

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I**

**CLARISSA TASSINARI**

**FERNANDO DE BRITO ALVES**

**JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Napolini - 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 – Rio Grande do Sul

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

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

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

---

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Clarissa Tassinari; Fernando de Brito Alves; José Claudio Monteiro de Brito Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-686-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

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

CDU: 34



# XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

---

### **Apresentação**

Ao recebermos o convite para coordenarmos o Grupo de Trabalho “Constituição e Democracia I”, já era possível prever a “conversação multitemática” que poderia compor este momento oportunizado pelo CONPEDI Porto Alegre/RS. Os 30 anos da Constituição brasileira e o processo eleitoral recente, acontecimentos do ano de 2018 relacionados ao título deste GT, poderiam justificar a efervescência da crítica político-constitucional e o grande interesse por debates afins em um eixo temático que, dado o volume de submissões, teve de ser fracionado em dois (“Constituição e Democracia I e II”). Em um contexto como este, diante da abrangência do tema proposto para este GT, ganha destaque a diversidade de enfoques nas pesquisas acadêmicas.

Não por acaso a discussão sobre Direito e Democracia desdobrou-se em abordagens, sob diferentes perspectivas teóricas, sobre Estado, constitucionalismo e jurisdição. Controle social, participação popular, sistema eleitoral e desafios para a democracia representativa deram contornos para discussão envolvendo o projeto democrático brasileiro. Judicialização da política, ativismo judicial, acesso à justiça, coletivização de demandas, efetividade e temporalidade do processo, precedentes e efeito vinculante e diálogos institucionais foram os principais assuntos que alinharam as reflexões apresentadas neste GT junto ao tema jurisdição.

Além disso, autoritarismo, papel do Estado e de suas instituições, crise do Estado na era da globalização, fontes normativas não estatais, dinâmica entre os três Poderes, matrizes de fundamentação do agir estatal (como o utilitarismo, por exemplo) e a livre nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal feita pela Presidência foram elementos que traduziram, na forma de pensamento crítico, as preocupações que giram em torno da conformação do Estado (brasileiro). Por fim, o cenário do constitucionalismo e de suas reformulações teóricas, como as questões do novo constitucionalismo latino-americano e da importância dos princípios constitucionais, também fizeram parte dos diálogos propostos.

Como se pode perceber através da breve síntese formulada acima, com os principais temas dos artigos apresentados no dia 15 de novembro de 2018, o que o leitor poderá “desbravar”

na sequência é uma série de caminhos para refletir sobre um tema comum – crises, transformações e alternativas para o constitucionalismo brasileiro e para sua fundamentação teórica. Eis o desafio, lançado para todos nós, que ousamos pensar o Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho - UFPA / CESUPA

Profa. Dra. Clarissa Tassinari – UNISINOS

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](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS SOB OS EFEITOS DA JUDICIALIZAÇÃO

## FUNDAMENTAL RIGHTS AND PRIVATE RELATIONS UNDER THE EFFECTS OF JUDICIALIZATION

Guilherme Streit Carraro <sup>1</sup>

Rosane Beatris Mariano Da Rocha Barcellos Terra <sup>2</sup>

### Resumo

Nesta produção, buscou-se avaliar as causas e efeitos da judicialização no cenário nacional, formatado após a Constituição de 1988, a partir da análise da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Apresentou-se, portanto, o dilema de conciliação, no contexto descrito, entre os direitos fundamentais e as relações privadas sob os efeitos da judicialização. Aplicou-se o método de abordagem dedutivo, método de procedimento histórico e técnica de pesquisa documental indireta, por intermédio da pesquisa bibliográfica. Compreendeu-se a necessidade de se dirigir à atenção para os limites da atuação das previsões constitucionais e dos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo contemporâneo, Direitos fundamentais, Efeitos, Judicialização, Relações privadas

### Abstract/Resumen/Résumé

In this production, the causes and effects of the judicialization in the national scenario is avalieded, formatted after the 1988 Constitution, from the analysis of the application of fundamental rights to private relations. The conciliation dilemma was therefore presented, in the context described, between the fundamental rights and the private relations under the effects of the judicialization. Was applied the deductive approach, method of historical procedure and technique of indirect documentary research, through the bibliographic research. Was understood that attention should be drawn to the limits of the performance of constitutional provisions and fundamental rights.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Contemporary constitutionalism, Effects, Fundamental rights, Judiciary, Private relations

---

<sup>1</sup> Oficial de Registro de Imóveis. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Mestrando do Programa de Mestrado em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora da Universidade Franciscana - UFN, onde também atua como pesquisadora.

