social.” (BRASIL, 2011, p. 14), dessa forma concluiu que “disposições relacionadas com os direitos fundamentais devem ter aplicação direta nas relações privadas entre os indivíduos” (BRASIL, 2011, p. 15). Trazendo este precedente como um exemplo dentro da jurisprudência tedesca da opção pela aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Destaca-se também no voto, o contraponto defendido pela Corte Constitucional, de que “a função dos direitos fundamentais enquanto elementos de uma ordem objetiva impões tão-somente a preservação de um *standard* mínimo de liberdade individual” (BRASIL, 2011, p. 22). Defendendo ainda que no direito privado foi realizada uma opção legislativa pela liberdade individual, não devendo esta ser limitada de forma significativa por outros direitos fundamentais.

Assim, prossegue afirmando que, segundo Konrad Hesse, “a liberdade individual pode restar ameaçada pela utilização de mecanismo de poder econômico ou social, o que acabaria por permitir a supressão daquele *standard* mínimo de liberdade pelo uso (abusivo) de posições dominantes no plano econômico-social.” (BRASIL, 2011, p. 23).

Hesse criticaria, então, a posição do Tribunal Constitucional por afirmar que o entendimento da Corte Alemã sobre a aplicação mediata dos direitos fundamentais derivaria

⁷No Recurso Extraordinário nº 201.819, julgado em 2005, a União Brasileira de Compositores recorreu de decisão de primeira instância que determinou o reingresso do membro excluído sem o respeito ao devido processo legal.

⁸“A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC.”

de “tanto na sua débil fundamentação dogmática, quanto na sua eventual desnecessidade” (BRASIL, 2011, p. 23).

Após tecer considerações doutrinárias gerais, o relator passa à análise contida do caso concreto, entendendo que a UBC integra o “espaço público ainda que não estatal” (BRASIL, 2011, p. 33) em virtude de sua participação no ECAD⁹.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pleito mantendo a condenação da associação em virtude da violação do direito à ampla defesa.

Nos votos que acompanharam o relator, o Ministro Joaquim Barbosa defendeu que “os direitos fundamentais têm, sim, aplicabilidade no âmbito das relações privadas” (BRASIL, 2011, p. 46) afirmando, contudo, que elas devem ser aplicadas “com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo.” (BRASIL, 2011, p. 46). Prossegue ainda afirmando que a supremacia da Constituição tem como efeito inevitável que as limitações constitucionais não se aplicam mais somente o Estado.

O Ministro Celso de Mello, afirma ainda que “a ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir, como a parte ora recorrente o fez, à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais.” (BRASIL, 2011, p. 72).

Dessa forma, fica clara a opção realizada pela doutrina e jurisprudência brasileira pela teoria da aplicação imediata dos direitos fundamentais. Entretanto, esta posição leva a novos questionamentos especialmente sobre questões processuais.

3. Os mecanismos processuais para proteção dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, nos estados liberais, gozam de um status superior dentro do ordenamento jurídico, podendo ser definidos como “os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado” (BONAVIDES, 2004, p. 521). Com base nesta definição, foi construído o argumento referente ao mandado de segurança, que surge como um meio privilegiado de proteção dos direitos fundamentais e garantia da dignidade da pessoa humana, que se apresentem de maneira líquida e certa.

⁹ Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, órgão estatal responsável pela arrecadação e distribuição de direitos autorais relativos ao uso de patrimônio intelectual.

3.1. O Mandado de Segurança e a teoria da *publicfunction*

O mandado de segurança, regulado atualmente na Lei 12.016/2009, é o remédio constitucional que surge como uma salvaguarda dos direitos fundamentais, contando inclusive com tramitação preferencial nos tribunais.

A referida lei prevê a concessão do remédio para proteção de um direito líquido e certo, entendido como aquele que não requer dilação probatória para ser comprovado, demandando, pois, provas pré-constituídas e com matéria de direito definida, frente a abusos e ilegalidades cometidas por autoridades.

Cabe destacar que para a lei são considerados como autoridades não somente as autoridades da administração direta, mas também “os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições” (BRASIL, 2010).

Conclui-se facilmente que a utilização do mandado de segurança, nesses moldes, mais se aproxima do modelo americano de *publicfunction*. Esta postura, entretanto, é contraditória uma vez que o nosso tribunal constitucional já se manifestou pela opção pela teoria da aplicação direta dos direitos fundamentais, ou pelo menos, da tese de Canaris quanto ao dever de proteção. Tem-se, por via de consequência, uma insuficiência do remédio constitucional nesse tocante, sem se poder apontar um outro específico em substituição.

