



**PUC
GOIÁS**



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PRO-REITORIA DE GRADUAÇÃO
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
CURSO DE DIREITO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO

NEOCONSTITUCIONALISMO (PÓS POSITIVISMO)

O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ORIENTANDO – SIDNEI JOSÉ ARATAKE NETO

ORIENTADORA - PROF. DOUTORA EDWIGES C. CARVALHO CORRÊA

GOIÂNIA-GO
2023

SIDNEI JOSÉ ARATAKE NETO

NEOCONSTITUCIONALISMO (PÓS-POSITIVISMO)

O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Prof. Orientadora: Doutora Edwiges Conceição Carvalho Correa

GOIÂNIA-GO
2023

SIDNEI JOSÉ ARATAKE NETO

NEOCONSTITUCIONALISMO (PÓS-POSITIVISMO)

O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Data da Defesa: ____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Edwiges Conceição Carvalho Corrêa Nota

Examinadora Convidada: Profa. Dra. Fernanda da Silva Borges Nota

NEOCONSTITUCIONALISMO (PÓS-POSITIVISMO)

O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sidnei José Aratake Neto¹

RESUMO

O Neoconstitucionalismo vem ganhando força no Brasil após a vigência da atual Constituição Federal, o que acabou gerando grandes mudanças na teoria dos juristas e na prática dos tribunais. O entendimento de que se deve dar eficácia aos direitos fundamentais nas relações privadas vem se concretizando. Seguindo esta ideia, o efetivador dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é o Poder Judiciário. Com o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e sua aplicação na solução das lides e a reaproximação entre o Direito e a Moral, quais sejam, pilares do Neoconstitucionalismo, acabaram afetando diretamente na política e relações sociais. Gerou dúvidas se representa um risco ou não à divisão dos poderes estatais. O objetivo principal foi verificar a como está a atual política e as relações sociais, já que há um grande ativismo judicial no país. O percurso metodológico será bibliográfico, de natureza descritiva, sendo a legislação, a jurisprudência e a doutrina como fontes informativas.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Neoconstitucionalismo. Direitos Fundamentais. Poder Judiciário. Ativismo Judicial.

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, e-mail: sidnei_aratake@hotmail.com

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. NEOCONSTITUCIONALISMO: A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO	
CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO	2
1.1. CONCEITO DE CONSTITUCIONALISMO	2
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	3
1.3. ASPECTOS INICIAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO	3
1.4. MARCOS FUNDAMENTAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO	4
2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	6
2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS	6
2.2. TEORIA DA EFICÁCIA INDIRETA OU MEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	8
2.3 TEORICA DA EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA GARANTIR EFETIVIDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
CONCLUSÃO	14
REFERÊNCIAS	15
ABSTRACT	16

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo científico é analisar o papel do Poder Judiciário como garantidor da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ademais, pela relevância como a matéria vem sendo enfrentada pelas Cortes Superiores do nosso país. O percurso metodológico será bibliográfico, de natureza descritiva, sendo a legislação, a jurisprudência e a doutrina como fontes informativas

Primeiramente, o Estado Liberal deu origem aos primeiros direitos fundamentais com o intuito de proteger o indivíduo contra o Estado. Titula-se a primeira dimensão dos direitos fundamentais ou de eficácia vertical.

Com o passar dos anos, foi possível perceber que não era só na relação do indivíduo com o Estado que ocorriam violações aos referidos direitos, mas também nas relações de cunho privado. Foi então que surgiu a segunda dimensão dos direitos fundamentais ou de eficácia horizontal.

Analisando doutrinas e jurisprudências sobre o tema deste estudo, está claro que o Judiciário ocupa o papel de agente efetivador dos direitos fundamentais, especialmente após a vinda da Constituição Federal de 1988. Se de um lado a Constituição consagra a liberdade e autonomia privada, de outro, protege os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. É a partir daí que os conflitos começam a surgir por conta dos princípios constitucionais, tendo o Poder Judiciário que intervir para resolver a ponderação dos princípios, resguardando os direitos fundamentais, inclusive no seio de relações privadas.

