

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXX CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO LONDRINA**

NIVIA CONCEIÇÃO VAZ RODRIGUES BUDNY

**A ALTERAÇÃO DA REALIDADE SOCIAL E A EXIGÊNCIA DE UM
NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS**

**LONDRINA
2018**

NIVIA CONCEIÇÃO VAZ RODRIGUES BUDNY

**A ALTERAÇÃO DA REALIDADE SOCIAL E A EXIGÊNCIA DE UM
NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof.^a KÁTIA ALESSANDRA PASTORI
TERRIN

**LONDRINA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

NIVIA CONCEIÇÃO VAZ RODRIGUES BUDNY

A ALTERAÇÃO DA REALIDADE SOCIAL E A EXIGÊNCIA DE UM NEOCONSTITUCIONALISMO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Londrina, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. KATIA ALESSANDRA PASTORI TERRIN

Avaliador: Prof. CLEITON COUTO

Londrina, 08 de dezembro de 2018.

Dedico este trabalho ao amor da minha vida, meu esposo Celso Budny, que sendo um grande e verdadeiro amigo, em tudo me apoiou para realização deste curso e ao presente de Deus em nossa vida, nosso filho Arthur Vaz Budny, pela doce compreensão da ausência de sua mãe, nas horas de dedicação ao estudo.

AGRADECIMENTOS

A Deus, Senhor da minha vida, a quem tenho pedido: “*Guia-me pelas veredas da justiça por amor do seu nome*” e que, de maneira surpreendente, abriu as portas da EMAP e me capacitou até a conclusão deste curso, à Ele toda honra, glória e louvor.

Ao meu amado esposo, amigo e companheiro de todas as horas, por sempre me incentivar a continuar na caminhada do conhecimento. Por cuidar em todos os detalhes, como chefe, do nosso lar. Ao meu filho Arthur, por ser a alegria e cor da minha vida.

Aos meus pais, irmãos e familiares pelas orações e apoio. À minha querida amiga Cristiane Poliseli, por ter me apoiado em oração e pela sua amizade sincera.

A todos os mestres e magistrados que compartilharam seus vastos conhecimentos jurídicos e assim, criaram dentro em mim o desejo de ser uma profissional capaz de aplicar o justo direito. E dentre estes, em especial à minha orientadora, querida Professora Kátia que, por meio de um estilo alegre e amigável ao ensinar, sobretudo criou em meu coração uma paixão pelo direito constitucional, surgindo desde então, o escopo desta monografia. Agradeço pelas orientações, correções e incentivos que tornaram possível a conclusão deste trabalho.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	11
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
2.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS	20
2.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	24
2.4 NEOCONSTITUCIONALISMO	27
3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	30
3.1 PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE	32
3.2. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	36
4 DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS E SUA CONCRETIZAÇÃO NA REALIDADE ATUAL	40
4.1 RESERVA DO POSSÍVEL	40
4.2 MÍNIMO EXISTENCIAL E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ...	43
4.3 VEDAÇÃO AO RETROCESSO	46
4.4 ATIVISMO JUDICIAL	47
4.4.1 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade no ativismo judicial	51
5 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	62

RESUMO

Diante das modificações sociais, ao longo dos tempos, o direito passa a ser reinterpretado com vistas aos fins sociais, políticos e morais das normas. O Neoconstitucionalismo surge como movimento político e jurídico em resposta ao formalismo jurídico. Traduz-se em uma nova forma de interpretação jurídica, nos limites da sistemática constitucional. O instituto da mutação constitucional é uma via informal de reforma constitucional que opera a transformação do sentido e alcance das normas, sem que haja modificação em seu texto. O ativismo judicial possibilita a aplicabilidade e eficácia dos direitos sociais, na análise do caso concreto. As decisões judiciais devem estar em concordância com o princípio da proporcionalidade para que seja adequada, necessária e não excessiva. Na ponderação de valores e princípios analisa-se o mínimo existencial em confronto com a reserva do possível. A dignidade da pessoa humana é o princípio que norteia a interpretação e aplicação do direito fundamental. A atuação mais ampla e intensa do judiciário na concretização de direitos se dá através do ativismo judicial. A mutação constitucional, dentre outras técnicas interpretativas, é um instrumento apto à solução mais adequada a cada caso concreto.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; mutação constitucional; direitos sociais; eficácia; princípios; ativismo judicial.

ABSTRACT

Before social changes, over time, law tends to be reinterpreted with a view to the social, political and moral purposes of norms. Neoconstitutionalism emerges as a political and juridical movement in response to legal formalism. It translates into a new form of legal interpretation, within the limits of constitutional systematics. The institute of the constitutional mutation is an informal way of constitutional reform that operates the transformation of the meaning and reach of the norms, without having any modification in its text. Judicial activism enables the applicability and effectiveness of social rights in the analysis of the concrete case. Judicial decisions must be in accordance with the principle of proportionality so that it may be appropriate, necessary and not excessive. Within the weighting of values and principles one analyzes the existential minimum in confrontation with the reserve of the possible. The dignity of the human person is the principle that guides the interpretation and application of the fundamental right. The ampler and more intense actuation of the judiciary in the concretion of rights occurs through judicial activism. Constitutional mutation, among other interpretative techniques, is a capable instrument of the most adequate solution to each concrete case.

Keywords: Neo-constitutionalism; constitutional mutation; social rights; efficiency; Principles; judicial activism.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo desta pesquisa é abordar a experiência da interpretação brasileira dos direitos constitucionais fundamentais sociais, considerando o novo movimento denominado Neoconstitucionalismo como fenômeno de efetivação desses direitos.

Neste período de pós-modernidade a sociedade está em constante mudança, motivo pelo qual, as relações jurídicas também se alteram ao longo do tempo e, é nesse sentido que se busca o estudo da efetivação dos direitos sociais através do instrumento da mutação constitucional.

Inicialmente, será apresentado um histórico das constituições brasileiras, com enfoque na normatização dos direitos fundamentais, a fim de, contextualizar os direitos sociais no sistema legislativo brasileiro.

Como se pretende demonstrar, o direito, enquanto complexo normativo, se remodela conforme a própria sociedade, ou seja, o contexto histórico político, econômico, social e cultural, que determina a criação, a modificação, a supressão e a interpretação normativas.

Os direitos humanos são classificados pela doutrina em dimensões, de acordo com a linha temporal de seu reconhecimento constitucional, por influência histórica e social, sendo que os direitos sociais são os direitos de segunda dimensão, correspondentes à igualdade. Como se verá ao longo deste estudo, tratam-se de direitos que exigem do Estado determinadas prestações para serem efetivados.

Posteriormente, tratar-se-á do instrumento de interpretação da Constituição, denominado mutação constitucional, como um fenômeno dentro do Neoconstitucionalismo, abordando a técnica empregada, enquanto processo informal de reforma constitucional, bem como, conceitos importantes ao esclarecimento do assunto.

O Poder Judiciário deve estar atento às mudanças sociais que acabam por determinar a necessidade de prestações jurisdicionais efetivas. Assim, os aplicadores do Direito precisam usar as técnicas de interpretação legislativa e Constitucional adequadas à realidade social vigente.

Na interpretação constitucional dos direitos sociais, objeto desta pesquisa, deve-se levar em conta o princípio da máxima efetividade na busca da eficácia e

aplicabilidade das normas constitucionais. Por esse princípio, a norma deverá ter o sentido de maior eficácia na concretização de direitos. Como se verá, o intérprete constitucional deverá utilizar-se de todos os recursos necessários para chegar a uma interpretação adequada da norma, para que o direito ali representado seja aplicado com a máxima efetividade.

Será necessário compreender que a busca da aplicação eficaz de um direito deve levar em conta o caráter principiológico da Constituição, pois, os princípios são disposições fundamentais que se irradiam sobre todas as outras normas.

O que se pretende esclarecer é que as normas a serem interpretadas fazem parte de um sistema normativo complexo. A hermenêutica jurídica depende da compreensão das regras e princípios que compõe esse sistema.

Tendo como base a concretização dos direitos sociais constitucionalmente tutelados, diante da possível indisponibilidade ou insuficiência de recursos públicos, o estudo passará pela análise da reserva do possível que opera uma limitação à efetividade e aplicabilidade dos direitos sociais. O juízo de ponderação, do operador do direito, é imprescindível para resolver as relações complexas entre princípios e diretrizes políticas.

Em contraponto à reserva do possível está o mínimo existencial e a implementação de políticas públicas necessárias à concretização dos direitos constitucionais sociais, uma vez que, há um nível mínimo de desenvolvimento humano, a fim de se assegurar a dignidade do indivíduo.

Nesse sentido, na interpretação constitucional, é crucial que se garanta a existência digna do ser humano, sem que haja um recuo dos direitos sociais já garantidos constitucionalmente. Assim, este estudo tratará da vedação do retrocesso que está ligado à eficácia na defesa dos direitos sociais, pois, permite exigir os direitos mínimos que garantam a dignidade da pessoa humana.

É no tópico do ativismo judicial que se pretende esclarecer que a atividade do operador do direito deve apresentar-se como um serviço crítico em relação ao fenômeno social, lançando-se de uma nova hermenêutica, pela instrumentalização da mutação constitucional, neste tempo pós-moderno.

O intérprete da norma de direito social utiliza-se do juízo de ponderação, considerando o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, na busca da aplicação efetiva dos direitos garantidos na Constituição, sendo que, sua decisão deverá ser adequada e necessária.

Assim, este trabalho procura trazer uma profunda reflexão de funcionalidade da norma e da justiça, em uma perspectiva de evolução e aperfeiçoamento da técnica interpretativa constitucional em uma sociedade que determina mudanças normativas que acompanhem suas demandas. É pelo viés pós-moderno, pelo Neoconstitucionalismo, através do instrumento da mutação constitucional, que se busca a efetiva aplicação dos direitos sociais.

Nesse aspecto, importa verificar o posicionamento atual da doutrina e da jurisprudência na resolução das demandas judiciais. Então, necessária é a apresentação de decisões atuais do Supremo Tribunal Federal, em seu exercício de ativismo judicial, para compreender melhor a aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais frente aos princípios da máxima efetividade, da reserva do possível, do mínimo existencial e da vedação ao retrocesso.

2 EVOLUÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Conforme bem define Marcelo Novelino, a Constituição em sentido jurídico pode ser definida como o conjunto de normas originárias que estruturam o Estado, organizam os Poderes e dão efetividade aos direitos fundamentais.¹

De acordo com Luís Roberto Barroso, na doutrina, sobretudo europeia, se destacam duas referências, a concepção sociológica e a concepção jurídica ou positivista. Barroso apresenta a concepção normativa, que de certa forma, tenta produzir uma síntese entre estas duas correntes citadas.²

O sociologismo constitucional ou conceito sociológico de constituição é associado ao alemão Ferdinand Lassale, pelo qual, a constituição de um país é a soma de fatores reais do poder que regem a sociedade, ou seja, o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais que estabelecem uma realidade, um sistema de poder, sendo que esta é a constituição real, efetiva de um estado. A constituição jurídica, mera “folha de papel” limita-se a converter esses fatores reais do poder em instituições jurídicas, em Direito.³

Importa conhecer, ainda que em breve relato, a história das constituições brasileiras, enfatizando a evolução dos direitos sociais.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Das constituições anteriores, até a Constituição que rege o país nos dias atuais, verifica-se que houve grandes alterações na realidade político-social ao longo dos tempos.

Importa registrar a evolução histórica, desde a primeira Constituição promulgada no Brasil, até a Constituição vigente, enfatizando a forma como os direitos sociais são inseridos, positivados e efetivados dentro do contexto histórico brasileiro.

¹ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ªed., São Paulo: Método, 2008. p. 38.

² BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p.79-80.

³ Ibid, p.80-81.

Entendendo-se que a evolução histórica de uma sociedade tem influência direta na normatividade e, por conseguinte, na constitucionalização e eficácia dos direitos humanos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece que antes da Constituição Federal de 1988, na evolução constitucional brasileira, já havia previsão de algumas normas de ordem social e econômica que falavam sobre justiça social e direitos sociais, destacando-se os direitos dos trabalhadores, no entanto, foi somente no texto da Carta atual, de 1988, “que os direitos sociais foram efetivamente positivados na condição de direitos fundamentais”.⁴

As constituições anteriores à 1988 faziam referência a alguns direitos sociais como a assistência jurídica, a proteção à maternidade e à infância, o direito à educação, previdência, entre outros, por dispositivos esparsos ou por preceitos incluídos nos títulos da ordem econômica e social.⁵

José Afonso da Silva explica que o aparecimento do movimento constitucional brasileiro ocorreu, logo após o período colonial, com D. João I, pela influência de novas teorias políticas surgidas no mundo europeu como o Liberalismo, o Parlamentarismo, o Constitucionalismo, o Federalismo, a Democracia e a República.⁶

Com a Independência Brasileira, houve a necessidade de se concentrar o poder resolvendo o problema da unidade nacional, pois, conforme o doutrinador José Afonso da Silva, existia uma fragmentação e diferenciação do poder. O povo estava disseminado pelo amplo território brasileiro formando “um amontoado de quase vinte capitanias dispersas, muitas delas com uma tradição mais que secular de autonomia e independência”⁷.

Foi nesse contexto que surgiu o movimento constitucional brasileiro como resposta às mudanças político-sociais da antiga colônia, passando pelo Império, e, que resultou na promulgação da primeira Constituição Brasileira, outorgada em 25 de março de 1824, conforme se verá na continuidade desse estudo.

