

## JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UM ESTUDO SISTEMÁTICO SOBRE A FORMAÇÃO DA DOCTRINA DA EFETIVIDADE

*Mário Sérgio Falcão Maia\**

**RESUMO:** Trata-se de um estudo sobre a dogmática jurídica. Mais especificamente sobre a formação da doutrina da efetividade no aspecto relativo aos mecanismos de justiciabilidade dos direitos sociais. A pesquisa parte de um entendimento pragmático da dogmática como instrumento retórico de trabalho do jurista e realiza um trabalho de sistematização de fontes bibliográficas e documentais que recorre fundamentalmente à técnica do direito comparado. Conclui afirmando ser possível a utilização do referencial retórico da efetividade. Reconhece, no entanto, os limites da análise dogmática como instrumento de “previsão” dos rumos do trabalho jurídico concreto.

### INTRODUÇÃO: A DOCTRINA DA EFETIVIDADE COMO INSTRUMENTO DOGMÁTICO

De forma simplificada é possível afirmar que a dogmática jurídica é o conhecimento produzido, sistematizado e disseminado institucionalmente pelos juristas profissionais para “por em movimento” um determinado marco de direito positivo em situações concretas. A dogmática é a tecnologia de “tradução” dos eventos do dia a dia para uma linguagem capaz de “por em causa” essa mesma questão.

A maneira mais simples de visualizar a dogmática é assumindo a posição de um observador não jurista sobre o afazer concreto daquelas pessoas que ganham a vida, ou seja, atuam profissionalmente, no campo jurídico. Para um agricultor forçado a comparecer ao fórum para conseguir, digamos, a sua aposentadoria, os advogados, juízes e promotores se vestem, agem e falam de maneira diferente quando argumentando entre si. Esse “algo” que o jurista precisa saber para desempenhar a sua profissão e que o torna um “diferente” é justamente a dogmática jurídica. É o manuseio dessa tecnologia que define o “jurista”.

Quando se trata de falar sobre a dogmática o maniqueísmo deve ser evitado. Assim, se deve evitar tanto a opinião de que a dogmática é um mal a ser evitado a todo custo quanto à opinião ingênua de que há na dogmática jurídica uma verdade intrínseca e que a tecnologia do jurista é uma tecnologia neutra de “aplicação” do direito.

---

\* Doutor em Teoria Geral do Direito (UFPE). Professor de Filosofia do Direito da UFERSA/RN. E-mail: <mmaia22@yahoo.com>

De maneira pragmática, a dogmática jurídica delimita os temas e as formas que podem ser seriamente tratados no mundo do jurista profissional. Aquele que, por ventura, tem uma atuação fora da orientação dogmática é tido no campo como alguém ingênuo e que, portanto, tem mínimas chances de obter sucesso em sua “causa”<sup>1</sup>.

O direito não existe, é uma ideia e, portanto, uma pura abstração. O que existem são as pessoas que fazem o direito. O agir dogmático em sociedades como a nossa não é exclusivo de uma determinada posição social ou ideológica dentro do campo profissional. Tanto o advogado empresarial como o advogado popular, por exemplo, quando atuam “pondo as questões em causa”, ou seja, quando atuam dentro do campo jurídico profissional, atuam dentro da dogmática.

A dogmática é a tecnologia do jurista. A doutrina jurídica pode ser entendida como um instrumento dessa tecnologia. As doutrinas jurídicas, como um todo, são espécies de armas retóricas utilizadas na defesa de posições dentro do campo jurídico profissional. Como existem diversas posições, há também todo tipo de orientação doutrinária.

O termo “doutrina da efetividade” foi utilizado por Barroso (2001) para se referir à construção jurídica capaz de por em movimento a nossa constituição de 1988. Essa doutrina tem como construção teórica alguns pontos basilares, dentre eles: a. o tradicional tema da hierarquia das fontes jurídicas, o que resulta numa ideia de “irradiação” da Constituição; b. a questão do papel do judiciário na garantia de direitos fundamentais e c. a criação da ideia de “materialidade” do direito que resulta, no seu desenvolvimento mais visível, numa teoria principiológica do direito.

O estudo apresentado se localiza nos espaços “entre” os temas já que trata das ferramentas processuais disponíveis ao jurista que estão a serviço da “concretização” de direitos fundamentais entendidos na sua materialidade. Trata-se de pesquisa de sistematização que recorre fundamentalmente à técnica do direito comparado. Grande parte desse trabalho foi realizada no ano de 2008 no âmbito do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal da Paraíba.

---

<sup>1</sup> Veja, o que Tércio Sampaio fala sobre a “ingenuidade” do estudante de graduação: “(...) não é por acaso que o estudante de Direito, que principia a sua formação, se surpreende com o número de teorias que um texto legal pode sugerir ao ser interpretado, o que lhe dá, quando ainda não domina as técnicas dogmáticas, a impressão de estar tratando com meras opiniões, o que o anima a construir ingenuamente a sua interpretação.” (FERRAZ JR, 2005, 95)

## 1. CONCEITO DE JUSTICIABILIDADE E PRINCIPAIS PROBLEMAS

Atualmente, os direitos sociais encontram-se positivados em documentos internacionais e em grande parte das Constituições nacionais contemporâneas. Apesar disso, estão, em muitos lugares, sem a efetividade desejada. Essa realidade é vista, principalmente, nos chamados países periféricos, normalmente localizados no Sul geográfico.

É, a partir dessa constatação, que Bobbio (1992, p. 25) vai afirmar, não sem causar polêmica, que em se tratando de direitos humanos, o problema atual é de garantia de efetividade e não de fundamentação filosófica desses direitos.

De fato, a positivação contemporânea dos direitos sociais (com *status* de lei constitucional) data do início do século passado com as constituições do México (1917) e da Alemanha (1919). Talvez a maior característica desses documentos normativos tenha sido o seu caráter compromissário — decorrente do acordo entre burguesia e proletariado — e a conseqüente abertura, em termos de redação, das normas contidas nesses documentos.

Essas normas instituidoras de direitos sociais foram rapidamente consideradas *não* jurídicas, ou seja, simples programas a serem implementados ao longo do tempo e sob o controle do Legislativo. Assim, o caráter programático das Constituições, que havia surgido justamente com as primeiras, liberais, no fim do século XVIII, volta junto às Constituições sociais do século XX.

