

# A NOÇÃO DE *STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS* DE PETER HÄBERLE COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E DA PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS E MINORIAS

Rosana Helena Maas 

Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Brasil 

Mônia Clarissa Hennig Leal 

Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Brasil 

**Contextualização:** Este trabalho apresenta a teoria de Peter Häberle referente ao status activus processualis, status tido como fundamental na nova ordem democrática, associada à participação cidadã na concretização dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais. Trata-se de uma concepção que possui como base a teoria dos status de Georg Jellinek, sendo reformulada e atualizada. Como problemática de pesquisa, procura-se verificar se a Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê mecanismos que possam configurar a concepção de status activus processualis

**Objetivo:** Desse modo, através de uma leitura aprimorada nas obras do autor, busca-se alcançar o significado da proteção dos direitos fundamentais através do procedimento e da participação, na perspectiva de Constituição como *res publica*.

**Método:** utiliza-se da metodologia dedutiva e da técnica de pesquisa bibliográfica, no cuidado pelo acesso às obras originais do autor alemão, com o propósito de tornar-se uma fonte qualificada de consulta a todos os pesquisadores da área, com vistas à sua aplicação no direito brasileiro e latino-americano..

**Resultados:** Em conclusão, verifica-se que na Constituição Federal Brasileira de 1988 é possível encontrar procedimentos judiciais e não judiciais de participação, todavia, eles não alcançam o objetivo e significado do status activus processualis por Häberle.

**Palavras-chave:** Status activus processualis; Teoria dos status; Peter Häberle; Concretização de direitos fundamentais sociais.

### THE NOTION OF PETER HÄBERLE'S *STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS* AS TOOL FOR THE REALIZATION OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS AND PROTECTION OF MINORITIES AND VULNERABLE GROUPS

**Contextualization:** This work presents Peter Häberle's theory regarding the status activus processualis, a status seen as fundamental in the new democratic order, associated with citizen participation in the realization of fundamental rights, especially social rights. It is a conception based on Georg Jellinek's theory of status, that has been reformulated and updated. As a research issue, we seek to verify whether the Brazilian Federal Constitution of 1988 provides for mechanisms that can enforce the concept of status activus processualis.

**Objective:** Thus, through an improved reading of the Häberle's works, we seek to achieve the meaning of the protection of fundamental rights through procedure and participation, considering the notion of Constitution as *res publica*.

**Method:** To answer this question, it uses the deductive methodology and the technique of bibliographical research, seeking to access the original works of the German author, with the purpose of becoming a qualified source of consultation for researchers in Latin American.

**Results:** In conclusion, it appears that in the Brazilian Federal Constitution of 1988 we can find judicial and non-judicial participation procedures, however, they do not reach the objective and meaning of the status activus processualis in the perspective conceived by Häberle.

**Keywords:** Status activus processualis; Status theory; Peter Häberle; Realization of social fundamental rights.

### LA NOCIÓN DE *STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS* DE PETER HÄBERLE EN CUANTO HERRAMIENTA DE CONCRETIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES Y DE PROTECCIÓN DE GRUPOS VULNERABLES Y MINORÍAS

**Contextualización:** Este artículo busca presentar la teoría de Peter Häberle relativa al status activus processualis, status este comprendido como fundamental en el orden democrático, estando asociado a la participación ciudadana en la concretización de los derechos fundamentales, en especial los derechos sociales. Trátase de una concepción que toma por base la teoría de los status desarrollada por Georg Jellinek, pero siendo reformulada y actualizada. Como problemática de investigación, buscarse verificar si la Constitución brasileña de 1988 establece mecanismos que puedan figurar como identificados por la noción del status activus processualis .

**Objetivo:** Así, a partir de una lectura acurada de las obras del autor alemán, intentase profundizar el significado de la concretización de los derechos fundamentales por medio del procedimiento y de la participación, en una perspectiva de la Constitución como *res publica*.

**Método:** Para contestar la pregunta formulada, usase la metodología deductiva y la técnica bibliográfica, atentando para el cuidado de acceder a las obras en el idioma original del autor estudiado, a fin de que el texto pueda convertirse en fuente calificada de consulta a los constitucionalistas de América Latina, contribuyendo, así, para la consolidación de los derechos fundamentales.

**Resultados:** Se concluye, al final, que en la Constitución brasileña de 1988 es posible encontrar procedimientos judiciales y extrajudiciales de participación, pero que ellos no logran alcanzar el objetivo y el significado del status activus processualis propuesto por Häberle.

**Palabras clave:** Status activus processualis; Teoría del estatus; Peter Häberle; Implementación de los derechos sociales fundamentales.

## INTRODUÇÃO

Peter Häberle faz uma leitura da teoria dos *status* de Georg Jellinek, notadamente, do *status activus*, no sentido de um aprimoramento, redimensionamento e qualificação desse *status*, na ordem de formular o *status activus processualis*, marcado pela participação na forma de procedimento, enquanto *status* fundamental da ordem democrática, sendo configurado ao Estado Prestacional. Eis aqui o principal tema do presente trabalho!

A teoria de Jellinek, no solo tedesco, recebe diversas críticas e contribuições, por isso de sua contínua atualidade, sendo um ponta pé para a formulação de outros *status* por Konrad Hesse e Erhard Denninger, apenas para citar alguns autores, bem como recebe ênfase e críticas na obra de Robert Alexy: „*Theorie der Grundrechte*“ (Teoria dos Direitos Fundamentais), amplamente conhecida na América Latina.

Dado essa importância, o presente trabalho pretende, de uma forma única e diferenciada, apresentar a concepção dos *status* de Jellinek e da formulação de Häberle do *status activus processualis*, com o intuito final de verificar, criticamente, se a Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê mecanismos que possam configurar a concepção de “*due process* dos direitos fundamentais”, ao qual pertence o conceito formulado pelo autor alemão.

Para responder à problemática, utiliza-se da metodologia dedutiva e da técnica de pesquisa bibliográfica, primando-se pelo acesso às obras originais do autor alemão, com o propósito de se tornar uma fonte qualificada de consulta a todos os pesquisadores da área, com vistas à sua aplicação no direito brasileiro e latino-americano.

Em ponto de destaque, ainda, a importância do trabalho vem na contribuição para a melhor compreensão e visualização de alguns aspectos controvertidos relacionados ao tema, no sentido que a partir desse artigo, possa-se avançar na compreensão, efetivação e garantia dos direitos fundamentais, principalmente quanto à sua materialização.

### 1. O STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS DE PETER HÄBERLE: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO PROCEDIMENTO

Jellinek, em seu trabalho “*System der subjektiven öffentlichen Rechte*” (“Sistema dos direitos subjetivos públicos”), de 1905, apresenta a sua “teoria dos *status*” aos direitos fundamentais e, dessa forma, propõe quatro modalidades diferentes de *status*, sendo eles: *status passivus* (ou *status subjectionis*), *status negativus* (ou *status libertatis*), *status positivus* (ou *status civitatis*) e *status activus* (ou *status aktiver Zivität*).

