



DO PROCEDIMENTALISMO DE ALEXY À ABERTURA SUBSTANCIAL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: EM BUSCA DE UM MODELO ADEQUADO À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Gabriela Costa e Silva¹

Resumo:

Este artigo tem por intuito avaliar o modelo jurisdicional procedimentalista defendido por Robert Alexy em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, determinando seus pontos de adequação ao caso brasileiro. Considerando a atividade de realização e asseguarção dos direitos fundamentais através da Constituição, buscam-se argumentos dogmáticos que justifiquem a necessidade de complementação da tese procedimental para o contexto sócio-jurídico brasileiro. Assim, chega-se à indagação acerca da existência de legitimidade democrática do Poder Judiciário em casos nos quais a tese procedimental se mostra insuficiente, necessitando de complementações de natureza substancial.

Palavras-chave: Procedimentalismo; Substancialismo; Poder Judiciário; Constituição; Democracia; Efetivação de Direitos Fundamentais; Ativismo Judicial.

FROM ALEXY’S PROCEDIMENTALISM TO A SUBSTANCIAL OPENNESS OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION: IN SEARCH OF AN APPROPRIATE MODEL FOR THE CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE BRAZILIAN CONTEXT

Abstract:

This article aims to evaluate the procedural jurisdictional model defended by Robert Alexy in his work “Fundamental Rights Theory”, determining the appropriateness points of it to the Brazilian case. Considering the activity of concretization and assurance of fundamental rights by the Constitution, dogmatic arguments had been raised in order to justify the necessity of a complementation in the procedural thesis within Brazilian social and juridical context. Thus, it had been questioned about the Judiciary Branch legitimacy in cases of procedural insufficiency and need of substantial complementation.

Keywords: Procedimentalism; Substancialism; Judiciary Branch; Constitution; Democracy; Fundamental Rights; Implementation; Judicial Activism.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo elucidar as ideias de Robert Alexy em torno da concepção procedimentalista de aplicação dos preceitos constitucionais. Para isso, utiliza-se de metodologia experimental, verificando-se as hipóteses levantadas por Alexy na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, e observando as relações de causa e efeito percebidas em

¹ Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz- UESC (Conclusão em 2013.2). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia- UFBA (Ingresso em 2015.2)

torno dessas ideias.

A presente pesquisa, portanto, parte do pressuposto de que Robert Alexy (2008, p. 433), ao dispor sobre as ações estatais positivas ou direitos a prestações em sentido amplo, delinea a relação existente entre direitos fundamentais, organização e processo, defendendo uma postura procedimentalista de atuação jurisdicional em sede de proteção e fomento destes direitos constitucionalmente reconhecidos.

Isso porque, para o autor, a ideia de procedimento relaciona-se a um “fazer” estatal, investindo os indivíduos de um *status activus processualis* com inspiração nas ideias de Peter Häberle em abordagem acadêmica sobre o tema². Já nas palavras de Alexy (2008, p. 247), a pertinência da teoria procedimentalista residiria na ideia de que o procedimentalismo seria um “caminho intermediário entre uma **teoria axiológica** levada a cabo pelo tribunal constitucional e um **deixar-fazer ao legislador**, fundamentado em um ceticismo axiológico subjetivista”.

Das palavras acima, infere-se que não se poderia falar em procedimentalismo abordando tão somente sobre a forma de atuação do Poder Judiciário. A teoria, em verdade, também uma maneira de abordar como este Poder relaciona-se com os demais, seja através da supressão de lacunas deixadas pela inatividade legiferante ou pelo controle das políticas executadas pela Administração Pública.

Assim, o direito fundamental ao procedimento tem como destinatários não apenas os tribunais quando se fala em interpretação e aplicação destas normas, mas também o legislador quando se fala em aspectos da criação das normas procedimentais e do Poder Público em geral quando em referência à execução de tais procedimentos com escopo à efetivação dos direitos fundamentais.

Conforme explicitado por Alexy (2008, p. 473), “as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma que o resultado seja, com suficiente probabilidade e

² “A relação descrita entre garantia dos direitos fundamentais e dogmática dos direitos fundamentais abre um caminho para revisão da Teoria do Status de G. Jellinek. Ela deve ser retirada do pensamento absolutista tardio para fincar-se em uma roupagem democrática. O ponto de partida para isso é o status activus como status fundamental, amparado e complementado pelos status negativo, positivo e passivo. Ao lado destes, constrói-se no Estado Prestacional uma nova relação que deve ser designada como 'status activus processualis'. Ele significa a face jurídico-procedimental da liberdade fundamental, o 'direito fundamental ao devido processo', a participação processual como consequência da condição legal, jurídica, procedimental e prestacional. Ele resulta do realce dado pelos entendimentos de Constituição, Direito e Estado à face procedimental. O status activus processualis é até então relacionado ao status activus primário material (Status de participação junto ao/e no Estado Prestacional). Ele é a encarnação de todas as normas e formas de participação processual regulamentadas pelo Estado Prestacional (principalmente pela prescrição da publicidade).” (HÄBERLE, 1972, p. 81, tradução livre).



em suficiente medida, conforme aos direitos fundamentais.” Essa ideia advém da defesa pelo autor da fórmula cunhada por Konrad Hesse, segundo a qual defender uma postura procedimental seria o mesmo que garantir a “realização e asseguuração dos direitos fundamentais por meio de organização e procedimento”.

É verdade que a aplicação da tese procedimentalista do fomento a direitos fundamentais através das normas procedimentais, quando estas já existem ou são consideradas válidas, não desperta controvérsia. A dissidência surge, no entanto, nos casos em que há omissão ou imperfeição legislativa no tocante à normatização de procedimentos ou quando estes procedimentos encontram-se eivados de vício, trazendo-se a lume discussões sobre a relação que deve ser travada entre os Poderes Constituídos, e até que ponto a atividade de interpretação e aplicação das normas constitucionais pode ser considerada também como política ou democrática para decidir de forma mais adequada esses casos sensíveis.

