

# JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS SOCIALES EN BRASIL

Por ANDRÉ RAMOS TAVARES\*

## SUMÁRIO

1. A SITUAÇÃO CONCRETA DOS DIREITOS SOCIAIS E O MODELO CONCEITUAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO BRASIL.—2. A ATUAÇÃO PRÁTICA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA QUANTO AOS DIREITOS SOCIAIS.—3. AS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS À JUSTIÇA CONSTITUCIONAL SUBSTANTIVA (O ATIVISMO COMO PROBLEMA).—4. CONTRA-ARGUMENTO: O PAPEL CENTRAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA LEGITIMAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: A) A inconsistência das propostas pela *self restraint*.—5. A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NOS ESTADOS LIBERAL E SOCIAL (COMO MODELOS TEÓRICOS).—6. O MODELO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA.

## RESUMEN

Mi disertación presentará algunas decisiones concretas y algunos hechos prácticos que hicieron del Judiciario, en Brasil, una importante instancia de aplicación de los derechos sociales. También hablaré, de forma sintética, del modelo brasileño de control de constitucionalidad. El texto también pretende explotar el fundamento teórico de decisiones judiciales que, en Brasil, procuran conceder eficacia no solamente a las libertades, pero también a los derechos sociales consagrados en la Constitución.

Uno de los argumentos centrales es la posibilidad de actuación conjunta entre Judiciário y demás poderes cuando se trata de buscar la realización de los derechos sociales. Otros dos argumentos dicen respecto a particularidades brasileñas: i) bajo compromiso de las instancias democraticas con los derechos sociales y un gran déficit de servicios públicos básicos; e ii) Constitución que proclama solemnemente varios derechos y establece comandos específicos dirigidos al Estado y al Judiciário en ese sector.

---

\* Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, em São Paulo; Professor convidado da Universidade Federal da Bahia, Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; *Visiting Scholar* na *Cardozo School of Law – New York*; *Visiting Foreign Professor* na *Fordham University – New York*; Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

*Palabras clave:* Justicia constitucional en Brasil – Derechos sociales – Estado social – Legitimidad de la justicia constitucional.

#### ABSTRACT

This article presents some specific rulings and some real events that turned the Judiciary in Brazil into an important instance for the enforcement of social rights. It also gives a brief description of the Brazilian model for constitutional oversight. The text also goes into the theoretical grounds of court rulings in Brazil, which aim to give efficacy not just to freedoms, but also to the social rights enshrined in the Constitution.

One of its main arguments is the possibility of joint action between the Judiciary and other branches of power in enforcing social rights. It also focuses on two issues specific to Brazil. Firstly, the unenthusiastic commitment of democratic instances to social rights and significant shortcomings in the provision of basic public services; and secondly, a Constitution that solemnly proclaims various rights and establishes specific rules that the State and the Judiciary must apply in this area.

*Key words:* Constitutional justice in Brazil – Concretização – Social rights – Social State – The legitimacy of Constitutional justice.

#### RESUMO

A exposição apresentará algumas decisões concretas e algumas situações fáticas que fizeram do Judiciário, no Brasil, uma importante instância de aplicação dos direitos sociais. Também será exposto, de maneira sintética, o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. O texto também pretende explorar o fundamento teórico de decisões judiciais que, no Brasil, buscam conceder eficácia não apenas às liberdades, mas também aos direitos sociais consagrados na Constituição.

Um dos argumentos centrais é a possibilidade de atuação conjunta entre Judiciário e demais poderes quanto se trata de buscar a realização de direitos sociais. Outros dois argumentos estão relacionado às peculiaridades brasileiras: i) baixo comprometimento das instâncias democráticas com os direitos sociais e um grande déficit nos serviços públicos básicos, e ii) Constituição que proclama solenemente diversos direitos e estabelece comandos específicos dirigidos ao Estado e ao Judiciário nesse setor.

*Palavras chaves:* Justiça Constitucional no Brasil – Concretização - Direitos sociais – Estado social - Legitimidade da Justiça Constitucional.

#### 1. A SITUAÇÃO CONCRETA DOS DIREITOS SOCIAIS E O MODELO CONCEITUAL DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Gostaria de prover este estudo com o relato brevíssimo da inóspita situação social no Brasil. Para se ter uma idéia inicial de como ainda há muito a ser realizado no campo dos direitos sociais, apresento alguns dados oficiais referentes aos serviços públicos básicos oferecidos pelo Estado no Brasil (como, dentre outros, é o caso do abastecimento de água, do

serviço de esgoto sanitário, da saúde e da educação). Os dados, obtidos de agência estatal, referem-se comumente aos municípios<sup>1</sup> (uma das entidades que integram o modelo federativo de Estado brasileiro).