A seção primária deste estudo busca mostrar a nova visão introduzida pelo pós-positivismo no que diz respeito à aplicação dos direitos fundamentais, trazendo uma nova perspectiva do Direito à luz da Constituição.

A seção secundária se trata da segunda dimensão dos direitos fundamentais, visando explicitar como surgiu, os direitos positivos, suas teorias explicativas, seu contexto de aplicação, como é tratada aqui no Brasil.

A última e principal matéria está na seção terciária e busca a reflexão sobre o Poder Judiciário garantindo a eficácia dos direitos fundamentais e sobre a judicialização das relações sociais e políticas, o que acabou gerando o ativismo judicial exacerbado, gerando dúvidas e hipóteses sobre o que pode ocorrer futuramente.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO: A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

1.1. Conceito de Constitucionalismo

Para compreender o conceito de Neoconstitucionalismo devemos ter conhecimento do que é Constitucionalismo. Canotilho *apud* Lenza (2017, p.64), fala sobre vários constitucionalismos, como o inglês, o americano e o francês, nomeando-os de “movimentos constitucionais”, definindo o constitucionalismo como uma:

[...]teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável às garantias dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de delimitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É no fundo uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Já Carvalho *apud* Lenza (2017, p.64), vislumbra tanto uma perspectiva jurídica quanto sociológica:

[...]em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado.

Tavares *apud* Lenza (2017, p.64), determina quatro sentidos para o constitucionalismo:

[...]numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, **limitar o poder arbitrário**. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

Embasando-se nas definições citadas acima, entende-se que os textos constitucionais limitam o poder autoritário e os direitos fundamentais prevalecem, afastando a visão opressora que houve em regimes anteriores.

1.2. Evolução Histórica

A história do continente europeu pode ser dividida em quatro grandes eras: Idade Antiga (até o século V – tomada do Império Romano do Ocidente pelos povos bárbaros 476 d.C); Idade Média (Século V até o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla, no século XV – 1.453 d.C); Idade Moderna (1.453 até 1.789 – Revolução Francesa) e Idade Contemporânea (1.789 até os dias atuais).

Canotilho *apud* Lenza (2017, p.65), sem analisar as referidas eras, estabelece, mais simplificadamente, apenas dois grandes movimentos constitucionais: o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno, definindo o último como movimento social, político e cultural que, em meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais, sugerindo uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

No Constitucionalismo Moderno, predominou as constituições escritas, sendo elas instrumentos para conter quem estava no poder. Houve dois marcos históricos: a Constituição norte americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791 (em seu preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789), momento em que ocorreu a Revolução Francesa, durante o Iluminismo, em que os cidadãos lutaram contra o absolutismo reinante e acabou elegendo o povo como o titular legítimo do poder.

Lenza (2017, p.66), destaca o constitucionalismo liberal, marcado pelos seguintes valores: individualismo, absenteísmo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo, conseqüentemente influenciando profundamente as Constituições brasileiras de 1824 e 1891.

1.3. Aspectos iniciais do Neoconstitucionalismo

A partir do século XXI, surge uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada de constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo, ou, ainda, Neoconstitucionalismo.

Lenza (2017, p.69) destaca que dentro dessa nova realidade, não se avise apenas atrelar o constitucionalismo como limitador do poder, mas acima de tudo, busca a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter retórico e

passando para mais axiológico, concretizando ainda, em seu texto, os direitos e garantias fundamentais.

Agra *apud* Lenza (2017, p.70), diz:

o Neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das **prestações materiais prometidas pela sociedade**, servindo como ferramenta para a implantação de um **Estado Democrático Social de Direito**. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) positividade e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

E continua: Agra *apud* Lenza (2017, p.70)

o seu modelo normativo não é o descritivo ou deontológico, mas o **axiológico**. No constitucionalismo moderno a diferença de normas constitucionais e infraconstitucionais era apenas de grau, no Neoconstitucionalismo a diferença é também axiológica. A **'Constituição como valor em si'**. O caráter ideológico do constitucionalismo moderno era apenas o de limitar o poder, o caráter ideológico do Neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais.

