

## CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: O CASO SUL-AFRICANO\*

Michele Pedrosa Paumgarten\*\*

RESUMO: Este artigo visa a analisar a evolução do constitucionalismo desde o seu surgimento até a atualidade, dentro do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo. Dentro desse contexto, é feita uma abordagem acerca da democracia e de sua repercussão no constitucionalismo, bem como os efeitos provocados pelo constitucionalismo transformador em uma sociedade recém-democratizada como a sul-africana, sinalizando aspectos da transição, da promulgação da Carta e da posição que vem sendo adotada pela corte constitucional desse país para a defesa dos direitos fundamentais de uma sociedade que não perdeu as esperanças de ter, não apenas o reconhecimento dos seus direitos civis e políticos, mas também a efetividade dos seus direitos socioeconômicos de forma plena.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. África do Sul. Democracia.

### Introdução

Em 1996, foi promulgada a Carta Constitucional sul-africana, evocada como emblema da democracia, garantista dos direitos fundamentais.

Após a experiência com o *apartheid*, a África do Sul precisava de novos princípios constitucionais para promover a sua estruturação política, que gerassem uma cultura política democrática. A nova perspectiva abandona os pressupostos étnico-culturais ingressando numa era de participação democrática com respaldo na Constituição.

Esse movimento retrata um tempo marcado pela tendência mundial de implementação e fortalecimento de sistemas judiciais por meio da afirmação e concretização de direitos, reforçando-se ainda mais a noção de constitucionalismo e do *judicial review*.

Por constitucionalismo entende-se tratar de um sistema que estabelece direitos jurídicos individuais que o legislador dominante não tem o poder de anular ou comprometer (DWORKIN, 1995, p. 2-11); é um fenômeno político que vem se tornando cada vez mais popular e não se imagina nos dias de hoje a existência de um sistema jurídico respeitável que não inclua a proteção constitucional de direitos individuais.

No entanto, Ronald Dworkin, talvez um dos mais proeminentes teóricos do constitucionalismo, observa que, apesar de tudo, levantava-se que o constitucionalismo poderia subverter ou comprometer a democracia, pois “se uma Constituição proíbe o Poder Legislativo de aprovar uma lei limitando a liberdade de expressão, por exemplo, isto limita o direito democrático da maioria ter a lei que quer” (DWORKIN, 1995, p. 5). Contudo, o filósofo norte-americano questiona: qual seria então o arranjo ideal para a coexistência pacífica de um constitucionalismo e da democracia?

---

\* Enviado em 29/2, aprovado em 30/4, aceito em 3/8/2012.

\*\* Mestranda em Direito Público - Universidade Estácio de Sá; advogada. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: mi.pp@terra.com.br.

Na Europa, a promulgação das constituições espanhola e portuguesa, que abriu o caminho democrático após anos de regimes autoritários, confirma o constitucionalismo democrático que se afirmou nos países europeus após a vitória do nazi-fascismo. Limita-se a vontade do poder soberano e das maiorias que o instituem pela vontade geral que se faria expressar nos princípios e direitos fundamentais admitidos pelas cartas constitucionais. Nessa construção, percebe-se inserida a crítica ao constitucionalismo apontada por Dworkin, pois os atos legislativos do poder político tornam-se então passíveis de escrutínio, em nome da defesa dos direitos fundamentais, por parte de uma corte constitucional dotada de capacidade para declará-los, quando provocada pela ação de um agente social com o objetivo de impedir a concertização desses direitos.

Assim, a discussão travada em torno do *judicial review*, diante da desconfiança de que se tratava mais de um governo de juizes do que propriamente de um governo do povo, generaliza-se no Ocidente europeu, aproximando o Judiciário do poder político. A crítica fica, por sua vez, dividida entre os acadêmicos que acreditam ser a revisão judicial um instituto justo - apontam o exemplo da sociedade americana, que seria uma comunidade política melhor apenas por não ser uma democracia perfeita (DWORKIN, 2010, p. 118) - e os que entendem que a revisão judicial comprometeria sim os princípios democráticos.

Não podemos deixar de observar que essa mutação no sistema da ordem republicana, ao sujeitar a regra da maioria ao crivo de uma razão de estatuto superior à esta regra, transitava num momento coincidente com a afirmação do *welfare state*, o qual implicava na regulação do social, da saúde, assistência social, etc. E isso significou não só a passagem do Poder Legislativo pelo Executivo, como também trouxe o mundo do direito para o interior da administração pública.<sup>1</sup>

Mas o fato é que cada vez mais se exige de qualquer ordenamento jurídico moderno a proteção constitucional de direitos individuais. A Constituição deve ser um meio dinâmico de integração. Os cidadãos devem se identificar com os interesses da sua comunidade e o desafio de se manter essa coesão social numa perspectiva republicana e numa sociedade multicultural é maior.

Nesse sentido, este artigo irá explorar o recente exemplo da África do Sul, cujo processo de democratização atravessou longo caminho através da justiça de transição até alcançar um nível de proteção de direitos antes renegados pelo *apartheid*, provocado por um constitucionalismo transformador, na forma idealizada por Nelson Mandela. E o que vem causando certa curiosidade entre os acadêmicos são as decisões proferidas pela Corte Constitucional, que vem firmando uma jurisprudência protetiva não apenas dos direitos políticos, mas também sociais e econômicos do povo sul-africano.

## 1 O caráter transformador da Constituição

A questão da democracia foi de fato um dos grandes debates que agitaram o século XX. No entanto, na última década vimos o triunfo de um modelo democrático liberal eliminando qualquer outra versão democrática concorrente.

