



ESTADO, DIREITOS FUNDAMENTAIS
E JURISDIÇÃO: A JUDICIALIZAÇÃO
DA POLÍTICA E UMA APROXIMAÇÃO
NECESSÁRIA ENTRE
PROCEDIMENTALISMO E
SUBSTANCIALISMO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

STATE, FUNDAMENTAL RIGHTS AND
JURISDICTION: POLITICS JUDICIALIZATION
AND THE NECESSARY APPROACH BETWEEN
PROCEDIMENTALISM AND
SUBSTANTIALISM ON THE
BRAZILIAN DEMOCRATIC STATE

Felipe Scalabrin

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos
Sinos (UNISINOS), vinculado à linha Hermenêutica,
Constituição e Concretização de Direitos. Professor do
Programa de Pós-Graduação da Faculdade de
Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (FADERGS).

Gustavo Santanna

Doutorando em Direito pela Universidade do Vale dos

Felipe Scalabrin

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), vinculado à linha Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul (FADERGS).

Gustavo Santanna

Doutorando em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS), vinculado à linha Hermenêutica, Constituição e Concretização de

Resumo: O presente texto tem por objetivo analisar o papel e os limites do Estado Contemporâneo e da Jurisdição a partir da distinção entre procedimentalismo e substancialismo. Questiona-se a possibilidade de tal cisão. De um lado, estuda-se o papel da forma, da estrutura e de como ela é apta à realização da democracia; de outro, releva-se o papel concretizante e fundante da Constituição no que atine à necessária transformação social e realização dos direitos fundamentais estabelecidos. Por fim, aponta-se a tendência da jurisdição brasileira voltada à (crescente) judicialização da política (e notadamente das políticas públicas), revisitando o próprio papel da jurisdição frente

ao Estado Democrático de Direito. Nesta perspectiva, aponta-se um dos cuidados que deve ser empreendido pelos magistrados ao proferirem suas decisões, qual seja: os custos dos direitos. Além disso, aponta-se, também, um dos fatores determinantes para a atual posição do Poder Judiciário no Estado contemporâneo: a omissão do Executivo no cumprimento de seu papel constitucional. Nesta *transmutação* de papéis, ao fim, busca-se apresentar algumas justificativas legitimadoras desta *nova* função jurisdicional *concretizadora* de normas constitucionais.

Palavras-chave: Jurisdição, democracia, procedimentalismo, subs-

tancialismo, constitucionalismo.

Abstract: This paper aims to examine the role and limits of the Contemporary State and the Jurisdiction based on the distinction between proceduralism and substantialism. Questions the possibility of such division. On one hand, studies the role of form, structure and how it is able to achieve democracy, on the other, highlights the founding role of the Constitution and the necessary social transformation and realization of fundamental rights. Finally, it points to the tendency of the Brazilian jurisdiction focused on the (increasing) legalization of politics (and

especially public policy). In this perspective, it points to one of the precautions that must be undertaken by magistrates in its decisions, namely, the cost of rights. Moreover, it points to a major point for the current position of the Judiciary in the Contemporary State: the omissions of Executive in realizing its constitutional role. In this change of roles, this paper seeks to show some legitimizing reason of this new jurisdictional function on implementing the constitutional rule.

Keywords: Jurisdiction, democracy, proceduralism, substantialism, constitutionalism.

1. Considerações iniciais - 2. Superação da (falsa) dicotomia procedimentalismo x substancialismo - 2.1 Procedimentalismo: uma discussão das formas legitimadoras e o advento de uma (nova) estrutura estatal - 2.2 Substancialismo: implementação de direitos sociais fundamentais e os limites democráticos da Jurisdição - 3. A tendência da Jurisdição brasileira: judicialização e realização de direitos - 3.1 Os custos dos direitos e a atuação jurisdicional - 3.2 As omissões do Poder Executivo como abertura para o papel concretizador do Poder Judiciário - 3.3 Legitimidade democrática do Poder Judiciário e *concretização* das normas - 4. Considerações finais - 5. Notas - 6. Referências bibliográficas

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não é de hoje que o papel da jurisdição, ou do Poder Judiciário, é coloca-

do em xeque. Desde a Revolução Francesa que o juiz e sua função são objeto de contestação pelas diversas outras esferas de Poder. Na atualidade, as relações entre a sociedade, o Estado e, em especial, o Poder Judiciário, podem ser analisadas a partir da discussão travada entre procedimentalismo e substancialismo.

Assim, antes de qualquer embate acerca da legitimidade da Jurisdição - e de como tem ocorrido a realização do Direito no território brasileiro - faz-se mister revisitar aquilo que as duas doutrinas professam. Certamente haverá mais pontos de contato (uma necessária aproximação), do que efetivo conflito.

Isto posto, se torna possível um exame do estado da arte em *Terrae Brasiliis*. Qual a tendência brasileira e quais os limites objetivos da atuação jurisdicional são alguns dos pontos que deverão ser respondidos após assentada a aproximação entre aqueles que acreditam no poder substantivo das Cortes e aqueles que valorizam a defesa de um maior espaço político de decisão e escolha pelos representantes eleitos.