Entre os chamados serviços de saneamento básico, o esgotamento sanitário é o que tem menor presença nos municípios brasileiros. Dos 4.425 municípios existentes no Brasil, em 1989, menos da metade (47,3 %) tinha algum tipo de serviço de esgotamento sanitário e, 11 anos mais tarde (2000), os avanços não foram muito significativos: dos 5 507 municípios, 52,2 % eram servidos. Apesar de no período de 1989-2000 haver tido um aumento de, aproximadamente, 24 % no número de municípios, o serviço de esgotamento sanitário não acompanhou este crescimento, pois aumentou apenas 10 %<sup>2</sup>.

Todavia, mesmo em número de municípios, o resultado não é tão favorável: 63,6 % utilizam lixões e 32,2 %, aterros adequados (13,8 % sanitários, 18,4 % aterros controlados), sendo que 5 % não informaram para onde vão seus resíduos. Em 1989, a PNSB mostrava que o percentual de municípios que vazavam seus resíduos de forma adequada era de apenas 10,7 %.

Serve de exemplo quanto ao descaso oficial uma situação recente envolvendo a saúde pública. Em 29-10-07 foi noticiado que o Ministério da Saúde, no Brasil, realizaria licitação para contratar empresa especializada na realização de eventos, no valor de R\$ 102 milhões (aproximadamente 40 milhões de euros). O projeto de vigilância, prevenção e controle da dengue, para o ano, foi de R\$ 19 milhões (aproximadamente 8 milhões de euros). Vale observar que em 2007 os casos de dengue no Brasil aumentaram 58,4 %<sup>3</sup> e em 2008 tornou-se uma das piores epidemias. Também contribuiu para esse quadro alarmante o lixo não tratado, considerado uma das fontes causadoras da epidemia.

Não obstante ser o mais abrangente dentre os serviços de saneamento básico do País, pois o abastecimento de água alcançava, em 2000, 97,9 % dos municípios brasileiros, a perspectiva é outra quando o critério é o número total de domicílios servidos; neste caso, esse serviço é oferecido para apenas 63,9 % do número total de domicílios recenseados pelo Censo 2000. Vistos por região, o déficit é ainda maior, pois nas Regiões Norte e Nordeste o serviço alcança apenas 44,3 % e 52,9 % dos domicílios, respectivamente. Não deixa de surpreender que no século XXI, em uma das prin-

<sup>1</sup> Vale registrar que, em 1989, o Brasil tinha seu território dividido em 4.425 municípios. Em 2000, o número de municípios, basicamente por interesse político, foi aumentado para 5.507.

<sup>2</sup> <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pnsb/pnsb.pdf>, acessado em 4 de janeiro de 2008.

<sup>3</sup> <http://www.combateadengue.com.br/?p=77>.

cipais economias do planeta, ainda haja tantos domicílios que não são sequer servidos pelo bem mais vital ao ser humano que é a água.

Temos, ainda, no Brasil, uma alta taxa de mortalidade infantil (3,1 % em 2005) e de analfabetismo (10,9 %, em 2005).

Outro exemplo de descaso das autoridades públicas (Poder Executivo federal) foi a redução, em 2007, de 50 %, em relação a 2006, na distribuição de preservativos pelo Estado, como forma de prevenção do contágio de HIV e doenças sexualmente transmissíveis<sup>4</sup>.

Também merece ser elencada, aqui, a reforma da Previdência, realizada em nítido desrespeito ao postulado da segurança e da preservação da confiança. O argumento utilizado foi um suposto déficit atuarial das contas previdenciárias, retirando direitos assegurados constitucionalmente. A mudança, encabeçada pela Presidência da República e aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro, contou, infelizmente, com o aval da Suprema Corte brasileira.

Apesar disso, o Brasil está entre as 10 maiores economias mundiais. Mas com alta concentração de renda, sendo que 1 % dos mais ricos detêm uma renda equivalente à renda dos 50 % mais pobres.

Na busca de uma reversão desse quadro, em 2004 foi implantado o bolsa família, que atende a mais de 40 milhões de pessoas (11 milhões de famílias), o que corresponde, aproximadamente, à atual população da Espanha. É considerado, hoje, o maior programa de redistribuição de renda no mundo, embora apresente uma série de inconvenientes e equívocos. A renda oferecida pelo Estado, todo mês, varia de R\$ 18 a 112 (o que equivale a até 45 euros mensais), e está condicionada a algumas poucas exigências como manter os filhos na escola e manter uma carteira de vacinação e um deficiente sistema de fiscalização de sua regularidade e auxílio à reinserção ou melhoria da posição no mercado de trabalho.