O objetivo central deste trabalho, portanto, é partir das bases procedimentalistas lançadas por Robert Alexy em, respondendo a questionamentos levantados pelo autor em relação ao tema, para ao fim se chegar a uma conclusão acerca da pertinência das teorias procedimentalistas no contexto atual do Estado Brasileiro e nas demandas de complexidade que são colocadas a crivo da jurisdição constitucional.

Além disso, visa-se investigar se há atribuição de legitimidade ao Poder Judiciário para superar a postura procedimental quando no exercício do controle sobre a atuação dos demais poderes, e, por fim, se seria possível recorrer à postura substancialista para a efetivação de direitos fundamentais sem que isso signifique invasão indevida de atribuições institucionais ou risco de disseminação de arbitrariedades no âmbito do Poder Judiciário.

2. PROCEDIMENTALISMO: DEFINIÇÕES

No âmbito da tese desenvolvida por Alexy (2008, p. 470), estabelece-se a existência de relação entre direitos fundamentais, organização e procedimento definindo-se que a garantia dos direitos fundamentais deve se dar *através* das organizações e procedimentos disponibilizados pelo ordenamento jurídico.

Organizações e procedimentos são, portanto, frutos de uma atuação estatal e, em condições políticas de estabilidade, serão expressões do processo democrático. Dessa forma, discutir o procedimentalismo poderá levar à investigação acerca do envolvimento do Poder Judiciário com opções políticas, aferindo-se se existe neste Poder Constituído legitimidade

democrática para eleger formas de atuação que produzam os resultados esperados em termos de anseios sociais.

De acordo com Ana Paula de Barcellos (2007, p. 8):

O procedimentalismo, em suas diferentes vertentes, reconhece que o funcionamento do sistema de deliberação democrática exige a observância de determinadas condições, que podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a opções valorativas ou políticas. Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis para o exercício da cidadania.

Da ideia acima exposta, infere-se que, para o bom funcionamento da teoria procedimentalista são necessárias condições de igualdade tanto para fins de representatividade democrática quanto para fins de efetiva participação dos atores sociais na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Esta também é uma ideia presente na defesa de Peter Häberle (1997, p. 12) sobre a necessidade de uma interpretação constitucional pluralista a ser realizada pela sociedade aberta de intérpretes. Isso porque, para este autor, uma sociedade fechada de intérpretes “reduz seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados”.

No entanto, há que se destacar que a teoria de Häberle é construída em um contexto social de participação ótima dos diversos setores da sociedade na confecção, interpretação e aplicação das normas jurídicas. Deve-se ressaltar que a existência deste mínimo compromisso e entendimento dos participantes acerca das responsabilidades que envolvem o exercício da cidadania, não se coadunam ao atual contexto social brasileiro conforme ilustrado nas ideias de Lênio Streck (2011, p. 63):

[...] a realidade brasileira aponta em direção contrária: o assim denominado Estado Social não se concretizou no Brasil (foi, pois, um simulacro), onde a função intervencionista do Estado serviu para aumentar ainda mais as desigualdades sociais; parcela expressiva dos mínimos direitos individuais e sociais não é cumprida; o controle concentrado de normas apresenta um déficit de eficácia, decorrente de uma “baixa constitucionalidade”; [...]; no âmbito do parlamento, aprovam-se leis por voto de liderança; um voto de um eleitor de uma pequena unidade federada chega a valer dezesseis vezes o voto de um cidadão das unidades maiores, fazendo com que uma estranha matemática transforme a maioria em minoria; tais fatores denotam a inaplicabilidade das teses procedimentalistas, as quais, por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma *concepção substancial de democracia*, onde a primazia (ainda) é a de proceder à inclusão social, afinal existem trinta milhões de pessoas que



vivem na miséria, ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa a erradicar a miséria e a desigualdade. (grifo nosso)

A partir deste ponto de vista é que se questiona até que ponto as bases procedimentalistas são adequadas ao contexto sócio-jurídico brasileiro e se as ideias de garantia e fomento de direitos fundamentais através de organizações e procedimentos, como exposto em Alexy, são suficientes para a atividade jurisdicional realizada dentro da realidade conjuntural pátria.

Assim, torna-se necessária a discussão sobre o conceito de substancialismo como vertente não oposta, mas complementar ao procedimentalismo, justificando-se a emissão de decisões jurisdicionais valorativas que venham a contribuir no papel de concretização dos direitos fundamentais pelo Estado. E para melhor justificar tal postura, é necessário, primeiramente responder a determinados questionamentos levantados por Alexy quando da exposição de sua teoria procedimentalista, para só então analisar a necessidade de abertura substancial da jurisdição constitucional.

3. HIPÓTESES PROCEDIMENTAIS

Em diversos extratos do tópico “Direitos à organização e procedimento”, exposto ao item III do capítulo 9 de “Teoria dos Direitos Fundamentais”, Alexy problematiza o procedimentalismo através do levantamento de hipóteses.

São exemplos dos questionamentos deixados pelo autor os seguintes:

1. Em que medida é possível estabelecer uma conexão entre procedimentos jurídicos e seus resultados?
2. Em que medida os direitos subjetivos dos titulares dos direitos fundamentais correspondem às obrigações que o legislador tem de zelar por determinados procedimentos e organizações?
3. Em que medida a organização requerida pelos direitos fundamentais é exigida por normas que outorgam direitos subjetivos, e em que medida por normas que fundamentam apenas um dever objetivo do Estado?