Já adiantando uma possível resposta, não se pode negar que - por mais ativo que seja o Poder Judiciário - limitações materiais (notadamente orçamentárias) operam como freio à jurisdição. Além disso, as grandes mudanças na metodologia jurídica evidenciam que também não se pode mais negar o *poder concretizador* do enunciado normativo realizado pelo juiz diante do caso concreto.

São essas as principais reflexões a que se pretende o presente texto, a começar pela necessária justaposição entre as posturas procedimentalistas e substancialistas.

2. SUPERAÇÃO DA (FALSA) DICOTOMIA PROCEDIMENTALISMO X SUBSTANCIALISMO

O Estado Contemporâneo é, cada vez mais, alvo de críticas (MORAIS,

2002, p. 47). Tanto no plano teórico (da Teoria do Estado) como no plano prático (da experiência social), a velha forma moderna já se apresenta como insuficiente para dar conta das contingências da contemporaneidade (STRECK; MORAIS, 2010, p. 14). Dentre os tantos debates nesta seara, exsurge a discussão acerca do papel da Constituição, da extensão da jurisdição constitucional e da realização do direito pelos tribunais; temas que podem ser sintetizados no embate entre *procedimentalismo e substancialismo* e que se apresentam no âmago da discussão que brota do neoconstitucionalismo (STRECK, 2009).

“Além dos conflitos específicos, o neoconstitucionalismo convive ainda com um conflito de caráter geral, que diz respeito ao próprio papel da Constituição” - aponta Ana Paula Barcellos (2010, p. 07) - e que conduz a uma dicotomia de ideias:

Trata-se da oposição entre duas ideias diversas acerca desse ponto. A primeira delas sustenta que cabe à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais. Essa primeira concepção pode ser descrita, por simplicidade, como substancialista. Um grupo importante de autores, no entanto, sustenta que apenas cabe à Constituição garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas opções políticas. Nenhuma geração poderia impor à seguinte suas próprias convicções materiais. Esta segunda forma de visualizar a Constituição pode ser designada de procedimentalismo (2010, p. 08).

Como se percebe, em um primeiro momento, a distinção entre procedimentalismo e substancialismo se apresenta com clareza. Frise-se: em um

primeiro momento. De um lado, se aposta no viés concretizante da Constituição - no qual o direito se apresenta como transformador da realidade (STRECK, 2009, p. 10); de outro, advoga-se o papel da Constituição como estrutura garantidora das escolhas da sociedade - na qual o texto constitucional é protetivo da forma democrática.

Todavia, constata-se, em um segundo momento, que o embate entre procedimentalismo e substancialismo não apenas não é claro, ou estanque, como também é insuficiente para elucidar as crises que permeiam o próprio Estado. Não há, na prática, “oposição de idéias antagônicas” (BARCELLOS, 2010, p. 07), afinal, é inegável à necessidade de teorias materiais-substanciais - “porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição), afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito” (STRECK, 2009, p. 25) - o incremento de condições ou requisitos para a deliberação democrática.

Com efeito, malgrado a existência de posições aparentemente conflitantes entre tais correntes (substancialistas e procedimentalistas), é necessário realizar uma observação sobre o todo, isto é, que considere não a segmentação entre elas, mas sim a sua inevitável aproximação.

Quais seriam, então, os pontos de contato para uma aproximação (ou superação da dicotomia) entre procedimento e substância? Ora, no círculo do procedimentalismo, poder-se-ia referir a necessária revisão de certos procedimentos, atingindo-se, assim, o problema da posição e da conformação do Estado, a extensão e a conceituação de democracia e, até mesmo, no plano jurisdicional, com a idéia de um novo modelo de processo (agora coletivo e alargador da cidadania). *Pari passu*, no âmbito do substancialismo, parece imperiosa a implementação do amplo feixe de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, dada à característica dirigente da Constituição brasileira (COUTINHO, 2003), sem se negar, é claro, os limites democráticos de uma jurisdição (constitucional) atuante. Dessarte, muito

mais do que perspectivas distintas, procedimentalismo e substancialismo se apresentam como uma (falsa) dicotomia a ser superada.

Assim como já se buscou distanciar Estado e sociedade - como antagônicos - quando a concepção mais atual demanda apenas uma diferença entre ambos (GARCÍA PELAYO, 2009, pp. 105-118) - sem implicar em um afastamento - também procedimentalismo e substancialismo, embora distintos, devem se congreguar. E como se verá mais adiante, certamente essa é a postura presente na jurisdição brasileira, cada vez mais invasiva e mais presente quando as outras searas do Estado não realizam as promessas constitucionais.

2.1 PROCEDIMENTALISMO: UMA DISCUSSÃO DAS FORMAS LEGITIMADORAS E O ADVENTO DE UMA (NOVA) ESTRUTURA ESTATAL

Como já apontado, a perspectiva procedimentalista é voltada à realização do Direito tanto mais pela atuação política dos sujeitos em um cenário democrático do que pela concretização da Constituição pelos Tribunais, razão pela qual, como aponta STRECK, tem ganhado fôlego a cada dia, “pela acusação que fazem da judicialização da política (ativismo judicial) pregada pelos setores mais identificados com as teorias materiais” (2009, p. 24). Nessa esteira, ganha corpo um discurso que tende a diminuir o papel da Constituição no Estado Democrático de Direito, havendo autores, inclusive, que defendam a ausência de um dirigismo constitucional (SÁNCHEZ-CUENCA, 2010, p. 135).