Muitas críticas vieram a essa teoria e inúmeras construções e ampliações podem

ser observadas acerca dela, com a constituição e inclusão de mais modalidades de *status*<sup>1</sup>, ao que se deve a atualidade da teoria.<sup>2</sup> Nesse contexto, apresenta-se Peter Häberle<sup>3</sup> que, a partir da “teoria dos *status*”, propõe um aprofundamento do *status activus*, sugerindo, desse modo, o *status activus processualis* à nova ordem democrática, na medida em que a concepção primária não é mais suficiente.

Em face dessas considerações, passa-se a abordar, em primeira linha, a teoria dos *status* de Jellinek, para, a partir de então, poder-se aprofundar e dimensionar o *status activus processualis* formulado por Häberle<sup>4</sup>. Nesse quadro, é importante esclarecer o que constitui o *status*<sup>5</sup>, que relação, obrigação pretende ocasionar. Dessa maneira, destaca-se que Jellinek retirou essa terminologia do direito romano e passou a identificá-la com a relação do indivíduo

---

<sup>1</sup> Nesse sentido, pode-se citar o *status constituens* de Denninger, o *status* de direito constitucional e de direito político geral de Hesse e o *status libertatis* de Grabitz: “Die Lebendigkeit der Jellinekschen Statustheorie zeigt sich an Versuchen wie dem Häberles, sie von ihrem, wie er sagt, >>spät absolutistischen Kopf auf demokratische Füße zu stellen, <<sowie in den Konstruktionen konkurrierender oder ergänzender Status, etwa des status constituens Denningers, des verfassungsrechtlichen und des allgemeinen staatsbürgerlichen Status Hesses, des status activus processualis Häberles und Grabitz status libertatis”, ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 229.

<sup>2</sup> “Es ist nicht nur ihr historischer Rang als Beispiel großer juristischer Begriffs- und Theoriebildung, der ein Eingehen auf sie rechtfertigt. Als Grundlage von Einteilungen der Grundrechte wirkt sie in die Gegenwart fort”, ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. p. 229.

<sup>3</sup> “Unsere Wissenschaft darf nicht auf diesem Status quo ausgefeilter Dogmatik verfahren”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**, n. 30, 1972. p. 45.

<sup>4</sup> Häberle, como citado em SEGADO, Francisco Fernández. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo. In: HÄBERLE, Peter (Ed.). **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Traducción de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. pp. LV e LVI, além da formulação do *status activus processualis*, elaborou outros dois *status*: o primeiro deles é o *status corporativus*, que diz respeito à proteção dos direitos dos grupos, particularmente das minorias; após, abarca o *status mundialis hominis*, sendo este *status* derivado do *status civilis e culturalis* nacional, podendo ser encontrado nos textos que proíbem expressamente uma diferenciação por razões de nacionalidade. No entanto, no estudo realizado nas obras de Peter Häberle, encontra-se a indicação de vários outros *status*, para citar: *status activus bürgerschaftlicher*; *status activus processualis europarechtliche*, *status activus processualis korporative Seite*; *status activus processualis Stufungen*; *status activus processualis verfassungsrechtliche*; *status activus processualis verwaltungsrechtliche*; *status der Freiheit*; *status der Gleichheit*; e, *status der Öffentlichkeit*, HÄBERLE, Peter. Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwaltungsrecht (1977) mit Nachtrag: Die Aktualität des status activus processualis. **En Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Vefassungstheorie der offenen Gesellschaft**. Berlin: Duncker & Humblot, 1978a.

<sup>5</sup> Häberle, em outro texto seu, visto que não faz isso nos dois textos específicos referentes ao *status activus processualis*, apresenta o conceito de *status*, sendo este o resultado da relação existente entre indivíduo-Estado, da posição jurídica que o indivíduo ocupa dentro das instituições, vindo a constituírem a instituição e o *status*, um conjunto correspondente ao direito fundamental: “La teoría de los status de los derechos fundamentales ha tomado en consideración hasta hora, sobre toso, la relación de status individuo-Estado; se contrapone al individuo al Estado o se le agrega. Si se reconoce una dimensión institucional de los derechos fundamentales en el modo aquí señalado, resulta evidente la necesidad de un ensanchamiento de la teoría de los status en la manera mencionada. El concepto de status es la categoría jurídica adecuada para la caracterización de la posición jurídica que corresponde al individuo dentro de las instituciones. La ‘institución y el status constituyen un conjunto’, el conjunto del correspondiente derecho fundamental”, HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Traducción de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003P. 112.

com o Estado<sup>6</sup>. Na leitura de uma relação do Estado que vem qualificar o indivíduo<sup>7</sup>. Conforme esse entendimento, o indivíduo encontra-se vinculado a determinado Estado, seja como sujeito de deveres, seja como sujeito de direitos.<sup>8</sup>

Assim, partindo da análise das posições jurídicas do indivíduo em face de sua relação com o Estado, Jellinek postula que cada sujeito encontra-se, a um só tempo, em diferentes *status*, vindo a desempenhar, também, distintos papéis. Nesse particular, cada indivíduo pode ocupar mais que um *status*, dependendo da relação que tiver com o Estado, visto que os *status* não são excludentes entre si<sup>9</sup>.

Importante é esclarecer que a “teoria dos *status*” é uma teoria que possui estreita vinculação com os direitos fundamentais, mas não se identifica com eles, não podendo assim ser denominada como uma teoria dos direitos fundamentais, visto que abrange as diferentes características atribuídas às distintas gerações/dimensões de direitos, tanto que Alexy a compreende como uma teoria de classificação dos direitos fundamentais<sup>10</sup>. Dessa forma, Jellinek não vincula a sua “teoria do *status*” a direitos específicos (em termos de conteúdo), o que lhe confere um caráter universal, sendo aplicável a diferentes Constituições e a distintos direitos e Estados.<sup>11</sup>

Menciona-se, ainda que, Jellinek pretende, com sua teoria, apresentar a importância de a participação não ficar adstrita ao voto, o que reportaria ao feudalismo e ao absolutismo, em que a relação do indivíduo com o Estado era diferente<sup>12</sup>. Destarte, verifica-se que o contexto cada vez mais se fecha na ideia de que a relação do indivíduo com o Estado precisa se modificar de acordo com a realidade<sup>13</sup>.

---

<sup>6</sup> “Ein Status ist damit eine wie auch immer beschaffene Relation zwischen Bürger und Staat”, ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. p. 230.

<sup>7</sup> “Die Persönlichkeit ist theoretisch einme das Individuum qualifizierende Beziehung zum State”, JELLINEK, Georg. **System de subjektiven öffentlichen Rechte**. 2. Ed. J. C. Mohr: Tübingen, 1919. p. 83.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 162.

<sup>9</sup> “Kraft seiner Zugehörigkeit zum Staate ist also das Individuum in eine Mehrheit von Statusverhältnissen gesetzt”, JELLINEK, Georg. **System de subjektiven öffentlichen Rechte**. p. 86.

