

A OPOSIÇÃO ENTRE SUBSTANCIALISMO E PROCEDIMENTALISMO AINDA FAZ ALGUM SENTIDO?

THE OPPOSITION BETWEEN SUBSTANTIALIST AND PROCEDURALIST STILL MAKES SOME SENSE?

*Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos**
*Zaiden Geraige Neto***

RESUMO

Versa o presente trabalho acerca da função atual dos tribunais no cenário do Estado Democrático de Direito. Dentro deste âmbito, serão feitas breves considerações acerca do papel desempenhado pelo poder judiciário como instrumento de realização efetiva dos princípios positivados constitucionalmente e políticas públicas, a relação entre os poderes com o deslocamento da esfera de tensão do poder político para o poder judiciário, bem como sobre as críticas ao ativismo judicial. A fim de embasar o estudo, serão expostos os principais argumentos, características e fundamentos das correntes procedimentalista e substancialista, abordando suas divergências e limites impostos por cada uma delas e abordando as dimensões do direito, bem como assinalar questões referentes à jurisdição constitucional. Por fim, discorrerá acerca da oposição entre os dois eixos para ao final tentarmos entender se o conflito sobre qual dimensão do direito deve ser privilegiada faz algum sentido ainda diante da atual

* Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp) e graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Advogada do escritório Setímio Salerno Miguel. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Empresarial/Comercial e Tributário, bem como experiência contenciosa, consultiva e de pareceres na área de Direito Privado, com ênfase em Direito Empresarial, atuando principalmente nos seguintes temas: direito comercial, direito societário, direito contratual, direito civil, direito do consumidor. E-mail: larissa_salerno@advocaciassm.adv.br.

** Doutor e mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito do mestrado da Unaerp. Professor convidado do curso presencial de pós-graduação “lato sensu” em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto (FDRP/USP). MBA Executivo pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Membro efetivo e diretor de Relações Institucionais do IASP. Membro das Comissões de Processo Constitucional e Bioética do Iasp. Membro efetivo do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros). Parecerista e consultor da revista do Conselho da Justiça Federal. Advogado. E-mail: zgneto@uol.com.br.

realidade social que anseia e busca por uma sociedade mais igualitária e justa, fim este a que se pretende ambas as teorias.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Substancialismo; Procedimentalismo.

ABSTRACT

The present paper discusses the current role of courts in the context of the Democratic Rule of Law. Whithin this sphere, brief considerations will be taken considering the role performed by the judiciary branch as a tool for the effective accomplishment of the constitutionally accepted criteria and public policies, the relationship between political branches towards the displacement of the tension circle on the political power towards the judiciary branch, as well as the criticism on the judicial activism. In order to support this paper, it will be presented the main arguments, characteristics and fundaments from the substantialist and proceduralist flow, addressing divergencies and boundaries imposed by each one of them and adressing the Law dimensions, as well as pointing out issues regarding the constitutional jurisdiction. In conclusion, this paper will discuss the opposition between these two axes so that, at the end, it can be possible to understand whether the conflict on which Law dimension must be privileged still makes any sense regarding the current social situation that aims and wishes for a more equal and fair society, wich is the purpose of both theories.

Keywords: Democratic Rule of Law; Substantialism; Proceduralism.

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial e com o estabelecimento do constitucionalismo pós-guerra, a estrutura normativa e o papel do poder judiciário tornaram-se objetos de estudos em diversas áreas do conhecimento. Com isso, pode-se perceber a necessidade de trabalhar e entender essa nova atribuição do judiciário em virtude da valorização do jurídico gerada pela noção de Estado Democrático de Direito.

Dentro deste cenário de Estado Democrático de Direito a concretização, de fato, dos direitos fundamentais, bem como o conteúdo material das constituições estão diretamente ligados a esta noção de Estado. Por esta razão, o jurídico, ou seja, a Constituição passa a assumir a atribuição de instrumento de ação do Estado com o objetivo final de alcançar as pretensões elencadas no texto constitucional.

