



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O papel do Judiciário como garantidor da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Anna Cássia dos Reis da Silveira

Rio de Janeiro

2016

ANNA CÁSSIA DOS REIS DA SILVEIRA

O papel do Judiciário como garantidor da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2016

O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Anna Cássia dos Reis da Silveira

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. Pós-graduada em Direito Imobiliário, Notarial e Registral pelo CEPAD - Complexo Educacional Damásio de Jesus.

Resumo: A polêmica que envolve a aplicação horizontal dos direitos fundamentais ganhou força no Brasil nas últimas décadas. Diversas teorias visam a demonstrar seu ponto de vista a respeito da eficácia dos direitos fundamentais. Algumas a relegam apenas à relação vertical entre Estado e particular. Todavia, vem se consolidando o entendimento segundo o qual se deve dar eficácia aos direitos fundamentais também nas relações entre particulares. Nesse contexto, o Judiciário assume um papel de efetivador dos referidos direitos de modo a garantir seu alcance também às relações privadas.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Relações privadas. Constituição. Judiciário. Neoconstitucionalismo. Eficácia horizontal.

Sumário: Introdução. 1. O Neoconstitucionalismo e os Direitos Fundamentais: releitura do Direito à luz da Constituição. 2. A eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. 3. O papel do Judiciário como garantidor da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo a análise do papel do Judiciário como garantidor da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, inclusive por meio de ponderações sobre a forma como o assunto vem sendo enfrentado pela Cortes Superiores do País.

Tradicionalmente, os direitos fundamentais surgiram no Estado Liberal com a ideia de proteção do indivíduo contra arbitrariedades estatais. Trata-se da eficácia vertical dos direitos fundamentais. Entretanto, com o passar dos anos foi possível perceber que não era apenas na relação Estado-indivíduo que ocorriam violações a direitos fundamentais. Destarte, surge a teoria que defende a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cuja aplicação circunscreve-se às relações de cunho eminentemente privado.

Por meio da análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, procura-se explicitar que o Poder Judiciário ocupa um papel de destaque como agente assegurador da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988.

Se de um lado a Constituição da República consagra a liberdade e autonomia privada, de outro, protege os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. É justamente no ponto de conflito de princípios constitucionais que surge a necessidade de o Judiciário intervir, a fim de proporcionar a necessária ponderação de princípios, resguardando os direitos fundamentais inclusive no seio de relações privadas.

O primeiro capítulo visa a explicitar a nova perspectiva introduzida pelo Neoconstitucionalismo no que tange à aplicação dos direitos fundamentais, a qual determinou uma releitura do Direito à luz do novo prisma constitucional, de modo a não ser possível a adoção de uma postura passiva quanto à implementação dos direitos e garantias fundamentais, resumindo-os a meros institutos formais.

O segundo capítulo trata da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, suas teorias explicativas, seu contexto de aplicação, bem como a tese adotada no Brasil.

Por fim, o terceiro capítulo traz a reflexão acerca do papel do Judiciário como elemento garantidor da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por meio de uma abordagem de aspectos concernentes ao ativismo judicial e o fenômeno da judicialização das relações sociais.

A pesquisa que se pretende realizar é de natureza qualitativa e seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória, na medida em que tem como fontes principais a legislação, a doutrina – livros e artigos científicos – e a jurisprudência.

1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: RELEITURA DO DIREITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Historicamente, é possível vislumbrar-se a noção de "constitucionalismo" e "constituição" desde a Antiguidade (como, por exemplo, nas Cidades-Estados gregas), bem como durante a Idade Média (i.e., Magna Carta da Inglaterra de 1215) e, posteriormente, na Idade Moderna (quando movimentos revolucionários fundamentados no ideário Iluminista visavam implementar a ideia de controle do Poder, até então absoluto, concentrado nas mãos dos governantes, por meio de uma constituição escrita, que garantisse os direitos dos cidadãos em face do Estado).

Ao analisar o constitucionalismo decorrente da Modernidade, José Carlos Francisco¹ destaca três momentos históricos que implementaram profundas transformações na concepção constitucionalista, até que resultasse na atual percepção denominada 'neoconstitucionalismo'. Num primeiro momento, surge o constitucionalismo liberal, o qual vigorou a partir do século XVII até o início do século XX. Posteriormente, emerge o constitucionalismo social, que tem espaço durante o início do século XX.