Esse modelo que encontra suas origens nas revoluções francesa e americana e cuja evolução é indissociável das lutas políticas, repousa especialmente sob o princípio democrático, no qual se postula que o fundamento de todo o poder reside na coletividade dos cidadãos; o poder legítimo é aquele que emana do povo; e deve ainda haver a adesão daqueles que lhe são submissos.

A soberania residiria na vontade geral, com o único problema de identificarmos se esse ideal democrático refere-se à universalidade dos cidadãos ou à coletividade indivisível que eles formam (CHEVALIER, 2009).

Dworkin retrata a questão:

[...] esto es, que el problema de la democracia es genuino e insoluble. Creo que la cuestión fue mal interpretada y exagerada porque los constitucionalistas se concentraron demasiado en lo que dice y la constitución, y en cómo debería ser interpretada, y no lo suficiente en aquello que es realmente la democracia. Comenzaré con una observación inocente pero importante: la democracia como cualquier otro forma de gobierno implica acción colectiva. Me refiero sólo a que en la descripción de cualquier forma compleja de gobierno debemos reconocer unidades de acción en las cuales los actores son grupos, no individuos particulares. Expresamos que en una democracia el gobierno es por el pueblo. Con esto queremos decir que el pueblo, en forma colectiva, hace ciertas cosas - por ejemplo, elegir a sus líderes - que ningún individuo haría o podría hacer por sí mismo. (DWORKIN, 2010, p. 123)

Classifica ainda o filósofo que essa ação coletiva será estatística quando o grupo realiza apenas uma função, aproximada àquela que os membros individualmente fariam por si; as pessoas, individualmente, não teriam nenhuma consciência de estar fazendo alguma coisa como um grupo. Por outro lado, será comunitária quando a ação coletiva for desenvolvida num sentido em que se requer a assunção da existência do grupo por todos os indivíduos, como um fenômeno por si mesmo. E cita dois conhecidos exemplos: como os alemães que se sentem responsáveis pelo que fez a Alemanha e não somente pelo que fizeram outros alemães durante o nazismo; e como uma orquestra que pode interpretar uma sinfonia, o que nenhum músico em separado poderá fazer.

O processo de democratização desenvolveu-se, e os cidadãos passaram a fazer sua voz ser ouvida cada vez mais e a impor sua vontade. O Estado, por outro lado, figurava cada vez mais como um instrumento de correção das desigualdades sociais.

Parte-se então para um momento no qual cada cidadão, por meio do sufrágio, passa a ter a possibilidade não só de participar da eleição dos governantes enquanto eleitor, mas noutra via, se eleito, a participar de forma ativa politicamente (CHEVALIER, 2009, p. 7).

O constitucionalismo é um fenômeno político-social-cultural que pretende limitar o poder arbitrário do Estado. Originariamente, o constitucionalismo remonta à Antiguidade Clássica, ao Estado teocrático do povo hebreu, que limitava o poder político pelas "leis do senhor" (LOEWENSTEIN, 1970). Assim, *a priori*, não há uma relação direta entre Constituição escrita e o surgimento do constitucionalismo, que lhe é bastante anterior.

As constituições escritas marcaram o constitucionalismo liberal clássico do século XVIII. São posteriores às revoluções americana (Constituição de 1787) e francesa

(Constituição de 1791), que deram origem ao Estado liberal como forma de resistência ao absolutismo da época. Naquele contexto, o movimento constitucionalista visava à limitação do poder estatal e à proteção das liberdades públicas.

Foi este o grande marco do Estado moderno.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) inaugurou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação de poderes e nos direitos fundamentais. Segundo o artigo 16 da Declaração, “toda sociedade em que a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes está determinada, não tem Constituição”. A formação do constitucionalismo clássico do Estado liberal está atrelada então, à não intervenção estatal somada à defesa e à garantia dos direitos civis e políticos dos indivíduos, amoldando-se a uma organização política, liberal e garantista. Esse constitucionalismo foi concebido como um limite ao poder político, a fim de assentar que os Estados liberais seriam constitucionais, porque tinham uma Constituição, enquanto os Estados despóticos não seriam constitucionais, pois careciam de uma Constituição. No entanto, o que se via era que o direito à igualdade, por exemplo, era assegurado apenas do ponto de vista formal, o que fez com que o liberalismo econômico entrasse em crise diante da necessidade de existência de um ente político garantidor da igualdade material, dos direitos sociais, econômicos e culturais dos indivíduos.

Era necessário o rompimento com o ordenamento jurídico anterior e a promulgação de uma nova ordem constitucional. A deflagração de inúmeros movimentos sociais, como a Revolução Mexicana de 1910 e a Revolução Russa de 1917, também colaboraram para o aparecimento do constitucionalismo moderno ou social (SILVA NETO, 2009).

Será a partir dos anos 1980 que se passa a ter consciência de que o modelo político liberal repousa sobre um conjunto de condições, o respeito do direito e a garantia dos direitos fundamentais, a aceitação do debate político e principalmente, a adesão aos valores de igualdade e liberdade<sup>2</sup>. Confronta-se o modelo liberal vigente ao longo do século XX, instalando-se um novo contexto no qual a intervenção do Estado social por intermédio de prestações positivas tornou-se o principal meio de garantia dos direitos fundamentais.

Nessa esteira, cabe destacar o surgimento de regimes socialistas, que tiveram por base a aparição de um novo modelo, a dita “democracia popular”. Entretanto, esse modelo na realidade seria apenas a roupagem política do totalitarismo: o princípio democrático é deturpado pela existência de um partido único que dispõe de uma influência total sobre o sistema político.