Deve-se perceber que os direitos liberais, na época de sua positivação, logo após as revoluções burguesas no fim do século XIX, também foram duramente criticados pela sua abstração. Assim, segundo Bonavides (2006, p. 233-234), deve-se atentar para o fato de que:

A Constituição francesa de 1795 e a Constituição alemã de 1919 (a Constituição de Weimar) são os dois pólos históricos e ideológicos da programaticidade no constitucionalismo dos sistemas políticos ocidentais; a primeira, protótipo do Estado liberal [...]; a segunda, do Estado social.

Desde então, esses direitos passaram por um processo de aumento de densidade normativa, sempre em busca do fortalecimento de sua juridicidade, ou seja, buscou-se garantir condições ao indivíduo de cobrar, junto ao Estado e contra este, o respeito aos seus direitos fundamentais.

É justamente o nascimento da idéia mesma de direito subjetivo. Vê-se, por exemplo, a partir da análise de Hohfeld (1968, p. 81), que a idéia de direito subjetivo na modernidade-

contemporaneidade está necessariamente ligada à de indivíduo e de possibilidade de cobrança (via judiciário) de uma pretensão.

A justiciabilidade, entendida como a possibilidade de cobrança judicial pela efetividade<sup>2</sup> de um direito, é item fundamental na construção jurídica moderna da idéia de direito subjetivo. Esse poder/direito que identificamos hoje como “subjetivo”, além de uma ideia é, no campo jurídico, mais do que uma pura abstração devido à criação e amadurecimento de instrumentos jurídicos (remédios) capazes de garantir plena realização de direitos.

Nesse sentido e de acordo com a teoria moderna, pode-se dizer, inclusive, que a existência de instrumento jurídico de cobrança é condição necessária para a existência de um direito subjetivo. Assim, a importância da justiciabilidade de direitos fundamentais reside na constatação de que a simples positivação de direitos — por mais ampla e qualificada que esta seja — não é suficiente, para que o “ideário que o[a] inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes”(GUERRA FILHO, 2007, p. 17).

Pode-se afirmar, por conseqüência, que os direitos sociais passam, atualmente, por um processo de amadurecimento (mesmo nos Estados onde existe um *Welfare* efetivo). Nesse processo, tem destaque o aumento da densidade jurídica adquirido pelas normas definidoras de direitos sociais, na tentativa de superação da idéia de programaticidade.

É, portanto, um processo que guarda semelhanças com o anteriormente visto, quando do surgimento das primeiras Constituições modernas, positivadoras da liberdade. Obviamente, deve-se reconhecer que existem problemas adicionais, como a necessidade de prestações positivas, por parte do Estado, para a garantia de grande parte desses direitos apesar do seu enfraquecimento (Estado) com a conseqüente busca de construção de um espaço público supranacional.

Além disso, a complexidade que caracteriza os tempos atuais torna ainda mais complicada a tarefa da dogmática jurídica de construir instrumentos adequados à garantia de efetividade dos direitos sociais. Há aí uma premissa escondida que não se deve esquecer: a

---

<sup>2</sup> Sobre o entendimento de efetividade aqui adotado é conveniente lembrar a lição de dois importantes autores. Para José Afonso da Silva (2000, p. 65): “Eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada, é o que tecnicamente se chama de efetividade da norma.” Marcelo Neves (1994, p. 46) complementa o entendimento: “[...] a efetividade se refere a implementação do ‘programa finalístico’ que orientou a atividade legislativa, isto é, a concretização do vínculo ‘meio-fim’ que decorre abstratamente do texto legal. Portanto, norma efetiva aqui considerada é aquela obedecida e aplicada. Além disso, devemos verificar se, como resultado dessa obediência e aplicação, constatamos que o meio (norma) nos leva até o fim almejado (programa finalístico).”

dificuldade de garantia de direitos de fundamento coletivo num mundo cultural onde a individualidade é um sentimento exacerbado.

Nesse contexto, os processos judiciais, principalmente os de natureza coletiva e/ou de dimensão constitucional, tornam-se fundamentais instrumentos de participação política e exercício da cidadania. O “entrincheiramento” na Constituição, um contrato coletivo, é uma forma de ativismo político e social.

A falta de instrumentos adequados à cobrança de efetividade das promessas de modernidade, positivadas nas constituições e declarações internacionais, já é fator bastante conhecido nos dias atuais, sendo tema importante do direito constitucional. É, nesse sentido, que Lima Jr (2001, p. 120) vai lembrar que “é sabida a insuficiência dos instrumentos processuais internos para a adequada resolução de conflitos coletivos, como são a maioria dos relacionados aos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.”.

Sintoma dessa situação é a busca de efetividade dos direitos sociais através de instrumentos jurídicos adequados à cobrança dos direitos de liberdade (SCHEININ, 1995, p. 44). Certamente, essa atuação fortalece o entendimento dos direitos humanos como indivisíveis, porém, essa solução deixa a desejar, principalmente, no que se refere ao alcance limitado dos efeitos das decisões proferidas pelo Judiciário, tanto no âmbito nacional quanto regional, e, muitas vezes, também no que diz respeito, como visto, à inadequação ou inexistência desses instrumentos, para tratar das questões coletivas — em um sentido lato.

Sem dúvida, em um país onde os direitos sociais não foram constitucionalmente (e formalmente) positivados, a justiciabilidade desses direitos — via controle de constitucionalidade, principalmente — pode encontrar sérios obstáculos. É esse o caso dos Estados Unidos da América.

Todavia, essa não é uma relação necessária. Desse modo, em um país como a Alemanha, mesmo não constando textualmente na Lei Maior, os direitos sociais integram a materialidade constitucional, sendo possível a cobrança de sua efetividade via controle de constitucionalidade.

Deve-se lembrar que, no Brasil, esses direitos contam com proteção reforçada, pois contam com capítulo próprio na Constituição e possuem instrumentos de cobrança especialmente previstos para garantir a sua efetividade — adequados ao combate da omissão estatal. Além do mais, deve-se lembrar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que também positiva os direitos sociais e, então, reforça a exigibilidade desses direitos.

Entretanto, ainda persiste, em alguns lugares, a idéia de que os direitos sociais não são justiciáveis. É assim que na Europa atual fala-se, inclusive, numa espécie de rebaixamento dos direitos sociais que perderiam o *status* de direito e seriam apenas “serviços” fundamentais (ZOLO, 2006, p. 78).

Certamente defender o posicionamento acima referido em países como o Brasil, significaria um enorme retrocesso se se considera que nunca existiu de fato um Estado de bem-estar social. Representaria uma ruptura do contrato social sem que grande parte das suas cláusulas fossem cumpridas.