No entanto, é a partir da segunda metade do século XX, especificamente no período pós-guerra, que se começa a tecer o panorama do 'novo direito constitucional', na Europa Continental - sobretudo, na Alemanha e Itália. No que tange à realidade brasileira, essa fase tem início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando, nas palavras de Luís Roberto Barroso², o direito constitucional no Brasil "[...] passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração".

¹ FRANCISCO, José Carlos et al. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Roy, 2012, p. 51.

² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os fundamentos e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 519.

Atualmente coexistem os mais variados conceitos de 'neoconstitucionalismo'. Mais relevante do que os conceitos em si, confere-se maior importância aos aspectos que propulsionam a referida concepção. Britto e Agra³ salientam os seguintes aspectos: a superação do positivismo puro ou clássico; a pós-modernidade - ou, conforme prefere José Carlos Francisco⁴, a segunda era da modernidade -; a influência da globalização; a revalorização do Direito; a centralização dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico e a diferenciação qualitativa entre princípios e regras. É possível acrescentar ainda, em conformidade com Barroso⁵, o reingresso dos valores na interpretação jurídica; o reconhecimento de normatividade aos princípios; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

O pós-positivismo pode ser elencado como marco filosófico do neoconstitucionalismo, na medida em que rompe com a concepção pura do positivismo, a qual se apoiava na validade estritamente formal das normas e opunha-se radicalmente à influência da moral e da política no Direito.

Por essa forma, José Carlos Francisco⁶ defende que o neoconstitucionalismo apresenta-se em oposição ao positivismo jurídico puro, uma vez que "[...] há claro reconhecimento do fato de valores morais e até mesmo elementos políticos adentrarem no campo normativo em razão da grande abertura semântica permitida pelos princípios [...]". Contudo, o autor não defende um antagonismo total entre a concepção neoconstitucionalista e o positivismo, ao afirmar que a referida oposição não abrangeria "[...] a todas as formas de manifestação do positivismo jurídico, especialmente o positivismo inclusivo ou moderado".

³ BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do positivismo ao ativismo judicial*. José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Roy, 2012, p. 22.

⁴ FRANCISCO, op. cit., p. 52.

⁵ BARROSO, op. cit., p. 519-520.

⁶ FRANCISCO, op. cit., p. 65.

Por um outro prisma, Barroso⁷ analisa a questão e conclui que, de uma certa forma, o neoconstitucionalismo assume a postura de "[...] uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista [...]". Isto porque, o jusnaturalismo moderno concebia o Direito a partir da razão - *ratio* - e por princípios de justiça universalmente válidos - Direito Natural. O surgimento do positivismo sobrepõe-se ao pensamento jusnaturalista, ao abandonar as questões relacionadas à filosofia do Direito e legitimidade material das normas, contentava-se com a busca da objetividade científica, na valorização do procedimento e da forma. Não por acaso, fatos históricos ultrajantes determinaram a urgente necessidade de superação do pensamento positivista puro.

Na era da pós-modernidade, em que urgem preocupações afetas à justiça material para o caso concreto e a efetividade dos direitos formalizados no ordenamento jurídico, propicia-se o contexto adequado para o desenvolvimento da concepção neoconstitucionalista. Do ponto de vista pragmático, não se defende o total afastamento do Direito positivado. Ao contrário, visa-se aplicá-lo a partir de sua releitura à luz de uma interpretação inspirada por vieses ético e moral. Não por acaso, José Carlos Francisco⁸ destaca a rejeição à jurisprudência dos conceitos - decorrente da "[...] aplicação mecanicista de subsunção do fato à norma que primava pela objetividade e pela segurança derivada da literalidade da lei [...]" -, bem como a superação da jurisprudência dos interesses, afeta a busca pela vontade da lei, e avança para uma perspectiva atrelada à jurisprudência dos valores. Conclui o jurista que "[...] a ideia mais atraente do neoconstitucionalismo é a busca de soluções adequadas segundo critérios de justiça material, o que se apresenta como medida coerente com as características da pós modernidade"⁹.

⁷ BARROSO, op. cit., p. 519-520.

⁸ FRANCISCO, op. cit., p. 66.

⁹ Ibidem, p. 67.