Quanto à democracia autêntica, exaltada principalmente por países africanos após a descolonização, na verdade também só vem aparecer como um instrumento de legitimação do autoritarismo.

Todavia, o que se assistiu foi a ruína desses sistemas, a implosão de modelos socialistas e a queda do totalitarismo ou do autoritarismo nos países em desenvolvimento, efetuando-se a instauração do pluralismo político, a realização de eleições livres, a divisão dos poderes, a garantia de direitos.

Paralelamente ao constitucionalismo social, redefiniu-se a importância da Constituição, que passou a ser vista não mais sob o enfoque meramente teórico, político e formal, mas a partir de sua carga jurídica, axiológica, vinculante e suprema.

A introdução de direitos sociais nas constituições, aliada à incessante busca de efetividade dos direitos fundamentais, acelerou a consolidação do Estado Democrático de Direito e contribuiu, sensivelmente, para o surgimento do constitucionalismo contemporâneo (BARROSO, 2006, p. 26).

Nesse sentido, as constituições modernas preveem valores e opções políticas fundamentadas e com o escopo de se formar um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias, pois a democracia exige mais do que apenas a observância da regra majoritária (BARCELLOS, 2005, p. 2). Assim, vincula-se o grupo político que detém o poder, a fim de garantir a realização dos direitos de todos.

Ao instituírem direitos fundamentais, as cartas constitucionais reconhecem a complexidade da sociedade e assimilam o pluralismo jurídico; fornecem categorias críticas para a compreensão da sociedade, o que evita a propagação de concepções totalitárias e, por isso, inadequadas à complexidade social contemporânea (CAMBI, 2010, p. 27). Com isso, é possível reduzir os excluídos da justiça e construir uma sociedade mais justa.

Trata-se do constitucionalismo transformador, que, por outro lado, conjectura expectativas muito altas na sociedade, muitas vezes consideradas até utópicas. Porém, mesmo não podendo ser plenamente realizadas, trazem as metas colocadas pelo Direito a serem alcançadas para a transformação da sociedade.

Seguindo esse ideal, a jovem Constituição sul-africana prevê como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, dando sinais de repúdio ao radical *apartheid* e às atrocidades do sistema de governo que a precedeu.

O processo de elaboração constitucional da África do Sul propiciou uma relativa transição não violenta de uma autocracia racial para uma democracia não racial, por meio de uma transição negociada, da progressiva implementação da democracia e do respeito aos direitos fundamentais. Em razão disso, reconhecidamente a corte constitucional desse país representou um papel decisivo ao assegurar o sucesso da transição sul-africana para a democracia e ao finalizar o texto constitucional.

É importante, por sua vez, conhecermos a realidade política da África do Sul à época dos preparativos da Constituição de 1996.

Os resquícios do regime segregacionista que dividia a nação em brancos e negros durante boa parte do século XX tiveram início com a independência em 1910, quando foi criada a União Sul-Africana. Entretanto, o país se liberta do domínio britânico apenas em 1961, quando nasce efetivamente a África do Sul. Em 1948, chegou ao poder o Partido Nacional (National Party, NP), o qual representava o governo da minoria branca do *apartheid*, mantendo o domínio desta minoria nos campos político, econômico e social. Dez anos depois, foi proclamada a lei de promoção do autogoverno banto, que criou os chamados bantustões ou *homelands*, territórios concedidos aos negros que ganhariam independência política à medida que evoluíssem materialmente.

Mas a escassez de terras aráveis e o conseqüente crescimento do desemprego não permitia aos negros a conquista da independência, o que os obrigava a buscar trabalho nas zonas brancas, onde seus direitos eram limitados. O resultado foi o retorno dos

movimentos nacionalistas negros iniciados em 1912, com a criação do Congresso Nativo Nacionalista, rebatizado de Congresso Nacional Africano, que se firmou como o partido anti-*apartheid*.

Em março de 1961, manifestantes se reuniram em Shaperville, cidade negra situada nos arredores de Johannesburgo, e marcharam em protesto pacífico contra a Lei do Passe, que obrigava os negros a usarem passaporte para entrarem na zona branca. A polícia sul-africana reagiu ao protesto com violência, provocando o surgimento da liderança de Nelson Mandela, preso ao pregar a luta armada em reação. Nos anos 1980, os conflitos raciais explodiram em todo país e o governo de P. W. Botha comandou uma campanha com o objetivo de eliminar os opositores: foram destruídas propriedades de negros, foram detidos e mortos centenas de pessoas, foi censurada a imprensa. Essas ações geraram severa reação nos âmbitos interno e internacional. A pressão fez com que Frederik Willem de Klerk fosse empossado presidente em 1989, declarando ao Parlamento Nacional que o *apartheid* havia fracassado, abolindo as normas racistas e libertando Nelson Mandela em 1990. Imediatamente, criaram-se mecanismos para a transição para um sistema político não discriminatório, com a participação ativa de Mandela. Criou-se um comitê encarregado de elaborar a nova Constituição e de supervisionar as primeiras eleições multipartidárias e multirraciais, da qual Mandela sai vencedor em 1994, tornando-se o primeiro presidente negro da África do Sul<sup>3</sup>.

A Constituição de 1996 foi precedida pela Carta da Liberdade (Freedom Charter), uma declaração de princípios políticos dos opositores sul-africanos do *apartheid*, ratificada pelo Congresso do Povo, em Klipton (1955).

No tópico socioeconômico, a Carta da Liberdade declarou, entre outros direitos: “(e) devem ser providenciados acompanhamento médico e hospitalização gratuitos para todos, com especial cuidado com as mães e crianças pequenas”. Exigiu-se o acesso aos serviços de saúde e medicamentos gratuitos para toda a população.