## 1 INTRODUÇÃO

Após o chamado processo de redemocratização, que teve como ápice a promulgação da atual Constituição Federal, o Poder Judiciário tem exercido cada vez mais influência na vida político-institucional brasileira, o que vem sendo denominado genericamente como “judicialização da política”. Considerando esse contexto, a presente pesquisa busca a compreensão de possíveis causas e efeitos da judicialização no cenário nacional, formatado após a Constituição de 1988, especialmente analisando a sua repercussão para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, por essa razão elegendo como tema a judicialização no Brasil e suas implicações à relação direitos fundamentais e relações privadas.

O Poder Judiciário tem tomado algumas decisões polêmicas, que geram discussões sobre sua legitimidade e competência para tanto, no sentido de invadir o espaço do Poder Legislativo e do Poder Executivo, dando origem à chamada judicialização.

Pode-se dizer que o amplo cenário afetado pelo Constitucionalismo Contemporâneo e todo o seu impacto na formação do Estado Democrático de Direito contribuiu para esse destacamento do Judiciário, diante da revalorização da Constituição e, sobretudo, diante de seu caráter de projeto realizador de direitos fundamentais.

Nesse sentido, a proposta de pesquisa visa responder ao dilema de como se conciliam, no contexto descrito, os direitos fundamentais e/nas relações privadas sob os efeitos da judicialização, considerando que a liberdade é a regra nas relações entre particulares.

O presente trabalho adota como método de abordagem o dedutivo, pois inicia com a análise de elementos fundamentais à pesquisa (estudo da judicialização da política, suas causas, origens e direitos fundamentais) para, posteriormente, direcionar a investigação para elementos mais pontuais (verificando a adequação dos aspectos teóricos estudados à realidade constitucional brasileira).

O método de procedimento utilizado é o histórico, diante da relevância dos fatores históricos para a consolidação do objeto de estudo. A técnica de pesquisa, por sua vez, é a documentação indireta, por intermédio da pesquisa bibliográfica.

Analisa-se, assim, a forma com que o processo de judicialização da política no Brasil afeta as relações privadas, tradicionalmente pautadas pela liberdade e hoje limitadas pelos direitos fundamentais. A partir deste ponto, investiga-se o contexto histórico-evolutivo da atuação do Poder Judiciário no Brasil e as suas principais características após a Constituição

de 1988, identifica-se as possíveis causas e efeitos do processo de judicialização da política no Brasil e os necessários limites à atuação judicial conforme os ditames do Constitucionalismo Contemporâneo e averigua-se a evolução e as atuais possibilidades de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas.

## **2 CONTEXTO HISTÓRICO-EVOLUTIVO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O Poder Judiciário tem exercido, ao longo dos últimos anos, ativa participação na vida institucional brasileira. Tal fenômeno não se faz presente apenas no Brasil, mas também em várias partes do mundo. Desde a Segunda Guerra Mundial, com o conseqüente fortalecimento dos direitos humanos, constatou-se um avanço da Justiça institucional sobre o espaço da política exercida no âmbito Legislativo e Executivo (BARROSO, 2008).

Pode-se associar esse destacamento do Judiciário à própria modificação do papel da Constituição, que no segundo pós-guerra passa a ser concebida como o reflexo dos valores compartilhados pela comunidade que a adota. As Constituições democráticas fruto desse período “assumem conteúdo político, ou seja, elas englobam os princípios de legitimação do poder, e não apenas de sua organização. O campo constitucional é, por conseguinte, ampliado para abranger toda a sociedade, e não só o Estado” (LEAL, 2007, p. 31).

Em tal quadro se vislumbra, portanto, o desvio de uma série de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral para a esfera de decisão judicial, o que configura um primeiro e importante elemento do que tem sido denominado "judicialização". Pode-se dizer que se constata “uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo” (BARROSO, 2014, p. 6).