Conclui-se que o Neoconstitucionalismo não visa somente o Estado Liberal, mas visa o Estado Democrático Social de Direito, surgindo, a partir dele, Constituições com mais valores e concretizando, em seu texto, os direitos e garantias fundamentais.

1.4. Marcos fundamentais do Neoconstitucionalismo

Barroso *apud* Lenza (2017, p.72), aponta três marcos fundamentais que definem o caminho do constitucionalismo até a atualidade: o histórico (a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao final do século XX); o filosófico (o pós-positivismo com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética); e o teórico (mudanças que agregam a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desdobramento de uma nova dogmática para interpretar as Constituições). A junção desse conjunto originou-se um processo profundo e extenso de constitucionalização do Direito.

No marco histórico, destaca-se as constituições que surgiram após a Segunda Grande Guerra, na Europa, a da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn) e o Tribunal Constitucional Federal (1951); a da Itália de 1947 e a instalação da Corte Constitucional (1956); a de Portugal (1976) e a da Espanha (1978), todas com o foco na perspectiva de redemocratização e Estado Democrático de Direito. No Brasil,

destaca-se a Constituição Federal de 1988, onde houve um importante processo democrático.

No marco filosófico destaca-se o pós-positivismo que nada mais é que a junção do jusnaturalismo com o positivismo. Barroso *apud* Lenza (2017, p.73), aponta que a ideia de jusnaturalismo moderno desenvolveu-se a partir do século XVI, aproximando a lei da razão e se transformando na filosofia natural do Direito, o que acaba servindo de base para as revoluções liberais, consagrando-se nas constituições escritas e nas codificações.

Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do **positivismo jurídico**, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que **promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade**. Ao fim da 2.^a Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.

Barroso *apud* Lenza (2017, p.73), destaca ainda que daí surge a noção do pós-positivismo como marco filosófico do Neoconstitucionalismo:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender **uma leitura moral do Direito**, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a **atribuição de normatividade aos princípios** e a **definição de suas relações com valores e regras**; a reabilitação da **razão prática** e da **argumentação jurídica**; a formação de uma nova **hermenêutica constitucional**; e o desenvolvimento de uma **teoria dos direitos fundamentais** edificada sobre o fundamento da **dignidade humana**. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o **Direito e a filosofia**.

No marco teórico incluem a força normativa da constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A força normativa da constituição explica que a norma constitucional tem status de norma jurídica, cheia de imperatividade e caso não seja cumprida, pode forçar seu cumprimento.

Na expansão da jurisdição constitucional, Barroso *apud* Lenza (2017, p.74), observa que:

[...]antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de *supremacia do Poder Legislativo*, na linha da doutrina inglesa de soberania

do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um **novo modelo**, inspirado pela experiência **americana**: o da **supremacia da Constituição**. A fórmula envolvia a **constitucionalização dos direitos fundamentais**, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Ao confrontar regras e princípios, Barroso *apud* Lenza (2017, p.74), conclui no sentido de uma nova dogmática da interpretação constitucional, não mais restrita à interpretação jurídica tradicional. Assim:

as especificidades das normas constitucionais[...]levaram a doutrina e jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza **instrumental**, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da **supremacia da Constituição**, o da **presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público**, o da **interpretação conforme a Constituição**, o da **unidade**, o da **razoabilidade** e o da **efetividade**.

Essas são as marcas do Neoconstitucionalismo, propondo a identificação de novas perspectivas, do novo período do Direito Constitucional.

2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Direitos Fundamentais

Pinto (2009, p. 130), disserta que: “[...]podemos dizer que os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira “dimensões” formam o lema da Revolução Francesa, a saber: liberdade, igualdade e fraternidade.”

E continua: (Pinto, 2009, p. 130)

Os direitos de primeira “dimensão”, que são direitos civis e políticos ligados à liberdade, surgiram no final do século XVIII, e compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais.