Para a construção de um referencial dogmático no Brasil que possibilite um protagonismo (transitório) do judiciário na garantia efetividade dos direitos sociais foi necessário o enfrentamento de questões estabelecidas no campo jurídico profissional, ou seja, foi necessário a reformatação de dogmas. O princípio da separação dos poderes e as questões envolvendo o que vem se chamando de “reserva do possível” são dois exemplos disso.

### 1.1. A RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Um dos obstáculos tradicionalmente postos no caminho da justiciabilidade dos direitos sociais é o decorrente de uma interpretação tradicional do princípio da separação dos poderes, inicialmente posto por Locke e bem enunciado por Montesquieu (1979). Essa interpretação clássica foi fundamental para o amadurecimento e sucesso do Estado Legislativo moderno.

A questão pode ser posta nos seguintes termos: ao prevalecer o entendimento de um Judiciário ativo na defesa e concretização de direitos fundamentais, de acordo com essa leitura tradicional, estar-se-ia diante de um desrespeito ao referido princípio, já que o Judiciário atuaria em uma esfera (política), que estaria reservada ao Legislativo democraticamente eleito.

Para rebater essa crítica, se tem sugerido uma releitura do princípio mencionado, que perderia a sua rigidez inicial. De acordo com esse pensamento, essa releitura é necessária, já que a “oscilação política para a igualdade [característica do Estado Democrático e Social], que em nosso século [XX] é, sobretudo, oscilação de cunho social e econômico, revela-se como antinomia perante a liberdade clássica, que o século XVIII conheceu” (BONAVIDES, 2004, p. 66).

Ainda de acordo com esse pensamento, no Brasil, essa releitura teria como pilar a Constituição cidadã de 1988, que, por sua vez, tem como fundamento a dignidade da pessoa

humana (Art. 1) e, como objetivos, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (Art. 3).

## 1.2. A RESERVA DO POSSÍVEL

Para que se avançasse na dogmática da efetividade foi necessário o enfrentamento do que dogmaticamente ficou conhecido como “reserva do possível”. Basicamente, significa dizer que não existem recursos econômicos suficientes para a garantia da efetividade dos direitos sociais, portanto, não caberia aos juízes (que não foram eleitos) tratarem sobre medidas que necessitam de gasto orçamentário.

Trata-se de uma adaptação de um *topos* da jurisprudência constitucional alemã (KRELL, 2002, p. 52). Diante da situação de escassez de recursos alegada e das políticas neoliberais, não se pode negar a existência de uma crise que afeta principalmente os países periféricos, mas, em medida menor, atinge também os países mais desenvolvidos do sistema capitalista.

Para os adeptos da doutrina da efetividade, é justamente nessa situação que se mostra indispensável “una protección fundamental de las posiciones sociales, por más mínima que ellasea” (ALEXY, 1997, p. 496). Um forte argumento em prol dessa doutrina foi formulado por Krell (2002, p.52), referenciando alguns autores: de acordo com ele, se se condiciona a realização dos direitos sociais à existência de “caixas cheias”, estaríamos reduzindo a eficácia desses direitos a zero, pois essa subordinação a fatores econômicos condena-os a ser considerados direitos de segunda categoria. Portanto, transferir de maneira acrítica a discussão da diminuição do Estado social europeia para o Brasil seria completamente inadequado.

Certamente, o argumento traduzido na reserva do possível é um argumento que, se se tem em conta um posicionamento minimamente realista, deve ser considerado. Sem dúvida a concretização dos direitos sociais depende, em grande parte, da existência de recursos disponíveis para esse fim.

O que não se pode esquecer é que não há direitos sem custos, sejam eles de liberdade ou de igualdade. Rebaixar os direitos sociais a programaticidade é violar um dos dogmas dos direitos humanos: o da indivisibilidade de direitos. Assim, Holmes e Sunstein (1999, p. 15) vão afirmar que “Rights cost money. [...]. This is just as true of old rights, as of new rights, of the rights of americans before as well as after Franklin Delano Roosevelt’s new deal.”.

## 2. A RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JUSTICIABILIDADE

Como se disse, as Constituições sociais contemporâneas, quando surgiram, tinham como uma de suas características a existência em seu corpo de normas com baixa densidade normativa, essas normas, que se convencionou chamar de normas programáticas, necessitavam da atuação do legislador ordinário para que pudessem desenvolver todo o seu potencial em termos de eficácia.

Porém, com o passar do tempo e da criação de leis ordinárias, além do desenvolvimento teórico que permitiu o acionamento direto das leis constitucionais, independentemente de leis ordinárias, crescem também as possibilidades de uma cobrança via judiciário (justiciabilidade) da garantia de efetividade dos direitos sociais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é exemplo de Constituição social e dirigente que contém um amplo rol de direitos sociais, todos eles, imediatamente acionáveis de acordo com o § 1º do Art. 5º. Também prevê, a Constituição brasileira atual, mecanismos adequados para a cobrança da atividade estatal, como o mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, além de vários outros remédios importantes no que diz respeito a garantia de direitos fundamentais, como o mandado de segurança.

Pode-se perceber que existem vários caminhos para o acionamento do judiciário quando se trata de direitos fundamentais, e, mais especificamente, dos direitos sociais. Assim, pode um cidadão brasileiro – sem a necessidade de advogado – fazer valer a justiciabilidade dos direitos sociais junto à justiça do trabalho, em se tratando, por exemplo, de garantir direitos contidos em um documento infraconstitucional como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Atualmente, o controle de constitucionalidade — e não apenas da legalidade — passa a ter importância redobrada, principalmente depois de reforçada dogmaticamente a ideia de supremacia constitucional, ou seja, depois de reafirmado o esquema piramidal nas fontes do direito, este reforço vem sendo identificado muitas vezes como “irradiação” da Constituição.

Tratar do controle de constitucionalidade, de maneira objetiva, é tratar da verificação da adequação ou não de atos, em sua maioria normativos, tendo como parâmetro dessa verificação a Constituição. O controle de constitucionalidade é instrumento de garantida superioridade da Constituição.



É importante diferenciar duas expressões que, normalmente, têm sido utilizadas como sinônimas: jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade. Deve-se acompanhar a doutrina e dizer que jurisdição constitucional é a aplicação da Constituição por juizes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta quando a norma constitucional tratar e disciplinar diretamente algum aspecto da vida social, ou indireta, quando a partir do conteúdo constitucional se verifica a validade de um ato infraconstitucional. Nesse ultimo caso, está-se diante do controle de constitucionalidade, ou seja, é um caso específico do gênero jurisdição constitucional.