Sob o enfoque teórico, há o abandono da concepção constitucional marcada pela passividade, em que a Constituição era vista como um apanhado de normas programáticas, restritas a implementar diretrizes e regular aspectos estruturais do Estado, e, conseqüente aproximação da ideia de "[...] reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicação direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica."¹⁰ Tal mudança de paradigma, aponta o autor, atrelada ao ideário de "expansão da jurisdição constitucional" e da "hermenêutica jurídica", reflexo do "surgimento de um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional" perfazem a base para o desenvolvimento da conjuntura neoconstitucionalista.

Diante disso, Britto e Agra¹¹ apontam que o neoconstitucionalismo visa à efetivação dos direitos fundamentais, à concretização dos postulados constitucionais, à busca da justiça material para o caso concreto. Destarte, rejeita-se a utilização pura do método descritivo - típico das ciências positivas, que se atêm a um juízo fático-descritivo da realidade, sem preocupação de intervir ou implementar modificações práticas, busca pela neutralidade e utilização restrita do mecanismo de subsunção quando da aplicação da norma jurídica -, para atrelar o método prescritivo - que prima pelo ativismo e pela flexibilidade, pela implementação de juízo de valor, e permite sanar contradições normativas por meio da utilização de aspectos axiológicos e de mecanismos de ponderação. O neoconstitucionalismo permite o uso de ambos os métodos, que não mais excluem-se mutuamente, pelo contrário, complementam-se.

O neoconstitucionalismo possui, nos direitos fundamentais, o seu principal elemento de configuração, e sua concretização constitui-se o seu maior objetivo. Nessa linha, importante pontuação realizada por Thays Oliveira de Britto e Walber de Moura Agra:

¹⁰ BARROSO, op. cit., p. 520.

¹¹ BRITTO; AGRA, op. cit., p. 19.

O caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o concretizar os direitos fundamentais, enquanto que o constitucionalismo clássico buscava limitar o arbítrio, dentro do delineamento da separação dos poderes. Atualmente não tem mais sentido impedir o surgimento de governos absolutistas, muito mais relevante é garantir a concretização de prerrogativas essenciais ao estabelecimento de um pacto vivencial da sociedade¹².

Portanto, não mais é bastante o mero apontamento formal em sede constitucional dos direitos fundamentais. É essencial que se confira eficácia concreta a tais direitos, seja por meio de garantias conferidas pela instrumentalização de procedimentos efetivadores pelo próprio ordenamento jurídico-constitucional, seja por meio de uma postura ativa do Poder Judiciário no que tange à implementação dos direitos fundamentais.

2. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Do ponto de vista histórico, a proteção dos direitos fundamentais foi concebida com o objetivo de garantir ao indivíduo proteção à sua dignidade enquanto pessoa humana, por meio da imposição ao Estado de limites à sua atuação. Por considerar que a relação entre o indivíduo e o ente estatal opera-se dentro de uma verticalidade, a proteção dos direitos fundamentais frente ao Estado é chamada de eficácia vertical dos direitos fundamentais. Desse modo, é possível apresentar os direitos fundamentais positivos - os quais visam obter do Estado uma prestação positiva efetivadora de um direito fundamental constitucionalmente garantido -, bem como os direitos fundamentais negativos - que, por outro lado, objetivam estabelecer ao ente estatal um dever de abstenção. Contudo, não constitui o ponto nodal deste trabalho proceder a análise detida da eficácia vertical dos direitos fundamentais. A introdução do assunto visa tão-somente diferenciá-lo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual é objeto do presente estudo, com finalidade meramente didática.

A tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, por sua vez, trata da possibilidade de aplicação desses direitos no âmbito das relações privadas, seja de modo

¹² Ibidem, p. 24.

direto e imediato, seja indireta e mediadamente, a depender da teoria adotada. A relevância do tema adveio da percepção de que as relações de poder não se estabeleciam apenas entre o Estado e os indivíduos, mas também fora do Estado, nas relações entre particulares, sobretudo após o liberalismo econômico do século XIX, que possibilitou o surgimento de diversas formas de organização privada. Nesse contexto, a teoria da eficácia privada tem por objetivo garantir o cumprimento da dimensão funcional dos direitos fundamentais, isto é, "[...] assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade aos indivíduos" por meio da "[...] sua aplicação em todas as situações nas quais possa ser comprometida essa esfera de autonomia, sendo irrelevante se isto ocorre em decorrência da atuação de um poder privado ou do público".¹³

Destarte, para a compreensão desse novo panorama é imprescindível a identificação dos pressupostos fático-jurídicos que possibilitaram a formulação e difusão da tese da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Como bem sintetiza Jane Gonçalves Pereira¹⁴, a ideia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais deve ser analisada a partir de quatro pressupostos.