<sup>10</sup> “Als Grundlage von Einteilugen der Grundrechte wirkt sie in die Gegenwart fort”, ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. p. 229.

<sup>11</sup> Para aprofundar o assunto, aconselha-se a leitura da seguinte obra *Judicialização da saúde e controle jurisdicional de Políticas Públicas: entre informação e participação*, LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **Judicialização da saúde e controle jurisdicional de políticas públicas: entre informação e participação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

<sup>12</sup> “Der Bürger des modernen Staates mit Wahlrecht, ungehinderter Erwerbs – und Besitzfähigkeit ist eine dem Umfang nach von dem an die Scholle gebundenen, von der Teilnahme am Staate ausgeschlossenen Angehörigen des feudalen und absoluten Staates verschiedene Persönlichkeit”, JELLINEK, Georg. **System de subjektiven öffentlichen Rechte**. p. 84.

<sup>13</sup> “Ein Staat der, mit einziger Ausnahme des Herrschers, aus nur Subjizierten bestünde, ist logisch möglich, wenn er auch nie Realität besessen hat, es wäre der Sklavenstaat mit einem einzigen Berechtigten an

Em que pese essas considerações, analisam-se os quatro *status* construídos por Jellinek.<sup>14</sup> O primeiro deles, o *status passivus*, também denominado *status subjectionis*, consiste numa perspectiva de submissão, de sujeição do indivíduo frente ao Estado, ao qual é dada a competência para estabelecer algumas exigências ou proibições que levem o indivíduo à sujeição das mesmas.<sup>15</sup>

Prosseguindo, o *status negativus*<sup>16</sup> ou *status libertatis* configura um espaço conformado pela esfera de liberdade individual, assentada em questões que se afiguram como irrelevantes para o Estado, situação em que essa liberdade se apresenta, justamente, como oposta à noção de submissão do *status passivus*<sup>17</sup>. Quando a literatura trata do *status negativus*, associa-o aos direitos de defesa, assim sendo, direitos a ações negativas frente ao Estado<sup>18</sup>.

Quanto ao *status positivus* ou *status civilitatis*, constitui-se como um *status* que está associado à civilidade, numa condição não apenas de liberdade, como ocorre no *status* anterior, mas de garantia de direitos em face do Estado<sup>19</sup>. Esse *status* apresenta-se em uma relação oposta com o *status negativus* e isso decorre do fato de que ele tem relação com os direitos de prestação, vindo a reclamar, de tal modo, prestações positivas do Estado<sup>20</sup>.

Em virtude dessas considerações, afirma-se que os dois primeiros *status*, o

---

*der Spitze, dem das Volk als absolut rechtlos, der Persönlichkeit der gegenüberstünde*", JELLINEK, Georg. **System de subjektiven öffentlichen Rechte**. p. 24.

<sup>14</sup> "Durch die die Basis aller staatlichen Wirksamkeit bildende Unterwerfung unter den Staat befindet sich der einzelne innerhalb der individuellen Pflichtsphäre, im passiven Status, im status subiectionis, in dem die Selbstbestimmung und daher die Persönlichkeit ausgeschlossen ist", JELLINEK, Georg. **System de subjektiven öffentlichen Rechte**. p. 86.

<sup>15</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional e cidadania no contexto democrático: perspectivas de uma jurisdição constitucional aberta. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas - Desafios contemporâneos**. n. 9. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p. 2876.

<sup>16</sup> "Die Herrschaft des Staates ist eine sachlich begrenzte, im Gemeininteresse ausgeübte Herrschaft. Sie ist eine Herrschaft über nicht allseitig Subizierte, d.h. über Freie. Dem Staatsmitglieder kommt daher ein Status zu, in dem er Herr ist, eine staatsfreie, das Imperium verneinende Sphäre. Es ist die der individuellen Freiheitssphäre, den negativen Status, des status libertatis, in welcher die streng individuellen Zwecke durch die freie Tat des Individuums ihre Befriedigung finden", JELLINEK, Georg. **System de subjektiven öffentlichen Rechte**. p. 87.

<sup>17</sup> "Damit ist treffend ausgedrückt, daß der passive und der negative Status zueinander im Verhältnis der Kontradiktion stehen", ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. p. 235.

<sup>18</sup> "Wenn in der Literatur vom negativen Status die Rede ist, wird meist auf abwehrrechte, also auch Rechte gegenüber dem Staat auf negative Handlungen Bezug genommen", ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. p. 233.

<sup>19</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional e cidadania no contexto democrático: perspectivas de uma jurisdição constitucional aberta. p. 2876.

<sup>20</sup> "Indem der Staat in Erfüllung seiner Aufgaben dem einzelnen die rechtliche Fähigkeit zuerkennt, die Staatsmacht für sich in Anspruch zu nehmen, die staatlichen Institutionen zu benutzen, also dem Individuum positive Ansprüche gewährt, erkennt er ihm den positiven Status [...]", JELLINEK, Georg. **System de subjektiven öffentlichen Rechte**. p. 87.

*passivus* e o *negativus*, deparam-se em uma relação oposta (proibições e liberdades), enquanto o *status negativus* encontra-se justamente reflexo ao *status positivus*<sup>21</sup>.

Jellinek completa a sua teoria com o reconhecimento do *status activus*, compreendido como *status* da cidadania ativa (*der Status aktiver Zivität*), que vem configurar a participação no Estado, em sua organização<sup>22</sup>.

Esse *status* corresponde ao sentido de que a atividade do Estado apenas se faz possível através do indivíduo, sendo que é por esse *status* que é possível os cidadãos conquistarem os seus direitos políticos frente ao Estado<sup>23</sup>. Cabe ressaltar, todavia, que o direito do indivíduo de participar, na teoria de Jellinek, encontra-se limitada ao voto, ou seja, ele está relacionado a uma perspectiva formal de participação, representativa, a uma participação no Estado em sentido estrito<sup>24</sup>.

Em resumo, pode-se conceituar e caracterizar o *status passivus* como aquele mandato de proibição do Estado que afeta o indivíduo, a possibilidade de o Estado exigir algo do indivíduo; o *status negativus*, como caracterizado pela liberdade individual, é oposto à noção do *status passivus*; o *status positivus* como associado à ideia de garantia de direitos frente ao Estado; e, por último, o *status activus*, que traz uma concepção de cidadania ativa do cidadão, sendo essa parte da configuração estatal.

Nesse contexto, a partir de uma dimensão ampliada, redimensionada e qualificada do *status activus*, Häberle apresenta o *status activus processualis*, enquanto *status* de participação no processo público de estabelecimento dos conteúdos associados aos direitos

---

<sup>21</sup> "Dadurch wird der positive Status zum gerade Widerspiel des negativen", JELLINEK, Georg. **System de subjektiven öffentlichen Rechte**. p. 121.

<sup>22</sup> "Verhält es sich aber so, dann scheint ein Anspruch auf Teilnahme am Staate, ein Anspruch aus staatliche Organschaft ausgeschlossen", JELLINEK, Georg. **System de subjektiven öffentlichen Rechte**. p. 137.