Fruto do exercício do poder constituinte originário, a Constituição Política do Império do Brasil, dentre todas, a de maior duração, influenciada pela constituição francesa de 1814, foi marcada por forte centralismo administrativo e político, tendo

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 594.

⁵ Idem.

⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014. p 75.

⁷ Idem.

em vista a figura do Poder Moderador, marcada, também, pelo unitarismo e absolutismo⁸.

Apesar do instituto da separação dos poderes ter sido reconhecido na Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, o Poder Moderador serviu como mecanismo para assegurar a estabilidade do Imperador no trono durante seu reinado no Brasil.⁹

Nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, esse o Poder Moderador entrou em conflito com a noção de soberania popular, com a ideia de titularidade o poder pelo povo, difundida pelo “Liberalismo inspirador dos primeiros Estados constitucionais”,¹⁰

Assim, a função da separação dos poderes, de garantir e reconhecer os direitos humanos, individuais, pela limitação do poder do Estado sobre o indivíduo não prevaleceu na época. Mesmo assim, a Carta Imperial de 1824, em seu art. 179, assegurava alguns direitos sociais como a garantia dos socorros públicos e o direito à instrução primária gratuita, “uma precoce manifestação da influência do constitucionalismo francês revolucionário”.¹¹

É nesse contexto que se inicia uma crise constituinte do Império, desaguando na República, em 1889. Segundo Paulo Bonavides:

A crise constituinte não é, por conseguinte, a crise de uma Constituição, senão a crise do próprio poder constituinte; um poder que quando reforma ou elabora a Constituição se mostra nesse ato de todo impotente para extirpar a raiz dos males políticos e sociais que afligem o Estado, o regime, as instituições e a Sociedade mesma no seu conjunto.¹²

Com a crise constituinte instalada no país, por uma administração centralizada no Imperador, em virtude do Poder Moderador por ele instalado, houve resistência.

Inicia-se a fase Republicana no Brasil com a eleição da Assembleia Constituinte, em 1890. Ocorre a promulgação da Constituição da República do Brasil, em 24 de fevereiro de 1891, que sofreu forte influência da constituição norte

⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 113.

⁹ Ibid, p. 116-117.

¹⁰ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2014. p 26.

¹¹ SARLET, op. cit. p. 221.

¹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 384.

americana de 1787, consagrando o sistema de governo presidencialista, a forma do Estado Federal, abandonando o unitarismo e, a forma republicana substituiu a forma monárquica de governo.¹³

Surge o federalismo, como princípio constitucional de estruturação do Estado e a democracia, como regime político para melhor assegurar os direitos humanos fundamentais, dentre eles, os direitos sociais.¹⁴

A Declaração de Direitos, criada em 1824, que, curiosamente, trazia um extenso rol de liberdades públicas, foi ampliada, com prevalência de proteção às liberdades privadas, civis e políticas, sem a previsão de direitos dos trabalhadores.¹⁵

A Constituição Federal de 1891, apesar de prever certas liberdades individuais, não previa direitos sociais.¹⁶

Em 1929 veio uma grande crise econômica, bem como diversos movimentos sociais para melhores condições de trabalho, o que influenciou sobretudo a promulgação da Constituição de 1934, cujo texto sofreu influência das primeiras constituições do Estado Social, com destaque para a Constituição de Weimar da Alemanha de 1919 que dava ênfase “aos direitos sociais e em geral a direitos humanos de 2ª geração ou dimensão e a perspectiva de um Estado social de direito (democracia social).”¹⁷

A Constituição Brasileira de 1934 previa, dentre outros direitos sociais, a inviolabilidade do direito à subsistência, direitos à assistência judiciária gratuita, direitos ao trabalho e à assistência dos indigentes, além de afirmar a existência digna como objetivo da ordem social e dispor sobre a assistência social e saúde pública, proteção à maternidade e à infância e o direito à educação.¹⁸

A Constituição Brasileira de 1934 durou pouco tempo, quando foi abolida pelo golpe de 1937. Ela marcou o início do constitucionalismo social no Brasil, pois, com ela passou-se a ter um comprometimento maior com o Estado Social e com a ideia de direitos sociais.¹⁹

Dentre outras questões, previu pela primeira vez o Mandado de Segurança e a Ação Popular. Segundo Pedro Lenza,

¹³ LENZA, op. cit., p. 119-125.

¹⁴ SILVA, op. cit., p. 79.

¹⁵ LENZA, op. cit., p. 121-123.

¹⁶ SARLET, op. cit., p 594.

¹⁷ LENZA, op. cit., p. 125.

¹⁸ SARLET, op. cit., p 594.

¹⁹ Ibid, p 241.

Vários direitos clássicos são mantidos. Inovando, em razão do caráter social da Constituição, são destacados novos títulos, como ao da ordem econômica e social (Título IV), da família, educação e cultura (Título V) e da segurança nacional (Título VI).

Prestigiam-se, assim, a legislação trabalhista e a representação classista.²⁰

Em 10 de novembro de 1937 Getúlio Vargas sobe ao governo brasileiro, através de um golpe ditatorial, que culminou, em 19 de novembro do mesmo ano, na outorga da “Constituição de 1937, influenciada por ideais autoritários e fascistas, instalando a ditadura (“Estado Novo”), que só teria fim com a redemocratização pelo texto de 1945”.²¹

A Constituição do Estado Novo de 1937, também chamada de “A Polaca”, trazia, dentre outros direitos sociais, o dever de educação dos filhos, a proteção da infância e da juventude, a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário e o dever social do trabalho e o direito à subsistência mediante o trabalho. Por outro lado, a greve foi considerada recurso antissocial, nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os interesses da produção nacional.²²

Diante desse cenário ditatorial, surgiu a necessidade de redemocratização brasileira, pelas exigências sociais da época, dentro e fora do Brasil.

A entrada do Brasil na 2ª Guerra Mundial iniciou a crise da Era Vargas, do Estado Novo, sendo que, em 24 de outubro de 1943 foi publicado o Manifesto dos Mineiros em que apontavam as contradições entre a política interna e a externa, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Não se sustentava, “internamente, a contradição de manter um Estado arbitrário com base em uma Constituição inspirada no modelo fascista e externamente lutar contra esse regime.”²³

Um novo texto Constitucional foi promulgado, em 18 de novembro de 1946, iniciando a redemocratização do Brasil. A Constituição de 1946 foi influenciada pelos ideais de justiça social de 1934. O Mandado de Segurança e a Ação Popular voltaram ao texto constitucional. Foi instituído o Princípio da Inafastabilidade do controle jurisdicional. A pena de morte foi vedada (salvo em tempos de guerra com país estrangeiro, de acordo com as disposições militares da época), bem como, proibidas as penas de banimento, confisco e a de caráter perpétuo.²⁴

²⁰ LENZA, op. cit., p. 128.

²¹ Ibid, p. 129.

²² SARLET, op. cit., p 244 e 594.

²³ LENZA, op. cit., p. 130-132.

²⁴ Ibid, p. 134.

Vários direitos trabalhistas foram inseridos no texto da Constituição de 1946. O direito de greve passou a ser reconhecido e as garantias trabalhistas conquistadas no “Estado Novo” foram mantidas, o que representou uma evolução social no País. Havia previsão, também, da assistência aos desempregados; do direito à previdência, mediante contribuição da União do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; seguro contra acidentes de trabalho; direito de greve e liberdade de associação profissional e sindical; proteção à família, educação e cultura.²⁵

Dentre alguns outros dos direitos sociais previstos na Constituição de 1946 estão o direito dos necessitados à assistência judiciária, estabelecendo a justiça social como objetivo da ordem social; a assistência à maternidade e à infância e o direito à educação.²⁶

A Constituição de 1946 foi superada pelo Golpe Militar de 1964, mas, ela existiu formalmente, pois, o Brasil passou a ser governado pelos Atos Institucionais e Complementares, até a promulgação da Constituição de 1967.²⁷

A Constituição de 1967, promulgada em regime militar, manteve o conteúdo social dos textos anteriores, como o direito dos necessitados à assistência judiciária, a justiça social como objetivo da ordem econômica, a valorização do trabalho como condição de dignidade humana e o direito à educação.²⁸

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1969 não trouxe nenhuma substancial alteração na enumeração dos direitos fundamentais e acabou por ampliar a centralização do poder e o autoritarismo. Incorporou em seu texto as medidas autoritárias dos Atos Institucionais e, dentre outras, “manteve e ampliou as estipulações restritivas da Constituição de 1967, quer em matéria de garantias individuais, quer em matéria de direitos sociais”.²⁹

Observa Celso Ribeiro Bastos que, nesse momento histórico, havia grandes necessidades políticas e sociais imediatas, uma vez que os direitos fundamentais sofreram restrições com os Atos Institucionais estabelecidos pelo governo,

²⁵ GROFF, Paulo Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições**. In: **Revista de Informação Legislativa**. ano 45, n. 178, abr/jun. 2008. p. 119.

²⁶ SARLET, op. cit., p 595.

²⁷ LENZA, op. cit., p. 135-136.

²⁸ SARLET, op. cit., p 595.

²⁹ GROFF, op. cit., p. 123.

desaguando-se em “um novo surto revolucionário, dando a tônica do período vivido na década subsequente”.³⁰

Mudanças em direção a redemocratização foram tomadas, com a revogação do Ato Institucional nº 5 e, no período de 1978 a 1985 iniciou-se uma abertura democrática gradual do regime militar, sendo que em 1984 surgiu o movimento “Diretas Já”, que defendia a aprovação de uma emenda constitucional prevendo eleições diretas para Presidente da República. No entanto, apesar da pressão social, Tancredo Neves é eleito de forma indireta, mas, foi seu vice, José Sarney quem assumiu o poder em virtude de sua morte.³¹

Perante a nova realidade política e social brasileira, com a posse do novo Presidente civil, José Sarney, e, com a instalação de um novo regime democrático, impôs-se a necessidade de elaboração de um novo texto constitucional. Por meio da Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985 instituiu-se uma Assembleia Nacional Constituinte o que resultou na promulgação e publicação da nova carta constitucional, em 05 de outubro de 1988, a “Constituição Cidadã”.³²

Pelo fato de os direitos sociais, normatizados no Brasil, serem o objeto desta pesquisa, é que se passa a dar maior profundidade ao estudo da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 é o marco de um período de redemocratização no país, bem como, da institucionalização dos direitos humanos. Flávia Piovesan explica que o texto constitucional de 1988 é um avanço na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, pois, é a primeira constituição brasileira a tratar do assunto, em capítulo específico, de forma pormenorizada, e, a elevá-los a título de cláusulas pétreas, em seu art. 60, § 4º. Segundo a autora,

A Constituição de 1988 acolhe a ideia da universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988. [...] Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, faz-se necessário enfatizar que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais e econômicos, que nas Cartas

³⁰ RIBEIRO, Celso Bastos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997. p. 136.

³¹ LENZA, op. cit., p 141.

³² GROFF, op. cit., p. 124.

anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social".³³

Conforme André Tavares Ramos, o Princípio da Dignidade Humana norteia os direitos e garantias fundamentais, destacando a cidadania e a própria dignidade humana.³⁴

Diante de todo o histórico aqui estudado, pode-se afirmar que, desde 1934, há incorporação dos direitos sociais nos textos constitucionais, no entanto, somente a partir da Constituição de 1988 é que esses direitos passaram a ser considerados fundamentais e de aplicação imediata, conforme art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Conclui-se também que os direitos sociais são direitos humanos fundamentais de segunda dimensão e estão intimamente ligados ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois, não há uma vida digna sem que se garanta condições mínimas de existência, sendo que, essas condições são tuteladas pelos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Título II da Constituição Federal de 1988 trata dos Direitos e Garantias Fundamentais e está subdividido em cinco capítulos, sendo que o capítulo II cuida dos Direitos Sociais (do art. 6º ao art. 11º da CF/88). O art. 6º, da CF/88, elenca os direitos sociais básicos que são o direito à educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.³⁵

Os direitos sociais básicos estão elencados, exemplificativamente, no art. 6º da CF/88, no entanto, há títulos que tratam da ordem econômica e da ordem social, destacando-se direitos dos trabalhadores, nos arts. 7º ao 11º, que constituem um conjunto de direitos e garantias que concretizam o direito ao trabalho e à proteção do trabalhador.³⁶

No entanto, a Constituição Brasileira de 1988 apresenta uma ordem social, ou seja, há dispositivos constitucionais, além dos arts. 6º ao 11º, que fixam direitos a

³³ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO; CORREIA; CORREIA (Coord.). **Direitos Fundamentais e Sociais**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva. p. 51-52.

³⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 408.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 10.

³⁶ SARLET, op. cit., p. 596.

todos e deveres do Estado na garantia e eficácia dos direitos fundamentais sociais. Flávia Piovesan apresenta, como exemplos, dentre outros, o direito à saúde (art. 196) como direito de todos e dever do Estado; o direito à educação (art. 205, sendo que, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é para todos e que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou oferta de um ensino irregular torna responsável a autoridade competente.³⁷

O texto constitucional disciplina, ainda, orçamento específico para que os direitos à saúde e à educação sejam efetivados, sob pena de intervenção federal nos Estados em que não há observância do mínimo exigido, nos termos do art. 34, VII, e, da CF/88.³⁸

Ressalta Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos sociais não se resumem ao rol enunciado no art. 6º, da CF/88. Há direitos e garantias implícitos, como explica o § 2º do art. 5º, da CF/88. Existem direitos sociais fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional, bem como, reconhecidos por tratados internacionais.³⁹

Não se pretende descrever pormenorizadamente cada um dos direitos sociais, pois, não é o objetivo dessa pesquisa, no entanto, é importante esclarecer que há uma ordem social constitucionalmente estabelecida para a defesa e eficácia dos direitos fundamentais sociais.