Sob o enfoque estrutural do sistema jurídico, a opção por Constituições dotadas de rigidez e com ampliados catálogos de direitos constituiu-se em uma condição fundamental ao favorecimento da aplicação da supramencionada tese.

Sob o aspecto político-ideológico, destaca-se a sobreposição do Estado Social em detrimento do Estado Liberal até então vigente. Os postulados que vigoravam durante o liberalismo clássico - neutralidade do Estado frente à dinâmica social, igualdade formal, separação estrita entre o Estado e a sociedade civil - eram incompatíveis com o ideário da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares. Assim sendo, com o rompimento

¹³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 456.

¹⁴ *Ibidem*, p. 452.

do paradigma liberal, o Estado assume uma feição intervencionista, a qual permite a imposição de valores substantivos aos indivíduos.

Ademais, a autora aponta ainda outras duas concepções essenciais à tese da eficácia horizontal, quais sejam, "[...] a constatação de que o fenômeno do poder não é exclusivo das relações com o Estado, mas se manifesta também no seio da sociedade civil" e, ainda, "[...] a compreensão da Constituição como "ordem de valores da comunidade", ou seja, como estatuto axiológico que visa ordenar todas as esferas da vida social [...]".¹⁵

A mudança paradigmática trazida por esta última concepção surge na Alemanha, a partir da Lei Fundamental de Bonn de 1949. Considerando que neste período pós-guerra a Alemanha passava por profundas transformações, a teoria constitucional germânica experimentou uma reaproximação aos postulados jusnaturalistas. Nessa conjuntura, explica Jane Gonçalves Pereira¹⁶ que, aos direitos fundamentais é conferido uma dupla dimensão. Uma, subjetiva, concernente à posição jurídica do indivíduo em face do Estado; e outra, objetiva, proveniente de uma ordem de valores que devem dirigir a vida em sociedade e orientar as ações dos poderes públicos.

Essa novel perspectiva de análise dos direitos fundamentais teve início na decisão do caso Lüth, proferida pela Corte Constitucional Alemã em 1958. Em suma, ratificou-se num primeiro momento a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, isto é, sua destinação a proteger o indivíduo em face do Estado. Todavia, também evidenciou-se o caráter objetivo dos direitos fundamentais, na medida em que foi deduzido um efeito de irradiação destes por todo o ordenamento jurídico. Este efeito de irradiação decorre do poder de conformação que o direito constitucional exerce sobre os demais ramos do Direito. Nas palavras de Jane Gonçalves Pereira, "trata-se de uma fórmula que traduz o processo de integração entre o

¹⁵ Ibidem, p. 453.

¹⁶ Ibidem, p. 458.

direito constitucional e o direito ordinário, bem como a necessidade de adaptação e acomodação do segundo ao primeiro".¹⁷

Nesse contexto, surge na Alemanha na década de 1950 os primeiros esboços teóricos sobre a então denominada eficácia perante terceiros. Apesar da resistência de parcela doutrinária, a qual negava a possibilidade de se aplicarem normas de direitos fundamentais na esfera do direito privado, teve-se início tanto na doutrina como na jurisprudência germânicas o debate acerca da incidência e da admissibilidade de tais direitos na órbita privada, bem como, surgiu a preocupação com a delimitação quanto à forma e ao grau de sua aplicação.

Por um lado, havia o pensamento, capitaneado por Nipperdey¹⁸, que afirmava a possibilidade de aplicação direta ou imediata do direitos fundamentais no âmbito particular. Em sentido diverso era o discurso preconizado pela teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, cujo principal defensor no âmbito da dogmática era Günther Dürig¹⁹.

Inicialmente, é importante frisar que ambas as teorias convergiam num mesmo ponto: a premissa de que os direitos fundamentais estabeleciam, ao mesmo tempo, direitos subjetivos públicos oponíveis ao Estado; e uma ordem valorativa objetiva propagadora de efeitos em todos âmbitos do direito. A partir daí, divergem as conclusões de cada concepção.

Em relação à teoria da eficácia direta ou imediata, sua principal característica reside no fato de defender que os valores objetivos que emanam da Constituição devem afetar diretamente as relações entre os particulares, de modo que sua aplicação não se restrinja à intermediação das cláusulas gerais do direito civil.