Na luta sul-africana pelo fim do *apartheid*, o NP que tentava manter o modelo de segregação, defendia que os chamados direitos de 2ª geração (benefícios sociais) não deveriam ser entrincheirados contra o Estado, pois o Estado simplesmente não poderia suportar o custo deles.

Eric C. Christiansen, estudioso do constitucionalismo sul-africano, aponta ainda que “as políticas constitucionais do NP, expressas em suas *proposals for a Charter of Fundamental Rights*, avançaram na doutrina libertária tradicional, ao permitir somente a efetivação (*enforcement*) de direitos negativos contra o Estado” (CHRISTIANSEN, 2007, p. 333).

A corte começou a trabalhar em fevereiro de 1995. A Constituição final não podia ser assinada pelo presidente ou ser promulgada antes de a corte “certificá-la”, confirmando não haver conflitos entre os 34 princípios<sup>4</sup> e o projeto final da Constituição. Como o esboço continha direitos socioeconômicos, a corte teve de decidir se eles poderiam ser apropriadamente incluídos no texto da Constituição de 1996 antes que ela considerasse seu primeiro processo importante de direitos sociais.

Vigorando a partir de 1997, a Constituição sul-africana traz no preâmbulo:

Nós, o povo da África do Sul, reconhecemos as injustiças do nosso passado; honramos aqueles que sofreram pela justiça e pela liberdade em nossa terra; respeitamos aqueles que trabalharam para construir e desenvolver nosso país; a acreditamos que a África do Sul pertence a todos que aqui moram, unidos em nossa diversidade. Nós, portanto, através dos nossos representantes eleitos livremente, adotamos esta Constituição como lei suprema da República de forma a: curar as divisões do passado e estabelecer uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos humanos fundamentais; lançar as bases para uma sociedade aberta e democrática na qual o governo é baseado no desejo do povo e todos os cidadãos são igualmente protegidos pela lei; melhorar a qualidade de vida de todos os cidadãos e libertar o potencial de cada pessoa; e construir uma África do Sul unida e democrática, capaz de tomar seu lugar de direito como Estado soberano na família das nações. Que Deus possa proteger o nosso povo. (ÁFRICA DO SUL, 1996, trad. livre)

De modo semelhante à Constituição brasileira, foi previsto um rol extenso de direitos econômicos, sociais e culturais, incluindo os direitos a moradia adequada, saúde, comida, água, previdência social e educação.

A estrutura formal dos dispositivos que preveem os direitos sociais orienta-se basicamente pelo seguinte padrão:

1. Todos têm o direito a [moradia adequada, saúde, água, alimentação, seguridade social, etc.];
2. O Estado deve promulgar leis razoáveis ou adotar outras medidas, de acordo com os recursos disponíveis, para obter a progressiva realização desses direitos. (ÁFRICA DO SUL, 1996, trad. livre)

Inquestionavelmente, a Constituição responde às restrições impostas aos não brancos sul-africanos do *apartheid*. Contudo, o *apartheid* não foi somente um sistema de segregação forçada em desfavor dos negros sul-africanos: era sustentado e estabelecido por um sistema de desigualdade socioeconômica incapacitante, que tornou a África do Sul uma das economias mais desiguais do mundo.

A Constituição sul-africana e a recente jurisprudência de sua corte constitucional têm sido bastante discutidas entre estudiosos do Direito Constitucional comparado e outros acadêmicos. Frequentemente a Constituição tem sido descrita como um documento modelo para a proteção interna dos direitos humanos, e o Tribunal Constitucional Sul-Africano, a mais alta corte do pós-*apartheid* na África do Sul, tem sido frequentemente louvado por políticos progressistas e ativistas de direitos humanos por promover a causa da igualdade e justiça.

Conforme salientaram Sabine Michalowski e Sandra Fredman, em palestra proferida na Universidade de Oxford (mar. 2010), a corte está lá para dar cumprimento a esta Constituição, a esta transformação.

Um dos elementos mais distintos da jurisprudência sul-africana tem sido a sua vontade de julgar direitos socioeconômicos além dos tradicionais direitos civis e políticos. Enquanto o avanço do bem-estar social como um todo tem claramente prosseguido

a um ritmo mais lento do que a política de igualdade, a proteção e o reforço constitucional aos direitos sociais pela corte continuam a inspirar os defensores da justiça social.

Apesar do avanço ainda insuficiente, muito tem se elogiado no sistema constitucional sul-africano. Mas poderá a corte sul-africana ajudar a nação a adotar, alterar ou dar uma nova interpretação ao seu compromisso constitucional com a justiça social?

As constituições modernas exercem indiscutivelmente um papel relevante na modificação da realidade, pois se caracterizam pela existência de normas superiores que têm o objetivo primordial de vincular os poderes políticos, a fim de transformar o direito na direção da realização dos direitos fundamentais de todos. O neoconstitucionalismo está voltado para a realização de um Estado democrático, por meio da efetivação dos direitos fundamentais.

O caráter transformador dessas constituições advém da ideia de que esses diplomas sejam capazes de orientar as necessárias mudanças sociais (PINTO, 1995).

Com isso, percebe-se inevitavelmente que há uma forte correlação entre a recente prática da democracia e a expansão do poder judicial. Esta tem ocorrido principalmente em países em fase de transição para o regime democrático, como é o caso da África do Sul.

Nas últimas três décadas, três grandes ondas pela consolidação da democracia merecem destaque: no sul da Europa no final dos anos 1970; na América Latina na década de 1980; e na Europa Central e Oriental no início dos anos 1990. Esses movimentos trouxeram consigo uma expansão do poder judicial na maioria dessas novas democracias, principalmente com a constitucionalização de direitos e o estabelecimento de um Poder Judiciário relativamente autônomo e tribunais supremos armados para a prática da revisão judicial.