Nas palavras de André Ramos Tavares, a Constituição Federal de 1988 ampliou o conjunto de direitos e garantias, incluindo direitos civis, políticos e sociais, bem como, consagrou os direitos e interesses coletivos e difusos.⁴⁰

Assim, os direitos sociais estão inseridos em uma ordem social constitucional que tem por base o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Segundo André Ramos Tavares, os direitos sociais, juntamente com os outros direitos fundamentais, foram elevados à cláusulas pétreas, pelo art. 60, § 4º, da CF/88, constituindo

(...) núcleo intangível da Constituição, só modificável mediante nova manifestação do poder constituinte originário. Também denota a autoridade de que gozam esses direitos o mandamento constitucional no sentido de que são imediatamente aplicáveis (conforme o § 1º do art. 5º).⁴¹

³⁷ PIOVESAN, op. cit., p. 53.

³⁸ Idem.

³⁹ SARLET, op. cit., p. 61

⁴⁰ TAVARES, op. cit., p. 408.

⁴¹ Idem.

Quanto à concretização dos direitos fundamentais, como visto, é certo que a Constituição Federal determina que sejam aplicados de imediato, nos termos do § 1º do art. 5º. Trata-se de uma ordem para que os direitos fundamentais tenham aplicação direta pelos órgãos do Poder Judiciário, ainda que, para sua eficácia, “deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e em harmonia com outros direitos fundamentais (sociais ou não), princípios e mesmo interesses públicos e privados”.⁴²

A aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais será estudada de forma mais aprofundada nos capítulos que se seguem. Por hora, basta entender que, a eficácia dos direitos sociais necessita de interpretação dentro da ordem constitucional.

2.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A fim de contextualizar os direitos sociais, é necessário um breve estudo sobre as dimensões dos direitos humanos fundamentais. Como se pretende demonstrar, os direitos se modificam com a sociedade, ou seja, é o contexto histórico (político, econômico, social e cultural) que determina a criação, modificação, interpretação e supressão de uma certa norma. O reconhecimento constitucional dos direitos humanos fundamentais se transforma conforme a sociedade.

O autor Pedro Scuro Neto apresenta três premissas para explicar que a sociedade modifica o direito e não o contrário. A primeira premissa, dentro de seu método sociológico de estudo do direito, diz que o direito e a normatividade emanam do grupo social, pois, expressam a forma como a sociedade estabelece as relações entre aqueles que a compõem. Assim, para Pedro Scuro Neto, o direito seria:

(...) um conjunto de instruções ou de restrições para atores (pessoas, grupos, instituições, “comunidades históricas”) que buscam objetivos, compartilhados ou divergentes. Nesse sentido, o próprio Estado desponta como uma forma prática de associação, na qual os cidadãos vivem juntos,

⁴² SARLET, op. cit., p. 602.

de acordo com normas reconhecidas e restritivas em relação aos fins individuais e coletivos.⁴³

A segunda premissa apresentada pelo autor diz que a normatividade não tem caráter estável ou perpétuo. Para ele, o direito muda conforme a sociedade, não de forma fragmentária ou ao acaso, mas, em sincronia com o momento histórico, ou seja, não tendo caráter estável ou perpétuo, as normas se modificam conforme as necessidades da sociedade.⁴⁴

A terceira premissa decorre das outras duas, ela determina que não podem ser estabelecidos o alcance da norma e o significado de seus termos, a não ser em função da estrutura social, ou seja, “como a normatividade nada mais é que um instrumento criado pela sociedade para atingir ‘seus’ objetivos, o alcance da norma não pode reduzir os limites impostos pela realidade social. A normatividade muda à medida que a realidade se modifica no tempo e no espaço.”⁴⁵

Os direitos humanos fundamentais, como explica Alexandre de Moraes, são classificados, modernamente, em dimensões, conforme a ordem cronológica de seu reconhecimento constitucional, influenciada pelas questões históricas e sociais ao longo dos tempos.⁴⁶

Não se pretende esgotar o assunto sobre a classificação dos direitos fundamentais, no entanto, faz-se necessária a contextualização desses direitos para se entender melhor a posição dos direitos sociais no cenário constitucional.

Celso de Mello destaca que os direitos de primeira dimensão são os direitos civis e político que realçam o princípio da liberdade. Os direitos de segunda dimensão abrangem os direitos econômicos, culturais e sociais. Já os direitos de terceira dimensão são aqueles que materializam os poderes de titularidade coletiva atribuídos de forma genérica as formações sociais e consagrando o princípio da solidariedade ou fraternidade.⁴⁷

Conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

⁴³ SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral e jurídica: introdução ao estudo do direito, instituições jurídicas, evolução e controle social**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 170-171.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 61.

⁴⁷ Idem.

(...) a primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*.⁴⁸

Para Paulo Bonavides os direitos de primeira dimensão ou direitos da liberdade, civis e políticos, foram os primeiros a constarem em instrumentos normativos, inaugurando o constitucionalismo do Ocidente e têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis perante o Estado.⁴⁹

Os direitos de segunda dimensão, direitos de igualdade, são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos. Esses direitos exigem do Estado determinadas prestações para que sejam efetivados. Trata-se da elaboração de pretensões exigíveis do próprio Estado, que passa a ter de atuar para que esses direitos sejam concretizados.⁵⁰

A terceira dimensão dos direitos fundamentais engloba os direitos de solidariedade ou fraternidade. Identificam os direitos de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais. Em geral, os direitos difusos fazem parte dessa terceira geração correspondendo ao meio ambiente equilibrado a vida saudável e pacífica, o progresso, a autodeterminação dos povos, o avanço da tecnologia, entre outros.⁵¹

A doutrina classifica os direitos de quarta dimensão como o direito à democracia, ao pluralismo e à informação, com base na ideia de globalização política. Para Paulo Bonavides desses direitos “depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”.⁵²

Conforme Uadi Lammêgo Bulos, o tempo atual revela alterações na vida e comportamento do ser humano, assim, junto com os direitos sociais das minorias, os direitos econômicos, os coletivos, os difusos e os individuais homogêneos convivem com outros de grande importância, como os de direitos de quarta geração relativos à

⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: SARAIVA, 1995. p. 57.

⁴⁹ BONAVIDES, op. cit., p. 581.

⁵⁰ TAVARES, op. cit., p. 352-353.

⁵¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2015. p. 529-530.

⁵² BONAVIDES, op. cit., p. 590.

saúde, informática, *softwares*, biociências, eutanásia, alimentos transgênicos, direitos ligados à engenharia genética.⁵³

Os direitos de quarta dimensão intensificam a objetividade dos direitos de segunda e terceira dimensões, bem como, absorvem a subjetividade dos direitos de primeira dimensão (direitos individuais). Os direitos fundamentais das dimensões anteriores acabam por fazer parte de uma dimensão maior, o que significa que, com a quarta dimensão de direitos fundamentais, todos os direitos passam a ter uma maior eficácia normativa, ou seja, os direitos passam a fazer parte de uma universalidade de direitos fundamentais em um mundo globalizado.⁵⁴

Nas palavras de Paulo Bonavides,

Já, na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização de constitucionalidade daqueles direitos enunciados – direitos conforme vimos, de quatro dimensões distintas – será obra do cidadão legitimado, perante uma instância constitucional suprema, à propositura da ação de controle, sempre em moldes compatíveis com a índole e o exercício da democracia direta.

Assim, a universalidade dos direitos fundamentais os coloca em um grau mais elevado de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. A universalidade não exclui direitos da liberdade, de primeira dimensão, mas, os fortalece com a possibilidade de melhor concretizá-los mediante a efetiva consideração dos direitos de igualdade e fraternidade (direitos de segunda e terceira dimensões, respectivamente).⁵⁵

O doutrinador Uadi Lammêgo Bulos apresenta a quinta e sexta dimensões de direitos fundamentais. Para ele, a quinta dimensão corresponde ao direito fundamental à paz, sendo que, esse direito está sedimentado em preceitos legais e fundamentais, bem como em diplomas internacionais como a Declaração das Nações Unidas e na Organização para a proscrição das Armas Nucleares na América Latina (OPANAL).⁵⁶

Já os direitos de sexta dimensão, conforme o doutrinador, correspondem à democracia, à liberdade de informação, ao direito de informação e ao pluralismo. A

⁵³ BULOS, op. cit., p. 530.

⁵⁴ BONAVIDES, op. cit., p. 590-591.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ BULOS, op. cit., p. 530-531.

democracia se opõe à força, à arbitrariedade e ao abuso de poder. O direito de informação é um direito de liberdade pública da coletividade e está ligado ao direito de liberdade de informação, pois, todos têm a prerrogativa de informar e ser informado.⁵⁷

Quanto ao pluralismo, Uadi Lammêgo Bulos refere-se ao pluralismo político como “a composição da sociedade pelos seus diversos segmentos, sendo direito fundamental de grande importância no cenário das liberdades públicas”. Nesse particular, o autor destaca o art. 1º, V, da Constituição Federal de 1988 em que o pluralismo é direito fundamental do Estado Democrático de Direito, e; a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu art. XXI, pelo qual, “toda pessoa tem o direito de participar do governo de seu País, de modo direto ou por meio de seus representantes eleitos para esse fim”.⁵⁸

2.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

De acordo com o exposto no item anterior, observa-se que houve modificações nos textos constitucionais, os quais acompanhavam a sua época. Isto tem a ver com a Reforma Constitucional, que será aprofundado em tópico posterior.

Importa verificar o instituto da Mutação Constitucional, que por sua vez, não significa mudança no texto. Não se fala aqui em reforma, revisão ou emendas, porém apenas alteração no significado e no sentido interpretativo de um texto constitucional.

Conforme as mudanças da realidade social vão acontecendo, nada mais justo que haja uma percepção do Judiciário, ou seja, dos aplicadores do Direito, em se adequar trazendo novo sentido e alcance ao mandamento constitucional, para que seja aplicado a uma demanda social de forma efetiva.

A modificação da Constituição pode dar-se pela via formal e pela via informal. A via formal ocorre pela reforma constitucional que é um procedimento rígido, estabelecido dentro do próprio texto constitucional. Por outro lado, a via informal ocorre através do mecanismo da mutação constitucional, “mecanismo que permite a

⁵⁷ BULOS, op. cit., p. 531-532.

⁵⁸ Idem.

transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação no seu texto”.⁵⁹

Denise Soares Vargas conceitua a mutação constitucional como “as transformações informais e espontâneas operadas no sentido, no significado e no alcance da Constituição, sem qualquer modificação formal”.⁶⁰

As constituições podem ser classificadas em rígidas ou flexíveis, conforme classificação de Lord Bryce. A rigidez de uma constituição é variável. Há quem classifique, também, as constituições semirrígidas. Rígidas são aquelas que não podem ser modificadas sem que haja um processo rigoroso descrito em seu próprio texto. Já as constituições flexíveis são aquelas que não exigem nenhum requisito específico para que ocorra alguma modificação, podendo “ser emendadas ou revistas pelo mesmo processo que se emprega para fazer ou revogar a lei ordinária”.⁶¹

Pode-se afirmar que a atual Constituição Brasileira é considerada rígida, pois, prevê a reforma constitucional através das Emendas Constitucionais, ou seja, por um procedimento mais dificultoso. Nas palavras de André Ramos Tavares, “isso confere, ademais, a característica de rigidez à Constituição Federal”.⁶²

Como visto, a mutação constitucional é um processo informal que tem por finalidade mudar o sentido, o significado, o alcance do texto, sem qualquer reforma, acarretando uma mudança material e não formal. Ela ocorre quando surgem mudanças nas circunstâncias políticas e sociais, impondo um significado diferente do até então atribuído ao texto constitucional.⁶³

As mudanças informais, como as que ocorrem com a mutação constitucional, se justificam, pois, nas palavras de Denise Soares Vargas,

(...) o direito é feito para regular fatos subjacentes a uma realidade social cambiante que não pode esperar por procedimentos morosos e demasiadamente formais para ter plena aplicabilidade, ainda mais nas sociedades complexas, globalizadas e plurais da atualidade.⁶⁴

⁵⁹ BARROSO, op. cit., p. 162.

⁶⁰ VARGAS, Denise Soares. **Mutação Constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32.

⁶¹ BONAVIDES, op. cit., p. 87.

⁶² TAVARES, op. cit., p. 1015.

⁶³ VARGAS, op. cit., p. 32.

⁶⁴ Idem.