Quanto à jurisdição constitucional no Brasil, ela encontra-se em estágio avançado de desenvolvimento, sendo hoje extremamente complexa<sup>5</sup>. Basicamente, há dois modelos que atuam concomitantemente: i) a jurisdição constitucional abstrata, exercida, no Brasil, pela Suprema Corte (Supremo Tribunal Federal), e a ii) jurisdição constitucional concreta e difusa, exercida por todo Judiciário, por qualquer juiz.

O Brasil originariamente seguiu o modelo americano (desde a República, em 1889) e posteriormente acrescentou mecanismos típicos do modelo austríaco originário (Kelsen, 1920), passando ao longo de sua história a desenvolvê-los de maneira própria.

<sup>4</sup> Dados obtidos no jornal diário *Folha de São Paulo*, de 11 de janeiro de 2008, p. C5.

<sup>5</sup> Sobre o tema: FIGUEIREDO, 2007: 131-93.

## 2. A ATUAÇÃO PRÁTICA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA QUANTO AOS DIREITOS SOCIAIS

Boa parte da doutrina brasileira passou a entender que a maior preocupação quanto à adequada prestação de direitos sociais, por força de decisões judiciais baseadas na Constituição, deve ser dirigida aos grupos sociais mais vulneráveis ou menos representados, que recebem pouca ou nenhuma atenção por parte do Estado-administrador e do Estado-legislador. E também boa parte dessa doutrina vem construindo um modelo teórico e um instrumental capaz de resgatar os compromissos constitucionais relacionados ao Estado social de Direito<sup>6</sup>.

É importante recordar que, no Brasil, um caso paradigmático de prestação atual de serviço público de saúde (para o portador de HIV) teve início com decisões do Judiciário, obrigando o Estado a fornecer os medicamentos<sup>7</sup>. Foi apenas posteriormente que o Legislativo despertou para a situação (com a Lei 9.313/96 e sua distribuição gratuita de medicamentos) e o Executivo (com a quebra de patentes de certos medicamentos). Hoje a atuação do Estado é considerada como uma política pública exemplar para o mundo, nesse setor. Trata-se, aqui, de um exemplo muito claro de como os tribunais têm adotado posturas que desencadeiam mudanças na política social (como lembra Lijphart, 2003: 256), especialmente quando atua como mais um ator na realização concreta dos comandos constitucionais, função esta que não pode ser ignorada em um estudo sério da Justiça Constitucional.

Recentemente, no ano de 2007, o Estado brasileiro de Alagoas, situado no nordeste do Brasil, foi obrigado, pela Justiça «comum», a oferecer o tratamento adequado para a obesidade mórbida. Nessa mesma toada, o Estado de Goiás foi obrigado judicialmente a oferecer tratamento para a infertilidade feminina.

Em 28-12-07 a presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), manteve a obrigação (imposta judicialmente) de o Estado do Rio Grande do Norte fornecer regularmente o tratamento completo de diabetes para a menor de idade.

Em abril de 2007 o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão de grande alcance e extremamente corajosa, estabelecendo que «conforme preceitua o art. 208, inc. IV da Carta federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças». E mais: «Deficiência orçamentária não tem o efeito de projetar no

<sup>6</sup> Nesse sentido: AGRA, 2005; DIAS, 2007; STRECK, 2007.

<sup>7</sup> Inicialmente houve foram propostas ações individuais e não coletivas, como forma de estratégia judicial (cf. PIOVESAN, 2006: 65)

tempo e, conforme a política em curso, indefinidamente, o cumprimento de preceitos fundamentais de importância ímpar, no que voltados à educação» (AgRegimental no RE 384.201-3/SP).

Vale lembrar, contudo, como contraponto aos avanços (ainda incipientes) alcançado pela Justiça Constitucional que, no Brasil menos de 30% dos interessados se valem do Judiciário (*apud* Piovesan, 2006: 67). Isso talvez possa ser explicado, em parte, pelo baixo comprometimento do Estado com a Defesa Judiciária (em 2005, na Justiça Federal de 1º grau, foi de R\$0,12 por habitante, cf. [http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs\\_cnj/relatorios/justica\\_numero\\_2005.pdf](http://www.cnj.gov.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numero_2005.pdf)).