Assim, o controle de constitucionalidade vai inserir-se no quadro mais amplo da jurisdição constitucional, funcionando como um importante, talvez o mais importante, mecanismo de justiciabilidade dos direitos sociais.

### **3. MODELOS TRADICIONAIS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS**

Importa agora conhecer quais as características dos dois principais (e mais tradicionais) modelos de controle judiciais de constitucionalidade e quais dessas características favorecem à justiciabilidade dos direitos sociais.

137

Certamente não se pretende aqui abordar em profundidade todos os detalhes a respeito do controle de constitucionalidade, nos seus vários aspectos e classificações, mas, pretende-se analisar os modelos de controle de constitucionalidade americano/estadunidense e austríaco/europeu considerando, principalmente, os aspectos que Cappelletti (1984, p. 66-67) chamou de “subjetivo”, “modal” e “funcional”.

O primeiro aspecto leva em consideração os órgãos responsáveis por exercer o controle de constitucionalidade; o segundo vai tratar do modo como a questão da inconstitucionalidade é suscitada e resolvida e o terceiro considera os efeitos das decisões produzidas por esses órgãos responsáveis.

Portanto, o que se pretende aqui é verificar quais são as principais características dos modelos de controle de constitucionalidade americano e o austríaco – nas suas versões tradicionais e originais, diga-se – e, a partir daí, verificar qual o grau de adequação dos modelos à justiciabilidade dos direitos sociais.

### 3.1. O MODELO DE CONTROLE CONCRETO (ESTADUNIDENSE) E A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS DE LIBERDADE

O modelo de controle de constitucionalidade americano tem como marco inicial a decisão do juiz da Suprema Corte americana, Marshall, em 1803, no conhecido caso *Marbury x Madison*.

A decisão baseia-se em uma construção lógica de relativa simplicidade que tem como ideia fundamental a supremacia da Constituição, assim, se se está diante de um caso em que uma disposição normativa infraconstitucional vai de encontro aos ditames da Lei Maior, então, deve-se considerar a lei de hierarquia inferior inconstitucional sob pena de, caso contrário, colocar em xeque toda a ideia de superioridade hierárquica da Constituição.

Apesar do reconhecimento dessa decisão como marco oficial do *judicial review*, deve-se dizer que a fundamentação do juiz Marshall não foi de todo original, Treanor (Cf. FINE, 2007, p. 351), em artigo intitulado *Judicial Review before Marbury*, identificou trinta e um casos federais nos quais uma lei foi invalidada antes do caso de 1803. A síntese dessa idéia está nas palavras de Cappelletti (1984, p. 63), quando afirma que:

Se esta corajosa, decidida afirmação de John Marshall efetivamente iniciou na América e no mundo, algo de novo e de importante, ela foi, porém, ao mesmo tempo [...] não um gesto de improvisação, mas, antes, um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal.

No modelo americano a defesa da Constituição está nas mãos de todo o judiciário e não apenas dos tribunais superiores, é o que se convencionou chamar de controle difuso de constitucionalidade.

Outra característica fundamental nesse tipo de controle diz respeito à necessidade de um caso concreto para que seja analisada a questão da inconstitucionalidade, assim, o processo somente poderá ter lugar caso se esteja diante da defesa de direito subjetivo.

O modelo americano desenvolve-se a partir do século XIX e é fruto de todo o desenvolvimento teórico necessário para o funcionamento do Estado de Direito, que tem, como um dos seus marcos iniciais, a Constituição estadunidense de 1787.

Diferentemente do que ocorre na França pós-revolução, nos Estados Unidos da América não existia o sentimento de desconfiança da população em relação aos juizes, e isso influenciou diretamente no surgimento de um controle de constitucionalidade que fica a cargo do judiciário, ou seja, é a partir do desenvolvimento teórico estadunidense que o

judiciário assume o papel de guardião da Constituição e não atua simplesmente como a “boca da lei”.

O Estado de Direito na sua formatação norte-americana caracterizava-se pela existência de normas que tinham o objetivo de controlar os arbítrios do Estado Leviatã hobbesiano, então, as normas postas pelo legislativo tinham a função de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, que eram direitos a serem exercitados frente ao Estado, para que este *não* fizesse algo e, dessa forma, não ferisse direitos constitucionalmente protegidos. O *judicial review* norte-americano surge para garantir a supremacia desses direitos liberais.

Deve-se lembrar que a construção do *judicial review* americano não se deu rapidamente, de fato, foi necessário um período de quarenta anos para que a Suprema Corte dos EUA voltasse a considerar outra norma inconstitucional. Além disso, o próprio juiz Marshall chegou a considerar uma mudança de opinião (BITTENCOURT, 1997, p. 14-15).

Importante destacar ainda que o desenvolvimento desse modelo de controle de constitucionalidade dá-se paralelamente ao desenvolvimento da idéia de direito subjetivo, assim, podemos identificar no modelo estadunidense a forte presença do individualismo — característico da modernidade —, sendo o mesmo (o controle de constitucionalidade) um componente processual fundamental para que se possa falar em direito subjetivo. Desta forma, no modelo estadunidense em sua versão tradicional, é sempre diante da defesa de um direito subjetivo que se pode suscitar a questão da inconstitucionalidade. Ou seja, sempre diante de um caso concreto de desrespeito à Constituição.

Historicamente é interessante observar que o judiciário estadunidense que inicialmente atua afirmando a sua posição de guardião da Constituição, mesmo sem previsão expressa da Constituição, vai, em seguida, assumir hesitar e reforçar o chamado *self-restraint*, ou seja, vai considerar-se não autorizado para decidir questões entendidas como políticas.

Deve-se entender que toda a teoria do Estado liberal, que nasce junto aos pensadores do direito natural durante todo o século XIX, vai afastar-se desse paradigma e aproximar-se do modelo positivista, até ao ponto de uma quase completa simbiose entre o pensamento liberal e positivista no início do século XX. Trata-se, portanto de uma mudança construída em cerca de um século e meio, que resultou no fortalecimento do positivismo, mesmo depois das críticas de fundo sociológico durante boa parte do século XIX e início do século XX (veja-se o movimento para o Direito Livre, por exemplo).

Uma das principais características do positivismo jurídico é a tentativa de obter um objeto de estudo “puro”, separado de tudo que não fosse considerado jurídico, ou seja, foi

construída uma rígida fronteira entre o jurídico e o político. Diante desse quadro, os direitos liberais negativos, que haviam adquirido *status* jurídico após um longo período de amadurecimento, foram considerados plenamente justiciáveis.