Por outro lado, se a pedra de toque do procedimentalismo se encontra na democracia (democracia que tem como *locus* o Estado), então o problema da democracia contemporânea é também um problema para o procedimentalismo. De fato, nessa perspectiva: “A Constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produ-

zir condições justas de vida. Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do Direito” (HOMMERDING, 2006, p. 13). Mais quais seriam as condições processuais para a produção legislativa?

Sem dúvida, trata-se de questão que, no fundo, atinge o próprio conceito de democracia e que evidencia aquilo que Chevallier (2009, p. 183) irá apontar como uma necessária rediscussão acerca do cânone democrático (pois, como Bobbio (1997, p. 34-45) há muito já apontara: a democracia dos Liberais foi incapaz de cumprir suas promessas) - muito embora, alguns elementos como a criatividade e a impossibilidade de uma verdade absoluta se apresentam como indispensáveis para qualquer Estado que se pretenda não autoritário. É, aliás, como aponta Leonel Severo Rocha (1998, p. 156): “não existe democracia com verdade, a democracia é o lugar da indeterminação e da invenção, somente o totalitarismo fornece a tranqüilidade dos lugares prestabelecidos”.

Se, de um lado, a existência de condições para uma discurso político estejam inexoravelmente atreladas ao procedimentalismo, então parece acertado que o espaço para essa discussão política (ou suas condições mesmas) se apresenta hoje alargado: novas e mais amplas formas de participação democrática povoam o âmbito da estatalidade e processo. O Estado Contemporâneo - diferente de seu antecessor moderno (que era caracterizado pela cisão entre sociedade civil e Estado) - conta com a intensa participação da sociedade civil; o indivíduo passa a dispor de novos meios de influência e integração nas decisões do(de) Governo e das Funções clássicas do ente público (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 193-197).

É a democracia com novo conteúdo, de sorte que é preciso o diálogo e a participação concreta. Ademais, a inclusão do cidadão deve atingir todos os planos, de sorte que nem a função jurisdicional, nem o próprio processo legislativo escapam desse fenômeno. Sendo a democracia (também e não só) um conjunto de valores (MOREIRA NETO, 1992, p. XVII) e ideais, cuja legitimidade (política e jurídica) não se extrai apenas do voto - que se apre-

senta mais como um conteúdo mínimo necessário - novos mecanismos devem ser postos à disposição dos indivíduos para dar vida ao postulado democrático, enquanto velhos elementos do mundo jurídico devem ser repensados com base nessa mesma intencionalidade.

Curiosamente, essa mudança de pensamento e de realização prática da democracia já se faz normativamente presente. Lúcia Valle Figueiredo (2003, pp. 21-22) aponta algumas dessas hipóteses contidas no texto constitucional, tais como a legitimidade de qualquer pessoa para denunciar irregularidades junto ao Tribunal de Contas, a publicidade das contas Municipais e as audiências públicas no âmbito do processo legislativo. Numa visão mais clássica, José Afonso da Silva (2007, p. 142) aponta como instrumentos de concretização da democracia participativa a iniciativa popular, o referendo, o plebiscito e a ação popular.

Certo é que a democracia (já participativa) passa a revestir todos os poderes. No âmbito legislativo, as audiências públicas surgem como canal de comunicação entre parlamentares, cidadãos e especialistas para a criação de leis mais adequadas aos desejos sociais (tema que será retomado); no palco da Administração Pública, as consultas públicas despontam como mecanismos de inclusão dos interessados em gerir diretamente parcela do orçamento estadual e de se fazer presentes na atuação política. De fato, a participação política é dotada de essencialidade, hoje, na medida em que possibilitaria o aprimoramento das decisões governamentais – adequando-as à vontade do povo e convergiria para uma “transparente adequação do agir do Estado aos interesses predominantes na sociedade que organiza e dirige” (MOREIRA NETO, 1992, p. 37).

No âmbito do Poder Judiciário, técnicas de inclusão surgem para democratizar ainda mais o procedimento jurisdicional, tais como as audiências públicas e o *amicus curiae*, de sorte que a própria legitimidade decisional já ganha um novo matiz, uma coloração voltada à participação direta e irrestrita e que ensejará elementos processuais de legitimidade (tipicamente *procedural*, mas calcada em elementos objetivamente postos). Legitimidade

crescente que se apresenta como determinante para permitir a concretização do Direito pelo próprio Judiciário (em uma postura tipicamente *substancial*).

De fato, a questão é profunda e não toca apenas a democracia, mas a própria moldura estatal. A *globalização* afeta diretamente o Estado Contemporâneo ao trazer a lume novos atores, com a proliferação de entes não governamentais ou supra estatais e, também, com uma significativa mudança na metodologia política estatal. Nessa toada, novamente Chevallier (2009, p. 35) acerta ao referir que vislumbramos uma reconfiguração dos aparelhos do Estado na qual é revalorizado o espaço local e, simultaneamente, ganha impulso o âmbito internacional.