No Brasil, após a Constituição de 1988, com a redemocratização, é notável a ampliação e fortalecimento do Poder Judiciário, tanto quanto se percebe um aumento na demanda por justiça na sociedade brasileira. O Relatório *Justiça em Números* referente ao ano de 2013, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, mostra que “o número de processos em trâmite no Judiciário brasileiro cresceu 10,6% nos últimos quatro anos e chegou a 92,2 milhões de ações em tramitação em 2012” (CNJ, 2013).

Além disso, com o processo denominado “constitucionalização do direito” foram introduzidas dentro da Constituição diversas matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Sendo assim, de acordo com Barroso (2008), constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito, dessa forma, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou e alguns outros fatores convergentes, mas não se trata de um exercício deliberado de vontade política (o que poderia configurar uma outra postura, comumente vinculada à judicialização, que ficou conhecida como ativismo judicial, tema igualmente latente do constitucionalismo contemporâneo) (BARROSO, 2008).

Sobre a Constituição de 1988, pode-se dizer que consiste na mais democrática e avançada da história constitucional nacional, de conteúdo “acentuadamente compromissário, plural e comprometido com a transformação da realidade, assumindo, portanto, um caráter fortemente dirigente [...]” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2014, p. 257).

Diante de tais mudanças surgidas sob o espírito democrático de 1988, é indiscutível que um novo delineamento fora dado ao Estado, adotando-se um modelo intervencionista em um contexto neoliberal. Além disso, houve uma ampliação, também, da própria noção e dimensão dos direitos fundamentais. Destarte, um desajuste começa a desenhar-se, pois os conflitos aumentam diante da complexidade social crescente e as respostas passam a ser buscadas e decididas pelo Poder Judiciário. De um lado, tem-se o entendimento de que “o Judiciário, ao lado dos demais poderes do Estado, é tão responsável quanto os demais pela consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” (NALINI, 2008, p. 306), não tendo “o direito de sentir-se alheio ao grande projeto de edificar uma sociedade livre, justa e solidária” (NALINI, 2008, p. 306). Por outra via, há uma intensa discussão em torno da legitimidade dos tribunais para implementação de políticas de bem-estar social (STRECK, 2003, p. 291), bem como dos riscos à teoria da separação de poderes, ameaçada pela “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes (RAMOS, 2010, p. 117)”.

Parece claro que o contexto atual requer um Poder Judiciário mais atuante, capaz de assegurar a Constituição, mesmo que para isto seja necessário impor-se perante o Estado, diferente do Judiciário, proclamado originariamente pela teoria da separação dos três poderes,



que em sua feição clássica não exerce funções muito além da mera fiscalização do cumprimento das leis e estabelecimento de punições para quem não as observa.

Assim, com esta nova função (ainda que sem limites, de imediato, estabelecidos), se estremece as barreiras que afastavam os Poderes e mantinham o Judiciário alijado das questões políticas, econômicas e sociais. Sobre referida teoria, ao pregar a divisão dos poderes como meio de limitá-los – ponto que praticamente a identifica com o Constitucionalismo, visto por muitos como algo coincidente com a separação de poderes (MATTEUCCI, 1998, p. 248) –, é preciso destacar o afastamento dos termos consagrados ainda em Montesquieu. Isso porque é possível observar que na atual realidade brasileira tal teoria não encontra exata correspondência com as referidas situações apresentadas no presente texto.

Tal teoria afirma que os três poderes são independentes, harmônicos e com funções distintas entre si. No entanto, como o denominado processo de judicialização, surgem incertezas acerca disto, pois, assim, estaria o Poder Judiciário exercendo funções que não são de seu âmbito de atuação tradicional, bem como os outros Poderes, Legislativo e Executivo, estariam sofrendo diminuições ou intervenções indevidas em seus respectivos espaços de atuação.

A teoria da separação dos poderes está sendo contestada por alguns doutrinadores nos últimos tempos, pois se argumenta que na prática não é possível limitar com exatidão três funções para o poder estatal. Nos termos das previsões constitucionais, “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 2014)”, portanto:

[...] as ingerências de um Poder sobre outro se devem exatamente ao fato de que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência serem absolutas, havendo interferências que visam estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um detrimento de outro e especialmente dos governados (SILVA, 2005, p. 110).