<sup>23</sup> "Die Tätigkeit des Staates ist nur durch individuelle Tat möglich. Indem der Staat dem Individuum die Fähigkeit zuerkennt gesteigerter, qualifizierter<sup>23</sup>, aktiver Zivität. Es ist der aktive Status, der Status aktiver Zivität, in welchem der sich befindet, der die s.g. politischen Rechte im engeren Sinne auszuüben berechtigt ist", JELLINEK, Georg. **System de subjektiven öffentlichen Rechte**. p. 87.

<sup>24</sup> Alexy critica o *status activus* no sentido de que Jellinek, visto que ao conceber a teoria dos *status* não se preocupou em materializar a mesma e nem trouxe limitações a ela. Nesse sentido, a competência para celebrar um contrato não pertence ao *status activus*. Todavia, a competência para interpor uma demanda frente a um Tribunal Administrativo, trata-se de uma competência que perpassa pela ideia de cidadão/Estado, o que por sua vez seria da ordem do *status activus*; dizendo assim, que é necessário haver a ampliação da teoria e também a correção da mesma: "Er ist zwar leicht zu sagen, daß die Kompetenz, einen Vertrag zu schließen, nicht zum aktiven Status gehört, und es kann auch kein Zweifel sein, daß das Wahlrecht (Art. 38 GG) der Prototyp einer dem aktiven Status zuzuordnenden Kompetenz ist, neben solchen klaren Fällen gibt es aber zahlreiche Zweifelsfälle. So ist die Kompetenz, eine verwaltungsgerichtliche Klage zu erheben in der Bürger/Staat-Relation bestehende Kompetenz. Nach dem Jellinekschen Kriterium der Teilnahme am Staate kann man aber bezweifeln, daß sie zum aktiven Status gehört. An diesem Punkt zeigt sich erneut der relativ grobe Charakter der Jellinekschen Theorie und die Notwendigkeit, sie mit Hilfe einer feiner zugeschnittenen Theorie der rechtlichen Grundpositionen auszubauen und auch zu korrigieren", ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. p. 243.

fundamentais e à própria democracia, direcionada ao Estado Prestacional.

Vale destacar que Häberle<sup>25</sup> começa a formulação de seu *status* frente à crítica imposta à teoria de Jellinek, no sentido de que essa teoria veio a ser concebida para um Estado Liberal, em que o *status negativus* representava a relação existente entre o indivíduo e o Estado, no aspecto de assegurar direitos de defesa, o que, por sua vez, em um Estado Social, não é suficiente, pois a própria legislação social aparece com uma nova relação entre os cidadãos e o Estado, bem como entre Legislativo e Executivo. A questão maior é: o direito social de prestação não pode ser reduzido a um plano meramente técnico, nem se limitar a uma confrontação meramente formal, visto que tal direito busca um aspecto ativo, cooperativo, comunicativo e de participação no processo, que não pode retroceder<sup>26</sup>.

Nesse quadro, Häberle assevera que o Estado Social e os direitos sociais concebem em si características próprias de relevância constitucional positiva<sup>27</sup>. E, além do mais, o Estado Prestacional é estruturado sobre a base de um conceito de Constituição que abarca tanto o Estado como a sociedade, no contexto de uma *res publica*. Desse modo, o Estado Social é constituído por direitos fundamentais que perpassam pelas categorias de organização e procedimento de forma direta ou indireta aos cidadãos ou grupos, que estabelecem uma relação primária positiva com esses direitos<sup>28</sup>.

Percebe-se que a concepção do autor vem no sentido de “ampliar e qualificar” a relação do Estado com a sociedade, ou seja, não apenas na tônica de direitos de defesa, característica do *status negativus* e da democracia liberal, mas na ideia de prestações positivas à sociedade, que remetem ao *status positivus*, em um contexto em que a Constituição se afigura como produto da *res publica*, como obra de uma sociedade aberta de intérpretes<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDÄiRL)**. pp. 47-48.

<sup>26</sup> “Das dem Leistungsrecht eigene aktiv sozialgestaltende Moment) läßt Kooperations-, Kommunikations-, Partizipations-, Verfahrens- und Organisationsformen in den Vordergrund rücken”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDÄiRL)**. p. 48.

<sup>27</sup> “Die Systematisierung der Leistungsgesetze rechtfertigt sich, deshalb, weil die einzelnen Typen sich zwar durch prinzipiell positive Grundrechtsrelevanz auszeichnen [...]”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDÄiRL)**. p. 52.

<sup>28</sup> “Leistungsstaat ist der vom GG konstituierte Staat, der durch Organisation und Verfahren unmittelbar oder mittelbar für Bürger und Gruppen”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDÄiRL)**. p. 55.

<sup>29</sup> No Brasil, Peter Häberle afluente espaço e conhecimento da comunidade jurídica com a tradução da obra “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten” (“A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”), pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em 1997. Assevera-se que o constitucionalista alemão propõe uma teoria que trabalha com a ideia de uma Constituição aberta, democrática e plural, fruto da interpretação da sociedade, de uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Enfim, uma Constituição que é representante do povo (*Volk*), que a vive e que a legitima. Verifica-se, dessa maneira, que o pressuposto é o de que a Constituição só será aberta e plural na medida em que a democracia atuar como regente do Estado Constitucional, HÄBERLE, Peter. Die offene

O objetivo é concretizar materialmente a Constituição, ou seja, sair de um aspecto meramente teórico e técnico para a prática dos direitos fundamentais, na concepção de que a abertura da interpretação é apenas uma parte (*Stück*) da Constituição Política dentro do modelo social e democrático; agora, ela precisa vencer o desafio da técnica, de materializar, processualizar esses direitos, no sentido de haver a garantia da lei e do processo aos direitos fundamentais – na compreensão de um “*grundrechtlichen due process*”, assim compreendido, como “*due process* dos direitos fundamentais”<sup>30</sup>. Afirma-se: o autor pretende trazer uma nova dogmática a esses direitos, tradicionalmente liberais, para que eles, na perspectiva de uma vida social da *res publica*, se efetivem<sup>31</sup>.

Importante é esclarecer um ponto fundamental dessa concepção no que diz respeito às limitações quanto ao *status activus processualis*, pois não se pode esquecer que o seu conceito de fundo, de base, surge da percepção da relação do indivíduo com o Estado, pelo conceito de *status*. Nesse sentido, na teoria da sociedade aberta, o autor traz a concepção de interpretação aberta e plural; sendo que agora, ele pretende dar efetividade a essa teoria, isso através de um processo público de interpretação em que o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que, na interpretação e exercício de seus Poderes, sejam ponderados e ouvidos os interesses da sociedade. A noção de “processo”, nesta concepção, está ligada ao conceito de participação por meio de um processo aberto e plural de interpretação, e não propriamente a uma participação no processo constitucional, na feição de um processo institucionalizado.

Feito o excuro, assevera-se que o *status activus* configura o *status* fundamental, o *status* básico (*er ist der Grundstatus*) do Estado Democrático, em que a garantia de direitos fundamentais sociais, direitos positivos, passa por esse *status*, no entendimento de que o Estado Social só se concretiza através do *status activus*<sup>32</sup>.