A recente democracia sul-africana tem desenvolvido uma jurisprudência sobre direitos socioeconômicos que impõem uma série de proteções para o bem-estar social, incluindo os direitos a moradia, saúde e educação. Essa jurisprudência tem surgido como forma de rejeição direta à opinião defendida entre os estudiosos do Direito Constitucional, de que os direitos socioeconômicos eram incapazes de ser legitimados por uma determinação judicial.

Não obstante, a corte constitucional sul-africana escolheu julgar esses direitos como um meio de avanço do próprio aspecto transformador da Constituição sul-africana.

Para os defensores dos direitos constitucionais do bem-estar social, a jurisprudência sul-africana vem sendo apontada como revolucionária e heroica; mas, para outros, é criticada e rotulada de irresponsável<sup>5</sup> por internalizar no Poder Judiciário a exigibilidade da implementação dos direitos sociais incluídos na carta constitucional do país, segundo já ressaltado, como resultado do papel de opressão socioeconômica que existia dentro do contexto de *apartheid*, a que envolvia subjugação política e social.

Em seu primeiro caso de afirmação de direitos fundamentais, a corte constitucional assim se pronunciou:



[...] Vivemos em uma sociedade em que há grandes disparidades de riqueza. Milhões de pessoas estão vivendo em condições deploráveis em grande pobreza. Estas condições já existiam quando a Constituição foi aprovada, e um compromisso para enfrentá-los e transformar nossa sociedade em uma onde haverá dignidade humana, liberdade e igualdade está no cerne da nossa nova ordem constitucional. (ÁFRICA DO SUL, 1997, trad. livre)

De fato, a Suprema Corte da África do Sul tem conseguido extrair das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, soluções criativas para promover a implementação desses direitos, a exemplo do que ocorreu no caso *Grootboom* (2000).

No referido caso, Irene Grootboom e mais cerca de 900 pessoas, entre adultos e crianças, estavam vivendo em condições degradantes e buscaram na justiça a efetivação do direito à moradia previsto na Constituição sul-africana.

A situação, em síntese, era a seguinte: Grootboom e as demais famílias que faziam parte da ação estavam morando uma favela chamada Wallecedene, na qual não havia saneamento básico, serviços de limpeza pública, água potável e apenas 5% das casas tinham eletricidade. Para se ter uma ideia das condições de moradia, a senhora Grootboom residia em uma casa de 20 m<sup>2</sup> com sua família, e a família de sua irmã.

O poder público havia prometido melhorar a situação dos moradores de Wallecedene, incluindo-os em um programa de fornecimento de casas a baixo custo. No entanto, passados mais de sete anos, o programa ainda não havia sido adotado. É nesse contexto que vários moradores de Wallecedene, incluindo Grootboom, resolveram abandonar a favela e ocupar uma área particular, morando em lonas de plástico, mesmo sem o consentimento do dono do terreno.

O proprietário não se conformou com a ocupação e ingressou com uma ordem de despejo na justiça, que foi concedida em 8/12/1998. Os posseiros, contudo, não cumpriram a ordem judicial, permanecendo no terreno após o prazo concedido. Em março de 1999, foi concedida nova ordem de despejo, cumprida dois meses mais tarde, em 18 de maio, de maneira totalmente desumana. Os moradores foram despojados de suas tendas no período de frio e de chuva, sem tempo para retirar seus pertences, os quais foram queimados e destruídos por escavadeiras. Em seguida, foram alojados no campo de esportes de Wallecedene, em abrigos temporários, e requereram formalmente perante o município uma solução para o problema. A prefeitura, no entanto, foi vaga em sua resposta, e não apresentou medidas concretas para aliviar a situação daquelas pessoas, razão pela qual Irene Grootboom e outros ingressaram na justiça para que a Constituição da África do Sul fosse cumprida.

No caso, a Suprema Corte da África do Sul julgou favoravelmente aos moradores, tendo afirmado o seguinte:

Esse caso demonstra o desespero de centenas de milhares de pessoas que vivem em condições deploráveis pelo país afora. A Constituição obriga o Estado a agir positivamente para amenizar essas condições. A obrigação consiste em providenciar acesso à moradia, saúde, comida e água suficientes e previdência social para os necessitados e seus dependentes. O Estado deve também promover as condições

que permitam que os cidadãos obtenham acesso à terra de modo equitativo. Os que necessitam têm o direito correspondente de exigir judicialmente o cumprimento dessas obrigações. É inquestionável que é uma tarefa extremamente difícil para o Estado cumprir essas obrigações na situação que prevalece em nosso país. Aliás, isso é reconhecido pela Constituição a qual expressamente dispõe que o Estado não é obrigado a gastar mais do que tem ou implementar esses direitos imediatamente. Assinalo, contudo, que apesar disso, trata-se de direitos, e a Constituição obriga o Estado a dar efetividade a eles. Essa é uma obrigação que o Tribunal pode, nas circunstâncias apropriadas, exigir o cumprimento. (ÁFRICA DO SUL, 2000, trad. livre)

A ordem final foi no sentido de obrigar o Poder Público a criar e adotar, de acordo com os recursos disponíveis, um programa abrangente e coordenado para progressivamente efetivar o direito ao acesso a uma moradia adequada, que deveria incluir medidas razoáveis capazes de, além de outras coisas, providenciar socorro para as pessoas que não tinham acesso a terra, nem abrigo e que estariam vivendo em situação deplorável - medidas essas a serem monitoradas pela Comissão de Direitos Humanos, que atuou no caso como *amicus curiae*.