Com efeito, mostra-se benéfica a atuação conjunta e harmoniosa entre os poderes do Estado, visando sempre à realização da Constituição e dos direitos fundamentais, de modo que, pautando-se por tais vetores, a atuação do Judiciário tende a ser positiva, já que se mostra quase uma necessidade a releitura da teoria da separação de poderes, diante de todos os fatores apresentados.

### **3 CAUSAS E EFEITOS DO PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL E OS NECESSÁRIOS LIMITES À ATUAÇÃO JUDICIAL CONFORME OS DITAMES DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

É claro que a separação de poderes é uma espécie de dogma consolidado desde os primórdios do Estado Liberal, mas em tempos de Estado Democrático de Direito impõe-se a readequação de alguns preceitos. Uma das principais críticas à atuação judicial na defesa de direitos fundamentais, como vem ocorrendo, ancora-se na visão estreita que separa, definitivamente, Direito e Política, mantendo vivos os debates kelsenianos. Ora,

[...] não existe novidade alguma na defesa de que não se pode exigir dos magistrados uma postura politicamente neutra, porque o Judiciário é uma instituição cuja função é realizar uma atividade política de importância fundamental: a aplicação do Direito, que não é uma função científica, muito embora o discurso judicial faça um grande esforço para se qualificar como tal (COSTA, 2013, p. 12).

Reforça-se esse entendimento o argumento de que:

[...] quando o Direito muda, também se alteram a função dos intérpretes, os instrumentos que eles podem utilizar e os cânones hermenêuticos que guiam a sua atividade. A introdução de mudanças no Direito é uma das atividades mais típicas da Política, estando ligada ao que identificamos como função legislativa. Mas também é uma atividade típica dos juízes a alteração paulatina das normas, mediante processos de reinterpretação. Nessa medida, devemos ter em mente que o juiz sempre foi um ator político (COSTA, 2013, p. 27).

Nesse sentido, na esteira da superação de diferentes versões do próprio Estado de Direito ao longo dos séculos, a Constituição e o Direito evidentemente não permaneceram alheios. No processo de formação do Estado Democrático, a Constituição passa a ser o documento mais importante do sistema jurídico, o elemento de referência para todos os demais instrumentos e instituições. Trata-se de uma reinvenção de papéis desse documento fundamental, sobretudo após a segunda guerra mundial, marco decisivo para o Constitucionalismo Contemporâneo, conforme já mencionado.

O cenário de crise do pós-guerra exigia a busca de novos fundamentos para a conformação de uma ordem democrática permanente. De um lado, era necessário resgatar algum componente valorativo, pois a radical separação do Direito em relação à Política e à Moral permitiu a instauração e a justificação racional do regime nazista, que dizimou milhões de vidas. De outro lado, era necessário se manter um mínimo de previsibilidade e segurança

para as relações jurídicas e sociais. A tentativa de se equilibrar esses anseios levou à constitucionalização maciça de direitos fundamentais.

Esse novo perfil do Constitucionalismo, com a conseqüente redefinição do modo de exercício das funções/poderes estatais, vai receber acusações injustificadas de ser anti-democrático (assim com a ação do Judiciário na linha da judicialização), o que se entende indispensável afastar de imediato.

Para explicar a origem dessa oposição, Streck preleciona que:

[...] a discussão do constitucionalismo implica o enfrentamento de um *paradoxo*, representado pelo especialíssimo modo como esse fenômeno é engendrado na história moderna-contemporânea. Com efeito, *a Constituição nasce como um paradoxo, porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias* (2012, p. 64).

De fato, já não se pode conceber a democracia como simples governo de maiorias, as quais, em tese, encontram-se representadas pelos poderes estatais exercidos por representantes eleitos. Logo, ao Judiciário caberá a missão de manter as chamadas minorias também protegidas pelo manto constitucional, o que é feito mediante a garantia de direitos fundamentais.