O objetivo, assim, não é apenas assegurar os direitos fundamentais prestacionais, mas também a sua praticidade. Dessa forma, com o fim de concretizar o *status positivus*, segue-se o rumo de abandonar uma democracia liberal, para adotar a ideia de uma democracia participativa, material, o que ocorre através do *status activus*, o *status* da cidadania. Todavia, não é configurado como da forma original pela “teoria dos *status*” de

---

Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag. **En Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft**. Berlin: Duncker & Humblot, 1978b. p. 169.

<sup>30</sup> HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. pp. 55-81.

<sup>31</sup> “Unter Geänderten Bezugspunkten der Grundrechte bedarf es nun ihrer Neustrukturierung i.S. einer Dogmatik, die sie im sozialen Leben der *res publica* insgesamt effektiviert”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. p. 69.

<sup>32</sup> HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. p. 73.

Jellinek, mas a partir de uma reconstrução da teoria dos *status* (*Umbau der Statuslehre*), uma revisão da teoria para colocá-la na ordem da democracia atual<sup>33</sup>.

Nessa perspectiva, o *status activus* comporta-se como o *status* fundamental, básico (*status activus als Grundstatus*), está numa relação de preferência em face dos demais, o que, porém, não os exclui, servindo os mesmos como *status* complementares, apoiando-se no *status activus*<sup>34-35</sup>. Tem-se, nesse sentido, em face ao todo asseverado e às exigências do Estado Social, uma teoria prática de concretização desses direitos, interligando o direito material ao processual<sup>36</sup>.

O *status activus processualis*, diante de tal quadro, apresenta a noção de um *status* para uma processualização, concretização processual dos direitos fundamentais, de um processo aberto e plural de interpretação constitucional (e aqui o autor não restringe aos direitos sociais, vem como um *status* que deve abranger todo tipo de procedimento em matéria de direito fundamental); toma a face, portanto, de um *status* de procedimento dos direitos fundamentais, no sentido de reforçar a concretização material desses direitos através do processo<sup>37</sup>, a partir da ideia de que a concretização dos direitos fundamentais só se dá por meio do procedimento: “*prozessuale Grundrechtskonkretisierung*”<sup>38</sup>.

É interessante, aqui, fazer uma comparação entre a teoria de Jellinek e a de Häberle, visto que, conforme mencionado, a teoria de Jellinek não atribuía, diretamente, relevância ao conteúdo dos direitos fundamentais, mas sim à classificação dos mesmos. Häberle, por sua vez, ao atualizar a teoria, dá a ela uma maior importância, no sentido de que a “*teoria dos status*” passa a configurar uma teoria para efetivar os direitos fundamentais, assim sendo, não se identifica com o conteúdo dos direitos, mas com sua concretização – na

---

<sup>33</sup> HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. p. 80.

<sup>34</sup> “*Ausgangspunkt ist der status activus als Grundstatus (Art. 1 I GG), abgestützt und ergänzt durch den status negativus, den status positivus und passivus*”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. p. 80-81.

<sup>35</sup> A cada direito fundamental é preciso verificar como se encontram assegurados os *status positivus*, *negativus* e *passivus* nos diferentes modelos de Estado através do *status activus*: “*Für jedes Grundrecht ist gesondert zu untersuchen, wie etwa der status negativus auch im status activus oder positivus absichernde wirkt, so daß ein differenziertes Statusbild entsteht*”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. p. 81. Repetese: a teoria é para os direitos fundamentais como um todo e não somente aos direitos fundamentais sociais.

<sup>36</sup> HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. pp. 80-81.

<sup>37</sup> “*Über Verfahren wird die materiellrechtliche Seite der Grundrechte im Leistungsstaat gestärkt*”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. p. 86.

<sup>38</sup> HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. p. 87.

concepção de que qualquer direito fundamental se concretizará nos diferente *status*.

Nessa interpretação, por exemplo, não se pode compreender todos os direitos a prestações somente na ordem de direitos a ações positivas, ou vice-versa, visto que esses direitos, como os demais direitos fundamentais, podem receber a confrontação, desdobrar-se em distintas formas e permear-se nos diferentes *status*. Dessa maneira, um direito à prestação pode se caracterizar, além de sua faceta positiva, em uma posição de submissão do indivíduo e do Estado à lei, de defesa perante a ofensas de terceiros, como do próprio Estado, bem como de participação estatal<sup>39</sup>.

Tem-se, nesse olhar, que a importância da teoria não se remete apenas a uma “reserva de lei” (*Gesetzesvorbehalt*), mas a uma “reserva processual de prestação” (*Leistungsvorbehalt*). Sustenta o autor que haverá a concretização formal e material dos direitos fundamentais e que a técnica se unirá à prática, concebendo-se, desse modo, um “devido processo dos direitos fundamentais” (*grundrechtlichen due process*<sup>40</sup>), em vista de que é um *status* de participação *no* e *em face do* Estado Prestacional<sup>41</sup>. Pode-se se dizer que a “reserva de lei” vem a ser concretizada pela “reserva processual”, conformando um devido processo legal. Conclui-se, assim, que a concretização do direito ocorre *in processu*<sup>42</sup>.

Em resumo: a efetivação dos demais *status*, de uma forma prática e material, ocorre através do *status activus*, entendido como o *status* básico, mas de forma remodelada e ampliada: o *status activus processualis*. Nesse aspecto, o *status positivus*, no Estado Social, é reivindicado pelo *status activus*<sup>43</sup> em uma concepção em que o direito subjetivo vem a ser o veículo para o direito objetivo, para que este se concretize<sup>44</sup>.

---

<sup>39</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena; KIRSTE, Stephan. **Direitos (fundamentais) sociais e sua justiciabilidade**: Brasil, Alemanha e Áustria. Curitiba: Íthala, 2021. p. 44.

<sup>40</sup> Essa concepção é repetidamente abarcada pelo autor na obra, o que faz trazê-la novamente nas palavras do mesmo: “Das – vorgezogene – Verfahren kann einen Ausgleich der einander widerstreitenden Gesichtspunkte gewährleisten, bevor es zum Konflikt kommt; es wird zum Vehikel praktischer Konkordanz (Hesse) zwischen Grundrechten und Leistungsstaat. „Leistungsgesetze“ (hier besonders Organisations – und Verfahrensgesetze) sowie prozessuale und pluralistische Gemeinwohlbestände bestätigen die Konzeption eines solchen grundrechtlichen due process”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. p. 87.

<sup>41</sup> “Der status activus processualis ist dem bisher primär materiell-rechtlichen status activus) zuzuordnen (Status der Partizipation am und im Leistungsstaat)”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. p. 81.

<sup>42</sup> HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. p. 87.

<sup>43</sup> “Deneben gewinnt der status positivus) am Bedeutung: er meint grundrechtliche Leistungsansprüche gegen den Staat als Konsequenz des status activus”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. p. 81.