Na realidade, os direitos de primeira “dimensão” consubstanciam um remédio eficaz na defesa da liberdade do indivíduo, caracterizando-se como instrumentos para assegurar a não ingerência arbitrária dos Poderes Públicos na esfera privada do indivíduo.

Tais direitos impõe restrições à atuação do Estado em rol da esfera de liberdade do indivíduo, exigindo um “não fazer” do Estado, sendo uma relação vertical dos direitos fundamentais e denominados de “liberdades negativas” ou direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais foi demasiadamente influenciada pelos preceitos do Estado Liberal, tendo como base a defesa da liberdade dos indivíduos frente as ingerências do Estado.

Já os direitos de segunda dimensão, e de maior importância para este estudo, se relacionam com as liberdades positivas e são ligados à ideia de igualdade, englobando direitos econômicos, sociais e culturais.

Pinto (2009, p.131), aponta que o “florescer” da segunda dimensão dos direitos fundamentais aponta a transformação do Estado Liberal, embasado pelo individualismo, para o Estado Social de Direito, introduzido no século XX.

Com esta nova realidade decorrente desta nova dimensão dos direitos fundamentais, o Estado busca garantir um padrão mínimo de vida, no âmbito econômico, aos cidadãos, compensando as distorções e carências geradas pela economia de mercado.

Pinto (2009, p.131) cita ainda que:

O Estado do bem estar social se relaciona intimamente com o instituto jurídico da igualdade e com o compromisso do Estado com a função social, o que reafirma a ideia de que o direito é o instrumento humano de coesão social, dotado de um fim definido, que é o bem comum, relacionado com o desenvolvimento integral das potencialidades humanas. Os direitos fundamentais de segunda “dimensão” correspondem, portanto, aos direitos de participação, exigindo-se dos Poderes Públicos uma atuação positiva consubstanciada em uma implementação de políticas e serviços públicos. Tais direitos exigem uma postura positiva do Estado na realização da justiça social, com vistas a substituir-se a igualdade e liberdade abstratas pela igualdade e liberdade concretas. Os direitos fundamentais de segunda “dimensão” são, na verdade, direitos fundamentais sociais, destinados à proteção do hipossuficiente econômico, parte indubitavelmente mais fraca no teatro social, o que nos revela que os direitos em tela expressam o intervencionismo estatal na defesa da parte mais vulnerável, compensando desigualdades e rechaçando distorções inevitáveis no modelo capitalista.

Entretanto, com o decorrer dos anos, perceberam que os direitos fundamentais não são apenas nas relações entre sujeito e Estado, como também estão nas relações privadas, surgindo duas teorias muito importantes e adotadas por diversos países que serão explicadas.

2.2. Teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais

A teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais, tem como o seu principal foco, de que os direitos fundamentais na esfera privada não podem ser aplicados a diante da Constituição. A história de seu surgimento e aprofundação será mostrado abaixo.

Sarmento; Gomes (2011, p. 66) contam que:

A teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta dos direitos fundamentais foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Günter Dürig, em obra publicada em 1956, e tornou-se a concepção dominante no direito germânico, sendo hoje adotada pela maioria dos juristas daquele país e pela sua Corte Constitucional. Trata-se de construção intermediária entre a que simplesmente nega a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, e aquela que sustenta a incidência direta destes direitos na esfera privada.

Em sua teoria, os direitos fundamentais entre particulares não podem ser invocados a partir da Constituição. Segundo Durig *apud* Sarmento; Gomes (2011, p.67):

a proteção constitucional da autonomia privada pressupõe a possibilidade de os indivíduos renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas que mantêm, o que seria inadmissível nas relações travadas com o Poder Público.

Por isso, certos atos, contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Estado, podem ser lícitos no âmbito do Direito Privado. E, por outro lado, certas práticas podem ser vedadas pelo Direito Privado, embora se relacionem ao exercício de um direito fundamental.