Por isso é que se opta por estabelecer um raciocínio crítico que responda a tais indagações para a análise sobre a pertinência da teoria procedimental. Isso porque, como ressaltado por Alexy, as normas de organização e procedimento devem ser encaradas não

apenas sob o aspecto da sua existência, mas também sobre o ponto de vista da sua finalidade, definidas por ele como a garantia e a tutela efetiva de direitos fundamentais.

3.1. Procedimento e resultado

O primeiro questionamento destacado está relacionado ao próprio conceito de procedimento determinado por Alexy (2008, p. 473) como “sistemas de regras e/ou princípios para obtenção de um resultado”. A partir desta ideia, constata-se que a finalidade de determinado procedimento é, em verdade, a consequência determinada por ele, sendo que o resultado será positivo somente se estiver em conformidade com as regras e princípios procedimentais instituídas.

Esta definição permite concluir que as normas de procedimento e organização não devem ser consideradas como fins em si mesmas, ao contrário da ideia despertada por Alexy em uma de suas observações a seguir transcrita:

Normas de organização e procedimento podem ter não apenas esse caráter de meio, elas podem ser também um fim em si mesmas. No que diz respeito aos direitos fundamentais, uma norma procedimental *N* tem um caráter de fim em si mesma se ela continuar a ser exigível da perspectiva dos direitos fundamentais mesmo que se constate que, com a vigência de *N*, o resultado do procedimento não seria, em nenhuma situação e sob qualquer aspecto, mais compatível com os direitos fundamentais do que seria sem sua vigência. Aqui pode ficar em aberto saber se existe alguma norma de organização e procedimento com esse caráter de fim em si mesma.

Como visto acima, para Alexy, a norma procedimental poderia ser considerada como fim em si mesma quando o resultado pretendido não pudesse ser obtido de qualquer outra forma ou sob qualquer outro aspecto que fosse mais compatível com os direitos fundamentais. Afirmar isto, no entanto, seria desconsiderar o objetivo primordial das normas de procedimento e organização que é servir a determinado direito material, sendo que sua existência isolada não faria sentido se não existissem valores sociais que as fundamentasse.

As normas de procedimento devem, em verdade, revestir-se de **natureza instrumental**, servindo de forma adjunta à materialização de direitos. Isso acontece porque, a sua própria existência está condicionada ao direito que se pretenda tutelar por meio dela. Em outras palavras, o bem jurídico objeto de tutela é condição *sine qua non* para a existência das normas de procedimento e organização.

Essa conclusão permite revestir as normas de procedimento e organização de caráter instrumental, revelando, pois, sua natureza adjunta. Assim, o cerne da questão não é exaltar o



procedimento em si, mas investigar qual seria o melhor caminho, ou a melhor maneira de se obter a proteção ou fomento do direito fundamental eventualmente colocado em discussão na via judicial.

Dessa forma, conclui-se que a primeira questão é um debate restrito ao âmbito de aplicação jurisdicional das normas procedimentais e pode ser respondida ao se trazer para uma posição central o **resultado** do procedimento, e não o desenrolar do mesmo, ressaltando a necessidade de invocar a materialidade dos direitos fundamentais para o problema da adequação das teses procedimentais.

3.2. Procedimento como direito subjetivo

Avançando um pouco mais nas perguntas deixadas por Alexy chegamos ao segundo questionamento que traz para a discussão procedimental a atuação do Poder Legislativo no fomento de direitos fundamentais através da criação normativa dos procedimentos.

A pergunta lançada neste segundo momento pretende, portanto, descortinar se a existência de uma obrigação do legislador em criar procedimentos e organizações voltadas à proteção dos direitos fundamentais faz surgir para os titulares destes direitos materiais direitos subjetivos que possam justificar sua pretensão jurídica de efetivação pelo Poder Legislativo.

Esta segunda abordagem parte, mais uma vez, do pressuposto acima afirmado, segundo o qual para toda norma de procedimento e organização haverá um direito fundamental material o qual se pretende tutelar. Assim é que, para todo procedimento ou norma organizacional, haverá um direito material correspondente que deverá ser por meio deles assegurado ou fomentado através de uma atuação estatal.

Dessa maneira, e de acordo com o entendimento de Alexy (2008, p. 496), os direitos fundamentais, e dentre eles as normas de procedimento, devem ser encarados em primeira instância como direitos individuais e sob a ótica subjetiva.

Levando isto em conta, e em se considerando que a todo direito fundamental material são atribuídos direitos a procedimentos, também eles devem ser considerados direitos subjetivos, e como tais poderão ser objeto de tutela jurisdicional quando inobservados ou negligenciados.

A judicialização do “direito ao procedimento” no âmbito individual encontra-se, portanto, justificada e bem aceita por esta construção doutrinária. No entanto, ainda se faz necessário fundamentar a possibilidade de reivindicação jurisdicional de normas

procedimentais ainda não editadas pelo Legislativo, sob o ponto de vista coletivo, como seria no caso das ações de controle das omissões inconstitucionais, tese esta que não chega a ser aventada na obra de Alexy.

Para justificar, portanto, a possibilidade de judicialização em coletivo e em caráter geral e abstrato dos direitos procedimentais, parte-se do princípio segundo o qual falar em direitos fundamentais seria o mesmo que falar em diretrizes de natureza constitucional que possuem inevitavelmente **força normativa**, no termo cunhado por Konrad Hesse através do desenvolvimento de sua concepção sobre a Constituição (1991, p. 15). Essa percepção permite apontar que as disposições de direitos fundamentais, e dentre elas as normas de procedimento e organização, são obrigatórias e vinculantes até mesmo para o Legislador.

Dessa maneira, sob o ponto de vista doutrinário clássico, a eficácia dos direitos fundamentais, diretamente relacionada ao conceito de aplicabilidade, poderia ser visualizada como uma abordagem que se direciona aos Poderes Públicos de uma maneira geral, e entre eles ao Poder Legislativo.