Trata-se da chamada função contramajoritária, que “vai além do estabelecimento de limites formais às denominadas maiorias eventuais; de fato, ela representa a materialidade do núcleo político-essencial da Constituição” (STRECK, 2012, p. 77). Desse modo:

[...] não há dúvida, pois, de que o Estado Constitucional representa uma fórmula de Estado de Direito, talvez a sua mais cabal realização, pois, se a essência do Estado de Direito é a submissão do poder ao direito, somente quando existe uma verdadeira Constituição esta submissão compreende também a submissão do Poder Legislativo (STRECK, 2012, p. 77).

Desse modo, o processo de "judicialização da política" pode ser considerado como algo decorrente da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positivista e, exclusivamente, voltado às garantias da vida privada. Isso porque, conforme visto, “o crescente processo de 'juridificação' das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídico da comunidade” (CITTADINO, 2004, p. 106).

Nesse norte, já conduzindo o texto para a delimitação pretendida, qual seja, a verificação da incidência e influência dos aspectos abordados nas e para as relações privadas,

acredita-se que a compreensão da amplitude do fenômeno da constitucionalização, em especial ao atingir a esfera privada, exige uma apreciação prévia da dicotomia público-privada, a fim de dimensionar o nível de alteração executada no plano nacional. Essa tarefa remete à observação do nascimento do modelo estatal liberal, o qual surge como instrumento de libertação dos controles absolutistas e que significa “nesse contexto, a dicotomia *público v. privado* volta a se apresentar sob a forma de distinção entre a sociedade política (o reino da desigualdade) e sociedade econômica (o império da igualdade)” (FACCHINI NETO, 2010, p. 41).

Para as pretensões do Estado liberal de consagrar uma ampla liberdade, sobretudo, para o exercício do direito de propriedade, “a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo a sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa” (SARMENTO, 2010, p. 13). Desse modo, foi traçada uma clara divisão entre sociedade e Estado, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis e aos quais corresponderiam, respectivamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. Apenas quanto ao primeiro fazia sentido falar-se em direitos fundamentais, estes cumprindo sua missão originária de imposição de limites à atuação estatal, da qual o indivíduo precisava ser protegido. Por outro lado, o nível do Direito Privado disciplinava as relações entre sujeitos livres e iguais (ainda que meramente no plano formal), regendo-se fundamentalmente pela autonomia da vontade.

Sublinha-se, contudo, o relevante papel desempenhado pelos movimentos revolucionários e pelo Iluminismo para a conquista também dos direitos fundamentais – ligados a importantes aspectos do direito civil já que “tais direitos, como de propriedade e da autonomia da vontade para contratar livremente, são tidos como verdadeiros direitos fundamentais” (REIS, 2004, p. 1000). Mais especialmente, ainda se diz que a visão liberal-burguesa é o fator de sustentação inicial para o estabelecimento da dicotomia público-privada (LOSANO, 2007, p. 560).

Logo, a separação em duas áreas estanques delimitou um desenvolvimento profundo dos estudos do direito privado, criando até mesmo linhas próprias como os chamados civilistas, os quais irão depois representar a resistência contra o processo de constitucionalização.

#### 4 A EVOLUÇÃO E AS ATUAIS POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS RELAÇÕES PRIVADAS

Inicia-se este tópico com a visão dos civilistas especialmente por sua influência no impedimento (mesmo que apenas no princípio) do fenômeno constitucionalizador brasileiro, visto que isso é determinante também na dosagem dos efeitos constitucionais nas relações particulares, tendo em mente que ao falar-se da relativização da dicotomia e da constitucionalização no Brasil houve peculiaridades próprias do país, conforme enfatiza o entendimento de Sarmento (2010b, p. 43).

Retomando-se o raciocínio anterior no que se refere à dicotomia público-privada encontram-se como fatores da mitigação da separação das órbitas, além da insuficiência estatal liberal, a conhecida publicização do direito civil e a privatização do direito público (STRECK, 2005, p. 33). Ambas as situações ampliaram o espaço de discussão em um meio termo, ou seja, havia novos institutos e ramos do direito que não mais estavam colocados nas duas extremidades e sim em uma terceira via, decretando assim o fim da dicotomia.