A solução dada pela Suprema Corte sul-africana conseguiu unir dois princípios aparentemente antagônicos: os valores democráticos - que recomendam que as políticas públicas sejam implementadas prioritariamente pelo Legislativo e pelo Executivo - e a possibilidade de efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais. A corte, embora tenha deixado claro que o direito à moradia não dá aos cidadãos o poder de exigir uma casa do Poder Público, reconheceu que o Estado deve agir de alguma forma para concretizar esse direito, ou seja, o Judiciário, diante da omissão estatal, deve agir para forçar o cumprimento da Constituição.

Esse não havia sido o primeiro caso em que a Suprema Corte sul-africana esteve diante da efetivação de um direito socioeconômico. Antes de "Grootboom", a corte julgou um outro famoso caso: o *Soobramoney* (1997).

O caso, em síntese, ocorreu da seguinte forma: Thiagraj Soobramoney, um desempregado de 41 anos de idade, era diabético e sofria de diversas doenças cardíacas. Teve um acidente vascular cerebral em 1996, ano em que começaram os problemas nos rins. Sua condição era irreversível, e ele já estava no estágio final da doença renal.

A vida deste sul-africano poderia ser prolongada por algum tempo com o uso regular da hemodiálise, mas o hospital em que ele poderia realizar a hemodiálise não tinha vagas. Eram apenas 20 aparelhos para uma quantidade enorme de pacientes. Os aparelhos já estavam funcionando acima da capacidade máxima; portanto, o hospital teve de limitar o uso, determinando que somente seriam realizadas hemodiálises nos pacientes que tivessem chances de cura ou que estivessem aguardando transplante de rins.

Soobramoney não se enquadrava em nenhuma dessas regras, pois já estava no estágio terminal da doença e por ter sofrido acidente vascular cerebral, não era potencial beneficiário de um transplante de rins. Nesse contexto, ingressou na justiça e pediu que lhe fosse garantido o direito à vida, previsto constitucionalmente. Na ação judicial, pedia que o hospital lhe reservasse um dos aparelhos, que deveria usar três vezes na semana.

A Corte Constitucional da África do Sul tomou uma decisão bastante difícil: negou o direito de *Soobramoney*, alegando resumidamente que: a) o governo havia demonstrado não dispor de fundos para incluir todos os pacientes que estavam na mesma situação do autor, no programa de hemodiálise; b) se fosse feito o tratamento no autor, outros pacientes com mais chances de sobrevivência teriam de ficar de fora do programa; c) mesmo que fosse ampliado o número de aparelhos, de médicos e de enfermeiros, os hospitais públicos não teriam condições de realizar a hemodiálise em todos os pacientes na mesma situação do autor, pois a capacidade de atendimento na rede pública era de apenas 30% dos pacientes com problemas renais crônicos; d) como o governo não tinha condições de tratar de todos os pacientes na mesma condição do autor, melhor então seria não tratar de nenhum, para não ferir a isonomia; e) as decisões dramáticas, em matéria de saúde, deveriam, em princípio, ser tomadas por quem está na linha de frente, e não pelo tribunal; f) os critérios definidos nos regulamentos do hospital público, optando por incluir no programa apenas os pacientes que teriam chance de sobrevivência, seriam razoáveis diante da escassez de recursos. O autor faleceu dias após a decisão.

O caso *Soobramoney* deixou também uma importante lição: na decisão, ficou expressamente reconhecido que os cidadãos poderiam exigir judicialmente o cumprimento do direito à saúde dentro de determinadas circunstâncias, cabendo ao Judiciário avaliar se as medidas adotadas pelo governo estão sendo razoáveis para implementar o direito.

A corte teve ainda a oportunidade de efetivamente fazer valer o direito à saúde no caso *TAC* (2002). Tratava-se de um caso em que uma associação civil (a Treatment Action Campaign, TAC) pedia que o Poder Público providenciasse gratuitamente o fornecimento da droga Nevirapina para as gestantes portadoras do HIV, bem como para seus bebês quando nascessem. A droga teria a função de prevenir a contaminação do bebê durante o parto.

Neste caso, ficou expressamente reconhecido que o direito à saúde não significa que o Estado deve custear o serviço de saúde para todos, mas apenas que todos têm o direito de acesso aos serviços de saúde. Desse modo, apenas aqueles que não pudessem pagar pelos serviços de saúde poderiam, em determinadas circunstâncias, exigir judicialmente o cumprimento da prestação dos referidos serviços.

Restou manifesto que a Constituição sul-africana apresentou a questão da efetivação judicial dos direitos fundamentais como de maior importância, sobretudo no que se refere aos direitos socioeconômicos. Afinal, esses direitos visam especificamente a proteger os interesses dos mais pobres, que não têm acesso às mais básicas condições de vida: para a maioria deles, o acesso à justiça é ainda um direito de papel, e não uma realidade.

### Considerações finais

As transformações mais significativas no Direito Constitucional moderno começaram a ocorrer a partir da 2ª Guerra Mundial. Com a derrota dos governos totalitários, verificou-se a necessidade de criação de um rol de direitos fundamentais para a defesa

do cidadão ante os abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado ou por qualquer outro detentor do poder.

Paralelamente a esse constitucionalismo social, redefiniu-se a importância da Constituição, que passou a ser vista não mais sob o enfoque meramente teórico, político e formal, mas a partir de sua carga jurídica, axiológica, vinculante e suprema.