Vislumbrando a questão sob o ponto de vista prático do ordenamento jurídico brasileiro relembra-se que o neoconstitucionalismo trouxe consigo algumas investidas procedimentais voltadas para o caso específico do controle jurisdicional das omissões públicas. São exemplos de normas de procedimento com tal escopo o mandado de injunção, que tem o condão de suprir a necessidade de qualquer cidadão que veja o exercício de seus direitos fundamentais limitados por falta de regulamentação e a ação de inconstitucionalidade por omissão que poderá declarar em abstrato a inércia dos Poderes Públicos.

Quanto a esta última, impende destacar que, ao passo em que as decisões provenientes do controle abstrato de omissões são vinculantes para o Executivo e Judiciário³, terão apenas caráter informativo junto ao Legislativo justamente por influência da tese procedimentalista no âmbito do ordenamento jurídico pátrio. Isso acontece porque, nos termos da teoria procedimental pura, o papel primordial da jurisdição constitucional deveria se restringir à proteção dos processos democráticos e de suas instituições, sob pena de haver comprometimento na participação dos cidadãos na construção da sociedade.

Para esta corrente, então, o papel central de criação do Direito seria atribuído ao legislador político, democraticamente eleito para o exercício do seu *mister*. Nesse sentido, o

³ Art. 102 CFRB. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)



Poder Judiciário deveria estar limitado à tarefa de compreensão procedimental das normas, salvaguardando os valores da cidadania e da democracia participativa.

É a partir deste pensamento que, na visão dos procedimentalistas, uma atividade mais criativa do Poder Judiciário poderia enfraquecer o processo democrático de elaboração de leis em função de uma inevitável confiança exacerbada que a população colocaria nos juízes que assumiriam, neste contexto, papel de legisladores implícitos.

Por isso, sob o enfoque procedimental, Alexy estabelece a primazia da tutela individual de direitos a procedimento para termos de preenchimento das lacunas legislativas em detrimento da tutela coletiva e abstrata representada no caso brasileiro pela ADIN por omissão, uma vez que, para os procedimentalistas, vincular o Legislador de maneira abstrata e coletiva seria o mesmo que interferir de maneira indevida no processo democrático.

Justamente em razão desta influência procedimental, Barroso (2009, p. 158) destaca que a omissão reconhecida em tutela abstrata não poderá vincular o legislador, uma vez que a edição de leis seria considerada como uma faculdade, e não um dever para este Poder Constituído. A justificativa para tal se dá pelo fato de a edição de leis e atos normativos integradores depender, evidentemente, da vontade política do órgão competente a criá-la.

De outro lado, posicionamentos mais voltados ao ativismo, como nos exemplos trazidos por Dirley da Cunha Jr. (2008a, p. 567), advogam em favor de medidas concretistas que poderiam ser tomadas pelo Poder Judiciário no âmbito do controle das omissões inconstitucionais, destacando-se entre tais medidas a criação de decisões provisórias ou assinalação de prazo para a edição da norma omitida e até mesmo a cominação de penalidades ao legislador em caso de persistência da inércia.

Posturas desta natureza desafiarão a tradição procedimentalista reconhecendo que, também no âmbito do Poder Judiciário existe **legitimação democrática** para a determinação e consecução de procedimentos que visem à tutela de direitos fundamentais quando o Poder originariamente responsável assim não o fizer.

Nesse sentido, justifica-se dogmaticamente a assertiva acima através da ideia exposta pelo próprio Alexy (2008, p. 524) e segundo a qual, os direitos fundamentais, tuteláveis através das normas procedimentais, encontram-se imbuídos de eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) pelo fato de servirem como diretrizes ou vetores para a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico, quer no âmbito de sua interpretação e aplicação, quer no âmbito de sua criação.

A partir deste entendimento é que se podem classificar os direitos ao procedimento e

organização como direitos de *status* positivo, e não apenas de *status* negativo, impeditivos de embaraço estatal, como se poderia inferir a partir de uma visão clássica do tema. A conclusão acima se encontra expressa no seguinte trecho formulado por Alexy (2008, p. 478):

O fato de já terem sido realizados os atos legislativos necessários para a criação das posições procedimentais em nível infraconstitucional é algo que não muda nada na constatação de que, se eles ainda não tivessem sido realizados, haveria um direito a que o fossem. Esse direito hipotético à realização tem primazia em face do direito a não eliminação. Dentre outros, isso é perceptível por meio da constatação de que uma resposta à pergunta sobre se uma posição procedimental em nível infraconstitucional é protegida por meio de um direito a não-eliminação exige antes uma resposta à pergunta sobre se o titular da posição tem, em face do legislador, um direito a que este crie esta posição.

Sob esta perspectiva, Alexy fundamenta que os direitos fundamentais e os direitos a procedimentos e organização são concebidos, originariamente, como direitos públicos subjetivos, isto é, como direitos do cidadão em face do Estado. No entanto, para além da esfera subjetiva, não se pode olvidar que os direitos fundamentais representam valores da comunidade que o Estado, através dos Poderes Constituídos, deve respeitar, proteger e promover.

Por essa linha de raciocínio, a construção da **tese irradiante** pretende levar os direitos fundamentais, e por via reflexa os direitos procedimentais, para além da sua esfera subjetiva para entendê-los como uma ordem objetiva de decisões fundamentais que impulsionam tanto a construção jurisprudencial quanto a produção legislativa e a administração pública. Esta conclusão, portanto, permite entrar no mérito da terceira questão levantada por Alexy sobre os direitos a procedimento e organização, explanada no ponto a seguir.

3.3. Procedimento como dever objetivo

Para o terceiro questionamento importa saber se as normas procedimentais de organização seriam exigíveis apenas como direitos subjetivos, ou se elas também fundamentariam dever objetivo do Estado, o que não deixa de guardar relação com as ideias já expostas no tópico anterior.