<sup>44</sup> “Das die sozialen Grundrechte ausgestaltende Leistungsrecht kann sie zu Ansprüchen verdichten; in diesem Fall wirkt das subjektive Recht als „Vehikel“ der objectiven Verfassungsverbürgung”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAiRL)**. p. 91.

Häberle ainda se preocupa em afirmar que a concretização e proteção material dos direitos fundamentais no Estado Prestacional ocorre através do procedimento, mais especificamente, através de duas vias, ou seja, de um procedimento bidirecional, de mão dupla, em uma proteção jurídica em sentido estrito (procedimentos judiciais) e em sentido amplo (instrumentos não judiciais) de um lado; sendo de outro, o *due process jusfundamental* e o *status activus processualis*<sup>45</sup>. Trata-se da conjugação desses dois lados. O que leva a compreensão, que essa proteção ocorre através de procedimentos judiciais, bem como não judiciais (alertando o autor da importância desses), desde que sejam regrados por um aspecto jurídico-processual, característico do *status activus processualis*.

Aqui há uma nota de extrema importância a ser realizada (novamente), pois a concepção de processo de Häberle não está adstrita ao direito processual, mas de um processo tido como aberto, público, acessível, transparente, plural e democrático de concretização dos direitos fundamentais, processos e/ou procedimentos, que podem ser judiciais como não judiciais. Nessa compreensão, trata-se de um *status* que se refere ao aspecto jurídico-processual da liberdade jusfundamental (*grundrechtlichen due process*). Vigora uma participação processual – em um processo compreendido como aberto e plural, não na ideia de processo judicial – aos direitos fundamentais.

Do que se concebe que a participação por meio do procedimento na forma do *status activus processualis* caracteriza-se por uma proteção em sentido amplo, ocorrendo, também, por meio de instrumentos não judiciais<sup>46</sup>; pressupondo, de tal modo, instrumentos públicos e abertos, na ordem da sociedade também fazer parte na concretização dos direitos sociais, que possuem, por si só, um cunho político.

Na ordem de conclusões iniciais, verifica-se que Häberle apresenta, como procedimentos que compõem o *status activus processualis*, procedimentos judiciais e não judiciais, caracterizados pela participação, abertura, democratização na garantia dos direitos fundamentais, aspectos esses que não se concretizam apenas em um aspecto formal. Frente a essa leitura, far-se-á, na sequência, um inventário na Constituição Federal Brasileira de 1988, a fim de identificarem-se eventuais procedimentos judiciais e não judiciais, para, após analisar, criticamente, se são formas de previsão e configuração do *status activus processualis*.

---

<sup>45</sup> “Grundrechtsschutz im Leistungsstaat kann nicht allein vom gerichtlichen Rechtsschutz a posteriori her aufgezümt werden). Daher ist zweigleisig zu verfahren: über Rechtsschutz im engeren Sinne (Gerichtsschutz) einerseits und im weiteren Sinne (nichtsjudizieller Art)), den grundrechtlichen due process, status activus processualis andererseits. [Das angloamerikanische Rechtsdenken über den „due process of law“ könnte hier fruchtbar werden.]”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAfRL)**. p. 121.

<sup>46</sup> “Beim Rechtsschutz im weiteren Sinne hat man sich von dem Denken aus der richterlichen Entscheidungssituation zu lösen), das es hier auch um das Entstehen grundrechtsbezogenen Leistungsrechts geht)”, HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAfRL)**. p. 122.

## 2. A CONFIGURAÇÃO DO STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A Constituição Federal Brasileira de 1988 tem como norte a participação da sociedade nas atuações do Estado, numa concepção de que Estado e sociedade atuem de forma interligada e não separadamente, que juntos deem eficácia e efetividade ao texto constitucional. Nesse olhar, o próprio texto constitucional institui como princípio fundamental da República Federativa do Brasil a cidadania, recebendo destaque especial o parágrafo único do artigo 1º, que proclama que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”<sup>47</sup>.

Nesse contexto, realiza-se, em um primeiro momento, uma pesquisa na Constituição para verificar os procedimentos que permitem que a sociedade participe da *res publica*, destacando-os, para, em seguida, passar a classificá-los com mecanismos que podem ou não ser enquadrados na concepção de *status activus processualis*.

De tal forma, o primeiro desses procedimentos refere-se ao direito de petição, previsto no artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, que assegura a todos, independentemente de pagamentos de taxas, o direito de petição frente aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Esse direito, conforme o Supremo Tribunal Federal decidiu na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.247/PA, esteve presente em todas as Constituições brasileiras, qualificando-se como importante prerrogativa de caráter democrático<sup>48</sup>. Esse instrumento jurídico é posto à disposição de qualquer interessado, mesmo àqueles destituídos de personalidade jurídica, vindo com o objetivo maior de permitir a defesa perante as instituições estatais.

Na linha da Constituição Federal, o próximo instrumento encontrado é a Ação Popular, prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, disciplinando que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada a má-fé, isento de custas judiciais e ônus de sucumbência”<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 abr. 2023.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.247/DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 11 de junho de 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

<sup>49</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Quanto à Ação Popular, o instituto está regulado na Lei 4.717, de 29 de junho 1965, sendo que constitui a Súmula 365 do Supremo Tribunal Federal o fato de a pessoa jurídica não possuir legitimidade para demandar a presente ação, que deriva, em sua causa, da própria dicção do artigo, visto os objetivos são os interesses da comunidade. O bem protegido é a sociedade!

Prosseguindo, tem-se os institutos do plebiscito (artigos 14, inciso I; 18, parágrafo terceiro e quarto; 49, inciso XV, todos da Constituição Federal e a Lei 9.709/98), do referendo (artigos 14, inciso II, e 49, inciso XV, da Constituição Federal e a Lei 9.709/98) e da iniciativa popular (artigos 27, parágrafo quarto; 29, inciso XIII, e 61, *caput* e parágrafo segundo, todos da Constituição Federal).

No Brasil, há de se considerar o plebiscito de 1993, com o objetivo de determinar a forma e sistema de governo. Esse instrumento configura-se como uma consulta popular de caráter deliberativo, obrigatório, em que o cidadão é chamado para decidir sobre um fato ou decisão a ser tomada, sendo o resultado da consulta vinculativa ao Estado. Configura-se como instrumento de cunho administrativo e não eleitoral<sup>50</sup>.

Uma vez que cabe ao Congresso Nacional autorizar os institutos do plebiscito e do referendo (não os convoca, apenas os autoriza), ele não pode, de ofício, determinar a sua realização devido à forma de organização das entidades federativas brasileiras, em que Estados e Municípios podem vir a disciplinar tais instrumentos, conforme o artigo 49, inciso XV, da Constituição Federal. Ainda, a Constituição Federal, no artigo 18, parágrafo terceiro e quarto, prevê o plebiscito no caso, conforme parágrafo terceiro, da possibilidade dos Estados incorporar-se entre si, como subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem em outros, ou vir a formarem novos Estados e Territórios Federais; e, parágrafo quarto, na criação, incorporação, fusão ou desmembramento de Municípios<sup>51</sup>.