A doutrina considera a prática das mutações constitucionais como processo informal de reforma constitucional, o exercício de uma terceira modalidade de poder constituinte, sem titularidade específica, com característica difusa, anônimo e político. Terá explicação na admissão de força normativa conforme a realidade e as exigências do meio social, “ou seja, a facticidade que transforma as Constituições e as rejuvenesce. Trata-se de um poder constituinte material atuando junto com o poder constituinte formal.”⁶⁵

Nas palavras de Paulo Bonavides,

O outro poder constituinte, desconhecido ou remanescente, não se sujeita à disciplina jurídica, porquanto, como já dissemos, pertence às categorias sociais que atuam à margem do quadro normativo formal. [...] Não é o jurista profissional, de formação positivista, que descobre a variedade do poder constituinte em tela, senão aquele que, dotado de ampla visão sociológica, vislumbra nos acórdãos das cortes constitucionais o exercício de um tal poder constituinte, anônimo, silencioso, mas sumamente eficaz.⁶⁶

A mutação constitucional tem limites, assim como os métodos formais de reforma constitucional, sob pena de violar a soberania popular. A capacidade de adaptação à realidade política e social das normas não pode ser contrária ao sentido geral formulado na Constituição. Conforme Luís Roberto Barroso, a interpretação da norma não pode ultrapassar as possibilidades dos sentidos dela, ou seja, a nova interpretação deve ter um dos possíveis sentidos que a norma oferece, não é possível atribuir um sentido que não está dentro da própria norma. Para o autor, deve-se preservar os princípios fundamentais que dão identidade àquela Constituição. Caso a nova interpretação “não couber no texto, será necessária a convocação do poder constituinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário”.⁶⁷

O instituto da Mutação Constitucional tem relação com o viés teórico do Neoconstitucionalismo, o qual passa a ser exposto no tópico a seguir.

⁶⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 195.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ BARROSO, op. cit., p. 164-165.

2.4 NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de se analisar a real efetivação do mecanismo da Mutação Constitucional, necessário se faz definir, com base em diversos doutrinadores, do que realmente se trata o constitucionalismo.

Canotilho primeiramente define o constitucionalismo como movimentos constitucionais, porém, após estudos mais detalhados sobre o sistema, conceitua-o como “teoria que ergue o princípio do governo indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.⁶⁸

Para Clever Vasconcelos o constitucionalismo é um movimento político e jurídico que tem a finalidade de instituir o regime constitucional em um determinado país, estabelecendo um conjunto de ideias e pensamentos políticos, sociais e culturais com a finalidade de limitar a atuação do Estado nas liberdades dos cidadãos e conferir a titularidade do poder ao povo.⁶⁹

O Neoconstitucionalismo surge como uma superação do formalismo jurídico. No formalismo a interpretação da norma leva a análise de procedimentos lógicos, a partir de regras jurídicas predeterminadas, sem referência a seus fins sociais, políticos e morais, não funcionando como uma prática social de interpretação normativa. Assim explica Eduardo Cambi:

“(...) a ciência jurídica não pode ser concebida como *simples descrição* do objeto, mas incluir a *crítica do direito vigente* inválido (porque em contraste com a Constituição), a *reinterpretação* das normas à luz dos valores e dos princípios que constituem a base axiológica do ordenamento jurídico, a *análise* das antinomias e das lacunas, além da elaboração e da projeção das garantias ausentes e inadequadas que impedem a efetivação dos direitos constitucionais”.⁷⁰

André Ramos Tavares entende que o constitucionalismo possui um aspecto jurídico revelado “pela pregação de um sistema dotado de corpo normativo máximo, que se encontra acima dos próprios governantes – a Constituição”. O autor apresenta, também, o aspecto sociológico do movimento, ligado às questões sociais

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., 9ª reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 51.

⁶⁹ VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 29.

⁷⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 114.

que sustentam a limitação do poder. Já o aspecto ideológico está “no tom garantístico (como decorrência da limitação do “poder”) pregado pelo constitucionalismo”.⁷¹

Importa mencionar ainda e, justamente pelo que se pretende esclarecer neste trabalho que, para Kildare, “a perspectiva é de que, ao constitucionalismo social, seja incorporado o constitucionalismo fraternal e de solidariedade”, desta forma para este doutrinador, importa que seja um mecanismo apto a trazer efetivação aos direitos do povo sem deixar para trás os valores fraternos e a dignidade da pessoa humana.⁷²

A doutrina apresenta várias denominações para o Neoconstitucionalismo, tais como, constitucionalismo pós-positivista, ou constitucionalismo neopositivo. Uadi Lammêgo Bulos explica que o termo designa a evolução da cultura constitucional contemporânea, ou seja, trata-se de um produto da evolução histórica dos direitos conquistados pelos povos.

Pois bem, *neo* significa novo, atualizado. O Neoconstitucionalismo é um mecanismo apto a dar efetivação e interpretação adequada aos termos das normas, ou seja, nada mais é do que um novo mecanismo, mais atual, contemporâneo, apto, igualmente a dar efetivação às normas pela mutação constitucional e não pelo mecanismo formal de reforma constitucional.

Pelo Neoconstitucionalismo, o aplicador do Direito tem a possibilidade de se valer dos princípios gerais, analogias, precedentes, teorias de argumentação jurídica, bem como, de todas as demais ferramentas jurídicas atuais, com o fim de dar um resultado mais justo ao caso concreto, sempre usando de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade, e jamais se esquivando de atentar aos princípios que regem as normas constitucionais. Como bem diz José Carlos Vasconcellos dos Reis,

No Neoconstitucionalismo, o intérprete do Direito se vê na obrigação de trabalhar com as normas que se expressam em enunciados vagos e termos abertos. Há a necessidade prática de ponderar razões para uma adequada tomada de decisões.⁷³

⁷¹ TAVARES, op. cit., p. 23.

⁷² LENZA, op. cit., p.70.

⁷³ QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.585.

À Constituição deve-se amoldar todo o ordenamento jurídico pátrio, pois, ela é a soberana das normas brasileiras. Encontramo-nos numa era de um constitucionalismo pós-moderno e nas palavras de Walber de Moura Agra,

(...) o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito.
74

Em conclusão, o resultado do Neoconstitucionalismo é o desenvolvimento da interpretação constitucional, que através deste trabalho, verificará a eficácia jurídica e social da norma constitucional frente a alteração da realidade social.

⁷⁴ ANGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Forense, 2007. p. 31.

3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para que os direitos fundamentais sociais sejam efetivamente aplicados há necessidade de serem interpretados conforme técnicas hermenêuticas que utilizem o direito como um sistema capaz de considerar a história e a realidade cultural e social de um determinado Estado. O sentido da norma deve estar alicerçado no contexto normativo como um sistema complexo, na busca da máxima efetividade dos direitos sociais. É o que será estudado nesse capítulo.

Para Paulo Bonavides, a interpretação busca o significado válido de uma regra de direito. Para o autor, a interpretação “questiona a lei, não o direito. Objeto da interpretação é, de modo genérico, a norma jurídica contida em leis, regulamentos ou costumes. Não há norma jurídica que dispense interpretação”.⁷⁵

A interpretação não é uma atividade descritiva, mas, construtiva, extraíndo o significado do texto normativo não somente pelo seu enunciado, “a interpretação é ‘atribuição’ de conteúdo, sentido e objetivo, por parte daquele que procede na delicada tarefa hermenêutica”.⁷⁶

Miguel Reale explica que

Interpretar uma lei importa, previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos. Como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na *estrutura de suas significações particulares*.⁷⁷

Eduardo Ribeiro Moreira explica que a interpretação constitucional pode ocorrer em três momentos. O primeiro momento é quando a interpretação ocorre de forma direta, trata-se da interpretação constitucional expressa, considerando o texto em si mesmo. O segundo momento é uma forma de interpretação indireta através do juízo negativo, pelo qual, uma determinada norma não deve confrontar a Constituição e, assim, não seja considerada inconstitucional. O terceiro e último momento, também método indireto de interpretação, é outra modalidade de juízo

⁷⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 451.

⁷⁶ TAVARES, op. cit., p. 178.

⁷⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002. p. 289.

negativo, é finalística, ou seja, o que interesse é o fim maior da norma constitucional.⁷⁸

Faz-se necessária uma breve apresentação dos métodos de interpretação existentes na hermenêutica jurídica clássica, apesar de, segundo Uadi Lammêgo Bulos, não existir um método específico para a interpretação constitucional. Para o autor, os métodos de interpretação normativa são relativos e complementares, “*relativos*, porque o contexto fático-normativo, no qual irão incidir, é vários, multifacetário e infinito. *Complementares*, porque um complementa o outro”.⁷⁹

Para Uadi Lammêgo Bulos são oito os métodos de interpretação da hermenêutica. Inicialmente, o método gramatical considera o que diz o texto de lei, tão somente o texto em si; o método lógico procura a coerência e harmonia das normas em si ou em conjunto; no método histórico, o intérprete deve considerar as condições pelas quais a norma foi criada, investigando os fatores que resultaram em sua elaboração; o método sistemático examina o contexto constitucional na análise de um sistema como um todo; já o método teleológico busca a finalidade da norma; o método popular é realizado através das massas por plebiscito, referendo, *recall*, iniciativa e veto populares, pois, o direito é um instrumento da sociedade para atingir seus objetivos; o método doutrinário considera a interpretação da doutrina elaborada pelos juristas, e; por fim, o método evolutivo que propicia a mutação constitucional.⁸⁰

Conforme estudado, não há um método específico para a interpretação constitucional, o intérprete deve utilizar de todos os recursos que estiverem ao seu alcance para chegar à uma interpretação adequada das normas constitucionais a fim de que os direitos ali contidos sejam efetivamente aplicados, buscando a sua máxima eficácia. Fazendo referência à escola clássica de Savigny, Paulo Bonavides esclarece que,

Dessa livre eleição de métodos já discrepava porém Savigny, o romanista, quando afirmou que os quatro elementos tradicionais – o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático – não constituíam quatro formas de interpretação entre as quais poderíamos escolher à vontade, “mas diferentes atividades a atuarem conjugadas, se porventura quisermos obter uma interpretação bem-sucedida.”⁸¹

⁷⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da Reforma Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 93.

⁷⁹ BULOS, op. cit., p. 453.

⁸⁰ Ibid, p. 455.

⁸¹ BONAVIDES, op. cit., p. 471.

Paulo Bonavides afirma que interpretar os direitos fundamentais através da metodologia clássica tem pouca eficácia, pois, esses direitos (incluindo os direitos sociais) tem “peculiaridades que lhes conferem um caráter específico, demandando técnicas ou meios interpretativos distintos, cuja construção e emprego gerou a Nova Hermenêutica”.⁸²

Assim, dentro dessa Nova Hermenêutica é que surge a mutação constitucional como meio de se alterar informalmente o sentido da norma constitucional. A mutação constitucional, como já visto, ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. É dentro do novo movimento, o Neoconstitucionalismo que essa técnica se torna viável.

3.1 PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFETIVIDADE

Deve-se considerar que a interpretação da Constituição e a interpretação dos direitos fundamentais têm uma importante ligação, “servindo os princípios que regem aquela ao esclarecimento do significado das normas pertinentes a esses direitos”.⁸³

Há princípios que funcionam como elementos para a persuasão, para justificar o posicionamento do intérprete da norma, em um método científico e fundamentado. Dentre os diversos princípios da interpretação constitucional está o da máxima efetividade.⁸⁴

Não se pretende estudar todos os princípios da interpretação constitucional, mas, tão somente, o princípio da máxima efetividade na aplicação dos direitos sociais.

Esse princípio também é chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, no sentido de a norma constitucional ter a mais ampla efetividade social.⁸⁵

Pelo princípio da máxima efetividade ou ainda, como tratam alguns doutrinadores por princípio da eficiência, deve-se interpretar a norma constitucional buscando a mais ampla efetividade social. É aqui, portanto, que se analisará a

⁸² Ibid, p. 628.

⁸³ Ibid, p. 629.

⁸⁴ BULOS, op. cit., p. 459.

⁸⁵ LENZA, op. cit., p. 164.

interpretação constitucional como instrumento da efetividade dos direitos sociais, sendo que, a Constituição é um texto normativo que deve ser compreendida, interpretada e concretizada, trata-se de norma que acompanha a realidade política e social.

Entende Canotilho que,

Diferentemente do que aconteceu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de constituição justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição guardião dos direitos e liberdades. Os juízes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os “juízes” entre o povo e o legislador.⁸⁶

Luís Roberto Barroso define a efetividade como a realização do direito pela sua função social. Para o autor, a efetividade “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.⁸⁷

A efetividade dos direitos fundamentais não é automática e nem espontânea, mas, depende de uma pluralidade de intérpretes, com os vários processos de interpretação em conjunto e, com diversos participantes (órgãos do judiciário e os destinatários e titulares desses direitos), sem que se excluam os métodos clássicos.⁸⁸

Para Luís Roberto Barroso,

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.⁸⁹

O princípio da máxima efetividade determina que, à norma constitucional, deve-se atribuir o sentido de maior eficácia para a concretização dos direitos ali expressos.

A eficácia das normas constitucionais, dentre elas, aquelas que exprimem os direitos sociais, pode ser classificada em positiva e negativa. A positiva permite que os beneficiários ou destinatários exijam as prestações perante o Poder Judiciário. A

⁸⁶ CANOTILHO, op. cit., p. 52.

⁸⁷ BARROSO, op. cit., p. 257

⁸⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 633-634.