Durig *apud* Sarmento; Gomes (2011, p. 67), ainda admite a necessidade de construir “certas pontes” entre o direito privado e a Constituição, para então ser visto aos valores constitucionais. Esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e pelos conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador, os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre conforme com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais.

Hesse *apud* Sarmento; Gomes (2011, p.67) cita:

Afirmam os seus defensores que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras desses direitos. Neste quadro, seria irremediavelmente comprometida a liberdade individual, que ficaria à mercê da discricção dos juízes. Por isso, entendem os partidários desta tese que a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais.

Portanto, os argumentos dos adeptos da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas são limitações daqueles defendidos pelos que negam qualquer tipo de incidência destes direitos sobre os particulares. A principal diferença consiste no reconhecimento, pelos primeiros, de que os direitos fundamentais proferem valores que se irradia por todos os campos do ordenamento jurídico, inclusive sobre o direito privado.

Bockenforde *apud* Sarmiento; Gomes (2011, p.68) argumenta ainda:

Ao Judiciário caberia o papel de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais, bem como o de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos – tarefa confiada com exclusividade às Cortes Constitucionais nos países onde o controle de constitucionalidade é concentrado. Apenas em hipóteses excepcionalíssimas os defensores da teoria da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais admitem a sua aplicação direta pelo Judiciário em litígios privados.

Mas quando o Judiciário resolvesse os conflitos privados, interpretando as normas ordinárias sem levar em consideração os direitos fundamentais, ele tornar-se-ia responsável por uma lesão a tais direitos, sujeitando-se à censura.

Segundo Sarmiento; Gomes (2011, p. 70):

A teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais na esfera privada tem sido objeto de diversas críticas. Por um lado, há quem afirme que a impregnação das normas do Direito Privado pelos valores constitucionais pode causar a erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis, comerciais e trabalhistas (crítica do jurídico austríaco A.Khol). Da outra banda, a doutrina é criticada por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente das decisões adotadas pelo legislador ordinário (crítica do autor Pedro de Veja García). E há ainda quem aponte para o caráter supérfluo desta construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição (crítica de Juan María Bilbao Ubillos). (informações entre parênteses nossas)

No Brasil a defesa da eficácia mediata dos direitos fundamentais é minoritária. A grande maioria dos autores estudiosos do tema defendem a vinculação direta e imediata da esfera privada aos direitos fundamentais, até em vista de características singulares da nossa ordem constitucional, muito mais voltada para o combate à injustiça nas relações privadas do que a Constituição alemã.

2.3. Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais

Estrada *apud* Sarmiento; Gomes (2011, p. 71) cita:

A teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50. Segundo ele, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*.

Sarmento; Gomes (2011, p.71) citam que Nipperdey justifica sua afirmação na constatação de que os perigos que ameaçam os direitos fundamentais não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral, e com a preocupação do Estado Social diante desta realidade, importaria na extensão dos direitos fundamentais à esfera privada.

Finalizam dizendo que a teoria de Nipperdey foi retomada e desenvolvida por Walter Leisner, na qual defendeu a ideia de que, pela ordem jurídica, não seria admitido os particulares ficarem isolados dos direitos fundamentais e garantias inscritas nas Constituições.

Segundo Sarmento; Gomes (2011, p.72):

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

Tampouco se pode acusar a doutrina da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas de incompatível com o princípio democrático, por atribuir poder em demasia ao Judiciário, em detrimento do legislador. Isto porque, em primeiro lugar, a proteção de direitos fundamentais, no mais das vezes, não prejudica a democracia, mas antes assegura as condições necessárias ao seu bom funcionamento. Ademais, a maior parte dos adeptos desta teoria reconhece que, diante da existência de lei disciplinando a questão subjacente ao conflito privado, deve o Judiciário aplicar a norma vigente – e não dar ao caso a resposta que pareça mais justa a cada magistrado –, podendo afastar-se da solução preconizada pelo legislador tão somente quando concluir que esta se afigura incompatível com a Constituição.