Dessa forma, não é coerente nem íntegro a inexistência, no sistema jurídico brasileiro, de uma ferramenta que permita ao judiciário uma tutela célere dos direitos fundamentais entre particulares após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2011. Ficou firmado no tribunal, contudo, o entendimento de que somente nos casos descritos pela doutrina americana seria cabível a impetração de mandado de segurança.

Embora, seja defensável a tese de que poderia ser obtida uma tutela de urgência, prevista já anteriormente no art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, esta só seria cabível em casos de urgência, nos quais houvesse risco de um dano irreparável causado pela demora. Logo, esse mecanismo não era suficiente para resguardar os direitos fundamentais entre particulares, afinal ainda que se trate de uma agressão à dignidade do indivíduo a demora na concessão da tutela, não necessariamente, causará um dano irreparável.

Podemos exemplificar – a situação de uma violação da dignidade que não gera dano pela mora – com o julgamento realizado pelo STF, e já citado, no Recurso Extraordinário (RE) 160222/RJ. Neste caso, a violação dos direitos fundamentais se deu por uma revista indevida realizada nas funcionárias de uma fábrica. Contudo, a demora na

concessão da tutela não agravaria o dano já sofrido pelas funcionárias, vez que sua dignidade já havia sido vilipendiada.

Esta incoerência permaneceu no sistema até o advento do Código de Processo Civil de 2015, quando foi introduzido no nosso ordenamento jurídico o instrumento processual da tutela de evidência.

3.2.A tutela de evidência como meio de garantia dos direitos fundamentais.

Uma das grandes inovações do Novo Código de Processo Civil de 2015 foi indubitavelmente a introdução da tutela de evidência. Mas não é só a previsão autônoma que merece atenção no novo diploma, mas a subjacente busca por seus vários dispositivos de um mais perfeito alinhamento entre processo e constitucional. Isso é inclusive declarado expressamente em sua exposição de motivos ao se consignar a intenção “de ver o processo como uma teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de solução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”. Em seguida, lê-se ainda na exposição de motivos:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Nesse espírito e diferentemente de sua antecessora, o novo diploma trouxe a possibilidade de antecipação de tutela em alguns casos específicos. Neste sentido, o artigo 311 prevê que nas hipóteses de seus incisos II e III poderá ocorrer uma decisão liminar da antecipação de tutela. *In verbis*:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Observe-se aqui que a distorção trazida pela interpretação do Supremo Tribunal Federal, no julgado RE 201.819, foi reparada permitindo-se a recomposição da integridade sistêmica do Direito. O inciso segundo do artigo 311 traz uma redação extremamente similar ao da lei do mandado de segurança,¹⁰: em ambos os casos é necessária a existência de prova pré-constituída e de um entendimento firmado sobre a matéria de direito.

Contudo, existe aqui um significativo ganho sistêmico na proteção dos direitos fundamentais, uma vez que a tutela de evidência permitirá de maneira liminar nos casos em que “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”.

A função primordial da tutela de evidência é debelar qualquer prejuízo ou mesmo injustiças pela demora fisiológica do processo, assim entendida a demora decorre da simples e regular tramitação do feito, que se projeta no tempo. Daí ser uma melhoria em face da tutela de urgência que demanda, como dito, o perigo de dano eminente.

Em assim sendo, em certos casos a concessão de tutela para resguardar os direitos fundamentais poderá ser liminar, de uma forma ainda mais rápida do que a tutela concedida no mandado de segurança, que tem características próprias para debelar o perigo da demora.

Complementarmente, caso a petição inicial seja devidamente instruída, a tutela antecipada poderá ser concedida após a defesa do réu desde que “o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”. Dessa forma, após a apresentação da contestação poderá ser concedida a tutela de evidência diante da fragilidade dos argumentos do réu diante das provas acostadas na inicial

A Tutela de evidência deve funcionar, então, como meio de alternativo ao mandado de segurança nas relações que ocorrerem entre particulares.

A aplicação nestes casos, contudo, são decorrentes de uma clara violação do direito pátrio, o que implica ainda em uma forte limitação aos casos em que existe somente

¹⁰ O artigo primeiro da lei prevê que a proteção se dará sobre direito líquido e certo de maneira análoga ao previsto pelo novo CPC.

uma discussão sobre o conteúdo fático. Ficando desta forma, afastada dos casos limítrofes que são aqueles que mais necessitam do resguardo estatal.