Portanto, o quadro que se tem no início do século XX é o seguinte: os direitos liberais são plenamente justiciáveis e, desta forma, legítimos parâmetros de controle de constitucionalidade, enquanto que os direitos sociais recém-positivados são direitos fracos; são diretrizes políticas que não podem ser justiciáveis e, obviamente, não podem servir de parâmetro para a atuação do judiciário em se tratando do controle de constitucionalidade. Nesses casos, o judiciário devia exercer o *self-restraint*, em nome do princípio da tripartição dos poderes.

### 3.2 O MODELO DE CONTROLE ABSTRATO (AUSTRÍACO) E A BUSCA DE UMA JUSTICIABILIDADE POSSÍVEL DOS DIREITOS SOCIAIS

O modelo de controle de constitucionalidade austríaco/europeu surge no ano de 1920 e foi, em grande parte, obra de Kelsen. No que diz respeito ao aspecto subjetivo, importa dizer que, diferentemente do que ocorre no modelo estadunidense, somente um tribunal pode realizar o controle, trata-se de um tribunal *ad hoc*, que formalmente não faz parte do poder judiciário.

Já no aspecto referente a uma possível adequação desse modelo de justiciabilidade dos direitos sociais, deve-se lembrar que um dos aspectos que impediam a justiciabilidade desses direitos, inicialmente, era justamente o fato de esses terem sido positivados em normas consideradas “políticas” (programáticas) e “não jurídicas” (*self-executing*, na classificação da doutrina estadunidense). Portanto, deve-se então reconhecer que a simples existência desses tribunais constitucionais, que tinham um perfil também político, aumentava as chances de existência de uma cobrança por efetividade desses direitos.

Trata-se de enfrentar a questão da legitimidade para realizar o controle de constitucionalidade. É a partir dessa característica, afirmam alguns, que o controle austríaco (abstrato) é um controle político enquanto que a *judicial review* é um controle judicial.

Portanto, é em decorrência desse aspecto político (juntamente com a eficácia *erga omnes* das decisões, ver adiante) que se pode dizer que a atuação dos Tribunais constitucionais, como teorizados pelo modelo austríaco, é, afinal, mais legislativa do que jurisdicional.

O próprio Kelsen (2003, p.151-152) vai afirmar que anular uma lei é “estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e, portanto, ela própria uma função legislativa.”

Essa ideia de entregar as questões constitucionais a um tribunal constitucional — de caráter relativamente político — justifica-se na medida em que se entende que as constituições modernas não se contentam mais com uma simples descrição de uma situação social estabelecida, elas positivam diretrizes e programas de ação futuros, são, portanto, também prescritivas.

Assim, reconhece-se que a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional “não é, absolutamente, uma atividade a que se possa, sempre, julgar-se preparado, sobretudo, o ‘juiz de carreira’, amadurecido nas salas fechadas dos tribunais, onde, dos tumultuosos acontecimentos e das exigências que prorrompem da sociedade, não entram, com freqüência, senão os ecos atenuados.” (CAPPELLETTI, 1984, p. 89).

Outro aspecto relevante na caracterização desse tradicional modelo, diz respeito aos efeitos das decisões. Diferentemente do que acontece no modelo estadunidense, no modelo austríaco o Tribunal, ao considerar inconstitucional determinada norma, decide com eficácia *ex nunc*, ou seja, não se pauta esse modelo pelo dogma da nulidade da lei inconstitucional, esta é anulável.

Deve-se notar, portanto, que enquanto no sistema dos EUA, por influência do jusnaturalismo, ao Judiciário cabe declarar a inconstitucionalidade, no sistema austríaco, de influencia positivista, a decisão dos tribunais sobre a constitucionalidade de um ato é constitutiva.

Desse modo, de acordo com o modelo da Áustria, uma norma é sempre considerada válida e vigente até que seja revogada, suspensa ou declarada inconstitucional pelo tribunal, em decorrência desse entendimento, a eficácia das decisões do tribunal é sempre *ex nunc*, salvo se o tribunal estabelecer prazo para a entrada em vigor da cassação<sup>3</sup>.

Se se analisa esse aspecto, a partir de uma perspectiva atual, pode-se dizer que, mesmo considerando os perigos da uma exagerada flexibilidade, aumentam-se, assim, as chances de justiciabilidade dos direitos sociais já que se poderia evitar uma situação de “tudo ou nada”, quando se trata da efetividade de direitos. Principalmente, quando considera-se que mesmo

---

<sup>3</sup> Depois de alteração ocorrida em 1929, conciliando o sistema de controle direto com a modalidade de controle concreto, as decisões passaram a ter eficácia *extunc* exclusivamente para o caso concreto. Ver Martins e Mendes (2005, p. 14)

depois de todo o desenvolvimento teórico já ocorrido, muitas vezes, é difícil a visualização de um direito social subjetivo, fundamentado em uma norma outrora considerada política. Então, devem-se buscar alternativas realistas de cobrança capazes de fortalecer a dimensão objetiva desses direitos.

Como conseqüência lógica da força que possui o Tribunal Constitucional e suas decisões no sistema de controle austríaco e considerando que não existe na Áustria (e em geral nos sistemas de derivação romanística denominados de *civil law*) a figura do *stare decisis* existente no modelo americano, foi necessário que se reconhecesse a eficácia *erga omnes* das decisões prolatadas pelo Tribunal Constitucional.

Ainda importa dizer que, na sua versão inicial (1920), o modelo de fiscalização era totalmente abstrato, ou seja, não se exigia a demonstração de qualquer interesse particular; ofensa ao direito subjetivo, ou seja, não era necessário – nem possível – questionar-se a constitucionalidade de um ato a partir de uma controvérsia concreta já instaurada no âmbito do judiciário.

Nessa primeira versão do sistema austríaco — que nesse aspecto iria ser modificado em 1929 —, nem os juízes tinham o poder de levar à Corte questão constitucional, uma vez que essa prerrogativa estava nas mãos apenas daqueles órgãos políticos indicados na Constituição.

### 3.2.1. Limites do modelo austríaco na justiciabilidade dos direitos sociais

O modelo abstrato de constitucionalidade surgido na Europa no início do século passado, mostra-se relativamente adequado à justiciabilidade dos direitos sociais. Isso é verdade principalmente em um primeiro momento de crise de juridicidade das normas instituidoras de direitos sociais.