Também vale registrar que no Brasil o maior violador de direitos e maior litigante judicial é o próprio Estado (em áreas como previdência e saúde), por desprezeitar o cidadão, a infância e adolescência, os idosos e os mais necessitados.

### 3. AS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS À JUSTIÇA CONSTITUCIONAL SUBSTANTIVA (O ATIVISMO COMO PROBLEMA)

Embora seja lugar comum o reconhecer-se «que a instituição [da Justiça Constitucional] operou uma verdadeira mudança no cenário jurídico dos diversos Estados que a adotam» (Tavares, 2005: 19), bem como «o relativo sucesso da experiência com os tribunais (ou cortes) constitucionais – uma legitimidade ‘performática’ ou de exercício e de êxito ou resultado [que] consagrou a jurisdição constitucional na atualidade» (Rothenburg, 2005: 151-85; 2007: 432)<sup>8</sup>, essa instituição e sua atuação têm sido constantemente questionadas em sua legitimidade.

Pode-se vislumbrar um certo movimento pendular que se renova constantemente (Charles Black Jr., 1960: 183), fazendo ressurgir a controvérsia entre Kelsen e Schmitt, ao menos como questão de princípio (Fernández Segado, 1989: 381), especialmente quando «surge algum ativismo ou, inversamente, uma eventual fraqueza, dos respectivos Tribunais Constitucionais.» (García de Enterría, 1983: 157)<sup>9</sup>. No caso brasileiro, a atuação da Justiça Constitucional na concretização direta de direitos sociais da Constituição tem recebido aplausos e críticas severas.

Teoricamente falando, contudo, a adoção, no Brasil, do modelo norte-americano, não tão surpreendentemente, conduziu o Judiciário, na sua evo-

<sup>8</sup> O autor acrescenta que essa consagração dependeu também da falta de um outro órgão em melhores condições para garantir os direitos fundamentais e as regras democráticas.

<sup>9</sup> Recentes casos analisados pelo STF no Brasil podem bem ilustrar essa afirmação: a quebra de sigilos bancários de supostos envolvidos com o suposto esquema do «mensalão», a verticalização, a CPI do «apagão aéreo», dentre outros.

lução histórica, a desempenhar um papel diferenciado (mais «ativo», como se dirá) na realização efetiva da Constituição, especialmente desde que se abandonou o modelo do constitucionalismo moderno (norte-americano) liberal por um constitucionalismo social, mantendo, contudo, o mesmo modelo de defesa da Constituição quanto aos órgãos habilitados a realizar essa defesa.

Daí se falar em Estado judicial num sentido crítico. Aqui parece estar a origem de boa parte das discussões em torno do assunto «jurisdição constitucional e direitos sociais», como exporei adiante mais detalhadamente (Estado liberal *vs.* Estado Social).

As contemporâneas teorias (materiais) da Constituição (e, com ela, a teoria da Justiça Constitucional) têm sido acusadas de deslocar a Constituição de seu centro «natural» de gravidade (o eixo político) para uma insuportável e não-democrática judicialização das decisões (estruturais, institucionais e sociais) mais relevantes: «a ameaça, aqui, é a hipertrofia sufocante do sistema jurídico sobre o sistema político» (Leonardo Martins, 2005: 39 apresentação à obra de Schwabe). A tese é comumente conjugada com posturas que assumem o Judiciário, do ponto de vista institucional, com baixa estatura democrática (ao menos em sua origem ou composição). Clama-se por (pela volta de) uma teoria compatível com o espaço «próprio» (=exclusivo) do Parlamento na tomada das decisões (supostamente políticas).

O oferecimento de direitos sociais pelo Judiciário sofre, ainda, a crítica pontual da falta de uma macro-visão por parte da Justiça Constitucional. Isso significa que decisões judiciais específicas, concretas, concedendo ou concretizando direitos sociais, interferem negativamente no plano (governamental) geral de ações e serviços que serão oferecidos à população como um todo, porque retira verbas de destinações mais amplas para atender a essas sentenças judiciais.

Alega-se, ainda, no Brasil, comumente, que decisões judiciais desse tipo estariam ferindo o «princípio» constitucional da legalidade orçamentária, já que verbas para determinados tratamentos e compra de determinados medicamentos ficam comprometidas. Para ilustrar o significado desta crítica, serve o caso que ocorreu no final de 2007, em processo no qual era parte interessada o Estado do Rio Grande do Norte. Este Estado, apenas com o cumprimento de decisões judiciais que determinaram o fornecimento de medicamentos de alto custo (os quais estão fora do Programa de Dispensação de Medicamentos do Ministério da Saúde) despendeu quase R\$ 2 milhões, no período entre janeiro e abril de 2007. O argumento não convence; o próprio STF já decidiu que o Estado «deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa» (AgRegimental no RE 384.201-3/SP).