Esta problemática debruça-se, portanto, sobre a dicotomia existente entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. A partir desta premissa, os direitos fundamentais teriam uma dupla dimensão ou poderiam ser vistos sob a ótica de uma dupla perspectiva.



Conforme conceituado por Dirley da Cunha Jr. (2008b, p. 590), os direitos fundamentais podem ser considerados de um lado como posições jurídicas subjetivas titularizadas pelos indivíduos, e de outro como valores objetivos básicos do Estado destinados à proteção de toda a coletividade.

Para relacionar este conceito à questão que pretende ser respondida neste tópico, necessário se faz estabelecer a diferença entre interesse fundamental e direito fundamental em si mesmo, como também fora destacado por Alexy em sua obra.

Quando falamos, portanto, em tutela individual dos direitos de organização, por exemplo, o que se está a defender é um *interesse* fundamental isolado, ou um direito subjetivo individual conforme explanado anteriormente.

No caso do direito a organizações o que se busca é regular o interesse fundamental de determinado grupo de pessoas que se unem para a persecução de determinadas finalidades, como seria o exemplo do direito ao ensino superior citado por Alexy (2008, p. 490). Se admitirmos, portanto, que o direito ao ensino é expresso por normas organizacionais que outorgam direitos subjetivos, a estes corresponderá de maneira direta um dever do Estado para com seus titulares em garanti-los.

De forma reflexa, no entanto, esse direito subjetivo também implicará a existência de um dever não-relacional do Estado em garantir tal organização de maneira objetiva. Esse, portanto, será um dever objetivo direcionado ao Estado. Assim, para Alexy, toda vez que houver um direito subjetivo a determinada organização, haverá também um dever objetivo reflexo, sendo que a premissa inversa não seria aplicada da mesma maneira, uma vez que deveres objetivos podem não ser titularizados diretamente por sujeitos de direito específicos.

Que os direitos procedimentais são de natureza pública e subjetiva, portanto, é uma conclusão indiscutível. O ponto de discordância, no entanto, se dá na medida em que Alexy dá primazia à ótica subjetiva em detrimento do argumento coletivo que daria grau maior de importância à face objetiva dos direitos fundamentais, garantindo maior efetividades nas decisões abstratas sobre os mesmos.

Para isso, é preciso perceber que, em desenvolvimento a esta linha de pensamento, não se pode olvidar que, os direitos a procedimentos e organização, como direitos fundamentais que o são, serão considerados junto aos poderes públicos como verdadeiros deveres fundamentais. Encará-los sob este aspecto implica dizer que esses direitos representam uma obrigação do Estado para com a comunidade em geral, e não em faculdade deixada aos Poderes Públicos.

Ainda assim, esse fato, não exclui a titularidade individual de direitos subjetivos a tais prescrições. O reconhecimento de um mesmo ou até maior grau de importância do reconhecimento judicial do dever objetivo estatal de garantia dos direitos a organização em face da mera tutela subjetiva desses direitos, portanto, permite alargar o âmbito de aplicação dessas normas, gerando desejável uniformidade decisória com fins de segurança jurídica.

Mais uma vez se defende que a percepção da existência do dever fundamental objetivo e a supressão de eventuais lacunas deixadas nesse particular pela via jurisdicional não seria condenável, mas sim salutar dentro do contexto sócio-jurídico brasileiro.

A esse respeito, destaca-se dispõe Ingo Sarlet (2006, p. 235):

No âmbito da doutrina constitucional brasileira, os deveres fundamentais não tiveram destino diferente, sendo praticamente inexistente o seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. Em boa parte, tal evolução encontra razão de ser na configuração do próprio Estado de Direito e do que se poderia designar de uma “herança liberal”, no sentido de compreender a posição do indivíduo em face do Estado como a de titular de prerrogativas de não intervenção na sua esfera pessoal, conduzindo à primazia quase absoluta dos “direitos subjetivos” em detrimento dos “deveres”. Tal hipertrofia dos direitos, por outro lado, guarda conexão com a noção de um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes, o que, na perspectiva do Estado Social, acabou desafiando uma mudança.

Dessa forma, demonstra-se ser apropriada a ênfase dada à face objetiva dos direitos fundamentais em virtude dos contornos fáticos do cenário brasileiro, a despeito dos argumentos procedimentalistas que dão primazia à instância subjetiva. Nesse particular, há que se destacar que até mesmo Alexy reconhece a insuficiência da simples tutela subjetiva em determinados casos.

Como exemplo disso, o autor destaca, por exemplo, que em determinadas situações a proteção ou os efeitos das normas de organização para o indivíduo poderiam ser tão indiretos que tornariam ineficazes o reconhecimento judicial do direito subjetivo (ALEXY, 2008, p. 497). Outro ponto sensível se encontraria nos casos em que a ausência ou deficiência do direito organizacional acabaria por afetar a todos os indivíduos de maneira indistinta, e não a indivíduos de maneira isolada.

Assim, elevar em importância a necessidade da tutela objetiva das normas procedimentais a partir da invocação ao dever fundamental à organização não representaria qualquer prejuízo à tutela subjetiva desses direitos. Em verdade, as normas organizacionais outorgariam tanto direitos subjetivos quanto fundamentariam um dever objetivo do Estado em observar e garantir esses direitos em igual patamar.



O que se aponta, então, não é a preponderância de uma dimensão sobre a outra, mas sim a necessidade de maior reconhecimento da tutela jurisdicional da face objetiva dos direitos fundamentais.

Por esse motivo, acredita-se que, também o Poder Judiciário exercerá legitimamente importante papel se aceita a tese, segundo a qual, em certos casos, a restrição democrática das teses procedimentalistas representaria risco de inefetividade que necessitaria ser sanado através da adoção de postura mais ativa e concretista da jurisdição constitucional, principalmente por se considerar que sua tutela se dá em caráter marcadamente coletivo.