Com efeito, a existência de uma estrutura historicamente nova – seja do ponto de vista da democracia, seja das várias influências externas do e no Estado - implica pensar o procedimentalismo atavicamente atrelado à concretização dos direitos fundamentais. Isto significa, noutros termos, a aproximação com uma postura substancialista, como se observará na sequência.

2.2 SUBSTANCIALISMO: IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS E OS LIMITES DEMOCRÁTICOS DA JURISDIÇÃO

E se são necessárias medidas concretas para a realização dos direitos - e não apenas a manutenção de estruturas e ou condições de diálogo - então é correto que o substancialismo é um imperativo que se impõe em *terrae brasiliis*. É indispensável que o Poder Judiciário possa agir de modo efetivo no que diz respeito à condução de políticas públicas e implementação de direito constitucionalmente previstos - especialmente aqueles que possuam caráter social - e que, em razão de interesses externos, frequentemente não são respeitados pelas demais funções do Estado.

A realização da Constituição (dirigente) e a implementação dos direitos fundamentais sociais demandam que a jurisdição adquira um novo papel

no âmbito das clássicas funções (ou Poderes) do Estado.

Com efeito, também Lenio Streck (2009, p. 30) aponta relevantes razões para a valorização da tese substancialista:

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, em que a primazia (ainda) é a de proceder a inclusão social (afinal, existem mais de trinta milhões de pessoas vivendo na miséria, ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa erradicar a miséria e a desigualdade...) e o resgate das promessas da modernidade, emergente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte.

Isso não significa, como alude o professor gaúcho, uma carta branca para a jurisdição, nem a porta para qualquer ativismo judicial ou, ainda mais grave, a abertura para a discricionariedade judicial. Implica, sim, que “mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, o direito produzido democraticamente, especialmente o dos textos constitucionais” (STRECK, 2009, p. 31).

Por outro lado, essa postura substancialista não pode deixar de ser calçada em limites objetivos à atuação democrática da Jurisdição. Dar concretização à Constituição desde uma perspectiva democrática importa em um duplo dever por parte do Estado-juiz: a) de um lado o dever de justificar (-se), de explicitar suas razões e observar, assim, a motivação de todas as decisões judiciais e b) de outra banda, motivar adequadamente, valendo-se de uma teoria da decisão (ou da argumentação jurídica) autêntica. Afinal, “A Constituição é um todo constituído pela tradição jurídica. Ocorre que, em sendo a tradição dominada por prejuízos inautênticos, o resultado que ex-

surgirá certamente não será aquele que aponta para uma otimização do texto compromissário e dirigente da Constituição de 1988” (STRECK, 2004, p. 832).

No que tange ao dever de fundamentação, como bem pontuado por FERRAJOLI (2001, p. 623):

Precisamente, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas. Y no sólo en apelación sino también en casación. Tanto la argumentación jurídica como a fáctica, tal como han sido analizadas en los apartados 9 y 10, responden efectivamente a la lógica judicial, deductiva e inductiva, respectivamente. Y son vicio lógicos, censurables también en casación, no sólo los que violan la lógica deductiva de la subsunción legal, sino asimismo los que contrastan con la lógica inductiva probatoria: por ausencia de argumentos suficientes para confirmar por modus ponens las hipótesis acusatorias, o por la presencia de argumentos idóneos para invalidarlas por modus tollens, o, finalmente, por no haber sido desvirtuadas por modus tollens las contrahipótesis defensivas.

Ademais, há de se levar em consideração o que já dizia Ovídio Baptista da Silva (2010): “A segunda consequência impõe que o juiz, ao fundamentar a sentença, não apenas dê os motivos pelos quais aceitou como válidos os argumentos do vencedor mas, além disso, demonstre, também com argumentos convincentes (...)”, de modo a abranger inclusive as razões da parte sucumbente. Ainda como Ovídio, cumpre destacar que: “A fundamentação

deve ser ampla; deve compreender todos os aspectos relevantes do conflito, especialmente na análise crítica dos fatos”.

Por excelência, a concretização, ou materialização, do Direito irá também ser trilhada pela via judicial. Trata-se de fenômeno muito palpável na realidade brasileira, quando as *promessas* constitucionais clamam por realização. Essa, aliás, é a tendência da Jurisdição brasileira.

3. A TENDÊNCIA DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA: JUDICIALIZAÇÃO E REALIZAÇÃO DE DIREITOS

O Poder Judiciário passa a ser visto hoje, talvez, como o único órgão capaz de concretizar as *promessas* constitucionais, o que gera a assimilação de algumas responsabilidades e algumas reflexões. Uma destas reflexões que cercam a jurisdição e seu atual papel seria quanto aos cuidados com os quais deveriam possuir os magistrados ao emitirem decisões que pudessem gerar reflexos orçamentários. Como se daria a legitimidade do Judiciário como concretizador de normas constitucionais?

Em suas decisões, o juiz simplesmente reproduz as *determinações* do Legislador (sendo desta forma somente a *boca da lei*, um mero aplicador da lei) ou, vai além, e efetivamente *materializa/concretiza* o Direito? São questões que, sem dúvida, evidenciam a postura substantiva da jurisdição brasileira e que, *a fortiori*, deflagram uma cada vez maior judicialização de todas as esferas públicas, inclusive aquela tradicionalmente ocupada pela política.