⁸⁹ BARROSO, op. cit., p 344.

eficácia negativa diz respeito às normas constitucionais que limitam os fins a serem alcançados pelo Estado e sociedade, pois, “não somente proíbem a implementação de políticas que contrariem as prescrições imanentes às normas constitucionais programáticas”⁹⁰, como também invalidam a revogação de normas infraconstitucionais, que regulamentam as programáticas, dando ênfase à vedação do retrocesso, entendendo como programáticas aquelas normas que limitam-se a “traçar alguns preceitos a serem cumpridos pelo Poder Público”, para eficácia jurídica e social das normas constitucionais.⁹¹

O intérprete constitucional deve considerar que a linguagem da Constituição não é interpretável da mesma forma que as normas infraconstitucionais, pois, a especificidade do objeto da Constituição está alicerçada em seus princípios, assim, a base da argumentação jurídica no momento da interpretação será principiológica.⁹² Nas palavras de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo,

O intérprete constitucional, por atribuir significado às disposições constitucionais, e em primeiro lugar àquelas principiológicas, deve se referir a uma tese moral [...] a diversidade do objeto “Constituição” se baseia fundamentalmente sobre a presença dos princípios que, uma vez caracterizados como valores morais positivados, para serem compreendidos necessitam de considerações morais, resolvendo o problema interpretativo do direito constitucional em uma interpretação moral da Constituição.⁹³

Na busca da máxima efetividade na aplicação da norma constitucional, a interpretação com base no caráter principiológico da Constituição significa considerar os princípios como disposições fundamentais que se irradiam sobre todas as outras normas, “compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo”.⁹⁴

Há uma íntima ligação entre o direito e a moral a ser considerada na interpretação dos direitos fundamentais. Para Eduardo Cambi,

⁹⁰ MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017. p. 164.

⁹¹ MORAES, Alexandre, op. cit., p. 45.

⁹² DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2ª ed., São Paulo: Landy, 2010. p. 98-99.

⁹³ Idem.

⁹⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 33.

Os princípios e valores, contidos na Constituição (especialmente a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a liberdade e a igualdade) abriram uma via de penetração moral no direito positivo. Isto é possível quando se considera os direitos fundamentais como sendo princípios. Logo, direitos fundamentais, concebidos como princípios, são válidos enquanto corresponderem às *exigências morais* sentidas em um período específico, não podendo ser meramente abolidos (são cláusulas pétreas, conforme o art. 60, § 4º, IV, da CF).⁹⁵

Os direitos fundamentais têm uma dupla natureza, enquanto direito subjetivo (instrumento para realização de interesses individuais que integram a autonomia pessoal) e enquanto princípio objetivo da ordem constitucional. A eficácia irradiante é consequência da natureza objetiva dos direitos fundamentais e trata-se da forma como esses direitos irradiam por todo o ordenamento jurídico, obrigando a todos, inclusive o Estado, a seu respeito e a proteção. Essa dupla natureza “não costuma decorrer expressamente dos textos das constituições, mas da técnica de aplicação empregada pelo operador”.⁹⁶

Eduardo Cambi trata da dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, sendo que a primeira considera que os direitos são pretensões de vontade, instrumentos para a realização de interesses individuais, que integram a autonomia pessoal, o que permite que cada um decida se pretende exercitar ou renunciar aos seus direitos.⁹⁷

Já a dimensão subjetiva conduz a autonomia da vontade a uma justa dimensão, à adoção de medidas políticas para o bem comum. Conclui Eduardo Cambi que, “a dimensão objetiva trata os direitos como *consequências ou reflexo de um direito justo*, como tarefa a ser realizada pelos governantes e como dever de promoção dos direitos dos mais fracos”.⁹⁸

Então, os direitos fundamentais são o centro da ordem jurídica que condiciona o exercício de interpretação e de produção das normas. Trata-se do efeito da eficácia irradiante dos direitos fundamentais em virtude de sua constitucionalização. Sendo normas constitucionais, devem irradiar seus preceitos a todo o ordenamento jurídico.

Nas palavras de Eduardo Cambi,

⁹⁵ CAMBI, op. cit., p 134.

⁹⁶ TAVARES, op. cit., p. 358.

⁹⁷ Ibid, p. 103-104.

⁹⁸ Idem.

Em razão de se colocar em nível normativo hierarquicamente superior à legislação ordinária (princípio da supremacia da Constituição), acaba por prever um conjunto de direitos (fundamentais) que as leis não podem derrogar.⁹⁹

O direito é um produto cultural. Na pós-modernidade ou na era do Neoconstitucionalismo, o fenômeno social, caracterizado pelas mudanças culturais, influencia na nova interpretação das normas jurídicas. Para Eduardo Cambi,

O neoconstitucionalismo reclama uma *nova teoria da norma*, que possibilite a conjugação de regras e de princípios, bem como uma *nova teoria da interpretação jurídica*, que não seja nem puramente mecanicista nem, tampouco, absolutamente discricionária, em que os riscos que comportam a exegese da Constituição sejam suportados por um esquema plausível de *argumentação jurídica*.¹⁰⁰

A Constituição deve ser entendida como uma norma jurídica dentro de um processo aberto e evolutivo, por conta dos valores e princípios jurídicos, exigindo um novo raciocínio jurídico, não sendo suficiente discutir a regra somente sob o ponto de vista de sua forma e de seu procedimento legal. É imprescindível examinar os valores dos conteúdos normativos. Assim, “a nova hermenêutica jurídica depende da compreensão tanto das regras quanto dos princípios”.¹⁰¹

O Neoconstitucionalismo implica em um método criado para romper a aplicação formalista do direito, na busca de uma máxima efetividade dos direitos, e, um dos instrumentos utilizados é o da mutação constitucional, dentro da Nova Hermenêutica.

3.2 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Os direitos fundamentais sociais são de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.¹⁰²

⁹⁹ Ibid, p. 58.

¹⁰⁰ Ibid, p 90.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017. p. 9.

Sendo as normas de direitos sociais tão diversificadas, surge o problema de sua aplicabilidade imediata.

Toda a pessoa, em princípio, pode ser titular dos direitos sociais, no entanto, pode haver restrições, como aquelas em função da condição específica do titular da norma, exemplo dos direitos trabalhistas que são destinados a um grupo específico, os trabalhadores. Outra restrição que pode ocorrer é quanto ao condicionamento fático e jurídico em contraposição aos próprios direitos sociais, como no caso da limitação da gratuidade de prestação jurisdicional que é destinada somente para os comprovadamente carentes.¹⁰³

Assim, apesar de prevalecer o princípio da universalidade dos direitos fundamentais pelo qual, toda pessoa humana é titular dos direitos sociais que têm fortes vínculos com o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda assim, há limitações quanto à aplicação desses direitos, o que será objeto de estudo nesse capítulo.

Afirma o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos sociais podem representar liberdades sociais, como no caso do exercício do direito de greve e de associação sindical. Podem assumir as feições de direitos a prestações como no caso do direito à saúde, educação, moradia e, também, uma dimensão defensiva (de exigibilidade e defesa desses direitos). Para o autor,

(...) importa reafirmar que ambas as dimensões – negativa e positiva – pressupõem deveres de proteção do Estado, que, por sua vez, na condição de direitos à proteção, assumem a feição de direitos a prestações, em geral de cunho normativo (organizatório e procedimental), mas também prestações de caráter fático.¹⁰⁴

A tradicional classificação das normas constitucionais, desenvolvida por José Afonso da Silva, apresenta as normas de eficácia plena, contida e limitada, conforme a sua aplicabilidade. Para ele, as normas constitucionais de eficácia plena são as que produzem ou são capazes de produzir todos os efeitos para as quais foram criadas, desde o momento em que entram em vigor, são as normas que receberam, do constituinte, normatividade suficiente à sua incidência imediata.¹⁰⁵

Já as normas de eficácia contida são aquelas que têm aplicação direta e imediata, no entanto, não de forma integral. No tocante à essas normas, há

¹⁰³ SARLET, op. cit., p. 602.

¹⁰⁴ Ibid, p. 608.

¹⁰⁵ MORAES, Alexandre, op. cit., p. 43.

limitações ou restrições à sua eficácia e aplicabilidade que podem estar em lei infraconstitucional ou na própria Constituição. Nas palavras de Pedro Lenza, “enquanto não materializado o fator de restrição, a norma tem eficácia plena”.¹⁰⁶ Como exemplo o autor cita o art. 5º, XIII, da CF/88 que,

Assegura ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Ou seja, garante-se o direito do livre exercício profissional, mas uma lei, por exemplo, o Estatuto da OAB, pode exigir que para nos tornarmos advogados sejamos aprovados em um exame de ordem. [...] O que a lei infraconstitucional fez foi reduzir a amplitude do direito constitucionalmente assegurado.¹⁰⁷

As normas constitucionais de eficácia limitada são as que, de imediato, não produzem todos os seus efeitos, necessitando de uma norma regulamentadora infraconstitucional a ser editada pelo Poder Público ou por meio de uma emenda constitucional regulamentando sua aplicabilidade. São normas que produzem efeitos mínimos, “ou, ao menos, o efeito de vincular o legislador infraconstitucional aos seus vetores”.¹⁰⁸

Há uma subdivisão das normas constitucionais de eficácia limitada. Elas podem ser normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos que dependem da lei para dar corpo a instituições, pessoas, órgãos previstos na Constituição, ou seja, contêm esquemas gerais de estruturação de instituições, órgãos ou entidades. As normas de eficácia limitada podem ser, ainda, classificadas em programáticas que “são as que estabelecem programas a serem desenvolvidos mediante a vontade do legislador infraconstitucional. É o caso do art. 205”.¹⁰⁹

Pedro Lenza explica que, pela teoria de José Afonso da Silva, a aplicação imediata significa que as normas constitucionais estão aptas a serem aplicadas, produzindo todos os efeitos para os quais elas foram criadas e a regra é que as normas de direitos sociais, culturais e econômicos (de segunda dimensão), nem sempre são de aplicabilidade imediata, “porque não raro dependem de providências posteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação”.¹¹⁰

¹⁰⁶ LENZA, op. cit., p. 222.

¹⁰⁷ Ibid, p. 223

¹⁰⁸ Ibid, p. 225.

¹⁰⁹ TAVARES, op. cit., p. 197.

¹¹⁰ LENZA, op. cit., p 1106.

Assim, pode-se concluir que o sentido do proposto no art. 5º, § 1º, da CF/88 é que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles os direitos sociais, têm aplicação imediata, mas, até onde as instituições ofereçam condições para a sua efetividade e que, o Poder Judiciário, diante de uma situação concreta, não pode deixar de aplica-los.

O mandamento de aplicação imediata é para todas as normas de direitos fundamentais, independentemente de sua localização no texto constitucional e está em concordância com o teor do art. 5º, § 1º, pois, refere-se tanto aos direitos individuais do próprio art. 5º, quanto aos direitos e garantias fundamentais em geral.¹¹¹

No entanto, como visto, não são todos os direitos fundamentais que têm aplicação direta em toda a sua extensão, no sentido de que todas elas tenham eficácia plena, pois, há casos em que há necessidade da intervenção do legislador, bem como, da ação do intérprete da norma, como explica o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet. Para ele a “eficácia e aplicabilidade das normas, que sempre envolvem uma decisão do intérprete, [...] também guardam relação com a estrutura normativa e com os vínculos impostos pelo texto constitucional”.¹¹²

Então, a aplicabilidade da norma jurídica na busca da máxima efetividade dos direitos sociais dependerá da ação do intérprete da norma. Apesar de esses direitos serem de eficácia plena, “não se poderá deixar a decisão sobre o conteúdo dos direitos sociais na esfera plena e ilimitada de atuação do legislador”,¹¹³ pois, há uma ordem constitucional a ser respeitada.

¹¹¹ SARLET, op. cit., p. 368.

¹¹² Ibid, p. 369.

¹¹³ Ibid, p. 610.

4 DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS E SUA CONCRETIZAÇÃO NA REALIDADE ATUAL

Os direitos sociais, de segunda dimensão, estão positivados na Constituição Brasileira em todo seu artigo 6º, bem como em outros artigos da Carta Magna. Não se pretende fazer um exame exaustivo dos diversos direitos sociais, porém contemplá-los genericamente quanto à sua aplicabilidade e efetivação dentro de um modelo pós-positivista (Neoconstitucional) de interpretação.

Como definição, conforme Uadi Lammêgo Bulos, “os direitos sociais são as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real”.¹¹⁴

Sustenta-se a existência de um dever do Poder Público, pelos seus órgãos estatais de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível dos direitos fundamentais, juntamente com o dever de aplicação imediata. Ingo Wolfgang Sarlet discute a dificuldade em se efetivar os direitos sociais. Segundo o autor,

O problema da exigibilidade dos direitos sociais, contudo, se revela especialmente delicado (e a controvérsia na doutrina e mesmo em nível da jurisprudência assim o atesta) quando se trata de avaliar em que medida é possível, por intermédio do Poder Judiciário, impor ao Poder Público uma prestação diretamente fundada na Constituição.¹¹⁵

Esse problema apresentado por Sarlet é um dos pontos mais polêmicos em relação à exigibilidade dos direitos sociais por conta do princípio da reserva do possível, que será discutido a seguir, em tópico específico.

4.1 RESERVA DO POSSÍVEL

O Poder Público não pode se omitir frente a casos de exigibilidade de direitos sociais fundamentais. Como já estudado, o operador do direito deve ter o compromisso com a efetivação desses direitos e, um dos mecanismos das quais ele

¹¹⁴ BULOS, op cit., p 624.

¹¹⁵ SARLET, op. cit., p 610-611.

pode se valer é o da interpretação, considerando princípios como o da razoabilidade e da proporcionalidade, que serão estudados mais adiante em tópico dedicado ao ativismo do Poder Judiciário.

Assim, é importante a atuação do Poder Judiciário na aplicabilidade dos direitos sociais, no entanto, essa é uma questão muito complexa, levando-se em conta o princípio da reserva do possível, referente aos custos gerados ao Estado e à sociedade na efetivação e aplicação dos direitos sociais.