Os autores finalizam reforçando que a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais é amplamente dominante no cenário brasileiro, defendida por muitos autores como Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Gustavo Tepedino, Wilson Steinmetz e Jane Reis Gonçalves Pereira.

3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA GARANTIR EFETIVIDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme visto, no Brasil adota-se a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações sociais, devendo-se realizar um estudo mais profundo em relação ao Poder Judiciário, que é o principal, porém não o único, efetivador dos direitos fundamentais. Portanto é importante falar sobre o ativismo judicial e a judicialização.

Para Barroso *apud* Granja (2013), a judicialização veio do modelo constitucional adotado, não sendo um exercício deliberado da vontade política, já o ativismo judicial, os magistrados escolhem um modo de interpretação das normas constitucionais para dar-lhes maior alcance e amplitude. O autor distingue as duas assim:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Com o nascimento da Constituição Federal de 1988, surgiu discussões sobre o ativismo judicial, pois o Poder Judiciário, em determinadas situações, tem se posicionado como “puramente ativista”, o que acabou surgindo posições favoráveis e contrárias ao ativismo judicial.

Existem duas teorias que tratam sobre esta forma de ativismo judicial: a teoria procedimentalista, a qual alega que as pessoas não podem exigir do Judiciário, para garantir determinadas faculdades previstas na Lei para que possa ser-lhe atendido o princípio da dignidade da pessoa humana (Monteiro *apud* Granja, 2013). Tem também a teoria substancialista, defendendo que deve o Judiciário intervir nestas questões, pois o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal e quando comportamentos prejudicarem a paz social, a vida digna de uma coletividade, direitos

mínimos existenciais, deve sim este Poder, garantir estes direitos fundamentais, seja em controle concentrado de constitucionalidade, seja em controle difuso de constitucionalidade (Galvão *apud* Granja, 2013).

Sobre a teoria procedimentalista, Granja (2013) discorre:

As principais críticas contra o fenômeno do Ativismo Judicial estão concentradas em vários argumentos, onde juízes, Tribunais e principalmente os Tribunais Constitucionais, não possuem legitimidade democrática, contra os atos legalmente instituídos pelos poderes Legislativo e Executivo. Os críticos ainda asseveram em suas assertivas que o Poder Judiciário atua de duas formas, ora como legislador negativo, ao invalidar atos e leis do Poder Legislativo ou Executivo, ora como legislador positivo, o qual interpreta as normas e princípios e lhes atribuem juízo de valor, assim, é conhecido no meio acadêmico como desafio contramajoritário. Os críticos mencionam que ocorre também no Ativismo Judicial na atribuição de peso aos princípios conflitantes dependerá do subjetivismo, da vontade de quem interpreta. Para eles, não há como negar o componente do método aplicativo da ponderação.

Para os críticos, a interferência do Poder Judiciário nos demais poderes fere o princípio da Separação dos Poderes.

Já sobre a teoria substancialista, os defensores do ativismo judicial declaram que o Poder Judiciário possui legitimidade para invalidar decisões dos Poderes Legislativo e Executivo.

Barroso *apud* Granja (2013) assevera que o ativismo judicial é uma escolha do juiz, sendo uma interpretação constitucional expansiva que visa à retratação do Poder Legislativo.

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.

Em relação à crítica que o ativismo judicial viola a separação dos poderes, Tavares *apud* Granja (2013), se posiciona da seguinte maneira:

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa

distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários.

Já Martins (*Blog da Aurum, 2023*), resumidamente assevera que:

A grande vantagem do ativismo judicial é que toda e qualquer demanda será decidida pelo judiciário, mesmo em caso de inércia do poder legislativo. Ou seja, ninguém ficará sem a tutela jurisdicional, mesmo que os políticos eleitos não consigam atuar de maneira suficiente para atender aos anseios da sociedade, que está em permanente evolução.

O lado negativo é o desequilíbrio dos poderes e a imposição daquilo que se chama de ditadura do Poder Judiciário.