Ao fim, pode-se concluir que a discussão sobre as três questões levantadas por Alexy estabelecem as bases para justificar a necessidade de adaptação do procedimentalismo clássico para o caso brasileiro.

Logo, avançar para uma abertura substancial da jurisdição demonstra-se adequado, tanto pelo fato de representar uma tentativa de melhor aproximação entre o procedimento e o resultado esperado pelo direito fundamental material que deva ser fomentado por meio dele, tanto pelo fato de ser esta vertente fundamentada em termos de eficácia irradiante dos direitos fundamentais capaz de revelar a importância do reconhecimento de sua face objetiva para fins de tutela jurisdicional.

4. DA NECESSIDADE DO SUBSTANCIALISMO

Desponta-se que os procedimentos são necessários para a proteção dos direitos fundamentais em virtude dos resultados que devam ser por meio deles obtidos. Nas palavras de Alexy (2008, p. 489) “mesmo que a conformidade do resultado aos direitos fundamentais não seja garantida pelo procedimento, há um aumento de probabilidade de um resultado nesse sentido”.

No entanto, a despeito da segurança e do aumento da probabilidade de um resultado positivo que podem ser obtidos por meio dos procedimentos institucionalizados, deve-se destacar que as teorias procedimentais não poderiam ter caráter absoluto, uma vez que dependem não apenas da positividade/conformidade do resultado, mas também de sua “justeza”.

Assim, admite-se que determinado procedimento possa não oferecer a melhor opção possível de tutela do direito fundamental operacionalizado em determinados casos, ainda que a obtenção do resultado ótimo seja o objetivo primordial das normas de procedimento e

organização. Nas palavras de Alexy (2008, p. 489):

[...] o mero aumento de probabilidade de um resultado conforme aos direitos fundamentais nunca poderá ser uma razão para se abrir mão de um controle judicial da compatibilidade material dos resultados com as normas de direitos fundamentais. [...] Assim, no que diz respeito à conexão entre direitos fundamentais e procedimentos legais, os aspectos procedimental e material devem ser reunidos em um modelo dual, que garanta a primazia do aspecto material.

O segmento ora destacado revela que todo procedimento tem dois aspectos relacionados entre si: um procedimental e um material ou substancial. Assim, se determinada decisão é obtida em conformidade a determinado procedimento, esta decisão será considerada correta do ponto de vista procedimental, mas terá a possibilidade de não se reputar “justa” sob o ponto de vista material. Sob este aspecto, admite-se a existência de parâmetro de correção substancial que independa do procedimento legalmente prescrito.

Com esta fundamentação, então, é que se assenta a ideia de complementação da tese procedimental por aspectos substanciais de decisão. Dessa maneira, demonstra-se que a centralidade dos direitos fundamentais e o princípio da abertura material que os rege determinam a possibilidade de flexibilização das teorias procedimentais, abrindo-se, então, espaço para o substancialismo.

Nesse âmbito, defende-se a possibilidade de adoção de postura substancial em três casos distintos:

- i. Quando a norma de procedimento e organização for existente, mas o resultado que dela provier não estiver em conformidade com o direito fundamental material que se pretenda tutelar;
- ii. Quando a norma de procedimento e organização for existente, mas inválida, sujeitando-se, pois a controle jurisdicional pela existência de vícios formais ou materiais em sua origem;
- iii. Quando a norma de procedimento e organização não for existente, e houver necessidade de adoção de uma postura criativa e ativista do Poder Judiciário para a supressão de lacunas deixadas por omissões dos demais Poderes Públicos.

Das três formas que permitem a abertura substancial no âmbito do Poder Judiciário, pensar na ideia de controle jurisdicional das omissões dos poderes públicos seria a mais questionável do ponto de vista dogmático, uma vez que o desenvolvimento de tal pensamento poderia significar ingerência de funções e comprometimento do regular exercício democrático



na opinião de certos doutrinadores⁴.

Para rebater esta linha de raciocínio, parte-se da seguinte ideia desenvolvida por Alexy (2008, p. 499) em termos de procedimento e formação da vontade estatal:

Eles [os direitos fundamentais] abrem, de um lado, a possibilidade de uma participação no processo de formação da vontade legislativamente relevante e, de outro, [...] impõem restrições à competência do legislador. Na medida em que possam ser exercidos para finalidades outras que não a participação no processo de formação da vontade legislativamente relevante, os direitos fundamentais dizem respeito somente a esse último aspecto. Isso já demonstra que direitos fundamentais, quando garantem o procedimento democrático, expressam uma confiança em sua racionalidade; mas também que essa confiança não é ilimitada. Nesse sentido, há tanto uma conexão intrínseca quanto uma relação de tensão entre os direitos fundamentais e o princípio democrático.

O problema de saber se o Poder Judiciário está envolvido no exercício da democracia quando do exercício da tutela dos direitos fundamentais também está expresso nas ideias de Peter Häberle (1997, p.39) no seguinte sentido:

Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e “eruptivo” a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais.

No entanto, na visão de tais autores procedimentalistas, em virtude da necessidade de se preservar as competências dos Poderes Constituídos, uma postura mais ativa do Judiciário acabaria por retirar a autonomia da sociedade, provocando um indesejável desestímulo do agir cívico do cidadão. Nesse panorama, aos membros do Poder Judiciário caberia uma simples compreensão procedimental da Constituição objetivando a proteção do Estado Democrático de Direito através das normas jurídicas procedimentais.