Com o advento da democracia após a Segunda Guerra Mundial, surgem Constituições que amparam, positivam e institucionalizam direitos sociais e fundamentais, que redefinem a relação entre os três poderes do Estado, de forma que o judiciário, neste âmbito, passa a atuar também na esfera política.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o judiciário em si passaram a desempenhar uma função ativa na tomada de decisões que envolvem assuntos de amplo alcance e interesse político, função essa atribuída *a priori* aos poderes Legislativo e Executivo.

Tais fatos provocam uma mudança na relação e atribuição dos poderes na medida em que há um deslocamento da esfera de tensão dos procedimentos políticos para os judiciais, e o poder judiciário passa a ser uma opção e uma esperança de resgate e concretização das promessas não cumpridas da modernidade.

É dentro deste cenário que surgem teorias objetivando elucidar questionamentos acerca das dimensões processual e substantiva do direito e qual delas deve prevalecer e ser privilegiada diante das circunstâncias e necessidades atuais da sociedade.

Nascem, então, as teorias procedimentalista e substancialista que, nos países chamados “em desenvolvimento” como o Brasil, a discussão se desdobra com foco na atuação do Poder Judiciário como representante legítimo para cumprir efetivamente princípios constitucionais, preencher lacunas das etapas anteriores como as promessas da modernidade, bem como intervir na realização de políticas públicas.

Neste contexto, o presente trabalho estabelecerá os fundamentos e argumentos dos autores das correntes procedimentalista e substancialista no tocante ao protagonismo do poder judiciário e da justiça constitucional na concreção dos direitos sociais e fundamentais e na realização de políticas públicas, com o objetivo e a finalidade de elucidar se a oposição ainda transparente entre esses dois eixos faz algum sentido diante da busca e da necessidade veementes de uma sociedade mais humana, justa e igualitária.

Tendo em vista o enorme desdobramento, complexidade e amplitude da discussão entre procedimentalismo e substancialismo, o presente trabalho não tem como objetivo esgotar todo o tema, mas expor os fundamentos de cada um dos eixos para, ao final, tentar demonstrar a complementariedade que um tem com o outro frente à Constituição Federal e a realidade social hoje vivenciada.

FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Primeiro, é importante esclarecer que, no atual cenário brasileiro que se apresenta, surgem novas formas de compreensão das atribuições do Poder Judiciário. Isso porque a sociedade sofre há tempos com a inércia e omissão do Poder Legislativo diante das necessidades de efetivação dos valores dos conteúdos materiais da constituição.

Com essa inércia, ocorre um deslocamento da esfera de tensão que coloca o Judiciário como protagonista na busca pelo cumprimento dos direitos sociais e fundamentais e das promessas não cumpridas da modernidade.

Neste sentido, a lógica da divisão dos poderes recebe nova interpretação por vários autores. De um lado, os que defendem a legitimidade do Poder Judiciário em realizar princípios e valores positivados dentro da Constituição e, de outro, os que acreditam que tal fenômeno corriqueiramente existente hoje enfraquece e coloca em risco a divisão dos poderes e as atribuições clássicas da atuação do Judiciário.

Dentre as preocupações existentes, a mais enfocada é o ativismo judicial, que Barroso descreve da seguinte forma:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.¹

Necessário distinguir, no entanto, a noção de ativismo judicial da noção de judicialização, pois, apesar de serem do mesmo campo, não são a mesma coisa nem tampouco podem se confundir. Barroso ensina explicando que “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.”²

Para ele, a diferença entre os dois fenômenos pode ser asseverada da seguinte forma:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.³

Quanto ao ativismo judicial:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 27/12/2017. p. 6.

² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 6.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 6.

condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁴

Ocorre que, diante do novo papel que assume o Judiciário, questionamentos nascem acerca de quais funções e atribuições são as de fato inerentes a este Poder e quais são fruto das inúmeras situações em que ele intervém por falta de atitude ou por omissão frequentes dos outros poderes originariamente incumbidos.

A fim de responder a estes questionamentos, autores tendem a assentar o estudo e adotar uma das duas teorias ou posições principais que enfocam na discussão do problema: o eixo procedimentalista e o eixo substancialista.

Embora a corrente procedimentalista assim como a substancialista reconheçam que o Judiciário se apresenta como um instrumento das Constituições após a segunda grande guerra, elas possuem grandes divergências que devem ser elencadas e consideradas.

Dentro desta ótica, será feita a análise destas duas correntes analíticas explicando a noção de cada uma e expondo suas propostas diante do problema envolvendo os limites do poder judiciário e da justiça constitucional e sua intervenção na política, dentro do cenário da dicotomia substancialismo-procedimentalismo.

Uma ressalva a ser feita antes de adentrar, de fato, ao núcleo das duas teorias é que o ponto de partida tanto dos substancialistas como dos procedimentalistas é o mesmo: modelos democráticos. A discussão consistirá, portanto, na análise da concepção procedimental ou formal e na análise da concepção substancial ou material.

O EIXO PROCEDIMENTALISTA

A teoria procedimentalista tem como justificativa e prioridade a proteção às condições do procedimento democrático. Este eixo acentua o papel instrumental da Constituição de forma que ela seria a garantia de instrumentos de participação democrática, bem como a reguladora do “procedimento” de tomada de decisões.

Para os procedimentalistas, o Judiciário teria como papel apenas assegurar o cumprimento e observância deste processo e os valores substantivos não se

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 6.

dirigem ao processo em si, ocupando um lugar secundário. Desta forma, a fundamentação desta corrente consiste em desvincular completamente os procedimentos de conteúdo axiológico.

André Ramos Tavares aduz o seguinte acerca do procedimentalismo:

De acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações, valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes.⁵

Um dos maiores e mais importante autor que sustenta a tese procedimentalista é Habermas com sua crítica veemente à invasão, por meio do direito, da sociedade e da política, defendendo a máxima de imparcialidade do juiz ao aplicar o direito.

Para Habermas, o procedimentalismo seria uma superação dos modelos liberal e do estado social de forma que “o paradigma procedimentalista procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático”.⁶

Esta dedicação e ligação ao procedimento democrático acarreta que a todo momento temas poderão ser debatidos no âmbito público político, pressupondo, no entanto, que haja a concordância e o cumprimento da opinião pública, por parte do poder legislativo e executivo.

Habermas acredita que o procedimentalismo seria a conciliação entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não institucionalizada, reciprocamente. A partir daí, assevera o autor:

O paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as condições de mobilização do direito. Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem “capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado.”⁷

Dentro do eixo procedimentalista, os autores defendem a ideia de dependência do direito a uma fundamentação moral de princípios, caracterizando a teoria como uma crítica ao positivismo jurídico. Habermas, dentro desta ótica, argumenta ainda que somente as teorias da justiça e da moral calcadas no pro-

⁵ TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, jan./jun. 2007.

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre a facticidade e validade*. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 183.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre a facticidade e validade*, p. 185.

cedimento podem acarretar na imparcialidade para a fundamentação e a avaliação dos princípios dentro de um processo, e expõe:

(...) o direito procedimentalista depende de uma fundamentação moral de princípios, e vice-versa, não é mera suposição sem fundamentos. A legalidade só pode produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais (...). Os procedimentos oferecidos pelas teorias da justiça para explicar como é possível julgar algo sob o ponto de vista moral só têm em comum, o fato de que a racionalidade dos procedimentos deve garantir a ‘validade’ dos resultados obtidos conforme o processo.⁸

Desta forma, a teoria procedimentalista tem como objetivo a institucionalização, através da definição de procedimentos, dos processos de decisão jurídica que propõem debates sobre princípios políticos ou morais, positivados ou não.