Pode-se dizer que nesse momento inicial, apesar de direito objetivado, os direitos sociais não apresentavam ainda uma dimensão subjetiva – essa ainda hoje é uma difícil questão. Nesse contexto, o controle abstrato apresentava-se como única alternativa teórica de cobrança (mesmo limitada) por efetividade dos direitos sociais objetivados; se, no *judicial review*, era impossível a cobrança de efetividade dos direitos sociais — considerados “área política” —, com o controle abstrato, poder-se-ia realizar algum tipo de cobrança a partir do direito objetivo, ou seja, pelo menos uma eficácia diferenciada era garantida aos direitos sociais – na verdade, a todo o direito objetivado.

Porém, essa adequação é apenas relativa; é ainda limitada. Pode-se apontar pelo menos duas espécies de limites: os limites ideológicos e os técnicos.

No primeiro caso, trata-se daqueles aspectos diretamente relacionados a influência liberal-positivista que dificultaram a utilização desse modelo de controle de constitucionalidade na busca de uma efetividade possível dos direitos sociais.

No segundo caso, o agrupamento dessas limitações sob a etiqueta de “técnicos” tem caráter didático apenas, já que não se acredita em uma separação radical entre técnica e ideologia. Contudo, ao se utilizar da palavra “técnica”, quis fazer-se referência àqueles aspectos do controle de constitucionalidade abstrato-austríaco, que podem ser colhidos a partir de uma leitura literal dos documentos normativos que positivaram o referido modelo.

### 3.2.1.1. Limites ideológicos

Mesmo tendo o sistema de controle de constitucionalidade abstrato-austríaco representando uma possibilidade teórica de cobrança de efetividade dos direitos sociais, deve-se dizer que a base positivista desse modelo limitou, de maneira considerável, o desenvolvimento da própria jurisdição constitucional. Assim, no início do século passado, quando esse modelo foi implementado, a tarefa legislativa era exercida de maneira quase ilimitada (MARTINS e MENDES, 2005, p. 17), ou seja, mesmo diante de direitos sociais positivados e da possibilidade teórica de cobrança via Tribunal Constitucional, esses Tribunais abriam mão dessa atuação por considerar que, nesse caso, era necessária uma valoração de índole política.

Não se pode esquecer que de acordo com os ensinamentos de Kelsen (2003, p. 170) a “Constituição deve, sobretudo se criar um Tribunal Constitucional, abster-se desse tipo de fraseologia [referindo-se a disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à liberdade, à moralidade, etc.] e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível”, percebe-se, então, que para o autor a justiciabilidade (via jurisdição constitucional) de direitos deveria limitar-se a justiciabilidade dos direitos individuais — naquele momento, positivados com uma redação mais precisa.

Dessarte, se a Constituição positiva direitos utilizando-se de princípios — caracterizados pela redação aberta — e ainda prevê a existência de um tribunal constitucional capaz de realizar o controle de constitucionalidade, a partir desse parâmetro, haveria um

deslocamento de poder, já que, por exemplo, o entendimento do conceito de justiça dos membros do Tribunal poderia ser diferente daquele da maioria da população (representada no parlamento). Portanto, a partir do posicionamento do autor, pode-se inferir que estaria em risco o principiosa separação dos poderes já que o Tribunal, nesse caso, estaria exercendo uma força “insuportável”. O ceticismo de Kelsen (2003, p. 169) em relação à força “jurídica” dos princípios fica claro na seguinte passagem:

É precisamente nesse fato de que a consideração ou realização desses princípios — a que não se pode até hoje, a despeito de todos os esforços envidados nesse sentido, dar uma determinação um tanto unívoca que seja — não têm nem podem ter, no processo de criação do direito, pelos motivos precedentemente indicados, o caráter de uma aplicação do direito no sentido técnico [...].

Como se sabe, em tempos de direito “puro”; de direito descritivo baseado nas lições das ciências naturais, as chances de desenvolvimento de uma teoria constitucional axiológica eram praticamente inexistentes.

Além disso, não se pode deixar de notar que na época de elaboração do modelo austríaco (1920), existia a preocupação, por parte de Kelsen, de se evitar o chamado “governo dos juízes”. Lembre-se a controvérsia então existente na Alemanha entre o positivismo normativista e o movimento para o Direito Livre, esse último partido de uma orientação fortemente sociológica. O autor austríaco vai preocupar-se, então, em garantir a força da legislação, evitando qualquer possibilidade de atuação “livre” dos juízes.

Esses fatores, em parte, explicam porque, apesar de as primeiras Constituições sociais com suas normas político-jurídicas terem surgido quase no mesmo momento do modelo de controle de constitucionalidade abstrato<sup>4</sup>, a justiciabilidade desses direitos constitucionalmente positivados, só foi possível a partir do desenvolvimento teórico-dogmático ocorrido após a segunda guerra.

Sintoma dessa incoerência em tempos iniciais de constitucionalismo social foi a inexistência de um controle de constitucionalidade adequado a essa nova realidade, ou seja, capaz de contribuir para o amadurecimento e a concretização dos direitos sociais constitucionalmente positivados.

Vê-se portanto que, apesar de objetivados, não se podia afirmar que existisse um direito social subjetivo correspondente. Assim, pode-se dizer que, na Alemanha, essa

---

<sup>4</sup> A constituição mexicana, em 1917, a alemã, em 1919 e o controle de constitucionalidade abstrato, na Áustria, em 1920.



combinação Constitucionalismo social–controle de constitucionalidade difuso “não deu lugar a bons resultados” (CAPPELLETTI, 1984, p. 90).

Situação semelhante aconteceu no Brasil, sob a vigência da Constituição de 1934 — a primeira Constituição social. Nesse tempo, os direitos sociais positivados não possuíam instrumentos jurídicos de cobrança adequados a essa nova realidade constitucional. Essa inadequação no que diz respeito a relação entre direitos e instrumentos de cobrança fica evidente no Brasil mesmo atentando para a previsão da representação interventiva na Constituição de 1934 (a ser proposta pelo Procurador Geral da República). Esse fato é apontado como sendo o embrião do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, porém, na prática o que se tinha no Brasil era o já tradicional controle de constitucionalidade difuso. Ainda no sentido de evidenciar essa inadequação deve-se falar na não existência de instrumentos jurídicos aptos a serem utilizados no combate à omissão estatal (conquista recente, 1988).

#### 3.2.1.2. Limites técnicos

Como dito, na versão tradicional do controle de constitucionalidade austríaco, somente órgãos políticos poderiam dar início ao processo de verificação de constitucionalidade, a saber, o governo federal (caso o pedido fosse relativo à constitucionalidade de lei dos *Lander*) e o governo dos *Lander* (caso o controle fosse de lei federal).