A introdução de direitos sociais nas constituições, aliada à incessante busca de efetividade dos direitos fundamentais, acelerou a consolidação do Estado Democrático de Direito e contribuiu, sensivelmente, para o surgimento do constitucionalismo contemporâneo, também denominado por muitos de “neoconstitucionalismo”.

O neoconstitucionalismo suplantou o Estado legislativo de direito e consubstanciou o Estado constitucional de direito, de modo que as condições de validade das normas jurídicas passaram a depender não só do aspecto formal mas também da compatibilidade material com princípios e regras constitucionais.

Num contexto caracterizado pela exclusão e marginalização sociais, pelo crescimento das diferenças entre ricos e pobres, pelo descumprimento reiterado dos direitos consagrados, pelo aumento da corrupção e pela ineficiência das políticas públicas - bem retratado no sistema sul-africano no instante da transição - foram as manifestações coletivas que representaram uma das poucas formas de participação política.

As constituições modernas representaram o fim dos regimes absolutistas, mostrando o caminho que deveria ser construído no futuro, refundando, assim, as bases da convivência civil.

A consagração e a efetivação de direitos fundamentais é resultado de duras conquistas sociais; e, como na história sul-africana, remontam à luta dos direitos a partir da superação de graves diferenças entre sujeitos de direitos, discriminados. Decorreu de lutas muitas vezes sanguinárias pela negação de antigos regimes - como no processo de promulgação das constituições italiana, portuguesa, espanhola, brasileira, alemã e mais recente, sul-africana.

Especialmente no caso sul-africano, o constitucionalismo transformador que se operou firmou os direitos fundamentais daqueles cidadãos como um direito dos mais fracos contra os que tinham mais força no estado de natureza hobbesiano; contra o absolutismo dos poderes públicos; contra quem é mais forte economicamente.

Todavia, as aspirações reformistas na África do Sul ou em qualquer país recentemente democratizado devem começar pela educação dos cidadãos, os quais precisam compreender, criticamente, a sociedade e os possíveis mecanismos para sua transformação, para que a democracia tão duramente conquistada por alguns povos não seja subvertida em um novo regime totalitário com outras vestes, promovendo o desequilíbrio proposital que faz parte do seu núcleo essencial. E as cortes constitucionais, especialmente em sociedades recém-democratizadas, devem ter a consciência do seu papel, apesar da tênue linha que separa o dever de defesa dos direitos fundamentais garantidos e o ativismo judicial.

## TRANSFORMATIVE CONSTITUCIONALISM: THE SOUTH AFRICAN CASE

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the constitutionalism evolution between its conception and now, within the so-called neoconstitutionalism. Within this context, was made an investigation about the impact of democracy on constitutionalism and the effects caused by a transformative constitutionalism in a freshly democratized society like South Africa. Aspects of its transition, the promulgation of the Charter and the position that has been adopted by the Constitutional Court to defend the society's fundamental rights are seen. The South African society did not lose hope of having not only the recognition of their civil and political rights, but also, their socio-economic rights.

**KEYWORDS:** Constitutionalism. South Africa. Democracy.

### Referências

ÁFRICA DO SUL. *Constituição da República da África do Sul*, 1996. Disponível em: <<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional de Justiça. CCT 11/00. Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom and others. Decisão de 4 out. 2000. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional de Justiça. CCT 32/97. Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal). Decisão em: 27 nov. 1997. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional de Justiça. CCT 8/2002. Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others. Decisão em: 5 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.tac.org.za/Documents/MTCTCourtCase/ConCourtJudgmentOrderingMTCTP-5July2002.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Embaixada da República da África do Sul. Consulado Geral da República da África do Sul. Brasil. Disponível em: <<http://www.africadosul.org.br>>. Acesso em 28 fev. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e políticas públicas. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, v. 1 n. 2. Brasília: out. 2006. p. 26-72.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós moderno*. Trad.: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Forum, 2009.

CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating non-justiciable rights: Socio-economic rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*. V. 38, n. 2, 2007. p. 321-386.

DWORKIN, Ronald. *Igualdad, Democracia y Constitución*: Nosotros, el pueblo, en los tribunales. In: JAMARILLO, Leonardo García; CARBONELL, Miguel. *El canon constitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

\_\_\_\_\_. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, 1995, n 3:1, p. 2-11.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, 1789. Disponível em: < <http://www.escoladegoverno.org.br/biblioteca/125-declaracao-1789>>. Acesso em 13 dez. 2011.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University, 2007.

LIMA, George Marmelstein. *A efetivação Judicial dos direitos econômicos*. Dissertação. Mestrado em Direito - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2005. 239f.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad.: Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MICHALOWSKY, Sabine; FREDMAN, Sandra. Socio-economic rights in the South African Constitutional Court: Is the honeymoon over? Oxford University Podcasts. 11 mar. 2010. Disponível em: <<http://podcasts.ox.ac.uk/keywords/south-africa>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1995.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

VEJA ONLINE. Conheça o país: África do Sul. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/conheca\\_pais/africa-do-sul](http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/conheca_pais/africa-do-sul)>. Acesso em: 2 abr. 2012.

VOZ DA AMÉRICA. Notícias: África. Disponível em: <<http://www.voanews.com/portuguese/news/africa>>. Acesso em: 28 fev. 2012.