Mais recentemente, especialmente no seio do próprio STF, tem aparecido o argumento do «temor de um efeito multiplicador», no sentido de que se o Judiciário conceder certos pedidos, diversas outras demandas judiciais semelhantes poderão surgir, não só congestionando o Judiciário como também o próprio Estado.

#### 4. CONTRA-ARGUMENTO: O PAPEL CENTRAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA LEGITIMAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Utiliza-se o discurso dos direitos fundamentais, desde a teoria de Kelsen, como legitimador de uma postura não-majoritária adotada pela Justiça Constitucional.

Além disso, procura-se criar um segmento específico (direitos fundamentais) que estaria a exigir uma postura não clássica do Judiciário, um espaço no qual poderia ser admitido o que negativamente tem sido considerado como um ativismo judicial (a idéia de Governo dos juízes, exposta na clássica obra de Lambert). Cappelletti (1976), nessa linha de raciocínio, chegou a firmar a idéia de uma «giurisdizione costituzionale delle libertà».

Cumpre sublinhar, para bem equacionar o problema que se enfrenta aqui, que o constitucionalismo de 1787 (EUA) apresenta uma base tímida em termos de suportar um ativismo no âmbito dos direitos fundamentais. As dez primeiras emendas àquela Constituição foram consideradas como não-vinculantes para os estados-membros pela Corte Suprema<sup>10</sup>. Ademais, o segundo caso no qual a Corte Suprema estadunidense utilizou-se do controle de constitucionalidade das leis, após o caso *Marbury vs. Madison*, foi em 1857, no famoso caso *Dred Scott*, no qual a decisão majoritária assegurou o regime de escravidão<sup>11</sup>, o que prova a timidez do controle ali realizado.

<sup>10</sup> A Suprema Corte se posicionou firmemente nesse sentido no caso *Barron vs. Baltimore* (1833), o que só veio a ser alterado no caso *Gilton vs. New York* (1925). Bem se compreende, assim, a observação de ANTONIO-CARLOS PEREIRA MENAUT (1999: 239), embora já introduzindo a discussão acerca da extensão da aplicabilidade e referibilidade da Constituição pelo Judiciário: «a cláusula da supremacia estava essencialmente relacionada com a estrutura federal da nação, e pouco tinha a ver com questões filosóficas sobre a possibilidade de a Constituição englobar todo o Direito».

<sup>11</sup> Tratou-se de caso em que Dred Scott, um escravo levado pelo seu senhor a um território livre (no qual não se admitia a escravidão), e depois reconduzido ao Estado do qual havia partido, no qual a escravidão era permitida, reclamava a sua liberdade, sustentando que a sua estadia em território livre implicaria em emancipação. Em sua decisão, o *Chief Justice* TANEY utilizou (entre outros) o argumento de que o *Missouri Compromise*, pelo qual tentou-se banir a escravidão de todo o território dos EUA situado ao norte da fronteira sul de Missouri, iria além do poder do Congresso sobre os territórios (cf. REHNQUIST, 1987: 133-144).

Uma «deslegitimação performática» do Parlamento e uma progressiva conscientização internacional, em termos de declarações universais, somada às Constituições materiais pós II-Grande Guerra terá sido o ponto de início desse desenvolvimento que culminou na atual habilitação (funcional) da Justiça Constitucional, e para a qual já se pode apontar com uma experiência positiva, normalmente invocada em seu favor.

Realmente, não se pode olvidar que o aparecimento e florescimento da Justiça Constitucional acabam ocorrendo como uma alternativa ao modelo legalista, que entra em crise no início do século XX<sup>12</sup>, e como uma resposta aos abusos ocorridos especialmente após a II Grande Guerra mundial. Mas não apenas isso. É também uma resposta à inércia dos «poderes» que tradicionalmente eram considerados como as únicas instâncias deliberativas em termos de prestações e serviços estatais a serem oferecidos. Em recente entrevista, um dos juízes do Supremo Tribunal brasileiro considerou justamente que o Judiciário supre omissões inconstitucionais do Estado, quando o Estado se omite ou retarda excessivamente o cumprimento de suas obrigações<sup>13</sup>.