A este respeito, devemos destacar, em primeiro lugar, que não é possível e nem aconselhável que se desacredite na tese procedimental. Assim é que se reconhece a importância de utilizar-se primordialmente dos procedimentos já normatizados como regra na forma como colocado por Habermas em *Direito e Democracia* (1997, p.327):

Se a *Supreme Court* tem como encargo vigiar a manutenção da Constituição, ela deve, *em primeira linha*, prestar atenção aos procedimentos e normas organizacionais dos quais depende a eficácia legitimativa do processo democrático. O Tribunal tem que tomar precauções para que permaneçam intactos os ‘canais’ para o processo inclusivo de formação da opinião e da

⁴“Primeiramente, o dilema central posto pela instituição da revisão judicial em uma democracia é que esta instituição é não democrática e, por isso, pelo menos superficialmente incongruente com os compromissos políticos predominantes.” (COX, 1981, p. 637, tradução livre).

vontade, através do qual uma comunidade jurídica democrática se auto-organiza. (grifo nosso)

Porém, em casos sensíveis, a exemplo, das situações acima arroladas, o Tribunal Constitucional e os demais órgãos jurisdicionais devem lançar mão de uma atividade substancial, de natureza complementar à vertente procedimental.

Isso se justifica, principalmente, a partir do momento em que se admite que o exercício democrático de criação de direito não está restrito à atividade dos parlamentares, mas se encontra também na construção pretoriana que envolve o desenvolvimento dialético da argumentação jurídica no desenrolar do procedimento. Isto, portanto, nada mais é que colocar em prática a cidadania ativa, permitindo ao órgão judicante, de maneira consequencial, desempenhar a participação democrática através de sua construção decisória.

4.1. Legitimidade democrática do Poder Judiciário

Neste tópico, faz-se necessário desmistificar algumas críticas desferidas ao substancialismo, principalmente no que diz respeito à falta de legitimidade democrática atribuída aos integrantes do Poder Judiciário. Destaca-se, nesse diapasão, que a tensão entre democracia e constitucionalismo é um dos grandes entraves para o reconhecimento da dimensão substancial do papel do Poder Judiciário na implementação de direitos fundamentais.

Nesse sentido, alega-se que o fato de magistrados não serem investidos no poder por meio da eleição não lhe concederia legitimidade para determinar o direito. Acerca disso, destaca-se o entendimento trazido por Luís Roberto Barroso (2009):

É bem de ver, no entanto, que a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E muitas vezes, só restará ao judiciário preservá-los.

Essa ideia de valores democráticos é o que embasa a crítica à contramajoritariedade do Poder Judiciário. Isso porque, embora a atividade legislativa seja desempenhada de acordo com o interesse de maiorias, muitas vezes as normas criadas são incapazes de atender a determinados grupos minoritários que não possuem representação nas Casas do Congresso.



O fato de ser minoria, no entanto, não excluiria a qualidade de cidadãos desses sujeitos participantes de detentores de direitos fundamentais que devem ser protegidos em face da investidas arbitrárias ou da inércia do Estado. Isso porque, os direitos fundamentais são criados para aplicação genérica e indistinta, sendo uma das funções jurisdicionais a garantia de observância. Corroborando este entendimento, tem-se que:

Efetivamente, longe de representar a sociedade, a “vontade geral”, a “vontade do povo”, o Legislativo e o Executivo são fiéis a interesses espúrios de lobistas e organizações que contribuíram para o “caixas de campanha”. Assim, é manifestamente ingênua a crença que ainda persiste no caráter representativo das corporações legislativas e dos órgãos executivos. [...] De mais a mais, no constitucionalismo contemporâneo, a noção de democracia não pode ficar retida e reduzida a uma simples ideia ou regra de maioria. As minorias também devem ter voz num sistema democrático, até porque maioria e minoria são, igualmente, manifestações da soberania popular. Democracia, portanto, também significa participação, liberdade e tolerância. (CUNHA JR., 2008a, p. 357)

Nesse sentido, embora não sejam diretamente eleitos, os membros do Poder Judiciário exercem um papel marcadamente democrático ao “ditar o direito” em cada situação concreta trazida à sua análise, sem que isso signifique a instituição de decisões arbitrárias ou sem embasamento jurídico legítimo.

O que se entende pela expressão em destaque é demonstrar que o conceito de direito não deve se restringir à legislação posta, como prega a corrente do positivismo clássico. Muito mais que isto, significa entrelaçar o caso concreto e as normas incidentes no movimento hermenêutico de interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Justifica-se sob este argumento, portanto, o papel democrático não só da Corte Constitucional, mas também do Judiciário de maneira geral, que, ao analisar os argumentos trazidos pelas partes em litígio e ao fundamentar juridicamente suas próprias decisões, tem o poder de emitir a solução que considere mais apropriada ao direito invocado levando em conta as consequências fático-jurídicas de seu julgamento e tendo como elemento norteador os direitos fundamentais, sua proteção e garantia de exercício.

Como referido pelo pensamento doutrinário de Ronald Dworkin (1999, p. 9), se considerarmos que advogados e juízes realmente divergem no campo teórico, observamos o embate sobre a questão de os juízes “encontrarem” o direito em sua atividade prática diária. O aumento da complexidade das relações sociais e o crescimento das demandas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário requerem, assim, uma atividade mais criativa do poder

jurisdicional, que neste momento não deverá apenas declarar o direito através da lógica dedutiva típica do positivismo clássico.

O que se defende, então, é que o Poder Judiciário, ao encarar tais demandas que fogem à cotidianidade das relações meramente bilaterais, se invista de sua responsabilidade política utilizando nas decisões mais que argumentos positivos, elementos da moral, da ética, da política, da sociologia, da psicologia, da economia.

Dessa maneira, é necessário, que se tenha uma visão holística da situação apresentada para melhor conformar seu poder decisório. Este é o “colorido” trazido pela tese substancialista ao exercício do poder jurisdicional. Nesses termos, poderá o Poder Judiciário atuar na função de guardião dos direitos fundamentais toda vez em que interpretar conceitos vagos como “dignidade” e “justiça”, de forma a fazer cumprir o já tão delongado compromisso institucional do Estado para com seus jurisdicionados.