Mesmo com a finalização da separação, a visão de que os direitos fundamentais serviam apenas na defesa contra o Estado colocava em dúvida a sua aplicação nas relações civis, algo que Canotilho (2004, p. 1286) aponta em sua obra quando expõe que:

Quando, no art. 18.º/1 da CRP, se estabelece que os preceitos consagrados de direitos, liberdades e garantias <<vinculam entidades privadas>>, sugere-se, inequivocadamente, o alargamento da eficácia desses direitos às <<relações cidadão-cidadão>>, <<indivíduo-indivíduo>>. Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradas de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou coletivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados? Esta questão era conhecida, inicialmente, como questão da eficácia externa ou eficácia em relação a terceiros dos direitos, liberdades e garantias (*Drittwirkung*). Hoje prefere-se a fórmula <<efeitos horizontais>> ou a expressão <<eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada>>.

No Brasil, a mudança de pensamento na aplicação de direitos fundamentais também nas relações privadas se dá com a irradiação de efeitos da Constituição ou, melhor dizendo, com a constitucionalização do direito privado (SARMENTO, 2010a, p. 76).

Isso impôs que todas as normas do direito civil passassem não somente pelo filtro constitucional, mas por uma rearticulação de forma a alinhar-se sistematicamente aos parâmetros estabelecidos no texto máximo do país. Exemplo disso é o entendimento sobre o

direito de propriedade, que sempre foi um bastião na ótica civil, mas que acaba por ser repensada com base na ideia de função social (nesse sentido, a Constituição de 1988 não poderia ser mais clara: “Art. 5º, inciso XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”).

Apenas como adendo, o exemplo citado pode ser indicado como uma demonstração também do que Reis (2003, p. 779) determina como despatrimonialização do direito civil, ao falar sobre a mudança da visão liberal-burguesa que ainda regia o Código Civil.

Outro elemento desse período de formação inicial do Estado de Direito de caráter liberal-burguês que começou a dar sinais de esgotamento, ainda no século XIX, foi o ideal de completude do Código Civil e, conseqüentemente, da possibilidade de os juízes decidirem sempre rigorosamente a partir de regras pré-estabelecidas. Isso porque “as modificações sociais ligadas aos processos de industrialização e urbanização tornaram o Direito Civil, em grande medida, obsoleto, especialmente para tratar das novas relações de emprego” (COSTA, 2013, p. 32-33). Já a partir desse momento, os juristas precisaram exercitar alguma criatividade e buscar, inclusive fora do Direito, elementos capazes de embasar suas decisões. Foi uma época em que se viu florescer diversas “escolas de matriz sociológica, que viam o Direito como um instrumento de regulação social que precisava ser adequado às finalidades sociais” (COSTA, 2013, p. 32-33).

Sobre os efeitos de todas essas mudanças para o ponto específico desta proposta, um primeiro alerta importante é feito por Sarlet (2009, p. 376), ao referir que o debate acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares exclui logicamente aqueles direitos que estão voltados unicamente contra o Estado.

Utilizando-se do mesmo filtro do autor, reproduz-se assim:

Antes de nos aventurarmos a enfrentar o problema, há que proceder à sua delimitação. Assim, excluem-se da discussão, notadamente no que diz com uma eficácia direta, todos os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm por destinatário única e exclusivamente os órgãos estatais. Como exemplos, poderíamos citar os direitos políticos, algumas das garantias fundamentais na esfera processual (como o habeas corpus e o mandado de segurança). Já no que diz com os direitos sociais, o exemplo do direito subjetivo ao ensino fundamental (público) obrigatório e gratuito (art. 208, inciso I, da CF) é ilustrativo da circunstância de que o destinatário – sujeito passivo – direto e imediato deste direito é o poder público, e não um particular, o que não afasta a incidência de efeitos em relação a particulares e nem a existência de deveres fundamentais, no caso, em caráter ilustrativo, o dever da família (pais ou responsáveis) de zelar pela escolaridade mínima do filho (SARLET, 2009, p. 376).

Dirigindo-se, então, à problemática “direitos fundamentais e relações privadas”, ressalta-se a importância de um tema que se coloca em quase todos os ordenamentos jurídicos

modernos. O cerne da questão está em conciliar a elevada hierarquia das normas constitucionais, entre as quais se inserem os direitos fundamentais, com a necessária autonomia do direito privado.