Como bem explica o autor Eduardo Cambi,

Não basta, contudo, ter apenas vontade de efetivar a Constituição e de transformar a realidade. Tão importante quanto as boas intenções é a possibilidade de o direito vir a ser concretizado, em razão dos custos que gera ao Poder Público e a toda a sociedade. Cabe, pois, discutir quando e em que medida os limites financeiros podem justificar a não realização dos direitos fundamentais sociais.¹¹⁶

É imprescindível discutir como os direitos fundamentais podem ser cumpridos, abordando quais os impactos no orçamento público, ou seja, deve-se tratar da dimensão econômica dos direitos sociais, enquanto direitos a prestações estatais, no que diz respeito à destinação, criação e distribuição de recursos materiais e humanos, “com destaque para os aspectos econômicos, financeiros e tributários que dizem respeito à efetividade dos direitos sociais”.¹¹⁷

A reserva do possível opera uma limitação à efetividade e aplicabilidade dos direitos sociais de prestações estatais. O fornecimento de bens e serviços, mesmo que já regulamentados por políticas públicas, podem ser interrompidos, reduzidos ou negados, diante da indisponibilidade ou insuficiência de recursos.¹¹⁸

A concretização dos direitos sociais é de grande complexidade, exigindo uma argumentação jurídica com base em juízos de ponderação para resolver as complexas relações entre princípios e diretrizes políticas.

Para Eduardo Cambi a reserva do possível não poderia restringir os direitos fundamentais, nem mesmo, torná-los ineficazes ou não aplicáveis, deve-se, dentro do devido processo legal, no caso em concreto, expressar a ponderação entre os direitos fundamentais. Nas palavras do autor, “os direitos fundamentais devem ser

¹¹⁶ CAMBI, op. cit., p. 381.

¹¹⁷ SARLET, op. cit., p. 612.

¹¹⁸ Ibid, p. 613.

ponderados em uma estrutura argumentativa racional, onde devem ser levados em consideração os argumentos pró e contra”.¹¹⁹

Nos ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos,

A reserva do possível reside justamente neste ponto: verificar se os direitos constitucionais, a exemplo daqueles de segunda geração – direitos econômicos, sociais e culturais – estão sendo respeitados pelo Poder Público, o qual tem o dever constitucional de os concretizar.¹²⁰

Conforme Bulos, diante da reserva do possível, o Supremo Tribunal Federal, quando provocado acerca da concretização de direitos fundamentais, deve observar, em conjunto, dois fatores. O primeiro fator é a razoabilidade da pretensão deduzida em face do Poder Público, indagando se houve omissão dos órgãos estatais e se houve abuso ou arbítrio estatal responsável pela ineficácia dos direitos pretendidos, pois, o adimplemento, pelo Poder Público, dos direitos de segunda geração, é uma prestação positiva. O segundo fator é a disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas, cumprindo à Corte Suprema questionar se o Estado tem como arcar financeiramente seus deveres.¹²¹

Então, na aplicabilidade das normas fundamentais constitucionais, buscando a máxima efetividade dos direitos sociais, deve haver um juízo de ponderação entre o direito reclamado pelo titular e o princípio da reserva do possível. As políticas públicas orçamentárias devem servir de instrumentos eficazes na prestação e na tutela dos direitos constitucionalmente assegurados, bem como, garantir mecanismos para que esses direitos se tornem reais na esfera jurídica do destinatário.

Nesse sentido, o poder público deve garantir as mínimas condições para que os direitos sociais fundamentais, e não somente esses, possam ter sua eficácia e aplicabilidade garantida, porque, a Constituição Federal prevê condições mínimas de existência, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, trata-se do mínimo existencial, que está intimamente ligado a reserva do possível.

¹¹⁹ CAMBI, op. cit., p. 382.

¹²⁰ BULOS, op. cit., p. 377.

¹²¹ Ibid, p. 377-378.

4.2 MÍNIMO EXISTENCIAL E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O mínimo existencial tem caráter de direito e garantia fundamental. Está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e traduz uma existência minimamente digna pela garantia de direitos fundamentais.

Este princípio não se limita à existência física do indivíduo, mas, trata também da garantia mínima de integração social, bem como acesso aos bens culturais e participação na vida política, o que diz respeito ao mínimo existencial sociocultural. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, “o mínimo existencial ultrapassa a noção de um mínimo meramente vital ou de sobrevivência, para resguardar não só a vida humana em si, mas uma vida saudável”.¹²²

Os direitos fundamentais sociais são direitos a nível mínimo de desenvolvimento do ser humano. As políticas públicas devem priorizar os gastos públicos para a concretização dos direitos que permitem a efetivação daqueles direitos que gerem as condições mínimas para o desenvolvimento humano. Segundo o art. 11, primeira parte, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o mínimo existencial é:

(...) o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida.¹²³

O princípio em questão é o pressuposto necessário ao exercício da autonomia pública e privada. Todo indivíduo precisa ter satisfeitas suas necessidades indispensáveis à existência física e psíquica. Para Luís Roberto Barroso, “o mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos *direitos fundamentais sociais*”.¹²⁴

Assim como os direitos fundamentais em geral, o mínimo existencial possui uma dupla dimensão, a negativa e a positiva. Na concepção negativa, o Estado não pode retirar do indivíduo os direitos e garantias que lhe assegure uma vida digna.

¹²² SARLET, op. cit., p. 626.

¹²³ CAMBI, op. cit., p. 391.

¹²⁴ BARROSO, op. cit., p. 290.

Pela concepção positiva cumpre ao Estado assegurar o mínimo existencial através das políticas públicas.¹²⁵

A jurisprudência brasileira, através do STF tem reconhecido o direito ao mínimo existencial em sua dimensão positiva (prestacional). Conforme explica Ingo Wolfgang Sarlet,

(...) o STF tem consolidado o entendimento de que nesta seara incumbe ao Estado, em primeira linha, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, de tal sorte que em favor do cidadão há que reconhecer um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, e, portanto, à dignidade da pessoa humana.¹²⁶

A questão deve ser analisada considerando o sujeito destinatário do direito em questão, “o conteúdo da garantia do mínimo existencial há de ser percebido na *vivência* individual e social”.¹²⁷

Necessária a análise da jurisprudência atual quanto ao mínimo existencial em confronto com a reserva do possível:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 1151591 SP SÃO PAULO (STF).
Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE SEPARAÇÃO DOS PODERES. **DIREITO À SAÚDE**. CONSTRUÇÃO DE POSTO DE SAÚDE EM COMUNIDADE INDÍGENA. INÉPCIA DA INICIAL. INEXISTÊNCIA. INTERESSE DE AGIR DEMONSTRADO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. **AFASTADA A RESERVA DO POSSÍVEL, DIANTE DA EFETIVAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL**. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDOS. 1 - Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal postulando **a condenação da União para dotar a terra indígena Tapyí, em Cananéia/SP, de estabelecimento de saúde** projetado de acordo com as diretrizes estabelecidas na Portaria FUNASA n. 840/2007. Pedido julgado procedente. [...] 3 - O órgão ministerial atribui ao Poder Público uma conduta omissa no tocante à assistência à saúde de comunidade indígena, demonstrando, em tese, a necessidade de provocação do Poder Judiciário. Interesse processual presente. 4 – Descabida a alegação de impossibilidade jurídica do pedido, sendo certo que é admitido o controle de políticas públicas na via judicial quando imputada ao Poder Público uma abstenção de implementar políticas definidas pela própria Constituição Federal, voltadas à efetivação de direitos fundamentais. 5 – Preliminares rejeitadas. 6 – **A saúde encontra-se no rol de direitos sociais, previsto no art. 6º da Carta Maior, e deve ser garantido a todos mediante políticas sociais e econômicas** que visem a

¹²⁵ SARLET, op. cit., p. 629.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ CAMBI, op. cit., p. 396.

redução do risco de doenças e de outros agravos, na forma do art. 196 do texto constitucional. Outrossim, a Constituição Federal conferiu tratamento especial aos índios, atribuindo à União o dever de preservar as populações indígenas, conforme o art. 231. 7 – **A reserva do possível não pode ser utilizada como um escudo para a não efetivação das políticas públicas de forma devida, descumprindo preceitos normativos da Constituição Federal.** 8 – **Tratando-se a saúde de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, não existe empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, haja vista que não houve comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da União.** 9 – O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem jurisprudência sedimentada no sentido que é possível o controle judicial de políticas públicas, não configurando isso violação à separação de poderes, sendo, pelo contrário, essencial o controle judicial das escolhas dos administradores, podendo determinar a implementação de políticas públicas já resguardadas na Constituição. 10 – Sentença de procedência mantida. [...] (STF – RE: 1151591 SP – SÃO PAULO, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 04/09/2018, Data de Publicação: DJe-189 11/09/2018) **o grifo é do autor.**¹²⁸

Na análise da jurisprudência citada, conclui-se que, a saúde, enquanto direito constitucional social, deve ser garantida através de políticas sociais e econômicas, não sendo possível afastá-la com base na reserva do possível, pois, trata-se de um direito social essencial ao mínimo existencial, imprescindível à vida digna.

Assim, diante na ponderação dos valores e princípios jurídicos, na análise da aplicabilidade de um direito fundamental social, e não somente deste, o poder judiciário deve considerar o mínimo existencial em confronto com a reserva do possível. A aplicabilidade do direito depende dos recursos e das políticas públicas na busca da máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais. No entanto, a reserva do possível não pode ser objeto de argumentação para a não efetivação de direitos.

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo civil. Administrativo. Ação civil pública. Controle judicial de políticas públicas. Possibilidade em casos excepcionais. Inexistência de violação de separação dos poderes. Direito à saúde. Construção de posto de saúde em comunidade indígena. Inépcia da inicial. Inexistência. Interesse de agir demonstrado. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Afastada a reserva do possível, diante da efetivação do mínimo existencial. Acórdão em Recurso Extraordinário RE 1151591/SP. União e Ministério Público Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe-189, 11 set. 2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595855528/recurso-extraordinario-com-agravo-are-138805-se-sergipe-0000168-5920168250037>>. Acesso em: 30 out. 2018.

4.3 VEDAÇÃO AO RETROCESSO

O método de interpretação dos direitos fundamentais sociais, dentro do Neoconstitucionalismo, na interpretação da norma com base em critérios principiológicos e morais, o intérprete deve cuidar para que não haja retrocesso dos direitos constitucionalmente garantidos ou das condições minimamente dignas de vida dos destinatários desses direitos.

Nas palavras de Eduardo Cambi,

Com efeito, a cláusula de proibição de retrocesso social está ligada à proteção dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. Serve para limitar a liberdade de conformação e a possibilidade de arbítrio do legislador, a fim de que se evite a destruição do mínimo de garantias necessárias à realização desses direitos fundamentais.¹²⁹

Interpretar a Constituição ou, mais especificamente dentro do objeto de estudo desse trabalho, interpretar os direitos fundamentais sociais, não implica que a Constituição é aberta ou rígida demais, a qualquer tipo de resultado interpretativo. A interpretação deve sempre estar alicerçada dentro de um sistema político, social, cultural e constitucional, nesse sentido, os direitos fundamentais sociais não podem ser vistos como critérios rígidos, não retirando os espaços para escolhas democráticas do intérprete.¹³⁰

Canotilho explica que a proibição do retrocesso é um limitador à atividade de reforma constitucional, pois, protege os direitos fundamentais “sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”.¹³¹

O Poder Público não pode criar leis contra os direitos fundamentais e está vinculado à adoção de medidas necessárias à sua concretização. Conforme José Afonso da Silva,

(...) ao Poder Judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais, prejudicar a consistência de tais direitos; ao poder executivo impõe-se, tal como ao legislativo, actuar de forma a proteger e impulsionar a realização concreta dos mesmos direitos.¹³²

¹²⁹ CAMBI, op. cit., p. 228.

¹³⁰ Ibid, p. 229.

¹³¹ CANOTILHO, op. cit., p. 340.

¹³² SILVA, op. cit., p. 158.

O princípio do retrocesso é um princípio constitucional implícito e está ligado à ideia de eficácia na defesa dos direitos prestacionais, bem como, o dever de proteção dos direitos fundamentais sociais. Para Luís Roberto Barroso, “se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania” e não pode mais ser suprimido.¹³³

Então, a partir do princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso, permite-se exigir os direitos fundamentais sociais mínimos que garantam a dignidade da pessoa de seu destinatário, bem como, exigir a revogação de normas ou decisões contrárias à efetividade e aplicabilidade desses direitos.

4.4 ATIVISMO JUDICIAL

Nos últimos tempos, ouve-se muito a respeito dos limites das decisões judiciais. Indaga-se: O magistrado deve limitar-se ao que está previsto em lei, ou é possível a utilização de outras ferramentas previstas no sistema jurídico, porém não positivadas?

Importa aqui deixar registrado um comentário do Ministro Luiz Roberto Barroso:

O direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica de nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e a espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.¹³⁴

Diante da posição do nobre Ministro da Suprema Corte, em resposta à questão acima, vê-se que há um ativismo judiciário, entendido como o exercício de interpretação da normatividade que procura não apenas fundamentar-se nas normas

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: < [jus2.com.br /artigos/7547](http://jus2.com.br/artigos/7547)>. Acesso em 17 set. 2018.

positivadas, mas também, se lança das fontes do direito, regras, princípios gerais e precedentes.

Nesse momento em que as ciências jurídicas passam pelo Neoconstitucionalismo, um dos mecanismos dos quais o julgador se utiliza é o das mutações constitucionais, na busca da efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos.