Em modificação que data de 1929, foram acrescentados como legitimados ativos para propor o controle de constitucionalidade, dois órgãos judiciários ordinários: o *Oberster Gerichtshof* — a Corte Suprema para causas civis e penais — e o *Verwaltungsgerichtshof* — a Corte Suprema para causas administrativas (CAPPELLETTI, 1984, p. 105-106).

Esse pequeno número de legitimados ativos representa uma clara limitação do modelo austríaco, que, dessa forma, impedia que os maiores interessados na concretização dos direitos sociais atuassem como agentes ativos nesse processo. A saber, esse modelo afastava o cidadão do processo de defesa e concretização da Constituição.

Apesar do risco de sobrecarga de trabalho numa sociedade hiperjudicializada, uma legitimação ampla no manejo do controle concentrado de constitucionalidade, certamente representaria uma mudança num sentido de fortalecimento da democracia participativa. No entanto, essa possibilidade encontra resistência ainda hoje, basta que se veja, a título de exemplo, no Brasil, o veto do presidente da República a artigo da Lei n. 9.882 (ADPF):

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob alegação de descumprimento de preceito fundamental ‘por qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público’. A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais — modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame.

Outro aspecto que pode ser visto como um obstáculo à realização dos direitos sociais via controle de constitucionalidade abstrato — característica do tradicional modelo austríaco —, parece evidente, se se recorda um termo atualmente muito utilizado quando se trata de direitos fundamentais em geral: concretização.

Certamente que é impossível “concretizar” algo em “abstrato”, para chegar a essa conclusão não é preciso mais do que um bom dicionário. Obviamente, as questões em torno desse problema vão muito além daquela puramente lingüístico-semântica.

Para entender melhor essa questão, deve-se atentar para a própria mudança paradigmática em curso, também no âmbito do direito constitucional, nos dias atuais. Muda-se com o objetivo de superar tanto a teoria liberal clássica, quanto a teoria social do início do século passado — momento em que surge também o modelo austríaco de controle de constitucionalidade. É nesse sentido que, dentro de uma “doutrina da efetividade” se pode afirmar que o Estado Democrático de Direito representa um *plus* em relação ao Liberal e ao Social, anteriormente em voga (STRECK, 2004, p. 808).

Pode-se também perceber com clareza essa importância da análise do caso concreto, na realização de direitos não ligados a tradicional doutrina da liberdade, quando se atenta para os desenvolvimentos hermenêuticos desenvolvidos no âmbito da doutrina da efetividade e, em especial, à importância que parte dessa doutrina atribui a ponderação como técnica de interpretação dos textos constitucionais.

Para essa vertente teórica, com grande desenvolvimento no âmbito institucional da UERJ e tendo o seu principal ator o hoje ministro do STF Luís Roberto Barroso, a ponderação de valores, portanto, apresenta-se como técnica de interpretação basilar na realização de direitos fundamentais em tempo de complexidade; de pluralidade que caracteriza a contemporaneidade. Ponderar significa escolher com base na análise do caso concreto, é, assim, uma consequência lógica a impossibilidade de se ponderar em abstrato.

Sintoma também desse novo momento é a abertura da hermenêutica contemporânea à análise tópico-retórica do Direito. Nesse caso o que se tem é justamente o entendimento e a realização do direito a partir da análise de casos concretos, resultando em decisões judiciais

lastreadas em argumentos racionais. Novamente vê-se a inadequação de um entendimento do Direito em abstrato.

A necessidade de análise do “concreto” é uma espécie de consenso dentro da doutrina da efetividade nas suas diversas vertentes, desde o já citado polo institucional da UERJ até os desenvolvimentos hermenêuticos de um autor como Lênio Streck – relacionado ao pensamento de Dworkin – além de autores como Friedrich Muller e a sua reflexão sobre a “concretização” que influenciaram um bom número de juristas brasileiros, a exemplo do que acontece institucionalmente na UFPE.

Desta forma e, a partir de um olhar atual, esse aspecto fundamental do controle de constitucionalidade austríaco tradicional representa uma grande limitação desse modelo, no que diz respeito à justiciabilidade dos direitos sociais na atualidade.

#### **4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE MISTO NO BRASIL**

O controle de constitucionalidade no Brasil parte do zero, na Constituição de 1824 — que não previa nenhuma forma —, para um sistema atual misto de controle de constitucionalidade que contempla os dois tradicionais tipos de controle de constitucionalidade ocidental: o difuso (cujo modelo principal é o estadunidense) e o concentrado (cujo modelo principal é o austríaco/europeu).

Enquanto o modelo difuso já tem uma longa tradição no constitucionalismo brasileiro — previsto na Constituição de 1891 —, o controle concentrado é relativamente novo, tendo sido apresentado de maneira embrionária em 1934, quando foi criada a representação interventiva que tinha como legitimado ativo o Procurador Geral da República.

Note-se que, apesar de existir esse controle concentrado embrionário em 1934, não se podia falar em um controle abstrato de constitucionalidade propriamente dito, já que no caso da referida intervenção, o Supremo Tribunal Federal era chamado para se posicionar sobre a constitucionalidade da lei federal que houvesse decretado a intervenção da União em algum Estado-membro, porém, sempre se estava — indiretamente — verificando, na verdade, o ato estadual que dera origem à lei interventiva.

Estava-se diante, portanto, de um procedimento “que fica a meio do caminho entre a fiscalização da lei *in thesio* aquela realizada *in casu*” (CLÈVE, 2005, p. 99). O controle abstrato e concentrado — via de ação direta — foi realmente implementado no Brasil já sob a

vigência da Constituição de 1946, através da Emenda Constitucional 16 de 1965 — portanto, já com o país sob o comando dos militares.

Na ocasião, foi alterada alínea K do Art. 101, que tratava da competência da Suprema Corte brasileira, que, assim, passou a ter competência para julgar originariamente a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Desse modo, além da criação do controle abstrato propriamente dito, houve um alargamento material do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil, ou seja, esse controle deixava de estar restrito aos casos de intervenção federal em Estado-membro.

Desde então, convivem no Brasil os sistemas difuso e concentrado de constitucionalidade. Enquanto no primeiro caso reconhece-se a competência e o dever de qualquer juiz de tratar da inconstitucionalidade de um ato tendo em vista um caso concreto formulado em um demanda judicial, no segundo caso, cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal a análise da constitucionalidade do ato, através de um processo objetivo de controle em que existem partes apenas formalmente onde o que está em jogo é a defesa da ordem constitucional objetivamente considerada. Além disso, na sua visão tradicional de origem européia, esse controle é realizado de maneira abstrata, sem a necessidade da existência de um direito subjetivo.