¹⁷ Ibidem, p. 461.

¹⁸ Ibidem, p. 464.

¹⁹ Ibidem, p. 467.

Jane dos Reis Gonçalves explica que a referida tese "postula a incidência *erga omnes* dos direitos fundamentais, que assumem a condição de direitos subjetivos em face de pessoas privadas que se encontrem em posições de poder".²⁰

Por outro lado, a teoria da eficácia indireta ou mediata fundamenta-se na ideia de que "a dimensão objetiva e valorativa dos direitos não acarreta sua incidência direta nas relações privadas, mas apenas implica a necessidade de que sejam levados em conta pelo Estado na criação legislativa ou na interpretação do direito privado".²¹ Sob esse prisma, aponta-se uma restrição à aplicação dos direitos fundamentais ao assentar necessariamente sobre um órgão estatal - Legislativo, quando da elaboração das leis; ou Judiciário, quando de sua aplicação - a responsabilidade de efetivação dos aludidos direitos no âmbito privado. O principal argumento que embasa a necessidade de aplicação indireta dos direitos fundamentais quanto à órbita das relações privadas conecta-se ao temor que a possibilidade de eficácia direta importaria num esvaziamento da autonomia privada. Portanto, justifica-se a necessidade de que cláusulas gerais realizem essa permuta valorativa entre o Direito Público e o Direito Privado.

Especificamente quanto ao contexto brasileiro, interessante é a ponderação realizada por Daniel Sarmento. Para o autor:

[...] a Constituição brasileira é francamente incompatível com a tese radical, adotada nos Estados Unidos, que simplesmente exclui a aplicação dos direitos individuais sobre as relações privadas. Da mesma forma, ela nos parece inconciliável com a posição mais compromissória, mas ainda assim conservadora, da eficácia horizontal indireta e mediata dos direitos individuais, predominante na Alemanha, que torna a incidência destes direitos dependente da vontade do legislador ordinário, ou os confina ao modesto papel de meros vetores interpretativos das cláusulas gerais do Direito Privado.²²

O autor aborda os argumentos que corroboram a adoção da tese da eficácia horizontal direta e imediata no âmbito jurídico pátrio. A priori, o mestre aponta que a

²⁰ Ibidem, p. 466.

²¹ Ibidem, p. 467.

²² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., 3. Tir. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 237.

característica marcante da socialidade encontra-se largamente impregnada na Carta Política brasileira, fato que a difere do sistema de direitos fundamentais atinente ao modelo germânico, no qual evidencia-se predominantemente a preocupação com a eficácia vertical dos referidos direitos, obviamente em razão do contexto histórico em que foi promulgada a Lei Fundamental de Bonn de 1949.

Outrossim, o autor aponta os diversos argumentos contrários à tese da vinculação direta e imediata nas relações privadas, refutando-os, um a um, logo em seguida. O primeiro argumento afirma que a vinculação direta comprometeria em demasia a autonomia privada. Segundo Sarmiento, refuta-se esse ponto, tendo em vista que a autonomia privada não exprimiria um valor absoluto, e, portanto, seria passível de ponderação com outros interesses e direitos constitucionais.²³

A segunda tese assevera que a teoria da horizontalidade dos direitos fundamentais seria antidemocrática, uma vez que atribuiria poderes excessivos ao Judiciário, em detrimento do Legislativo. Prontamente o autor rebate a afirmação ao pontuar permanece existindo "um espaço legítimo para que o legislador pondere a autonomia privada com os direitos fundamentais, estabelecendo a partir daí as normas de regência das relações privadas".²⁴

O terceiro argumento aponta que a adoção da aludida teoria importaria em uma insegurança jurídica, visto que conflitos privados seriam solucionados por meio de princípios constitucionais vagos e abstratos. Embora reconheça a ponderabilidade dessa objeção, Sarmiento contesta-a ao avaliar que esta questão não se conecta apenas ao âmbito da teoria da aplicação horizontal dos direitos fundamentais. A partir do advento da jurisprudência dos conceitos no final do século XIX, com a adoção, pelo Direito Privado inclusive, de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, não é mais possível falar em uma segurança absoluta. Ainda assim, é possível a redução do grau de incerteza por meio da aplicação de

²³ Ibidem, p. 240.