Em 2005, foi realizado o último referendo, esse sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munição que havia sido estabelecida na Lei n° 10.826, de 2003. O referendo<sup>52</sup>, por sua vez, é caracterizado pela oportunidade que o cidadão tem de manifestar-se sobre decisões de órgãos legislativos ou administrativos, no sentido de manter a determinada decisão ou desconstituí-la. Trata-se de uma hipótese de voto popular, obrigatório, porém restrito aos termos que lhe são sujeitos. Também, como visto acima, cabe

---

<sup>50</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 154.

<sup>51</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. p. 154.

<sup>52</sup> A diferença entre referendo e plebiscito está no fato que o plebiscito ocorre anteriormente à decisão, já o referendo, ocorre após a decisão tomada, assim seja, o povo ratifica ou não a decisão do governo sobre determinado assunto.

ao Congresso Nacional a competência de tão-somente autorizar o referendo<sup>53</sup>.

A iniciativa popular, regulada pelos artigos 27, parágrafo quarto, 29, inciso XIII, e 61, *caput* e parágrafo segundo, todos da Constituição Federal, por sua vez, atribui aos cidadãos ou a pessoas jurídicas que representem alguma categoria de interesses, em quórum definido (em nível federal, sendo de um por cento do eleitorado nacional), competência para propor medidas legislativas ou decisões administrativas, apesar de que a Constituição Federal prevê apenas na primeira modalidade. Cada entidade federativa possui competência para regular tal mecanismo<sup>54</sup>. A iniciativa popular de lei mais notória, foi decorrente da morte da filha da escritora Glória Pires, Lei 8.930/94, referente aos crimes hediondos.

Destacadas algumas formas de participação, assevera-se que o direito de petição, a ação popular, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular são os instrumentos mais conhecidos presentes na Constituição Federal, no entanto, fazendo uma análise mais detalhada, encontram-se ainda outras previsões importantes para essa conformação da noção de participação democrática. A primeira delas consiste, em matéria municipal, na cooperação de associações representativas previstas ao planejamento municipal, conforme o artigo 29, inciso XII, da Constituição Federal.

Na Administração Pública, conforme o artigo 37, parágrafo terceiro, encontra-se a previsão de que lei disciplinará as formas de participação do usuário de forma direta ou indireta, quanto, ao inciso primeiro, ao direito de reclamação relativo à prestação de serviços públicos em geral, assegurado a manutenção de serviço de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços, regulados pela Lei 2.438/01; inciso segundo, o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre atos de governo, o que veio a ser regulado pela Lei de Acesso à Informação, Lei 12.527/01; e, inciso terceiro, a representação, contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função, na Administração Pública, conforme disciplinada pela Lei 4.868/65.

Prosseguindo, encontra-se a possibilidade de participação da sociedade nas Comissões permanentes ou temporárias constituídas pelo Congresso Nacional e por suas Casas, de duas formas distintas, a primeira delas, conforme artigo 58, parágrafo segundo, inciso segundo, no caso de as comissões realizarem audiências públicas com a sociedade civil; e, conforme artigo 58, parágrafo segundo, inciso quarto, podendo qualquer pessoa apresentar às Comissões, através de petições, reclamações, representações ou queixas contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas.

Outro instrumento consiste na possibilidade de participação no Conselho da República de seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo

<sup>53</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. pp. 154-155.

<sup>54</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. pp. 154-155.

dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, sendo vedada a recondução, isso conforme o artigo 89, inciso sétimo, da Carta Magna.

Também, conforme o artigo 187 da Constituição Federal, há previsão de participação na política agrícola do país, sendo essa executada e planejada com a participação efetiva do setor de produção, que envolve produtores e trabalhadores rurais, bem como setores de comercialização, de armazenamento e de transporte, tudo isso levando em conta, os instrumentos creditícios e fiscais, os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização, o incentivo à pesquisa e à tecnologia, assistência técnica e extensão rural, o seguro agrícola, o cooperativismo, a eletrificação rural e irrigação e a habitação para o trabalhador rural.

Em continuidade, no Título VIII, da Ordem Social, encontra-se o artigo 194, inciso VII, que dispõe que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, sendo conduzidas em caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação de trabalhadores, dos empregados, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Ainda quanto à ordem social, mas na seção da saúde, encontra-se no artigo 198, inciso III, previsão da participação da comunidade no que diz respeito às ações e serviços públicos de saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único e organizado.

Continuando na ordem social, na seção da assistência social, prevê no artigo 204, inciso II, a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle de ações em todos os níveis, no que diz respeito às diretrizes das ações governamentais na área de assistência social.

Prosseguindo, no capítulo da educação, cultura e esporte, na seção da educação, prevê o artigo 206, inciso VI, que o ensino será administrado com base no princípio da gestão democrática do ensino público.

E, por fim, ainda no capítulo da educação, cultura e esporte, na seção da cultura, pode-se referir que o artigo 206, referente à constituição do patrimônio cultural brasileiro, esse formado por bens materiais e imateriais, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identificação, à ação, à memória dos diferentes grupos formados da sociedade brasileira, prevê, em seu parágrafo primeiro, que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Essas foram as previsões encontradas na Constituição Federal no tocante à participação da sociedade na ordem pública. Pretende-se, além de classificá-las conforme a noção de *status activus processualis*, tecer alguns comentários sobre esses procedimentos.

Frente aos aportes teóricos de Peter Häberle, classificam-se como procedimentos pertencentes aos *status activus processualis* aqueles que garantem os direitos através de instrumentos não judiciais e judiciais. Por essa classificação, apresentam-se, abaixo, alguns dos instrumentos previstos na Constituição Federal, de forma exemplificativa:

**Tabela 1 – Procedimentos pertencentes aos *status activus processualis* previstos na Constituição**

<b>Procedimentos judiciais</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Direito de Petição</i></li> <li>- <i>Ação Popular</i></li> </ul>
<b>Procedimentos não judiciais</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Iniciativa Popular</i></li> <li>- <i>Plebiscito</i></li> <li>- <i>Referendo</i></li> <li>- <i>Cooperação de associações representativas do planejamento municipal</i></li> <li>- <i>Administração Pública</i> – a representação, a reclamação, o Portal de Transparência e o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão</li> <li>- <i>Comissões parlamentares permanentes ou temporárias</i> constituídas pelo Congresso Nacional em audiência pública ou por iniciativa própria</li> <li>- <i>Conselho da República</i></li> <li>- <i>Política Agrícola</i></li> <li>- <i>Seguridade Social</i></li> <li>- <i>Saúde</i></li> <li>- <i>Assistência social</i></li> </ul>

Fonte: elaborado pelas autoras.

Entretanto, deve-se se questionar até que ponto uma classificação na assertiva judiciais ou não pode ser identificada como procedimento plural de participação pertencente à ordem do *status activus processualis*, isso porque a teoria de Häberle possui todo um embasamento firmado na ideia de abertura para a participação, de pluralidade de participantes, na preocupação de que elementos como história, tempo e futuro sejam ponderados.