Assim, esta corrente defende o argumento de que para se determinar a validade das normas, sejam elas constitucionais ou não, é preciso um procedimento, se apresentando como o ponto de vista ligado às questões de justiça.

Vianna, por sua vez, entende que “invasora presença do direito na política seria apenas um indicador, deveria encontrar reparação a partir de uma política democrática que viesse a privilegiar a formação de uma cidadania ativa”.⁹ A partir disso, para o autor, “a judicialização da política e do social seria, então, um mero indicador de que a justiça se teria tornado um ‘último refúgio de um ideal democrático desencantado’”.¹⁰

Wernneck, utilizando os ensinamentos de Garapon acerca do eixo procedimentalista, ensina:

O Judiciário tem avançado sobre o campo da política onde prosperam o individualismo absoluto, a dessacralização da natureza simbólica das leis e da idéia de justiça, a deslegitimação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da autonomia cidadã e a sua substituição pela emergência do cidadão-cliente e do cidadão-vítima, com seus clamores por proteção e tutela, a racionalidade incriminadora e, afinal, o recrudescimento dos mecanismos pré-modernos de repressão e de manutenção da ordem.¹¹

⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 215-216.

⁹ WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24.

¹⁰ WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 25.

¹¹ WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 26.

Nesse ponto, Streck apresenta a proposta de Habermas de modelo de democracia constitucional:

Em face disso, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade, e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”. Critica a assim denominada “jurisprudência de valores” adotada pelas cortes europeias, especialmente a alemã. Uma interpretação constitucional orientada por valores que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece, na opinião de Habermas, não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo.¹²

Em resumo, os fundamentos e argumentos dos defensores da teoria procedimentalista seriam a premissa de proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático, bem como de proteger a lógica da divisão dos poderes. Desta forma, não aceita uma atuação do Judiciário que extrapole as suas atribuições e funções clássicas, nem tampouco em termos de controle de constitucionalidade das normas.

O EIXO SUBSTANCIALISTA

Se por um lado o procedimentalismo enfatiza e prioriza o procedimento democrático, por outro o substancialismo se coloca como um contraponto, pelo menos no que diz respeito a uma leitura de contraposição de teses.

Para os adeptos desta corrente, a constituição não é apenas e tão somente uma garantia de acesso aos mecanismos de participação democrática. Deve haver uma complementariedade ao procedimento com uma teoria dos direitos e valores substantivos.

Enquanto Habermas se apresenta como um dos grandes nomes da corrente procedimentalista, o substancialismo encontra significativo respaldo em nomes como Lenio Luis Streck.

Um dos questionamentos que este autor pretende elucidar é a de que tendo em vista os princípios e valores constitucionais, qual dimensão do direito deve ser privilegiada?

¹² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013. p. 160.

Primeiro, em contrapartida ao pensamento do eixo oposto, para Streck, o Estado Democrático de Direito é um *plus* acrescentado aos modelos anteriores e não uma superação destes. Isto pressupõe uma valorização do jurídico, no entendimento dele:

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita/explicita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política. (...) Penso que, nesse contexto, é possível dizer que o substancialismo se aproxima ou é caudatário do *constitucionalismo-dirigente* que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais (produção democrática do direito), o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passa a ter um papel de relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional*.¹³

Desta forma, os substancialistas acreditam que o Estado Democrático de Direito nascido e inaugurado com a Constituição veio agregar o Estado Liberal e o Estado Social, tornando o Direito algo transformador, possível de resgatar as promessas não cumpridas da modernidade.