Ademais, justifica-se a «intervenção» da Justiça Constitucional porque, como observou Freeman (1994: 189-90), «por meio de uma carta de direitos, os cidadãos concordam, com efeito, em retirar certos itens da agenda legislativa».

#### A) A inconsistência das propostas pela *self restraint*

A idéia de autocontenção (ou de deferência ao Parlamento) foi concebida inicialmente por força do modelo estadunidense, tendo sido transportada, para diversos modelos, é um tema muito mais aderente ao modelo de controle concentrado-abstrato. Nos EUA sua origem está ligada a questões culturais específicas, como sustenta Rosenfeld.

Adotada de maneira ampla, a *self restraint* desemboca na deslegitimação da Justiça Constitucional em extensas áreas nas quais sua atuação tem sido decisiva e legítima. E essa desqualificação não é uma mera opção teórica; em muitos ordenamentos, especialmente quando a Constituição, como a brasileira, oferece sinais de adoção de uma atuação material da Justiça Constitucional como implementadora da Constituição, a referida exclusão da Justiça Constitucional seria inadmissível ou especialmente problemática.

<sup>12</sup> Também no séc. XX a filosofia dos direitos humanos foi «objeto de uma crítica radical. Algumas teorias políticas procederam a uma negação sistemática desses direitos (...) afirmaram a superioridade absoluta do Estado (fascismo), da raça (nazismo), ou da classe ideológica (estalinismo).» (MORANGE, 1985: 41).

<sup>13</sup> Ministro Celso de Mello, jornal Folha de São Paulo, de 24 de abril de 2008, p. A8.

Basta recordar, aqui, para confirmar a conclusão anterior, certos institutos brasileiros (típicos) como o da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção (para também combater a inércia do Parlamento) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>14</sup>, além das cláusulas tradicionais que concedem ao STF a guarda da Constituição e o alocam como árbitro que decide acerca dos conflitos entre poderes e destes com os direitos fundamentais.

Ademais, a abertura dos direitos fundamentais não pode servir como argumento que justifique uma diminuição do papel da Justiça Constitucional. O «tribunal investido da árdua tarefa de atuar a Constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos [...] ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das constituições [...] A longo prazo, esta segunda alternativa mostra-se dificilmente defensável.» (Cappelletti, 1993: 67-8). Insistir numa retirada ampla da Justiça Constitucional do papel de concretizadora de direitos fundamentais «encontra restrições teóricas severas, especialmente por regredir a uma posição de supremacia do Legislativo» (Tavares, Buck, 2007: 178).

Contudo, mesmo no atual estágio de desenvolvimento e reconhecimento público, como bem adverte Walter Claudius Rothenburg «a afirmação dos direitos fundamentais não se consegue apenas com a jurisdicionalização das reivindicações» e a «jurisdição não deve pretender monopolizar a concretização desses direitos» (Rothenburg, 2007: 439).

A defesa de uma atuação intransigente, global e exclusiva da Justiça Constitucional no âmbito dos direitos fundamentais é democraticamente repulsiva. Ademais, algumas das «técnicas de decisão da Justiça Constitucional» (v. Tavares, 2007: 249-63) nitidamente demonstram uma dimensão de respeito diuturno para com as opções validamente consagradas pelo Parlamento, podendo ser apresentadas como «convites ao diálogo interinstitucional» (Rothenburg, 2007: 436) ou verdadeiras práticas de uma auto-limitação judicial (cf. Schneider, 1991: 214)<sup>15</sup>. A referência e aplicação dessas técnicas é incompatível com a concepção que defenda um grau máximo (exclusivo e global) de atuação da Justiça Constitucional.

Usualmente, como adverte Rothenburg, as teorias apresentam opções que não confiam na possibilidade de combinações ou da concorrência orgânica na função de realizar plenamente a Constituição no que proclama direitos de ordem social.

Mas uma atuação eventualmente desastrosa nessa seara (admitida mes-

<sup>14</sup> Regulamentada pela Lei n. 9882/99 e que, nos termos de jurisprudência da Suprema Corte, poderá servir aos casos de omissão inconstitucional do Poder Público (cf. ADPF n. 4).

<sup>15</sup> O autor refere-se a situações de primazia da política que, contudo, não deixam de impor uma apreciação prévia por parte do Tribunal Constitucional, sobre a racionalidade da escolha política (como no caso do princípio da igualdade).

mo pelos defensores de uma atuação substancialista, cf. Agra, 2005: 242) apenas fará com que a instância legislativa possa atuar positivamente, reforçando os direitos fundamentais e sua própria legitimidade e deslegitimando automaticamente a decisão («destrutiva») da Justiça Constitucional. «Quem exerce o poder legitimamente assumido deve fazê-lo de modo a legitimar-se» (Rothenburg, 2005: 152).