²⁴ Ibidem, p. 241.

diversas fórmulas já conhecidas, dentre as quais, se aponta a 'ponderação de interesses'. Além disso, a segurança é um dos valores aspirados pelo Direito, mas não o único.²⁵

Por fim, argumenta-se que a teoria da eficácia direta e imediata colocaria em risco a autonomia e identidade do Direito Privado, o qual seria "colonizado" pelo Direito Constitucional. Em síntese, o referido autor assevera que "nenhum ramo do Direito, público ou privado, sobrevive hoje às margens da normatividade constitucional".²⁶

Por conseguinte, com aquiescência integral aos fundamentos apontados, é possível afirmar que no contexto jurídico brasileiro aplica-se a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais.²⁷

3. O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Consubstanciado o fato de que no Brasil adota-se a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, cumpre realizar com maior profundidade uma reflexão acerca do papel do Judiciário como - principal, embora não único

²⁵ Ibidem, p. 242-243.

²⁶ Ibidem, p. 243.

²⁷ A maioria da doutrina espousa a referida tese, sendo possível mencionar: Ingo Wolfgang Sarlet, Wilson Steinmetz, Jane Reis Gonçalves Pereira, Virgílio Afonso da Silva, Carlos Roberto Siqueira Castro, Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso. Na jurisprudência do STF, apesar de alguns julgados passarem ao largo da discussão, infere-se de suas conclusões a adoção da aludida teoria nos seguintes julgados: RE n.º 158.215-4/RS (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1582154. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 30 abr. 1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28158215%2EENUME%2E+OU+158215%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/hvks5zm>>. Acesso em 17 mar. 2016.); RE n.º 161.243-6/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1612436. Relator Ministro Carlos Mário Velloso. Julgado em 29 out. 1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28161243%2EENUME%2E+OU+161243%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/j63dqbv>>. Acesso em 17 mar. 2016.); RE n.º 251.445-GO (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 251445. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 21 jun. 2000. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>>. Acesso em 17 mar. 2016.); RE n.º 201.819/RJ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 27 out. 2010. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736142/recurso-extraordinario-re-201819-rj/inteiro-teor-103121715>>. Acesso em 17 mar. 2016.).

- elemento efetivador dos aludidos direitos na seara particular. Diante disso, é imprescindível proceder a uma abordagem dos aspectos concernentes ao ativismo judicial e o fenômeno da judicialização das relações sociais.

Nas lições de Lênio Streck, vislumbram-se duas correntes opostas que tratam do tema. A primeira refere-se ao procedimentalismo, na qual se destaca como principal defensor Habermas. A segunda, por sua vez, denomina-se substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, Ackerman, Dworkin, dentre outros, e, no Brasil, a título de exemplo, autores como Paulo Bonavides, Fabio Comparato, Celso Antônio Bandeira de Mello e Eros Grau.²⁸

Sinteticamente, é possível afirmar que a corrente procedimentalista critica o chamado ativismo judicial, sendo intolerante à invasão da política e da sociedade pelo direito. Streck explica que a tese procedimentalista, partindo da teoria do discurso para promover a interpretação distintiva entre política e direito "parte da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX [...] denotam uma compreensão procedimentalista do direito".²⁹ Complementarmente, afirma o autor que o Estado Democrático de Direito vê no Judiciário "o centro do sistema jurídico, mediante a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação, através da qual revela [...] o postulado [...] da exigência de imparcialidade não só do Executivo, mas, sobretudo, do juiz na aplicação e definição cotidiana do direito".³⁰

No que tange à corrente substancialista, o mestre ensina que:

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita/explicita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na

²⁸ Lênio Streck explica que "também os adeptos do assim denominado "constitucionalismo da efetividade", vinculados à Teoria da Argumentação Jurídica (por todos, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos), podem ser elencados no rol dos defensores de teses substancialistas." - STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 157.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

do Ocidente. Coloca, pois em xeque, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.³¹

Consequentemente, conclui o doutrinador ser "[...] inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais (produção democrática do direito), o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional".³²

Apesar de concordar que, do ponto de vista teórico, a corrente substancialista ofereça melhor aporte para percepção mais acurada da problemática da jurisdição constitucional, Streck adverte contra o ativismo judicial contaminado pelo solipsismo³³ habermasiano.