## Notas

<sup>1</sup> As décadas imediatamente subsequentes ao 2º Pós-Guerra assistem o fastígio das concepções do constitucionalismo democrático e do *welfare state*. A França - onde, por força da tradição que lhe vinha de 1789, era maior a resistência a que a vontade da maioria pudesse ser revista por um corpo externo à representação do soberano - passa, a partir dos anos 1970, a legitimar a nova política, que é consagrada na decisão do Conselho Constitucional de 23/8/1985, a qual declara que "a lei votada somente exprime a vontade geral quando conforme a Constituição" (ROUSSEAU, 1997, p. 39). Desde aí, o processo do *judicial review* não somente se amplia como se generaliza nos países de democracia avançada, atingindo até mesmo o Reino Unido, país que mais resistiu a esse processo no ocidente europeu. De poder isolado em sua autonomia institucional, o Judiciário passa a ser incorporado como novo ator na expressão da vontade soberana. O *welfare state* conheceu uma trajetória mais acidentada, refutado pelo neoliberalismo emergente nos anos 1970, embora a sua crise, ainda em curso, tenha produzido efeitos de largo alcance nas relações entre a política e o sistema da justiça. O desmonte da institucionalidade do seu regime de administração

do social, coincidente com a desregulamentação do mundo dos direitos, irá produzir uma massa de indivíduos expostos às variações da lógica do mercado, desamparados de qualquer sistema de proteção. Cumulativamente a essa perda, instituições cruciais para a defesa e a aquisição de direitos, como os partidos políticos e os sindicatos, a vida associativa em geral, perdem representação e muito da sua força tradicional. A própria política enquanto atividade organizadora do social vê-se ultrapassada pelas concepções do mundo com origem nas dimensões do mercado e da economia, em um retorno sem precedentes ao fundamentalismo utilitarista. Ficará, porém, de pé a imensa malha judiciária que o regime do *welfare state* instituiu e, com ela, uma nova cultura entre os juizes que foram antes mobilizados para a imersão na vida social sob a égide do capitalismo organizado.

- <sup>2</sup> Alguns autores incorporam a esta nova ideologia a ideia de constitucionalismo fraternal, eis que, se analisada a evolução histórica do constitucionalismo, vislumbra-se uma relação lógica entre constitucionalismo clássico- liberdade, constitucionalismo social (igualdade) e, finalmente, constitucionalismo contemporâneo (fraternidade).
- <sup>3</sup> Mandela foi sucedido por por Thabo Mbeki, seu braço direito e responsável pela recuperação econômica do país. Contudo, o governo deste contribuiu para propagação da epidemia de AIDS no país devido à sua visão esdrúxula sobre a síndrome. Mbeki não acredita que a síndrome seja causada pelo vírus HIV e que tudo não passa de uma conspiração para depreciação dos negros. Defende o uso de vitaminas para a cura da doença. Hoje a doença mata cerca de 800 sul-africanos por dia e cerca de 5 milhões estão infectados. Renunciou em 2008, devido à luta interna no CNA, abrindo espaço para a eleição de Jacob Zuma que marca o retorno ao populismo africano. Muitos sul-africanos ainda votam no candidato do CNA por reverência ao papel do partido na luta contra o *apartheid*. A máquina do partido também não quer saber de mudanças já que exerce o monopólio sobre a administração pública permitindo que uma pequena elite ligada ao CNA enriquecesse rapidamente, enquanto os indicadores sociais demonstram um tímido avanço. Em 2011, o desemprego no país chegou a 40% e uma em cada oito pessoas está infectada com o vírus da AIDS, fazendo metade dos sul-africanos acreditarem que a vida continua igual ou pior aos tempos de *apartheid*. Informações extraídas da revista eletrônica. *Veja Online* (2012). Cf. também a página da Embaixada da África do Sul no Brasil: <<http://africadosul.org.br>>.
- <sup>4</sup> Parte integrante da negociação para acabar com o *apartheid* na África do Sul foi a criação de uma nova Constituição não discriminatória para o país. Uma das questões principais foi quanto à adoção do processo pelo qual uma constituição desse tipo seria elaborada. O Congresso Nacional Africano defendia que ela deveria ser elaborada por uma assembleia constituinte eleita democraticamente, enquanto o Partido Nacional, temendo que os direitos das minorias não fossem protegidos neste processo, propôs que a constituição fosse submetida a um referendo. As negociações começaram em 1991. Acordou-se que seria elaborada uma constituição de transição para que uma assembleia constituinte eleita elaborasse uma constituição definitiva. A Constituição Provisória continha 34 princípios constitucionais os quais a nova constituição seria obrigada a cumprir. Incluíam-se entre esses princípios a democracia multipartidária, com eleições periódicas e sufrágio universal; a supremacia da Constituição sobre todas as outras leis; a abolição ao racismo e ao sexismo; a proteção às liberdades e à igualdade; a separação dos poderes com um sistema judiciário imparcial; a proteção da diversidade linguística e cultural; a criação de um tribunal constitucional. Por isso, a necessidade de certificação pelo Tribunal Constitucional: para verificar se o texto substitutivo e permanente estava de acordo com os princípios estabelecidos no texto provisório.
- <sup>5</sup> Apesar de o Tribunal Constitucional sul-africano ser elogiado por ter sido o guardião dos princípios constitucionais da África do Sul pós-*apartheid*, as decisões proferidas contra órgãos do governo e contra o próprio presidente Zuma têm feito o governo sul-africano anunciar medidas para alterar as normas de atuação da corte constitucional. Recentemente, o tribunal condenou o governo e o presidente Zuma por não cumprirem as normas constitucionais, ao criarem uma unidade independente para o combate aos crimes graves. Em resposta, o governo tem acusado o tribunal de ter se tornado um órgão politicamente ativista. Foi anunciada uma auditoria em suas decisões para determinar se os juizes têm seguido os mandamentos constitucionais para a promoção de uma sociedade justa e igualitária (VOZ DA AMÉRICA NEWS, fev. 2012).