Por fim, o argumento da falta de macro-visão não deve impressionar. Ao Judiciário cabe, tradicionalmente, realizar a Justiça para o caso concreto. Não pode ser aceito como argumento válido emitido pelo Poder Público a tese de que só medidas gerais deveriam ser aceitas. O Poder Público, nesse caso, estaria se eximindo de sua responsabilidade, para o caso concreto, porque não cumpriu adequadamente uma política pública de caráter geral, o que é um paradoxo. Ademais, a concessão de prestações individuais (de maneira tópica), pelo Judiciário, não exclui nem impede a responsabilidade de o Estado enfrentar a questão de maneira geral. A concorrência, aqui, é benéfica aos direitos fundamentais em sua efetividade. E a eventual dificuldade aqui pode bem ser enfrentada com técnicas processuais apuradas.

##### 5. A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NOS ESTADOS LIBERAL E SOCIAL (COMO MODELOS TEÓRICOS)

Mesmo no Estado Liberal a implantação de direitos de defesa (dos clássicos direitos públicos subjetivos) não significa, como se poderia imaginar, um «grau zero» de «intervenção» por parte da Justiça Constitucional. Tanto se impõe i) a clássica atuação do *judicial review* para reprimir violações perpetradas pelo Estado, como também demanda ii) a compreensão dos limites desse espaço livre de intervenções, que não são totalmente pré-determinados, cabendo à Justiça Constitucional a resolução de conflitos interpretativos. Ademais, o modelo liberal de Justiça Constitucional provoca uma dificuldade conceitual na admissão desta Justiça quando chamada a atuar a Constituição (social) em sua totalidade.

A invocação de idéias como «reserva do possível» ou «custo dos direitos sociais contra o custo zero dos direitos individuais clássicos» acompanha, ainda, raciocínios próprios de um modelo de Estado Liberal (caso das primeiras decisões nos EUA quanto ao *New Deal*) não preocupado com os direitos sociais.

As constituições e realidades contemporâneas passaram a exigir novos modelos. À Justiça Constitucional, como defensora de constituições com conteúdo social, não restava nenhuma outra alternativa senão a tutela desses direitos ou a negação parcial de sua função histórica. Passado, portan-

to, um momento inicial de «estranhamento», a assimilação expressa dos direitos sociais jogou a Justiça Constitucional para o campo da implementação de direitos.

As limitações da Justiça Constitucional, portanto, não estariam conectadas à superação do modelo liberal de Estado, como visto, já que também aqui se exige por parte da Justiça Constitucional certo construtivismo. Como salientou-se antes, é com as constituições principiológicas que se passou a permitir essa atuação mais intensa da Justiça Constitucional. Kelsen (1928: 45-6) apontou adequadamente o cerne da questão. Tratar-se-ia, na sua crítica, de estabelecer balizas «flutuantes» e de transferir grande poder aos tribunais. O problema está presente, pois, tanto nas constituições liberais como nas sociais, não sendo uma dificuldade apenas destas.

Contudo, há dois problemas absolutamente desconsiderados por Kelsen: i) é notório que o Direito Constitucional contemporâneo encontra-se totalmente «envolvido e penetrado pelos valores jurídicos fundamentais dominantes na comunidade» (Miranda, 1988, t. II: 198), mergulhado em pautas nitidamente axiológicas vertidas para a estrutura normativa do Direito; ii) a alternativa, como bem assinala Díaz (1992: 155), em termos genéricos, seria abandonar o formato principiológico para positivar apenas regras jurídicas precisas, o que não permitiria limitar o Legislador no grau que se pretendeu limitá-lo. Ademais, uma Constituição contendo exclusivamente regras seria não apenas abusivamente extensa (Díaz, 1992: 155-6) como também não conduziria com rigor, como se faz supor, a um maior grau de segurança, já que diversas situações concretas ficariam fora das pautas normativas expressas e os legisladores estariam absolutamente livres de qualquer amarra constitucional.

No caso brasileiro, como mencionado, situação que se repete nos países de modernidade tardia, o descaso com a população, com seus direitos mais básicos, por parte do Executivo e do Legislativo, têm feito com que o Judiciário assumisse mais intensamente sua responsabilidade por realizar plenamente a Constituição. O fundamento está na postergação, no adiamento indefinido da realização da Constituição, ao mesmo tempo em que há recordes de arrecadação tributária e grandes escândalos de corrupção, desvio e mau uso dos recursos públicos.