Wernneck Vianna leciona que a partir da criação de aparato jurisprudencial do direito “as novas relações entre direito e política (...) seriam tomadas como, além de inevitáveis (...), favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade.”¹⁴

Neste sentido, a Constituição deve ser entendida como algo substantivo, tendo em vista que contem valores e direitos sociais e fundamentais que foram colocados como possíveis de serem realizados. No entanto, no texto constitucional há um conjunto de promessas da modernidade que precisam ser resgatadas e efetivamente realizadas.

É dentro deste contexto que os juízes e tribunais devem implementar os princípios constitucionais de uma sociedade para estes não se transformem em promessas esquecidas e relevantes valores como justiça, liberdade e igualdade sejam colocados em segundo plano.

¹³ WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 163-164.

¹⁴ WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 24.

Mauro Cappelletti assim elucida:

O fato de o caráter democrático dos processos legislativo e executivo ser submetido a limitações e condicionamentos reais, frequentemente inevitáveis, não justificaria, na verdade, a conclusão de que não se deve fazer contínuo esforço com vistas a salvaguardar, o mais realisticamente possível, a legitimação democrática e representativa, e de que isso não se deva fazer por todas as formas de criação do direito, inclusive a jurisprudencial.¹⁵

Streck em sua obra cita Korineck que vai dizer que “a vinculação do legislador às determinações constitucionais é ao mesmo tempo a vinculação do legislador democraticamente legitimado a um ato de mais elevada legitimação democrática”.¹⁶

A função da Constituição seria, então, adotar os valores e princípios socialmente relevantes e já estabelecidos e admitidos para, em seguida, retirá-los do âmbito de decisão popular. Isso acarreta uma valorização da Constituição como instrumento da conservação do Estado Democrático de Direito, conforme bem discorre Canotillho:

Pretende conciliar a ideia de constituição com duas exigências fundamentais do estado democrático constitucional: 1) a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade, 2) a abertura constitucional: pois a Constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadores de projetos alternativos para a concretização dos fins constitucionais.¹⁷

Wernneck Vianna explica o pode ser observado no substancialismo da seguinte forma:

A interpretação criativa do juiz não seria a do exercício do poder discricionário, como na teoria positivista, nos casos de ausência ou de indeterminação da norma. Ao contrário, dado que a sua interpretação deve estar constrangida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura política. O juiz, por meio da sua decisão em um hard case, que necessariamente transita por uma reconstrução dessa história, deve levar à frente, em um processo do tipo preservar-mudando, o direito real, contemporâneo. Não são, conseqüentemente, os valores pessoais do juiz que devem pesar na hora da interpretação,

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 96.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013. p. 164.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.336.

momento de reconstrução-construção em que se selecionam, em um esforço moral e intelectual heroico, os princípios que, presentes em sua cultura política, melhor justificam as doutrinas e o sistema jurídico, concretizando-os, então, no seu julgamento do caso concreto. O suposto inarredável desse construtivismo seria o de que a ordem jurídica, na forma do comentário de Habermas sobre Dworkin, contenha algum fragmento de razão, que permita aos indivíduos, em uma dada comunidade de direito, se reconhecerem como livres e iguais.¹⁸

Em suma, a corrente substancialista defende a proteção, pelo Poder Judiciário, da primazia da Constituição, como forma do Estado realizar os valores fundamentais e superiores, de forma que este intervencionismo consagraria o cumprimento dos Direitos Fundamentais Sociais, evitando que os valores relevantes se transformem em promessas esquecidas.

A OPOSIÇÃO ENTRE O SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO

Como já exposto anteriormente, apesar das teorias procedimentalista e substancialista partirem de um mesmo pressuposto, qual seja tratarem de modelos democráticos, esses dois eixos apresentam pontos conflitantes e argumentos opostos um do outro.

A primeira crítica que Habermas faz acerca da atuação dos tribunais no âmbito privado diz respeito à arbitrariedade ao escolher o valor a ser aplicado, em detrimento de outros, ao passo que para ele a atuação judicial se torna irracional, uma vez que não existem medidas racionais capazes de diferenciar qual valor deve ser usado em cada caso concreto.