Da mesma forma que o judiciário deve decidir o mérito de questões não abrangidas por lei, ele também deve ser solícito diante das situações em que há uma lei que regulamente a questão em lide, devendo declarar inconstitucionalidade somente quando esta realmente ocorrer, e não se aproveitar de dogmáticas principiológicas para dar a sensação de razoabilidade em suas decisões.

O populismo do judiciário é tão ruim quanto qualquer outro, e por isso que toda e qualquer decisão ativista deve ser extremamente cautelosa.

Portanto, observando a teoria substancialista, a qual foi amplamente acolhida no Brasil, o Poder Judiciário deve ter uma postura ativa, efetivando e garantindo os direitos fundamentais inscritos na Carta Magna de 1988, porém deve-se observar o que foi criticado pelos defensores da teoria procedimentalista, ou seja, não se aproveitar de dogmáticas principiológicas para dar a sensação de razoabilidade em suas decisões.

É impensável afastar o fenômeno da judicialização, pois deve-se atentar ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, conforme disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, Constituição Federal de 1988, artigo 5º, acessada em 2023):

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Ou seja, a atual Constituição brasileira não permite que os particulares sejam excluídos nos casos de ameaça ou lesão aos seus direitos fundamentais, devendo o Poder Judiciário ter uma atuação efetiva na defesa dos direitos fundamentais, de

forma direta e imediata, e também tanto nas relações públicas, como nas relações privadas.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que o Direito passou por diversas transformações ao decorrer do tempo, o que acabou chegando no Neoconstitucionalismo ou Pós-positivismo, que estamos vivendo atualmente. Com essa releitura do Direito sob a ótica constitucional, passou a ser priorizado os direitos fundamentais e princípios, sendo eles expressos na nossa Carta Magna de 1988.

Conseqüentemente o Poder Judiciário acabou ganhando força no nosso sistema, pois aqui é amplamente adotado a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, ou seja, não é necessária a intermediação do Poder Legislativo para resolver os conflitos nas relações privadas, já que a aplicação das normas constitucionais garantidas é imediata, devendo o Judiciário assegurar esses direitos tanto nas relações públicas quanto nas relações privadas.

Por fim, houve uma reflexão acerca do Poder Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que acabou gerando a judicialização das relações sociais e políticas e conseqüentemente gerando o ativismo judicial. Conclui-se que os juristas brasileiros amplamente adotaram a teoria do substancialismo, a qual o Poder Judiciário possui uma extensa atuação na efetivação de direitos constitucionalmente inscritos na nossa Carta Pátria de 1988, devendo ser extremamente cauteloso em suas decisões

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31 de outubro de 2023.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais**. Âmbito Jurídico (2013). Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>. Acesso em: 31 de outubro de 2023.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sérgio Merola. **Ativismo judicial**. *Blog da Aurum* (2023). Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>. Acesso em: 31 de outubro de 2023.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Direitos fundamentais: legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.12, n° 46, 2009. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf. Acesso em: 18 de outubro de 2023.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. Revista TST, Brasília, v.77, n° 4, out/dez 2011. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28342/003_sarmento_gomes.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 18 de outubro de 2023.

NEOCONSTITUTIONALISM (POST POSITIVISM)
THE JUDICIARY AS GUARANTOR OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

Neoconstitutionalism has been gaining strength in Brazil since the current Federal Constitution came into force, which has led to major changes in legal theory and court practice. The understanding that fundamental rights must be made effective in private relations is becoming more concrete. Following this idea, the Judiciary is the enforcer of fundamental rights in relations between private individuals. With the recognition of the normative force of legal principles and their application in the solution of disputes and the rapprochement between Law and Morals, which are the pillars of Neoconstitutionalism, they have ended up directly affecting politics and social relations. It has generated doubts as to whether or not it represents a risk to the division of state powers. The main objective was to check the current politics and social relations, since there is great judicial activism in the country. The methodological approach will be bibliographical, descriptive in nature, with legislation, case law and doctrine as sources of information.

Keywords: Constitutional Law. Neoconstitutionalism. Fundamental Rights. Judiciary. Judicial activism.