Vale repisar: a Constituição Federal de 1988 incorporando não só ideais liberais, mas principalmente sociais, apresentou inúmeras *promessas* que ao longo dos 27 anos de sua promulgação não foram concretizados pelo Poder Executivo. Isso fez com que o período - curto e ilusório - de hegemonia do Executivo desse lugar ao *novo* papel do Poder Judiciário. Para alguns, ativismo judicial, para outros, invasão nas competências do Poder Executivo, para outros ainda, nada mais que cumprimento do seu papel constitucional. O que de fato vê-se, atualmente, é uma crescente importância das *deci-*

sões judiciais, e via de consequência, um aumento do papel do Poder Judiciário frente à sociedade.

É do Poder Judiciário, também, o dever de zelar pela Constituição. E se, na prática, os Poderes Legislativo e Executivo pecam em dar efetividade (concretude) às normas constitucionais, cabe a este Poder por em prática o respeito à Constituição, sob pena de fragilizar o próprio Estado. Por outro lado, se da realidade omissiva dos Poderes é ampliada a relevância do Judiciário, é também na realidade (lamentavelmente econômica) que aparece a primeira limitação à atuação jurisdicional.

3.1 OS CUSTOS DOS DIREITOS E A ATUAÇÃO JURISDICIONAL

A sociedade está em constante evolução e, por consequência, o Estado deve estar constantemente progresso. Assim, por exemplo, como bem denota Danilo Zolo (2010, p. 76): *No decorrer desse acontecimento secular, o “Estado de Direito” abriu-se progressivamente ao reconhecimento formal de uma série de sucessivas “gerações” de direitos, até assumir as faces daquilo que foi chamado de “Estado constitucional” e, depois, de “Estado social” ou “Estado do bem-estar” (Welfare State).*

Tendo por base os Direitos Fundamentais, o Estado Liberal deu ensejo aos direitos de primeira dimensão¹ correspondendo aos direitos de liberdade (os direitos civis e políticos) de proteção do cidadão frente ao Estado: oponíveis ao Estado, sendo as situações em que a intromissão do Estado não se mostra(vam) lícita. Dirigidos a uma abstenção do Poder Público.

A doutrina afirmava (e talvez ainda continue afirmando) que os direitos fundamentais de primeira dimensão por serem direitos ditos negativos (de omissão estatal), teriam sua aplicação imediata, enquanto os direitos de segunda dimensão (sociais) por serem considerados direitos positivos e por demandarem recursos técnicos e financeiros, estariam sujeitos além da mediação legislativa, da disponibilidade financeira do Estado para sua implementação e estruturação mediante políticas públicas (ação por parte do

Poder Executivo). Nesta seara expõem José Luis Bolzan de Moraes e Lenio Streck: (2010, p. 96-97)

Como o Estado Social de Direito, projeta-se um modelo onde o bem-estar e o desenvolvimento social pautam as ações do ente público. (...)

Neste quadro, esvai-se a noção de legalidade própria do ideário liberal, pois a lei passa a ser utilizada não mais, apenas, como ordem geral e abstrata, mas, cada vez mais, apresenta-se específica e com destinação concreta - (...) - mas, sim como instrumento de ação, muitas vezes, com caráter específico e concreto, atendendo critérios substanciais.

A afirmativa, entretanto, de que os direitos de primeira dimensão não gerariam custos ao Estado por serem negativos, deve ser tida como incorreta. Isso porque *todos os direitos possuem custos*, sejam eles direitos de liberdade (não fazer estatal), sejam eles direito de igualdade (que exigem uma ação do Poder Público), e isto se deve ao fato de que nenhum direito é imune de custos. Assim, não são só os *modernos* direitos sociais que possuem custos públicos:² os clássicos direitos de liberdade também. Neste sentido, afirma Gustavo Amaral (2002, p. 73-75):

Mesmo o direito de propriedade tem custos. As leis protegem os direitos do proprietário não deixando-os abandonados à própria sorte, mas excluindo os não-proprietários que, de outro modo, poderiam ficar tentados a invadir. O credor, por sua vez, tem o direito de demandar ao devedor que pague sua dívida. Na prática, isso significa que o credor pode demandar do Estado o exercício da jurisdição, obrigando ao pagamento e, se necessário, executando bens do devedor.

(...).

Em termos práticos, o Governo “concede direitos civis” aos cidadãos, provendo aparatos legais, como zonas eleitorais, sem os quais não seria possível exercer tais direitos. O direito ao voto não tem sentido se mesários, presidente de mesa, escrutinadores não comparecessem. O direito a uma justa compensação pela propriedade confiscada é uma piada se o Tesouro não efetuar o pagamento. O direito de petição para ver reparado um dano, assegurado pela Primeira Emenda, é o direito de acesso a instituições governamentais e o direito, eventual, de ser indenizado.

Em verdade, os custos despendidos pelo Estado nos direitos fundamentais de primeira dimensão incidem de forma indireta no orçamento público, uma vez que o Estado necessita viabilizar o exercício destes direitos (ainda que prepondere o seu caráter não intervencionista), diferentemente dos direitos sociais, onde o Poder Executivo acabaria realizando materialmente o direito.