CONCLUSÕES

Em face do exposto, é possível concluir que as teorias de aplicação dos direitos fundamentais entre particulares demandam de maneira direta uma adequação interpretativa dos instrumentos processuais para sua efetivação por meio do poder judiciário.

Conforme observado, na jurisprudência brasileira, o Superior Tribunal de Justiça fez uma opção pelo modelo da aplicação direta dos direitos fundamentais, ressaltando ainda características trazidas por Canaris à Teoria dos Deveres de Proteção.

Este posicionamento adotado pela corte teve forte influência da doutrina nacional que no início dos anos 2000 passou a adotar teses referentes à desigualdade entre as partes e o necessário sopesamento entre o direito fundamental à autonomia privada e os direitos fundamentais conflitantes.

Contudo, a tese não se estendeu à proteção de direitos fundamentais por meio do mandado de segurança às relações entre particulares: para este remédio constitucional adotou a tese do *stateaction* e da *publicfunction*.

Criou-se, então, uma inconsistência lógica dentro do ordenamento: admite-se a existência da aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares, mas não se disponibiliza o meio mais eficiente para resguardá-lo.

Propõe-se, aqui, uma análise detida dos novos instrumentos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015, em especial da tutela de evidência. Como meio de mitigar essa falha na integridade do direito brasileiro. As tutelas liminares e as antecipações de tutela formam um bom recurso para proteção de direitos fundamentais já sedimentados na jurisprudência, servindo como um meio análogo ao mandado de segurança em virtude de suas características similares no que se refere à pré-constituição de provas e à liquidez do direito. Entretanto não suprem a necessidade nos casos limítrofes, nos quais ainda não foi construída uma estrutura de sólida de precedentes judiciais.

Conclui-se que, embora a tutela de evidência possa auxiliar na efetivação dos direitos fundamentais entre os particulares, não é suficiente como substituto do mandado de segurança pela necessidade de uma posição jurisprudencialmente consolidada. Sendo necessário um alargamento nas hipóteses de cabimento interpretativo da tutela de evidência para suprir essa lacuna, referente aos casos inovadores dentro da jurisprudência, que ainda existe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2004

BERMAN, Paul Schiff, Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to 'Private' Regulation. **University of Colorado Law Review**, Vol. 71, No. 4, May 2000. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=228466> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.228466> acesso em 23, março. 2018.

BRASIL. Senado. **LEI N° 5.869/1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 28/06/2017.

BRASIL. Senado. **LEI N° 12.016/2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 28/06/2017.

BRASIL. Senado. **LEI N° 13.105/2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28/06/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ**. Relator: Gilmar Pereira Mendes – Segunda Turma. Diário da Justiça Eletrônico da Justiça, Brasília, DF, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: 28/06/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 158.215-RS**. Relator: Marco Aurélio – Segunda Turma. Diário da Justiça Eletrônico da Justiça, Brasília, DF, 30 de abril de 1996. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_158215_RS-30.04.1996.pdf?Signature=%2FPwIvLZkZGUhg4hw%2ByoI5zv75WA%3D&Expires=1496098278&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8d5fb007f4e0a035d7633d8b042acbc0> Acesso em: 28/06/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 161.243-DF**. Relator: Marco Aurélio – Segunda Turma. Diário da Justiça Eletrônico da Justiça, Brasília, DF, 29 de outubro de 1996. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_158215_RS-30.04.1996.pdf?Signature=%2FPwIvLZkZGUhg4hw%2ByoI5zv75WA%3D&Expires=1496098278&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8d5fb007f4e0a035d7633d8b042acbc0

[6098278&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=8d5fb007f4e0a035d7633d8b042acbc0](https://s3.amazonaws.com/ufjf-legal/legale/files/2014/07/A-efic%C3%83%C2%A1cia-dos-Direitos-Fundamentais-nas-rela%C3%83%C2%A7%C3%83%C2%B5es-entre-particulares.pdf)> Acesso em: 28/06/2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Entre Particulares: O Caso das Relações de Trabalho**. Revista do TST, Brasília, vol. 77, n. 4, out/dez 2011. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/A-efic%C3%83%C2%A1cia-dos-Direitos-Fundamentais-nas-rela%C3%83%C2%A7%C3%83%C2%B5es-entre-particulares.pdf>.

Acesso em: 28/06/2017.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org. Leonardo Martins. Trad. Beatriz Hennig e outros. Montevidéu: Fundação Konrad – Adenauer – Stiftung, 2005, p. 387-388.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2004