Segundo Canaris (2010, p. 206), “a Constituição, em princípio, não é o lugar correto nem habitual para regulamentar as relações entre cidadãos individuais e entre pessoas jurídicas. Nisso consiste, muito pelo contrário, a tarefa específica do Direito Privado, que desenvolveu nesse empenho uma pronunciada autonomia com relação à Constituição”, o que não significa que esta não possa influenciá-lo, a questão, justamente, diz respeito à medida e intensidade dessa influência.

De acordo com a compreensão desse processo, torna-se viável discutir as teorias da eficácia dos direitos fundamentais no campo privado, tendo em conta que o padrão de interpretação desses direitos comporta tanto a via subjetiva quanto objetiva.

As quatro principais linhas são: a recusa de efeitos; eficácia indireta; tese dos deveres de proteção e eficácia direta (NOVAIS, 2007, p. 357). Salienta-se aqui que se concentrará em três dessas, tendo em vista o curto espaço para exposição.

A primeira abordagem – recusa/negação de efeitos –, conhecida como doutrina da *state action*, busca afastar qualquer efeito no plano civil da irradiação constitucional, alegando que tais direitos foram projetados como ferramentas defensivas e por isso não aplicáveis nas relações particulares, além de afirmarem ser desnecessário o embasamento na Constituição, pois todos os conflitos já estariam abraçados pelas normas de direito civil. Complementam os autores dizendo que qualquer outro posicionamento implicaria em um sacrifício muito grande da autonomia privada (SARMENTO, 2010a, p. 189-197).

Uma segunda corrente sobre a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais é a teoria da eficácia mediata (ou indireta), segundo a qual, em linhas gerais, não é possível a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, porque tal incidência exterminaria a autonomia da vontade e desfiguraria o Direito Privado. No entanto, os direitos fundamentais podem repercutir sobre essas relações contanto que de forma mediada pelo legislador, ao qual caberia:

[...] proteger os direitos fundamentais na esfera privada, mas sem descurar-se de tutela da autonomia da vontade. Portanto, caberia ao Legislativo proceder a uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, na qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social de cada época (SARMENTO, 2010a, p. 198-200).

Por fim, uma destacada teoria ainda precisa ser analisada. A teoria da eficácia imediata (ou direta) dos direitos fundamentais, cujos adeptos defendem que os direitos fundamentais “podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*”. (SARMENTO, 2010a, p. 204-205). Muito embora não tenha tido grande aceitação na Alemanha, seu país de origem, referida teoria é majoritária em muitos outros países, justificando-se uma atenção especial a sua incidência no Brasil.

Para elucidar o desenvolvimento desse vasto aporte teórico, a partir do ordenamento jurídico nacional, é imprescindível fazer-se referência à previsão do art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, que prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Algumas discussões polêmicas já rondaram esse dispositivo, sobretudo no que diz respeito ao seu alcance e real sentido.

De acordo com Steinmetz (2011, p.121), expondo o posicionamento da doutrina acerca desse dispositivo:

[...] há consenso em torno de dois pontos. Com esse dispositivo a Constituição impõe que os direitos e as garantias fundamentais sejam, protegidos e realizados ‘aqui e agora’. Não são meras recomendações políticas ou morais cujo respeito, proteção e realização podem ocorrer em algum momento futuro conforme os critérios de conveniência e oportunidade dos Poderes Públicos. O segundo ponto de consenso é este: o respeito, a proteção e a realização do conjunto de direitos e garantias fundamentais não estão *necessariamente* condicionados à existência de lei que regulamente as hipóteses e condições de exercício e a intensidade e abrangência dos efeitos desses direitos e dessas garantias.

Ao contrário da doutrina especializada, que produziu um conjunto de interpretações sobre o significado e o alcance normativo da mencionada previsão, a jurisprudência, especialmente considerando as decisões do Supremo Tribunal Federal, não tem invocado expressamente esse preceito como fundamento para a aplicação imediata dos direitos fundamentais e, quando o faz, limita-se a referir o artigo, sem uma explicação analítica sobre o entendimento de seu significado e alcance (STEINMETZ, 2011, p. 113-114).