Fácil é a conclusão que os direitos de segunda dimensão (ditos positivos) possuem financiamentos públicos diretos, factíveis, divisíveis, visíveis, diferentemente dos direitos fundamentais de primeira dimensão (ditos negativos), que, ainda que possuam gastos indiretos, ocultos, indivisíveis, geram despesas ao Estado, com serviços públicos garantidores do uso e gozo de tais liberdades. Poderíamos dizer que neste sentido, os direitos fundamentais de primeira dimensão seriam tão positivos quanto os de segunda. O *Habeas Corpus* e a *Ação Popular* seriam excelentes exemplos de direitos garantidores de liberdades, que, ainda que gratuitos, e independentes diretamente de uma atuação (demanda orçamentária) Estatal, geram custos, pois para se utilizar ambos, necessário a manutenção de todo um aparato judicial, gerador de gastos financeiros ao Estado. Assim, as decisões judiciais, *principalmente* aquelas que concretizam normas constitucionais de segunda dimensão necessariamente, devem considerar também a escassez de recursos materiais e financeiros, pois nada que demande recursos públicos (e todos

os direitos demandam) pode ter caráter absoluto. Na atual crise financeira enfrentada pelo Estado brasileiro, mais do que nunca, deve-se estar atento a escassez dos recursos.

Deve se levar sempre em conta as consequências orçamentárias das decisões sejam elas judiciais ou administrativas. Partindo-se desse pressuposto, a distinção feita entre direitos negativos e positivos acaba, portanto, levando em consideração a atuação preponderante do *Estado* (omissiva ou ativa), pois em ambos os casos há a demanda de custos públicos. Certamente, hoje, a figura do *Poder Judiciário* se apresenta como fundamental para a efetivação de direitos. Por tal razão suas decisões devem ser adequadamente fundamentadas, observando o bojo de regras processuais estabelecidas e, ainda, conforme uma metodologia decisional autêntica.

Mas desta afirmativa surge a seguinte questão: então, se não é a lei (onde incluímos a Constituição) capaz de por si só gerar os direitos de segunda dimensão aos seus destinatários, quando efetivamente materializa-se, ou se concretiza, o Direito?

3.2. AS OMISSÕES DO PODER EXECUTIVO COMO ABERTURA PARA O PAPEL CONCRETIZADOR DO PODER JUDICIÁRIO

Ainda que o Direito Brasileiro tenha adotado o Sistema da *Civil Law*, é fato que está incorporando *técnicas/regras* do sistema da *Common Law*, e a importância da motivação/fundamentação de suas decisões, bem como as próprias decisões judiciais, denotam esta aproximação. A Revolução Francesa fez com que o Poder Legislativo, através da edição de leis *protetivas* dos cidadãos frente às intervenções do Estado, tenha se fortificado sobre os demais. Hoje, entretanto, a sociedade está frente a um questionamento: quando efetivamente *nasce/materializa-se/concretiza-se* o Direito? Ainda que haja quase um incontável número de leis (e que não resolvem de fato os problemas sociais), e com um Poder Executivo desacreditado (seja pela corrupção, pela escassez de recursos financeiros e materiais, pela burocracia, dentre outras razões) quando efetivamente o cidadão *incorpora* o Direito?

Com a hegemonia do Poder Legislativo na Revolução Francesa, a crença de que as leis seriam suficientes para assegurar *criação* do Direito ao cidadão era inevitável e porque não se dizer, também, real (uma vez que se tratavam de direitos *negativos*).

É possível dizer que a ideia de lei que surge na revolução francesa é uma tentativa de por fim ao modelo de estado jurisdicional que existia ao tempo do ancién regime. Estado jurisdicional que estava centrado na figura do monarca que concentrava os poderes do gubernaculum e da jurisdictio. (...). A moderna ideia de lei rompe com essa estrutura - que ainda guardava profundas semelhanças com o medievo - e institui um novo espaço institucional no qual as decisões políticas são tomadas em um ambiente parlamentar que expressa o conteúdo da vontade geral (STRECK, 2009, p. 471).

Após a Segunda Grande Guerra, a evolução da sociedade somada à descrença desta na lei (formal) para minimizar as desigualdades sociais, acaba por inaugurar a hegemonia do Poder Executivo através da liberdade concedida pelo legislador ao Administrador (*materialização* de direitos a partir de Políticas Públicas). Tornara-se essencial que o direito fosse efetivamente *originado* a partir da intervenção do Executivo. Com a ineficiência deste em executar as previsões legais, o Poder Judiciário assumiu papel fundamental, frente a sociedade atual. Isso porque a liberdade concedida pela lei ao gestor público de *como* realizar o Direito, transformou-se ilegalmente em uma escolha pela sua implementação ou não (sob a alegação da “reserva do possível”), ou seja, uma arbitrariedade, necessitando, assim, da intervenção do Poder Judiciário. É nesta complexa *transmutação* de papéis, que incorpora-se algumas ideias da *Common Law*, como por exemplo, a possibilidade (ou aumento) da atuação do juiz em áreas, inicialmente, exclusivas do Executivo. Nesse linha escrevem MORAIS e STRECK (2010, p. 179):