Outra crítica feita pelo grande autor reside no campo do controle constitucional das normas já que ele defende com veemência que esta atribuição é do Poder Legislativo. Caso contrário, isso resultaria em um enfraquecimento dos três poderes além do fato de que o contrário não ocorre, as decisões do Judiciário não são submetidas ao crivo do Legislativo.

Ademais, segundo os procedimentalistas, a intervenção do judiciário estaria completamente contrária à premissa de proteção das condições do procedimento democrático.

Na obra de Streck, ele descreve o posicionamento e as críticas de Garapon ao substancialismo, ao passo que resulta em um enfraquecimento da democracia representativa além do problema do ativismo judicial:

Para ele, o Judiciário aparece no contexto contemporâneo como um “guardador de promessas”, no sentido de que a sua intervenção se dá

¹⁸ WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 36.

nos mais variados âmbitos (isto é, praticamente tudo é judicializado), do que decorre a caracterização de um ambiente marcado pela descrença na lei e na democracia. Ao lado dessa intensa judicialização, Garapon coloca que há um reforço ainda maior do papel da jurisdição através da defesa do ativismo judicial, quando o Judiciário assume uma autoridade última, ou seja, *quando há o desejo do juiz de promover a mudança social ou travá-la*.¹⁹

Da mesma forma, expõe o pensamento do adepto ao procedimentalismo J. H. Ely que sustenta “que o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. Discorda, assim, não apenas da jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin”.²⁰

Já Streck reprova os argumentos de Habermas ao dizer que, ao colocar o procedimentalismo como o novo paradigma, ele se esquece do verdadeiro sentido do Estado Democrático de Direito que, para Streck, é o verdadeiro paradigma.

Habermas não leva em conta a relevante circunstância de que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito *acrescenta um “mais” qualitativo ao direito do direito do Estado Social*, porque estabelece no próprio texto constitucional – e esse é o ponto que Habermas deixa de considerar, embora reconheça, acertadamente, que a moral está institucionalizada no direito – os diversos mecanismos para a concretização dos direitos fundamentais-sociais.²¹

No mesmo sentido, utiliza de L. H. Tribe, um dos maiores defensores do substancialismo, que faz severas críticas à teoria procedimentalista ao afirmar “o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos. (...) As teorias procedimentalistas não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva”.²² Outra crítica reside no entendimento de Streck que o Direito no paradigma do Estado Democrático de direito possui uma nova legitimidade que viria da própria Constituição.

Ademais, para o defensor do caráter substantivo da Constituição, o procedimentalismo habermasiano não poderia ser aplicado face as peculiaridades brasileiras, uma vez que a proposta deste só pode ser alcançada com um agir comunicativo e sujeitos autônomos e desta forma Streck questiona:

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 161-162.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 162.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 166.

²² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 163.

Como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida? Nesse sentido, com Ackerman, há que se perguntar: pode uma eleição ser livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? Ou se está passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte de seu tempo? “Minha resposta é não”, vai dizer Ackerman.²³

No entanto, uma ressalva deve ser feita acerca dos argumentos de Streck, uma vez que para ele esta nova postura não pode ocasionar em um rompimento de legitimidade entre a divisão dos poderes. Assim, o Poder Judiciário em nenhum momento pode vir a utilizar do ativismo judicial para se apoderar do espaço reservado à produção democrática do direito, que encontra limite no próprio texto normativo da constituição.

Apesar de ser um adepto da corrente substancialista, Streck rechaça toda e qualquer hipótese de decisionismos e ativismos.

Ademais, é importante destacar que o autor nunca exclui o procedimentalismo na formação de sua opinião. Para ele, “os procedimentos democráticos constituem, por certo, uma parte importante, mas só uma parte, de um regime democrático, e têm de ser verdadeiramente democráticos no seu espírito.”²⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo expor as duas correntes contrapostas acerca da função dos tribunais e do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito: o procedimentalismo e substancialismo, para tentar, ao final, entender se esta oposição entre os dois eixos ainda faz algum sentido diante da atualidade que vivemos.