Assim, justifica-se a legitimação democrática do Poder Judiciário a partir dos direitos fundamentais e do direito à sua efetivação através dos imperativos de sua força normativa e aplicabilidade imediata. O ativismo exercido de maneira juridicamente fundamentada por parte dos membros do Poder Judiciário faz-se, portanto, essencial para a construção, não somente de um ordenamento jurídico firme, mas também de uma sociedade livre, justa e igualitária nos termos do art. 3º, inciso I da CFRB/88.

6. CONCLUSÃO

No desenvolvimento deste trabalho acadêmico, estabeleceu-se raciocínio crítico à aplicação descontextualizada do procedimentalismo defendido por Robert Alexy ao caso brasileiro. Objetivou-se, assim, não desconstituir o mérito desta teoria, mas evidenciar sua insuficiência para o quadro social exposto de um modelo de democracia não suficientemente maturado pela inexistência de engajamento político pleno de seus cidadãos.

Partindo, portanto, da constatação de que a falta de envolvimento político derivada do *déficit* educacional da população dificultaria o legítimo exercício da democracia por estas partes, justificou-se a demanda por um papel mais ativo do Judiciário no exercício de suas atividades.

Assim, adequando-se a tese procedimental ao contexto fático do Estado Brasileiro tem-se como recomendável que o Poder Judiciário passe a adotar postura voltada a assegurar,



concretizar, e dar plena efetividade aos direitos fundamentais, procurando por em prática o verdadeiro sentido de Estado Constitucional Democrático de Direito.

Essa é a visão implantada pela função social do Direito, que coloca este sistema voltado à efetivação dos direitos individuais, sociais e difusos, e dos princípios da liberdade, igualdade, fraternidade e solidariedade, não cabendo a ele apenas estabelecer o regramento do processo democrático.

Como bem esclarece Lênio Streck (2011, p. 52), “as posturas substancialistas reconhecem o papel concretizador e veem o Judiciário como um *locus* privilegiado para a garantia do fortalecimento institucional das democracias contemporâneas.” Assim é que, o Poder Judiciário deve atentar para o fato de os direitos fundamentais serem muito mais que simples recomendações, mas verdadeiras normas jurídicas vinculantes com força normativa.

Dessa maneira, destacou-se a eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais como justificativa dogmática para embasar a conduta ativista no exercício da jurisdição constitucional. Esse argumento se reforça ainda mais em se considerando que o direito fundamental à efetivação é representado pela sua acionabilidade e exigibilidade justificada tanto pela sua natureza de direito subjetivo detido por titulares individualizáveis como pelo dever legal que este impõe ao Estado em abstrato.

Assim, a adoção de conduta substancialista por parte do Poder Judiciário seria de suma importância para minimizar problemas sociais crônicos do país como a exemplo do não cumprimento de parcelas mínimas dos direitos individuais e sociais; da baixa eficácia de direitos básicos como o de acesso à justiça; da atuação tímida de magistrados em demandas concretizadoras de direitos fundamentais como as ações coletivas, ações de controle de constitucionalidade por omissão, mandados de injunção e segurança entre outros; e de um sistema eleitoral falho, desprovido de representatividade proporcional.

Ressalte-se mais uma vez que o substancialismo que aqui se defende “não é aquele radical e elitista em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas” (BARCELLOS, 2007, p. 14). O que se busca argumentar, em verdade, é que o Poder Judiciário não se utilize de um modelo liberal-individualista de jurisdição, encontrando-se despreparado para lidar com conflitos transindividuais e para resolver demandas de concretização de direitos sociais básicos como necessidades prioritárias do Estado Brasileiro. A justificativa para a adoção de uma postura substancialista, portanto, reside nas dificuldades sociais e democráticas vivenciadas pela sociedade brasileira.



Assim, o argumento procedimentalista, por mais que seja ponto de partida para a atuação jurisdicional, necessita da complementação encontrada no âmbito das teses substancialistas, uma vez que se exige cada vez mais dos magistrados uma postura dinâmica voltada não só para a proteção dos direitos fundamentais, mas também para sua efetivação em tempos de inação dos órgãos de direção política.

Dessa maneira, a abertura substancial teria condições de fortalecer a atividade judicial sem que para isso houvesse invasão na esfera dos outros Poderes. O substancialismo aplicado à atividade judicante, longe de ser uma invasão na esfera dos demais poderes, representa uma tentativa de responder às demandas sociais de maneira satisfatória e efetiva.

Logo, conclui-se que, embora o procedimentalismo seja ponto de partida para delinear as funções e formas de exercício da atividade jurisdicional em torno dos direitos fundamentais, é necessário que as normas de procedimento estejam aptas a abarcarem decisões substanciais que supram as omissões dos poderes públicos em prol da efetivação de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. 2008. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Editora Malheiros, 626 p.

BARCELLOS, A. P. 2007. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico. Nº 15, Salvador. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf. Acesso em: 20/03/2016.

BARROSO, L. R. 2009. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro, Renovar, 408 p.

COX, P. N. 1981. John Hart Ely, **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. 15 Val. U. L. Rev. 637. Disponível em: <http://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1592&context=vulr>. Acesso em 15/03/2016.

CUNHA JR., D. 2008. **Controle Judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 696 p.

_____, 2008. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador, Podivm, 2008, 1232 p.



DWORKIN, R. 1999. **O império do direito**; tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 513 p.

HÄBERLE, P. 1972. **Grundrechte im Leistungsstaat**. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutsche Staatsrechtler. Heft 30. Berlin: Walter de Gruyter, p. 81

_____. 1997. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 54 p.

HABERMAS, J. 1997. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 354 p.

HESSE, K. 1991 **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 35 p.

SARLET, I. W. 2006. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 512 p.

STRECK, L. **Hermenêutica Jurídica em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 420 p.