Assim, por exemplo, na medida que se pretende participar da política agrícola ou da saúde, precisa-se ter acesso amplo às informações desses órgãos, deverá a administração dos mesmos dispor um amplo acesso às informações, publicizar seus atos, contratos e

serviços, conceder informações qualificadas para que o grupo social possa participar, sem correr o risco de se fomentar uma participação meramente como imposição do procedimento, legitimando-o apenas formalmente.

Resta evidente, assim, que uma classificação na forma simples de procedimentos judiciais e não judiciais não é suficiente para caracterizar esses procedimentos como pertencentes ao conceito de *status activus processualis*. Os aportes teóricos de Häberle não se limitam a esse teor, o que faz concluir que, se observadas todas as formas de participação encontradas na Constituição Federal, nenhuma delas possui o condão de ser concebida como uma participação que permita um processo aberto e plural de participação social, de uma participação pelo procedimento na linha do *status activus processualis*, de um *due process* jusfundamental.

Percebe-se, nesse contexto, que ao adotar a classificação pura e simples de procedimentos de participação judiciais e não judiciais proposta por Häberle, como visto anteriormente, encontram-se instrumentos na medida compreendida pelo *status activus processualis*. Todavia, ao delimitar-se esse conceito pelas ideias de abertura, publicidade, acesso à informação e transparência, nortes para uma participação legítima, uma participação material, deve-se dizer que a Constituição Federal peca/falha nessa tarefa. Significa afirmar que, na concepção maior dessa teoria, nenhuma forma de participação prevista na Constituição Federal comporta-se como um procedimento de participação que se inclua na proposta de *status activus processualis* aqui trabalhada.

Nota-se, está-se à frente de procedimentos que desempenham uma forma de participação diferenciada, de um conceito de participação distinto previsto da própria Constituição, que trabalha com uma concepção de participação ligada a elementos mais formais, previstos constitucionalmente, porém que não possuem força para serem legítimos e qualificados procedimentos de participação, que propiciem a participação da sociedade em um sentido material.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Numa perspectiva final, teve-se como tarefa neste trabalho apresentar a concepção dos *status* de Jellinek e da formulação de Häberle do *status activus processualis*, com o intuito de verificar, criticamente, se a Constituição Federal Brasileira de 1988 traz em seu texto mecanismos que possam configurar a concepção de *status activus processualis*.

Nessa leitura, observou-se que Häberle faz uma releitura da teoria dos *status* de Jellinek ao apresentar a concepção de *status activus processualis* como sendo o *status* que permite a participação através do procedimento, por um processo que propulsione a abertura

da interpretação, da decisão e do controle das ações dos entes estatais. O *status activus processualis* aparece, pois, como sendo o *status* fundamental do Estado Prestacional, sendo essencial para concretização de todo e qualquer direito fundamental. Com esse olhar, Häberle sustenta que os direitos fundamentais carecem de uma dupla proteção, material e processual, na ordem de uma reserva legal e de procedimento, através de instrumentos judiciais e não judiciais, que recebam as características e confrontação do *status activus processualis*. Desse modo, não será qualquer procedimento!

Elencou-se nessa classificação um rol exemplificativo de procedimentos, sendo eles separados por procedimentos judiciais e não judiciais. Em conclusão, uma classificação e análise de procedimentos constantes na Constituição frente a esses parâmetros, não é suficiente para concluir se compreendem mecanismos que refletem o *status* aqui estudado. Se assim fosse, estar-se-ia privilegiando a teoria em um aspecto puramente formal, o que não se pretende. Desse modo, levando em consideração os aspetos materiais, pode-se afirmar que nenhum dos instrumentos de participação encontrados na Constituição Federal, possui o condão de ser concebido como uma participação que permita um processo aberto e plural de participação social, de uma participação pelo procedimento na linha do *status activus processualis*, de um *due process* jusfundamental.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.247/DF**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 11 de junho de 2011. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 abr. 2023.

HÄBERLE, Peter. Auf dem Weg zum Allgemeinen Verwaltungsrecht (1977) mit Nachtrag: Die Aktualität des *status activus processualis*. **En Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Vefassungstheorie der offenen Gesellschaft**. Berlin: Duncker & Humblot, 1978a.

HÄBERLE, Peter. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975) mit Nachtrag. **En Verfassung als öffentlicher Prozeß: Materialien zu einer Vefassungstheorie der offenen Gesellschaft**. Berlin: Duncker & Humblot, 1978b

HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. **Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer (VVDAtRL)**, n. 30, 1972

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Traducción de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

JELLINEK, Georg. **System de subjektiven öffentlichen Rechte**. 2. Ed. J. C. Mohr: Tübingen, 1919.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional e cidadania no contexto democrático: perspectivas de uma jurisdição constitucional aberta. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas - Desafios contemporâneos**. n. 9. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. **Judicialização da saúde e controle jurisdicional de políticas públicas**: entre informação e participação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena; KIRSTE, Stephan. **Direitos (fundamentais) sociais e sua justiciabilidade**: Brasil, Alemanha e Áustria. Curitiba: Íthala, 2021.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SEGADO, Francisco Fernández. Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo. In: HÄBERLE, Peter (Ed.). **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Traducción de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

---

## INFORMAÇÕES DO AUTOR

---

### Rosana Helena Maas

Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Doutorado sanduíche pela Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts und Staatswissenschaftliche Fakultät, Alemanha (2016) e Pós-doutorado pela Paris Lodron Universität Salzburg, Áustria (2018). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2011). Está realizando estágio pós-doutoral junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, sob orientação da Profa. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS. Integrante do grupo de estudos "Jurisdição Constitucional aberta" (CNPQ). Coordenadora do grupo de estudos "Espectros dos direitos fundamentais sociais" (CNPQ). Coordenadora do projeto de pesquisa "A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH", financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor ARD - Edital 10/2020/ Termo de Outorga 21/2551-0000637-4). Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2204113976797800>. Orcid: 0000-0002-9930-309X. E-mail: [rosanamaas@unisc.br](mailto:rosanamaas@unisc.br). Santa Cruz do Sul, RS.

## Mônia Clarissa Hennig Leal

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Coordenadora e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Superior (2014-2019) e Coordenadora do Comitê de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (2022-2024). Coordenadora científica e representante brasileira do grupo de especialistas do “Programa Estado de Derecho para Latinoamérica”, da Fundação Konrad Adenauer, com sede em Bogotá (Colômbia). Membro da Rede ICCAL-Brasil, vinculada ao Instituto Max Planck de Direito Internacional Público e Comparado, de Heidelberg, Alemanha.

---

## COMO CITAR

---

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A noção de *status activus processualis* de Peter Häberle como instrumento de concretização dos direitos fundamentais sociais e da proteção de grupos vulneráveis e minorias. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 29, n. 1, p. 146-166, 2024. DOI: 10.14210/nej.v29n1.p146-166.

Recebido em: 18 de mai. de 2023

Aprovado em: 20 de dez. de 2023