## 6. O MODELO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Por fim, é necessário reforçar as peculiaridades da Constituição brasileira. É possível vislumbrar nela, como indicado anteriormente, algumas pautas que impõem atuação (ativismo) do Judiciário. É o caso dos instru-

mentos já mencionados anteriormente (mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Registre-se que em 2007 o STF, rompendo definitivamente com uma visão mais tradicionalista, editou, em sede de mandado de injunção, norma (lei) para o uso do direito constitucional de greve por parte dos servidores públicos do Estado.

Acrescente-se, por fim, que algumas normas constitucionais impõem ao Estado determinadas prioridades, como quanto ao oferecimento de saúde da criança e do adolescente. Prescreve o art. 227: «É dever .... do Estado assegurar ..... com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização.....». A priorização de determinados valores por parte da própria Constituição retira do legislador qualquer margem de manobra ou de discricionariedade. A finalidade primeira, portanto, encontra-se marcada constitucionalmente.

Em síntese, a Justiça Constitucional tem sido chamada a agir em benefício da realização efetiva dos direitos sociais contidos na Constituição, e muitas vezes, também tem sido conclamada a exercer função normativa ou normogênica, o que vem sendo admitido na literatura mais especializada (cf. Agra, 2005: 235); interventiva e ativista, repercute na própria atuação e construção de prioridades pelo Estado prestacional. Certas Constituições, em determinados âmbitos ou tópicos específicos e por meio da previsão de certos institutos inovadores, reforçam ou conferem suporte a essa leitura da Justiça Constitucional substantiva.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGRA, Walber de Moura: *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BLACK JR., Charles L.: *The people and the court. Judicial review in a democracy*. New York: The Macmillan Company, 1960. 238 p.
- CAPPELETTI, Mauro: *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1976.
- . *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993. Tradução de: Giudici legislatori? (Estudo dedicado à memória de Tullio Ascarelli e Alessandro Pekelis).
- DIAS, Jean Carlos: *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes, v. 4).
- DÍAZ, Adolfo Fortier: «El principio de legalidad: apuntes para un análisis crítico». *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Rio Piedras, v. 61, n. 1, p. 149-192, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1983: reimpressão de 1994. 264 p. 1. ed.: 1981. ISBN 84-7398-203-7.

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «El tribunal constitucional. Un estudio orgánico». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, n. 15, p. 375-423, 1989.
- FIGUEIREDO, Marcelo: «Uma visão del control de constitucionalidad en Brasil». In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, n. 11. Centro de Estudios Constitucionales, 2007. Bibliografía: p. 131-193.
- KELSEN, Hans: «La Garantie Jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)». *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. 61 p. abr./ mai/ jun. 1928. Extrato.
- . *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Traducción y notas: Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. 82 p. Tradução de: Wer soll der hütler der Verfassung sein?, 1931.
- LIJPHART, Arend: *Modelos de democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos: «A Constituição como Direito: a supremacia das normas constitucionasi em Espanha e nos EUA». In: *Boletim da Faculdade de Direito*, n. 75. Coimbra, 1999. Bibliografía: 219-277.
- MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional*. 2. ed. rev. reimpr. [Coimbra]: Coimbra Editora, 1988. t. II: Introdução à teoria da Constituição. 418 p.
- PIOVESAN, Flávia: «Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas». In: *Revista de Direito do Estado*. Renovar, abr./jun. 2006, n. 2. Rio de Janeiro. Bibliografía: 55-69.
- ROTHENBURG, Walter Claudius: «A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional». 2007. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang, PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Bibliografía: 429-40.
- SCHMII, Carl: *La defensa de la Constitución*. 2. ed. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Prólogo: Pedro de Vega. Madrid: Tecnos, 1998. 251 p. ISBN 84-309-3127-9. Tradução de: Der Hüter der Verfassung, 1931. (Semilla y Surco, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Ciencia Política).
- SCHNEIDER, Hans Meter: *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (Colección Estudios Constitucionales).
- SCHWABE, Jürgen: *Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Organização e introdução por Leonardo Martins.
- STRECK, Lênio Luiz: «La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concreción de los derechos fundamentales sociales». In: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid, n. 11. Centro de Estudios Constitucionales, 2007. Bibliografía: p. 369-405.
- TAVARES, André Ramos: *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- . «O discurso do direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma justiça constitucional substantiva». In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, ed. Fórum/IBEC, abr./jun. 2007b. Bibliografía: 9-28.