Lembrando que a mutação constitucional se manifesta pela alteração informal do texto constitucional, sem revisões ou emendas, trata-se de uma forma de interpretação constitucional. A mutação leva a um novo entendimento da norma constitucional que já fora interpretada anteriormente em casos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal (precedentes), conforme explica Denise Soares Vargas.¹³⁵

Segue jurisprudência para exemplificar um caso em que o Supremo Tribunal Federal utilizou-se da mutação constitucional. O acórdão trata do art. 4º da Lei Complementar nº 447, do Estado de Santa Catarina, que limita a concessão de licença a servidor público que adota criança com idade inferior a seis anos e doze anos incompletos, ou seja, aborda o direito social referente à proteção à maternidade e infância, garantido pelo art. 6º da CF/88, bem como o direito da trabalhadora à licença maternidade conforme o art. 7º, XVIII, CF/88:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 0032208-72.8.14.0000 SC – SANTA CATARINA (STF). [...] observo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada nos presentes autos, julgou o RE 778.889/PE, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, nele proferindo decisão consubstanciada em acórdão assim ementado: DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. **EQUIPARAÇÃO DO PRAZO DA LICENÇA-ADOTANTE AO PRAZO DE LICENÇA-GESTANTE**. 1. A licença maternidade prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição abrange tanto a licença gestante quanto a licença adotante, ambas asseguradas pelo prazo mínimo de 120 dias. Interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral, do princípio da prioridade e do interesse superior do menor. [...] Violação do princípio da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente. [...] 4. Tutela da dignidade e da autonomia da mulher para eleger seus projetos de vida. Dever reforçado do Estado de assegurar-lhe condições para compatibilizar maternidade e profissão, em especial quando a realização da maternidade ocorre pela via da adoção, possibilitando o resgate da convivência familiar em favor de menor carente. [...] 5. **Mutação constitucional. Alteração da realidade social e nova compreensão do alcance dos direitos do menor adotado. Avanço do significado atribuído à licença parental e à igualdade entre filhos, previstas na Constituição.** Superação de antigo entendimento do STF. 6.

¹³⁵ VARGAS, op. cit., p. 42.

Declaração da inconstitucionalidade do art. 210 da Lei no 8.112/1990 e dos parágrafos 1º e 2º do artigo 3º da Resolução CJF nº 30/2008. 7. **Provimento do recurso extraordinário, de forma a deferir à recorrente prazo remanescente de licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, corresponda a 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença previstos no art. 7º, XVIII, CF, acrescidos de 60 dias de prorrogação, tal como estabelecido pela legislação em favor da mãe gestante.** 8. Tese da repercussão geral: Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. [...]. 4. Sendo assim, e em face das razões expostas, nego provimento ao recurso extraordinário, por achar-se este em confronto com acórdão proferido pelo Plenário desta Suprema Corte (CPC/15, art. 932, IV, b). Publique-se. Brasília, 23 de fevereiro de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator. (STF – RE: 1024321 SC – SANTA CATARINA 0032208-72.2015.8.24.0000, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/02/2017, Data de Publicação: DJe-040 03/03/2017) **o grifo é do autor.**¹³⁶

É importante que se frise que a mutação constitucional pressupõe uma interpretação anterior da norma constitucional e a fixação de uma nova interpretação para o mesmo dispositivo.¹³⁷

Vale esclarecer que na atividade judicial, o intérprete da norma pode se utilizar da técnica da ponderação que é um instrumento para buscar a solução jurídica mais adequada em cada caso, “com destaque para a solução dos conflitos entre direitos e princípios fundamentais, embora não se aplique exclusivamente nesta esfera”.¹³⁸

O Supremo Tribunal Federal tem decidido com base na técnica da ponderação quando da ocorrência de colisão de direitos fundamentais:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 0001310-63.2017.8.04.0000 AM – AMAZONAS – [...] DIREITO CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. RESTRIÇÃO À IDADE – 21 ANOS. CONTRARIEDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A ALIMENTOS, EDUCAÇÃO DA JUVENTUDE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ARTS. 6º, 205 E 227). [...] I – Desde 13 de julho de 2010, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 65, as decisões que indeferem a pensão aos

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. art. 4º da lei complementar n. 447, de 07 de julho de 2009, do estado de Santa Catarina, dispositivo que limita a concessão de licença a servidor que adota criança com idade inferior a seis anos e doze anos incompletos. Fundamentos objetivos e princípios constitucionais da república federativa, normas a serem observadas e concretizadoras, inclusive sobrepondo-se a qualquer outro dispositivo legal, mercê do estabelecimento de uma democracia material no brasil. Procedência do pedido. Acórdão em recurso extraordinário 0032208-72.8.14.0000 SC – Santa Catarina (STF). Governador do Estado de Santa Catarina e Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Celso de Mello. Acórdão julgado em 23 fev. 2017. DJe-040 03 mar. 2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442473623/recurso-extraordinario-re-1024321-sc-santa-catarina-0032208-7220158240000>>. Acesso em: 31 out. 2018.

¹³⁷ TAVARES, op. cit., p. 185.

¹³⁸ SARLET, op. cit., p. 398.

universitários puramente com base no princípio da legalidade olvidam a técnica de ponderação de princípios e valores, que auxilia os julgadores quando ocorre tensão entre princípios de mesma hierarquia. II [...] Sobreleva-se aqui ainda o fato de que o próprio direito aos alimentos e à alimentação, foi também positivado constitucionalmente, no art. 6º, como direito social, na Emenda Constitucional nº 64, de 4/2/2010, que passou a incluir a alimentação como direito de todos, verdadeiro direito fundamental de segunda geração. III – Deve ser respeitada a força normativa da Constituição, atribuindo-se à juventude, nos termos do art. 227 da Constituição, a primazia no alcance ao direito à educação e à alimentação. Cumpre ainda esclarecer que o Superior Tribunal de Justiça já ponderou quanto à concessão de pensões por morte no sentido de que o intérprete não possui autorização para atentar contra o princípio da dignidade humana e contra a teoria da proteção integral do menor e do adolescente, [...] – Restabelecimento da pensão por morte percebida pela Apelante até que a mesma complete 24 (vinte e quatro) anos de idade ou antes dessa idade se concluir o curso superior em que se encontra matriculada. [...] É o relatório. DECIDO. O recurso não merece prosperar. A controvérsia acerca da prorrogação da pensão por morte, no presente caso, foi decidida à luz da legislação infraconstitucional (Lei 9.250/1995), o que inviabiliza o recurso extraordinário. [...] Ex positis, DESPROVEJO o recurso, com fundamento no art. 932, VIII, do Código de Processo Civil de 2015 c/c o artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 9 de março de 2018. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente (STF – RE: 1091777 AM – AMAZONAS 0001310-63.2017.8.04.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/03/2018, Data de Publicação: Dje-049 14/03/2018) o grifo é do autor.¹³⁹

No caso apresentado acima, o julgador faz a ponderação de princípios e valores, sendo que, os direitos à educação e alimentação estão garantidos constitucionalmente pelo art. 6º da Constituição Federal. Segundo o acórdão, o intérprete da norma não pode contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual, os direitos fundamentais sociais devem ser observados.

Observe-se outro exemplo jurisprudencial:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À VIDA. PRECEDENTES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Previdenciário. Pensão por morte. Estudante Universitária. Prorrogação. Matéria de índole infraconstitucional. Ofensa indireta à Constituição Federal. Recurso interposto sob a égide do Novo Código de Processo Civil. Ausência de condenação em honorários advocatícios no juízo recorrido. Impossibilidade de majoração nesta sede recursal, artigo 85, § 11, do CPC/15. Recurso desprovido. RE 0001310-63.2017.8.04.0000 AM (STF). Estado do Amazonas, Estado do Amazonas e Sidiany Delgado dos Santos. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão julgado em 09/03/2018. DJe-049 divulgado 14/03/2018. Publicado 19/08/2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25260092/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-801676-pe-stf>. Acesso em: 30 out. 2018.

Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. **O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida.** Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – ARE: 801676 PE, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/09/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014) **o grifo é do autor.**¹⁴⁰

No exemplo da jurisprudência acima, o Supremo Tribunal Federal faz juízo de ponderação entre o direito à vida e a saúde com os interesses do Estado.

Nas palavras de Eduardo Cambi,

(...) a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais se desloca para as teorias da argumentação, envolvendo juízos de ponderação e técnicas processuais adequadas para resolver as complexas relações entre princípios e diretrizes políticas”.¹⁴¹

Assim, a atividade judicial, na interpretação constitucional, deve sempre estar em consonância com o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, ponderando os valores dos direitos fundamentais, na busca de maior efetividade.

4.4.1 Princípio da proporcionalidade ou razoabilidade no ativismo judicial

Importa apenas, mesmo que brevemente, falar da definição do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, pois, de extrema importância sua verificação, neste momento do ativismo judicial no ato decisório.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Direito à saúde. Fornecimento pelo poder público do tratamento adequado. Solidariedade dos entes federativos. Ofensa ao princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Colisão de direitos fundamentais. Prevalência do direito à vida. Precedentes. Acórdão em Agravo Regimental ARE: 801676 PE (STF). Estado de Pernambuco, Procurador-Geral do Estado de Pernambuco, Patrícia Moraes Dantas de Souza, Pietro Duarte de Souza e outros (A/S). Relator: Ministro Roberto Barroso. Acórdão julgado em 19/08/2014. DJe-170 divulgado 02/08/2014. Publicado 03/09/2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25260092/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-801676-pe-stf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

¹⁴¹ CAMBI, op. cit., p. 381.

Como leciona Pedro Lenza, implícitos no princípio comentado estão presentes três importantes elementos: a) necessidade ou exigibilidade: pela qual a adoção de medidas que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos grave; b) adequação ou pertinência: o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido; c) proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado supera a restrição de outros valores constitucionalizados.¹⁴²

André Ramos Tavares explica que o elemento da necessidade ou exigibilidade corresponde à melhor escolha possível para atingir os fins, dentro dos meios adequados que traga menos ônus ao cidadão, observando a relação de custo/benefício, “assim, para que se possa aferir o meio empregado quanto a sua necessidade, o operador do Direito terá de buscar, abstratamente, medidas alternativas, para fins de comparação e conclusão”.¹⁴³

Quanto ao elemento da conformidade ou adequação dos meios a serem utilizados, Tavares afirma que corresponde à “necessária correlação entre os meios e os fins a serem atingidos, de forma que os meios escolhidos sejam aptos a atingir o fim determinado”.¹⁴⁴

O último elemento, da proporcionalidade em sentido estrito significa a relação entre meios e fins, o que quer dizer que não se deve ferir o conteúdo essencial do direito fundamental desrespeitando a dignidade humana, e, mesmo havendo desvantagens para o interesse de pessoas, individualmente ou em uma coletividade, as vantagens superam essas desvantagens.¹⁴⁵

Willes Santiago Guerra Filho conceitua o princípio da proporcionalidade, como uma ferramenta adequada para se atingir um objetivo,

(...) um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo.¹⁴⁶

¹⁴² LENZA, op. cit., p.166-167.

¹⁴³ TAVARES, op. cit., p. 636.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Ibid, p. 637.

¹⁴⁶ GUERRA FILHO, Willes Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.95.

Para Eduardo Cambi, a proporcionalidade é um postulado normativo aplicativo do direito que orienta a aplicação dos princípios e regras. Para o autor, é dirigida aos intérpretes e aplicadores do direito. Cambi explica, ainda, que o princípio da proporcionalidade “decorre da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos. É empregado, especialmente, para solucionar colisões entre direitos fundamentais”.¹⁴⁷

Assim, pelo postulado normativo da proporcionalidade, nas decisões judiciais, o que for escolhido pelo intérprete da norma deverá ser adequado, necessário e não excessivo, sob pena de a decisão ser inconstitucional.

O autor Ingo Wolfgang Sarlet considera a proporcionalidade como um princípio e ensina que

(...) o princípio da proporcionalidade possui como que uma *dupla face*, atuando simultaneamente como critério para o controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção de direitos fundamentais, bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção. Em suma, desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio em apreço e, portanto, anti-juridicidade, no sentido de uma inconstitucionalidade da ação estatal.¹⁴⁸

As palavras razoabilidade e proporcionalidade são empregadas de modo fungível. Segundo Canotilho, trata-se de um único princípio importante em sua dimensão material (referente aos direitos fundamentais) e instrumental (quanto à exigibilidade e aplicabilidade dos direitos constitucionalmente garantidos através do processo). Conforme Canotilho,

Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.¹⁴⁹

Esse princípio autoriza o poder judiciário a invalidação de atos legislativos ou administrativos em três situações. A primeira é quando os atos não sejam adequados, pois, o meio deve se adequar ao fim que se pretende alcançar, ou seja, a medida deve ser suscetível de atingir o objetivo escolhido. A segunda é quando a

¹⁴⁷ CAMBI, op. cit., p. 113.

¹⁴⁸ SARLET, op. cit., p. 392.

¹⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes (et al). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 94.

medida não é necessária e haja um meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (vedação ao excesso). A terceira situação é quando “os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito)”.¹⁵⁰

O art. 5º, § 2º, da CF/88 determina que os direitos e garantias expressos nela não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade representa um princípio fundamental dentro do Estado Democrático, que busca a efetivação e a aplicabilidade dos direitos fundamentais, dentre eles, os sociais.