As funções do Estado vêm sofrendo transforma-

ções na exata medida em que o Estado assume novos contornos. Desse modo, a clássica separação de funções de cada um dos Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) de há muito está superada. Observe-se que, com os primeiros sinais do intervencionismo estatal, próprios do Estado Social (Contemporâneo), já ocorreram sensíveis alterações na esfera de tensão entre os Poderes do Estado, mediante o deslocamento da esfera de tensão do Poder Legislativo para o Poder Executivo. Já no Estado Democrático de Direito, próprio do constitucionalismo pós-guerra, tem-se nitidamente o deslocamento dessa esfera de tensão, passando do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, mormente nos países com Constituições dirigentes, onde os Tribunais Constitucionais proporcionam aquilo que muitos autores chamam de “judicialização da política”.

O que originariamente conferia uma escolha ao Poder Executivo de *como* realizar o Direito, a sua omissão, *transferiu* ao Poder Judiciário este papel. Irretocável, assim, a observação de Boaventura de Souza Santos (2008, p. 21):

Temos mesmo vindo a assistir, em alguns países, a um deslocamento da legitimidade do Estado: do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. Esta transferência da legitimidade é um processo gradual, nalguns Estados a ocorrer mais rapidamente do que em outros. Esse movimento leva a que se criem expectativas positivas elevadas a respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político na consegue resolver. (...). Esta visibilidade alterou

profundamente o lugar do sistema judicial dentro da sociedade.

Na verdade, o que está se afirmando aqui é que a liberdade nunca fora de concretizar ou não a norma, mas sim a de *como* concretizá-la. Esta possibilidade foi atribuída pelo legislador ao gestor público, que sendo omisso *delegou-a* ao juiz:

La unidad del derecho, según las exigencias del Estado Constitucional, nos ha llevado a reconocer la excepcional importancia de la función jurisdiccional. Podríamos así terminar considerando a los jueces como los actuales “señores del derecho”, pues en ellos, en efecto, se dan cita todas las dimensiones del derecho: la ley, los derechos y la justicia. (ZAGREBELSKY, 2009, p. 150)

A possibilidade de interpretação de uma norma (quando esta a exige) permite a *criação* do Direito a partir de quem lhe a interpreta (concretiza): *ciertamente la llamada interpretación es una función creadora, porque siendo distintas las interpretaciones también son distintos los pensamientos* (FERNANDEZ, 1970, p. 71).

Partindo-se, pois, do pressuposto que, ao interpretar, há a *criação* e, por consequência, a concretização/materialização do Direito, a partir do momento em que o gestor público, omitiu-se em suas obrigações, principalmente com relação às normas de caráter *social* (nas quais necessitam de comportamento ativo por parte do Estado, e no caso, o Poder Executivo) deu margem para que o juiz ao interpretar a norma, *criasse* o Direito. Nessa linha de raciocínio coloca Alessandro Raselli (1975, p. 184):

Afferma però il Bülow che, nella soluzione di ogni problema giuridico, il giudice deve creare la norma per il caso concreto, in quanto la legge non indica che una linea e dei criteri generali, secondo cui l'ordinamento giuridico deve essere organizzato;(...)

Il potere discrezionale si manifesta non solo nel governo e nell'amministrazione per provvedere, entro i confini della norma, ai bisogni dello Stato, ma anche nell'attività giurisdizionale per attuare detta norma ed assicurarmi il funzionamento.

Seguindo este entendimento, a interpretação é um momento posterior à elaboração da norma, e é naquela, onde há a aplicação do direito, sua *substantialização*, *sembra dunque meglio considerare l'interpretazione e la valutazione, in seno al più ampio concetto di applicazione del diritto al caso concreto, come due attività distinte* (MARINI, 1959, p. 70). Sob esta perspectiva, e não confundindo a norma (lei) com o direito, como se daria a legitimidade do Poder Judiciário para a *concretização* da norma, uma vez que a escolha de seus membros não se dá através do voto?

3.3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO E CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS

De fato, salvo os Ministros da Suprema Corte nacional, que são indicados pelo Presidente da República, o que, mesmo que por via reflexa, já os legitimaria democraticamente pela *representação*, os demais membros (salvo a figura do quinto constitucional) que integram o Poder Judiciário, preenchem seus os cargos através de concurso público, que também não deixa de ser uma forma de acesso universal, ainda que inevitável a exigência de alguns requisitos educacionais (CAPPELLETTI, 1993, p. 105), mas está longe de uma aproximação com o sistema *representativo* de legitimação.

Nesta seara, Mauro Cappelletti (1993, p. 92-107) expõe que somente a fundamentação legitimaria *democraticamente* o Poder Judiciário na *criação* do Direito através de suas decisões. Não só os Poderes políticos (Legislativo e Executivo) são diretamente responsáveis perante a sociedade por suas ações pois, ainda que os integrantes do Judiciário não sejam escolhidos pelo voto, também possuem responsabilidades e estão obrigados por vários mecanismos formais e informais a uma *prestação de contas*, a exemplo, a de seus julgamentos públicos e decisões fundamentadas (Artigo 93, IX da

CRFB/88). Ademais, a nomeação dos Ministros da Corte Suprema por parte do representante do Poder Executivo permite, por si só, uma renovação de *pensamentos* e o controle da *filosofia política* da Corte, o que não permitiria esta *destoar* da *ideologia política* escolhida pelo cidadão através do voto. Enquanto a proteção de grupos sociais no sistema eleitoral *representativo* (Legislativo e Executivo) dá-se através do voto, no Poder Judiciário esta proteção é viabilizada pelo acesso às manifestações judiciais e daí vem a importância de sua aplicação, quanto maior o acesso ao Poder Judiciário, maior será a sua legitimidade e a das suas decisões.