Deste modo, já aqui vale deixar claro que a defesa do substancialismo sem um compromisso com uma teoria da decisão acaba jogando essas teses (substancialistas) nos braços do voluntarismo jurídico. Em outras palavras: se o juiz pouco pode fazer no procedimentalismo, a circunstância de este poder implementar direitos segundo seus critérios pessoais (a partir de um behaviorismo judicial), sem um rígido controle no plano da resposta (decisão), acaba por dar razão às teses restritivas defendidas por autores defensores das teses procedimentalistas.³⁴

Por outro lado, também não é concebível, tampouco aceitável, a inércia do Poder Judiciário diante das lesões aos direitos fundamentais na esfera privada, como se tem defendido até agora. Em que pese a ressalva apontada acima, conclui o notável jurista o seguinte:

Em face do que foi exposto, entendo que o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva aqui defendida, concebe-se ao Poder Judiciário (latu sensu, entendido aqui como justiça constitucional) uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos construídos democraticamente - e postos na Constituição - têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais.³⁵

³¹ Ibidem, p. 163-164.

³² Ibidem, p. 164.

³³ A denominação 'solipsismo', cunhada por Habermas, relaciona-se à concepção da "[...] descrição do juiz como um Hércules que teria que confiar em suas habilidades pessoais e individuais a garantir-lhe acesso à justiça [...]" - Ibidem, p. 158.

³⁴ Ibidem, p. 164.

³⁵ Ibidem, p. 177-178.

Portanto, com fundamento na corrente substancialista, a qual foi amplamente acolhida no Brasil conforme já demonstrado, o Poder Judiciário tem o dever de adotar uma postura ativa, como agente efetivador e garantidor dos direitos fundamentais insculpidos na Carta Política de 1988. Obviamente, deve-se resguardar certa cautela a fim de que não incorra na conduta impregnada pelo solipsismo tão criticado pelo procedimentalismo. Contudo, impensável atualmente afastar o fenômeno da judicialização das relações sociais, de modo que cabe ao Judiciário - inclusive em observância ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário disposto no art. 5º, XXXV, da - CFRB, uma atuação efetiva na defesa dos direitos fundamentais de forma direta e imediata, tanto no âmbito vertical, como na esfera das relações privadas.

CONCLUSÃO

Ante a tudo o que foi exposto neste trabalho, conclui-se que, após acurada análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, o Poder Judiciário ocupa um papel de destaque como agente assegurador da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sobretudo após o advento da Constituição Federal de 1988.

Partindo-se da nova perspectiva introduzida pelo Neoconstitucionalismo no que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais, a qual culminou no remodelamento do Direito a partir da ótica constitucional, não mais atende aos ditames jurídico-sociais o simples apontamento formal em sede constitucional dos direitos fundamentais. A concretude da eficácia de tais direitos encontra-se ínsita em nosso sistema, com fundamento nas teorias interpretativas adotadas pelo Direito Pátrio.

No que tange à eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi visto que o Brasil adota a teoria da eficácia direta e imediata, de modo que para a efetivação dos direitos fundamentais entre particulares não há que se falar em qualquer tipo de intermediação - do

Poder Legislativo, por exemplo, uma vez que é possível a aplicação imediata dos valores constitucionalmente garantidos -, tampouco há restrições no âmbito de aplicação às cláusulas gerais de direito.

Finalmente, foi feita uma reflexão acerca do papel do Judiciário como elemento garantidor da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares por meio de uma abordagem de aspectos concernentes ao ativismo judicial e o fenômeno da judicialização das relações sociais, de modo que concluiu-se pela adoção no Brasil da corrente substancialista, pela qual o Poder Judiciário possui maior amplitude de atuação na efetivação de direitos constitucionalmente insculpidos, observada a ressalva do solipsismo habermasiano.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os fundamentos e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1582154. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 30 abr. 1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28158215%29%28ENOME%2E+OU+158215%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hvks5zm>>. Acesso em 17 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1612436. Relator Ministro Carlos Mário Velloso. Julgado em 29 out. 1996. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%29%28161243%29%28ENOME%2E+OU+161243%2EACMS%2E%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j63dqbv>>. Acesso em 17 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 251445. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 21 jun. 2000. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>>. Acesso em 17 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 27 out. 2010. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14736142/recurso-extraordinario-re-201819-rj/inteiro-teor-103121715>>. Acesso em 17 mar. 2016.

BRITTO, Thays Oliveira de; AGRA, Walber de Moura. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Roy, 2012.

FRANCISCO, José Carlos et al. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial*. José Carlos Francisco (Coordenador e coautor). Belo Horizonte: Del Roy, 2012.

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

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed., 3. Tir. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014