Para tanto, dois grandes autores foram utilizados como eixo base para entendermos e destrincharmos as características e argumentos das duas teorias: o filósofo alemão Jürgen Habermas e o brasileiro Lenio Luiz Streck, além de outros autores.

Primeiro, foram feitas considerações acerca da função atribuída aos tribunais e sua atuação dentro do Estado Democrático de Direito instituído após o fim da Segunda Guerra Mundial, bem como diante da necessidade de se buscar a efetiva realização das promessas da modernidade, por vezes esquecida.

²³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 173.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 155

Apresenta, depois os argumentos da teoria procedimentalista segundo a qual a principal preocupação é proteger as condições do procedimento democrático e a lógica da divisão dos poderes, colocando-se contra a extrapolação, pelo Poder Judiciário, de suas atribuições primárias e contra a intervenção deste na esfera política.

Descreve, também, os fundamentos substancialistas que ao contrário da anterior, defende a função intervencionista dos juízes e tribunais, a fim de fazerem valer os princípios e valores fundamentais constitucionalmente positivados, tendo como novo paradigma o Estado Democrático de Direito.

Com isso, a *priori* pode-se depreender que os direitos e valores inseridos na Constituição, construídos democraticamente, devem sempre ter prevalência a outros textos legislativos, ainda que produzidos por maiorias eventuais, concedendo ao Poder Judiciário esta nova atribuição dentro das relações entre os poderes de Estado. O que se sugere é uma reavaliação na relação entre os poderes de forma a garantir a implementação dos conteúdos materiais da Constituição por meio da efetiva realização de seus valores substantivos.

Em um cenário onde o Poder de Estado originariamente encarregado de efetivar tais valores seja omissivo e inerte, deve-se atribuir ao Judiciário a incumbência de cumprir as promessas da modernidade, não podendo este assumir uma postura passiva diante da sociedade.

Desta forma, o que se pode concluir é que, diante da atual realidade social que anseia por modificações e efetivação dos direitos fundamentais para se alcançar uma sociedade mais justa e igualitária, a discussão acerca de qual das duas teorias é a correta parece ter perdido fundamento e importância.

A duas correntes possuem o mesmo objetivo e o mesmo pressuposto, e a oposição entre elas acaba por perder o sentido já que, até agora, nenhuma das duas, sozinha, conseguiu solucionar o problema a que se dispõem a estudar e tratar.

O trabalho não foi desenvolvido com o objetivo de defender ou adotar uma ou outra corrente, mas sim tentar buscar uma autonomia do direito que supere e vá além da discussão entre substancialistas e procedimentalistas para chegarmos a uma nova concepção em que os dois eixos possam coexistir e trabalhar em conjunto para se atingir o fim desejado.

Assim, pode-se finalizar o presente expondo que, ao passo em que os direitos fundamentais se apresentam como princípios que asseguram a efetivação da dimensão material e substancial da democracia, as normas estruturais protegem os aspectos formais desta. Neste contexto, um Estado que foca apenas em uma das duas partes (formal ou material), não atenderia ao objetivo que o Estado Democrático traz consigo.

As duas teorias devem aprender a coexistir, cada qual no seu limite, de forma moderada e conjuntamente para que os anseios e necessidades da sociedade possam começar a, de fato, serem realizadas e efetivadas em busca dos valores primários de igualdade, fraternidade e liberdade.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <>. Acesso em: 02/10/2015.
- _____. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. Tradução de Álvaro Hattner. São Paulo: Unesp, 1996.
- GLADINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Direito e democracia, entre a facticidade e validade*. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013.
- TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, jan./jun. 2007.
- WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Data de recebimento: 21/10/17

Data de aprovação: 22/11/17