A história da sociedade e das instituições, efetivamente, aí está para demonstrar como não raramente certos grupos sociais (raciais, religiosos, econômicos etc.) encontram justamente nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente, ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país (CAPPELLETTI, 1993, p. 100).

O contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do magistrado, seriam também essencialmente democráticos e, por isso, também, legitimadores. Neste sentido afirma o Cappelletti (1993, p. 100):

Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica que ad substantiam da jurisdição, como se viu no §11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.

Além disso, quando o legislador não esgotou o seu conteúdo, permitindo/exigindo a manifestação do magistrado, indiretamente aí está também sua legitimidade, uma vez que a atividade jurisdicional (assim com a do Executivo) é baseada na lei. Se a lei é democrática a atuação do juiz também o é, uma vez que este atua de acordo aquela. Há de se atentar que atuar de acordo com a lei não se limita a reproduzi-la.

Assim, é que em tempos de crise (financeira e de Estado) como os atualmente enfrentados pelo Brasil, o papel do Judiciário se apresenta de fundamental importância, tendo em vista que muitos cidadãos somente encontrarão amparo e acesso a direitos sociais nas decisões judiciais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se analisar a postura da jurisdição brasileira, sem se descurar do embate doutrinário entre aqueles que apostam no papel determinante do juiz e os que buscam um maior espaço de discussão na esfera política. Certamente a estrutura do Estado e a postura de seus atores ganha relevo ímpar.

Entre procedimentalismo e substancialismo, o caminho do meio se apresenta como mais adequado, notadamente porque é inegável hoje a necessidade de um Poder Judiciário atuante. Na ausência dos demais Poderes Públicos, é ele que surge como o garante das promessas constitucionais.

5. NOTAS

1. Os direitos fundamentais costumam ser classificados em três *gerações* distintas. Muito embora a expressão *gerações* possa levar a crer que os direitos fundamentais vão sofrendo uma sucessão, uma substituição de uma geração pela outra, em verdade não é isso que ocorre. Sobre a terminologia *gerações*, expõe Jairo Schäfer (2005, p. 21): *Em verdade, o fenômeno que se percebe é o da acumulação de direitos. Os direitos de segunda geração, ao invés de substituírem, agregam-se aos já existentes direitos fundamentais de primeira geração, e assim sucessivamente, sendo possível afirmar-se que os diversos modos de conceber os direitos não se excluem, mas se complementam. A precisão conceitual, em se tratando de direitos do homem, é indeclinável. Assim, preservando-se os objetivos dessa classificação (dado histórico), poder-se-ia afirmar que as diversas gerações, em verdade,*

são diferentes dimensões de um mesmo fenômeno, cuja magnitude somente é perceptível em seu conjunto. No mesmo sentido afirma o professor Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 54): *Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira pelo termo “dimensões” dos direitos fundamentais.*

2. A teoria acerca dos custos dos direitos foi apresentada por Stephen Holmes e Cass R. Sustein no livro *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. No Brasil, a obra que maior proximidade tem com a teoria norte-americana foi escrita pelo professor Flávio Galdino: *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Disponível em: < <http://www.baptistadasilva.com.br> >. Acesso em 10.12.2010.
- BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em: < www.mundojuridico.adv.br >. Acesso em 03.11.2010.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1993.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERNANDEZ, Alberto Vicente. *Funcion creadora del juez*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1970.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da administração consensual: a audiência pública e sua finalidade. Interesse público, v.5, n. 18, p. 21-33, mar./abr. 2003.

- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As Transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HOMMERDING, Adalberto. *Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate "procedimentalismo versus substancialismo"*. Revista Direitos Culturais, vol. 1, n. 1, 2006.
- LUCAS, John Randolph. *Democracia e participação*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.
- MARINI, Carlo Maria de. *Il giudizio di equità nel processo civile*. Milão: CEDAM, 1959.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *A Realização da Constituição e a jurisdição constitucional como policymaker. Substancialismo e procedimentalismo*. Texto inédito.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organizador revisor técnico da tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*. Milão: Giuffrè Editore, 1975.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesual y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesual del derecho*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.
- ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2010.
- SALDANHA, Jania Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *A jurisdição constitucional e o caso da ADIn 3510: do modelo individualista-liberal ao modelo coletivo-democrático de processo*. Revista de Processo, v. 154, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2.ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- SANCHÉZ-CUENCA, Ignacio. *Más democracia, menos liberalismo*. Buenos Aires: Katz editores, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

- SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica, e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito* 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 7.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 9.ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- ZOLO, Danilo. *Teoria e crítica do Estado de Direito*. In: ZOLO, Danilo; COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2010.