#### 4.1. A COMUNICAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO-CONCRETO E CONCENTRADO-ABSTRATO NO BRASIL

A atual tendência quando se trata do controle de constitucionalidade no Brasil é no sentido de se fortalecer o controle concentrado de Constitucionalidade, no entanto, deve-se ressaltar também que, além disso, está em curso um processo de aproximação dos dois tipos de controle existentes no país.

Essa aproximação não é fruto de um desenvolvimento teórico restrito ao sistema jurídico brasileiro, em verdade, deve-se a uma flexibilização verificada nos dois modelos tradicionais de controle vistos anteriormente.

Assim, já em 1929, o modelo austríaco, que era inicialmente totalmente abstrato, conciliou o controle direto com o controle concreto, provocado a partir de uma questão judicial.

Já o sistema estadunidense de controle vai-se flexibilizar e, já em 1934, para enfrentar a questão das demandas fictícias, afasta-se da análise puramente concreta e inclina-se no sentido de “permitir o uso da ação declaratória para o reconhecimento da inconstitucionalidade” (BITTENCOURT, 1997, p. 24), esse último ainda vai afastar-se da atuação exclusivamente voltada para a defesa do direito subjetivo com a abertura do processo de controle de constitucionalidade, percebida, por exemplo, com a adoção da figura do *amicuscuriae*. Desta forma, está-se ampliando a discussão em torno da questão constitucional. Ademais, a “adoção do *writ of certiorari* como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva”. Assim, o modelo americano vai adotar “uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo” (MARTINS; MENDES, 2005, p.2).

No Brasil, os dois sistemas de controle, que convivem, desde 1965, de maneira independente, passam atualmente por uma reformulação que os aproxima. Na verdade, mais apropriado seria falar da aproximação do sistema difuso do concentrado, no que vem sendo chamado de “abstrativização”, ou ainda, de “objetivação” do controle difuso.

É, nesse sentido, que se podem entender as modificações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro introduzidas na sua modalidade difusa com a introdução da sumula vinculante e da repercussão geral, a primeira dessas mudanças aproxima, na prática, os efeitos das decisões do sistema difuso das do sistema concentrado, a segunda mudança dá ao sistema difuso um caráter mais objetivo considerando que o caso concreto a ser analisado pela Corte deve ter relevância social.

Pode-se dizer também que a argüição de descumprimento de preceito fundamental regulamentada em 1999, pela Lei n. 9.882, representa essa simbiose de sistemas no controle de constitucionalidade brasileiro, podendo-se afirmar que a ADPF “abrange a ambivalência própria do sistema misto de controle de constitucionalidade”, (STRECK, 2001, p. 279) sendo em si mesma uma forma *sui generis* de controle de constitucionalidade.

A referida ação permite que se tenha um controle concentrado e concreto: diretamente através do questionamento de atos concretos e daquelas normas consideradas de efeitos concretos como as leis orçamentárias e indiretamente através da chamada ADPF incidental.

No ultimo caso, ressalta-se que, apesar de o descumprimento de preceito fundamental ser diretamente atribuído a controvérsia judicial já instalada, indiretamente, está-se diante de vários casos concretos que permitem um melhor uso da ponderação de valores.

Ainda relativamente a ADPF incidental, deve-se dizer que a mesma funciona como uma verdadeira ponte entre os sistemas difuso e concreto, essa análise indireta dos casos concretos só é possível na atualidade devido ao desenvolvimento do processo objetivo de controle de constitucionalidade, que permite agora uma maior abertura e a possibilidade de se analisar o que a doutrina vem chamando de fatos e prognoses legislativos (MARTINS; MENDES, 2005, p. 271).

Essas mudanças podem ser entendidas como uma tendência de se valorizar o aspecto coletivo em detrimento do privado, desde que o Supremo Tribunal Federal – bastante fortalecido com as referidas mudanças – esteja comprometido com a realização das promessas de modernidade que representam os direitos sociais constitucionalmente positivados desde 1934 e reafirmados na atual Constituição, que já conta com mais de duas décadas.

## CONCLUSÃO

Apesar do seu reconhecimento significativo por parte dos tribunais – incluindo o Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup> – a doutrina da efetividade deve ser sempre retomada em tempos de crise do Estado Social positivado, como a que vivemos atualmente no Brasil.

Deve-se lembrar, no entanto, que a movimentação dos tribunais no sentido do ativismo ou da contenção é constante e a adequação deste movimento não se pode verificar sem considerações políticas e culturais mais amplas.

O estudo desse movimento complexo da movimentação no direcionamento da atuação concreta dos juristas profissionais, no entanto, deve ser realizado por um prisma sociológico e cultural mais amplo, o que *não é* o caso desse estudo realizado.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BITTENCOURT, Lúcio C. A. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

---

<sup>5</sup> MAIA, 2009

- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1984.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FINE, Toni M. O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos. In: TAVARES, André Ramos. **Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.
- HOHFELD, W. N. **Conceptos jurídicos fundamentales**. Buenos Aires: Centro Editor De América Latina, 1968.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MAIA, Mário S. F. A recepção da teoria neoconstitucionalista pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**. N.5, p. 151 – 163, out. 2009.
- MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei 9.868, de 10-11-1999**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- SCHEININ, Martin. Economic and social rights as legal rights. In: EIDE, A.; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights: a textbook**. Dordrech, Holanda: KluwerAcademicPublishers, 1995.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SUNSTEIN, Cass R. Social and economic rights?: lessons from South Africa. **Public law working**, Chicago, n. 12; **Law & economics**, Chicago, Olin Working, n. 124, May 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=269657>; DOI: 10.2139/ssrn.2696572007>. Acesso em: 02 mar. 2008.

***SOCIAL RIGHTS JUSTICIABILITY AND CONSTITUCIONAL REVIEW: A SYSTEMATIC STUDY ABOUT THE FORMATION OF THE JURIDICAL DOCTRINE OF EFFECTIVENESS***

**ABSTRACT.** This is a research about juridical dogma. More specifically, about the formation of the juridical doctrine of effectiveness in the aspect related to the mechanisms of justiciability of social rights. The study is centered in a pragmatic understanding of juridical dogma as a rhetorical instrument of work used by the jurists, and systematizes the bibliographical and documented sources that use the comparative law method. It concludes by affirming the possibility of use of the rhetorical effectiveness referential. It indicates, however, the limits of the dogmatic study as an instrument of “prediction” of the directions of the concrete juridical work.