São significativos os exemplos que podem ser apontados como parâmetro dessa conclusão; apenas para citar alguns casos: Recurso Extraordinário 136.753 (julgado em 1997), em que se discutia sobre a impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família; Mandando de Injunção 712, que versava sobre o direito de greve dos servidores públicos (julgado em 2007); Recurso Extraordinário 398.284 (julgado em 2008), tratava da



constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária sobre participação nos lucros; entre inúmeros outros casos que poderiam ser apresentados (STEINMETZ, 2011, p. 114-115).

Na avaliação de Sarmento, é curioso o fenômeno que ocorre na jurisprudência brasileira no tocante ao tema, porque as decisões judiciais que se utilizam diretamente dos direitos fundamentais para resolver conflitos privados não são poucas, mas, em contrapartida, raramente essas decisões fundamentam-se no aporte teórico pertinente, aqui elucidado (2010a, p. 250). Ainda assim, de modo geral, o autor conclui que a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente tais direitos constitucionais para resolução de litígios privados (SARMENTO, 2010a, p. 255).

Sendo assim, observa-se a latente instabilidade das posições relativas ao presente tema, de grande relevância, já que coloca em confronto, de um lado, a força das previsões constitucionais relativas aos direitos fundamentais e, de outro, a liberdade e a autonomia privada. Verificou-se que inúmeras são as dificuldades em se estabelecer os limites e se legitimar as intervenções judiciais acerca desses conflitos de interesses.

## **5 CONCLUSÃO**

Elegeu-se como tema a judicialização no Brasil e suas implicações em relação aos direitos fundamentais e às relações privadas e, a partir desse ponto, referiu-se que a judicialização da política faz com que o Poder Judiciário avoque para si, em certa medida, assuntos que seriam de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo, que, considerando a evolução do Constitucionalismo Contemporâneo e do Estado Democrático de Direito, tornou-se inevitável.

Com isso surgem críticas (como o desrespeito à teoria da separação dos poderes), mas também elogios (como a garantia dos direitos fundamentais) à postura do Judiciário. Essa atuação tem sido determinante para consolidar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, dominadas tradicionalmente pelo imperativo de liberdade, contudo, atualmente, conduzidas e limitadas pelos preceitos fundamentais.

A análise do chamado processo de judicialização da política no contexto nacional é de extrema relevância, pois o Poder Judiciário vem se destacando nos últimos anos no cenário político e social, envolvendo temas polêmicos e que afetam diretamente a vida dos cidadãos brasileiros.

Nesse sentido, considerando a força das previsões constitucionais e dos direitos fundamentais, compreendeu-se a necessidade de se dirigir à atenção para os limites dessa atuação, sobretudo tendo em vista que as relações particulares regem-se, em geral, pela liberdade enquanto máxima, além dos preceitos democráticos, que necessariamente precisam ser observados por todos os poderes estatais.

Observou-se que o Poder Judiciário tem se destacado com decisões polêmicas, que geram, por sua vez, discussões sobre sua legitimidade e competência para tanto, no sentido de invadir o espaço do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Diante do amplo cenário afetado pelo Constitucionalismo Contemporâneo e todo o seu impacto na formação do Estado Democrático de Direito, verifica-se a contribuição para esse destacamento do Judiciário, diante da revalorização da Constituição e, sobretudo, diante de seu caráter de projeto realizador de direitos fundamentais. Nesse sentido, a presente pesquisa averiguou a fundamental conciliação dos direitos fundamentais nas relações privadas sob os efeitos da judicialização.

## **REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 09 Out. 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**. v. 5 - n.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004. Disponível em: <[http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf)>. Acesso em: 10 Out. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Número de processos em trâmite no Judiciário cresce 10% em quatro anos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26625-numero-de-processos-em-tramite-no-judiciario-cresce-10-em-quatro-anos>>. Acesso em: 09 Out. 2014.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. **Revista Pensar**. Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2448>>. Acesso em: 10 Out. 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional Aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte- americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Vol. I. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dinip. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REIS, Jorge Renato dos. A concretização e a efetivação dos direitos fundamentais no direito privado. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 4. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010 (a).

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 (b).

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. Ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. V. 8. n. 2. p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index>>. Acesso em: 09 Out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Estudos jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, vol. 38, n. 1, jan. – abr. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.

4. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.