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade tem sentido dentro “das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins [...] e ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”.¹⁵¹

A ideia de ativismo judicial refere-se à atuação mais ampla e intensa do judiciário na concretização de direitos, considerando os valores e os fins da Constituição. Conforme Luís Roberto Barroso, o ativismo manifesta-se por meio de diferentes condutas como a aplicação direta da Constituição nos casos não contemplados expressamente em seu texto e que não dependem da atividade do legislador ordinário, a declaração de atos normativos do legislador, e, “a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.¹⁵²

Não é unânime uma ideia mais positiva a respeito do ativismo judicial, pois, ele tem sido mais criticado do que elogiado. Tem sido ligado aos excessos nas decisões judiciais, porém, há quem diga que “os juízes e as cortes devem agir de modo mais assertivo em nome dos direitos da liberdade e igualdade e diante da inércia ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições”.¹⁵³

Para Carlos Alexandre de Azevedo Campos o ativismo judicial, sob pena de se tornar excessivo, deverá estar sempre vinculado com a estruturas constitucionais que disciplinam o funcionamento dos poderes e as relações entre os indivíduos e o

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ CLEVER, op. cit., p. 81-82.

¹⁵² BARROSO, op. cit., p. 322.

¹⁵³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 44.

Estado. Deverá, também, estar associado às práticas jurídico-culturais, políticas e sociais da atualidade.¹⁵⁴

Conforme Luís Roberto Barroso, “em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito.”¹⁵⁵

Nas palavras de Luís Roberto Barroso,

Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar.¹⁵⁶

Eduardo Moreira Ribeiro afirma que criticar o ativismo judicial é posicionar-se contrário à novas conquistas e transformações, como no caso de se negar o uso da ponderação ou atacar o controle judicial das políticas públicas, pois, o momento é de se valorizar as teorias e práticas de interpretação e atividade judicial, considerando as limitações constitucionais.¹⁵⁷ Segundo o autor,

A possibilidade desses instrumentos reforça, em geral, a utilização de instrumentos que trabalham as normas constitucionais – via construção constitucional – e, em especial, concebe mais ferramentas em defesa das alterações constitucionais formais. Para evitar tantas reformas, no momento, as mutações e construções constitucionais não devem ser combatidas nem louvadas, mas corretamente trabalhadas.¹⁵⁸

Nesse sentido, o ativismo judicial deverá ser visto como exercício dos operadores do direito em favor da efetividade dos direitos fundamentais, pois, sendo aplicado dentro das limitações do sistema constitucional, servirá como forma de concretização de direitos.

Por fim, uma última jurisprudência a ser apresentada com o fim de ilustrar o ativismo judicial. Trata-se de acórdão em que o relator, Ministro Roberto Barroso,

¹⁵⁴ Ibid, p. 47.

¹⁵⁵ BARROSO, op. cit., p. 323.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 238.

¹⁵⁷ MOREIRA, op. cit., p. 103.

¹⁵⁸ Ibid, p. 104.

analisou a determinação judicial ao Poder Executivo para a implementação de políticas públicas para a reforma de escola pública estadual:

APELAÇÃO CÍVEL. [...] O acórdão recorrido se alinha à jurisprudência do STF, que já assentou a possibilidade, em casos emergenciais, de implementação de políticas públicas pelo Judiciário, ante a inércia ou morosidade da Administração, como medida assecuratória de direitos fundamentais. [...] Nessa linha, vejam-se os seguintes julgados: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. [...] INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. [...] As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 761.127-AgR, sob a minha relatoria). RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA [...] - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativos e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, **revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão [...] mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à reserva do possível. Doutrina. (RE 410.715-AgR, Rel. Min. Celso de Mello). [...] Diante do exposto, com base no art. 932, IV e VIII, nego provimento ao recurso. [...] Publique-se. Brasília, 12 de setembro de 2018. Ministro Luís Roberto Barroso Relator (STF – ARE: 1157715 SE – SERGIPE, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 12/09/2018, Data de Publicação: Dje-195 18/09/2018) **o grifo é do autor.**¹⁵⁹**

Na prática do ativismo judicial, o ato de interpretar a norma é descobrir a solução mais adequada. Conforme Luís Roberto Barroso,

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação cível. Ação civil pública. Direito à educação. Reforma de escola estadual. Omissão do ente público estadual. Tutela antecipada concedida = caráter de urgência discricionariedade administrativa e ingerência do poder judiciário no mérito do ato administrativo. Não caracterizadas. Invocação da teoria da reserva do possível. Afastada. Teoria do mínimo existencial. Violação ao princípio constitucional da separação dos poderes. Não reconhecida. Ativismo judicial. Decisão judicial que determina ao poder executivo a implementação de políticas públicas. Reforma de escola pública estadual – laudo pericial que atesta irregularidade no prédio – ausência de lavatórios para manipuladores e luminárias sem proteção. Razoabilidade entre o valor arbitrado e a finalidade das *astreintes*. Proporcionalidade entre o prazo para cumprimento da obrigação e a multa em caso de descumprimento. Recurso conhecido e parcialmente provido apenas para de ofício, estipular em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) o teto máximo da multa arbitrada e excluir a imposição da multa pessoal ao secretário de educação do estado de Sergipe. Acórdão em Recurso Extraordinário com Agravo ARE: 1157715 SE - Sergipe (STF). Estado de Sergipe e Ministério Público do Estado de Sergipe. Relator: Ministro Roberto Barroso. Acórdão julgado em 12 set. 2018. DJe-195 18 set. 2018. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631890214/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1157715-se-sergipe>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

(...) o ordenamento traz em si *uma* solução adequada para a questão. O intérprete, como consequência, não faz escolhas próprias, mas revela o que já se contém na norma. O juiz desempenha uma função técnica de conhecimento, e não um papel de criação do Direito.¹⁶⁰

Desta forma, na contemporaneidade, circundada pelas transformações sociais, o Poder Judiciário usa do mecanismo abordado, o Neoconstitucionalismo, via mutação constitucional, pela interpretação das normas e princípios, através do exercício do ativismo judicial, considerando a proporcionalidade nas decisões judiciais, procura garantir que os direitos da sociedade estarão protegidos pela efetivação de uma prestação jurisdicional, sábia no julgamento, aplicando a mais genuína Justiça.

¹⁶⁰ BARROSO. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, op. cit., p. 336.

5 CONCLUSÃO

A evolução histórica e cultural de uma sociedade tem influência direta no processo de normatização do direito. No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, havia a previsão de algumas normas de ordem social e econômica, no entanto, a atual Carta Magna Brasileira trouxe grandes avanços na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, incluindo os direitos sociais, elevando-os a título de cláusulas pétreas em seu art. 60, § 4º.

A Constituição Federal de 1988 apresenta uma ordem social que tem por base o princípio da dignidade humana. Além dos direitos elencados nos arts. 6º ao 11º, há outros dispositivos constitucionais fixando direitos sociais, bem como, deveres do Estado na garantia de eficácia desses mesmos direitos.

Os direitos sociais fundamentais são classificados pela doutrina clássica como pertencentes à segunda dimensão. Classificá-los em dimensões é produto das transformações políticas, econômicas, sociais e culturais e, também, de seu reconhecimento constitucional ao longo da história da humanidade.

Os direitos de segunda geração correspondentes aos ideais de liberdade, conforme Revolução Francesa de 1789, são os sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos, que, exigem do Estado prestações positivas para sua concretização.

Para que haja a aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais sociais, que são o objeto principal dessa pesquisa, os operadores lançam-se de técnicas de interpretação normativa.

O Neoconstitucionalismo surge como um movimento político e jurídico em resposta ao formalismo jurídico. Esse movimento traz uma nova forma de interpretação jurídica com base em valores e princípios dentro de uma ordem constitucional. Diante das modificações sociais ao longo dos tempos o direito passa a ser reinterpretado com vistas aos fins sociais, políticos e morais das normas.

O Neoconstitucionalismo é um mecanismo apto a dar efetividade aos direitos fundamentais. É produto do desenvolvimento da interpretação constitucional. Na técnica de interpretação da norma, o operador do direito poderá considerar todos os meios aptos para a aplicação do resultado mais justo ao caso concreto, utilizando a

ponderação, bem como, do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, a fim de bem fundamentar suas decisões.

O instituto da mutação constitucional veio com o advento do Neoconstitucionalismo e é conceituado como uma via informal de reforma constitucional que opera uma transformação no sentido e alcance das normas da Constituição, sem que haja modificação em seu texto. Ocorre quando há alteração nas circunstâncias políticas e sociais impondo um significado diferente daquele até então atribuído à norma constitucional, acarretando uma mudança material e não formal.

É importante que a interpretação normativa não desrespeite o sentido geral formulado na Constituição. Assim, há limitações na prática interpretativa, pois, deve-se preservar os princípios fundamentais que identificam a ordem constitucional existente.

Há diferentes métodos de interpretação na ciência hermenêutica. No entanto, conforme estudado, não há um método específico para a interpretação constitucional. O operador do direito deve utilizar todos os recursos disponíveis para chegar ao sentido normativo mais adequado ao caso concreto, buscando a máxima eficácia na aplicação da norma. É dentro dessa Nova Hermenêutica que surge a mutação constitucional como meio de se alterar informalmente o sentido da norma.

Pelo princípio da máxima efetividade deve-se atribuir à norma constitucional o sentido de maior eficácia na concretização dos direitos nela expressos. A eficácia das normas constitucionais, dentre elas, dos direitos sociais, é classificada em positiva e negativa. A primeira permite que seus destinatários exijam prestações positivas diante do Poder Judiciário. A segunda diz respeito à vedação ao retrocesso, pelo qual, não se pode contrariar ou revogar os preceitos constitucionais.

A interpretação constitucional atual, considerando o movimento Neoconstitucional e o instituto da mutação constitucional, exige um novo raciocínio jurídico em que se consideram os valores e os fins das normas, com vistas à máxima efetividade dos direitos.

Os direitos fundamentais, dentre eles os sociais, são de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, mas, há casos em que há necessidade da intervenção do legislador, bem como, da ação do intérprete da norma.

A aplicabilidade da norma jurídica, com máxima efetividade dos direitos sociais, dependerá da ação do intérprete da norma, dentro de uma ordem constitucional a ser respeitada, mas, pode haver limitações por conta do princípio da reserva do possível, referente aos custos gerados ao Estado e à sociedade na efetivação e aplicação da norma.

A concretização dos direitos sociais é de grande complexidade, exigindo o exercício da ponderação para resolver as complexas relações entre princípios e diretrizes políticas. As políticas públicas orçamentárias devem servir de instrumentos eficazes na prestação e na tutela dos direitos constitucionalmente tutelados, bem como garantir mecanismos para que esses direitos atinjam a esfera jurídica de seus titulares.

O poder público deve garantir as mínimas condições para que os direitos sociais possam ter sua eficácia e aplicabilidade garantidas. A Constituição Federal prevê condições mínimas de existência, em ligação direta com o princípio da dignidade humana. Trata-se do mínimo existencial com caráter de direito e garantia fundamental e traduz uma existência minimamente digna.

Diante da ponderação de valores e princípios jurídicos, na efetividade do direito fundamental social, o poder judiciário deve analisar o mínimo existencial em confronto com a reserva do possível, pois, a aplicabilidade do direito depende de recursos e políticas públicas.

A vedação ao retrocesso é um princípio constitucional implícito e, a partir dele, permite-se a exigência dos direitos fundamentais sociais mínimos que garantam a vida digna de seu destinatário, bem como, permite exigir a revogação de normas ou decisões contrárias à efetividade e aplicabilidade desses direitos.

É através do ativismo judicial que se concretiza a eficácia dos direitos fundamentais na análise do caso concreto. Na interpretação constitucional, a decisão deve estar em concordância com o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, pelo qual, impõe que a decisão seja adequada, necessária e não excessiva, sob pena de inconstitucionalidade.

O ativismo judicial refere-se à atuação mais ampla e intensa do judiciário na concretização de direitos, considerando os valores e os fins da Constituição. Nessa prática, o operador do direito pode lançar-se no movimento Neoconstitucional, usando do instrumento da mutação constitucional, dentre outras técnicas interpretativas, para descobrir a solução mais adequada ao caso concreto.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso,

(...) a verdade é que, independentemente dos rótulos, não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, já que não se assenta apenas em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juízes e tribunais. Tão intenso foi o ímpeto das transformações que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções.¹⁶¹

Importante esclarecer que a técnica interpretativa judicial não pode ser praticada de forma indiscriminada e ilimitada. O operador do direito deverá sempre considerar a ordem constitucional estabelecida, respeitando os princípios e valores da Constituição Federal.

A criatividade dos juízes e dos tribunais, em suas atividades, não significa a criação de um novo direito, mas, expressa-se nas possibilidades de interpretação constitucional mediadas no equilíbrio entre valores e princípios, bem como, no respeito à dignidade humana, na busca de efetivação dos direitos sociais.

¹⁶¹ BARROSO, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** op. cit., p. 267.

REFERÊNCIAS

ANGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Forense, 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Disponível em: < jus2.com.br/artigos/7547>.

_____. **O direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (et al). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2ª ed., São Paulo: Landy Editora. 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GROFF, Paulo Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições**. In: **Revista de Informação Legislativa**. ano 45, n. 178, abr/jun. 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 5ª ed., rev. e ampl., São Paulo: RCS Editora, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Guilherme Pena de. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da Reforma Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2ªed., São Paulo: Método, 2008.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: **Direitos Fundamentais e Sociais**. Coord. José Joaquim Gomes Canotilho, Marcus Oriene Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia, 2ª ed., São Paulo: Saraiva. 2015.

QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Celso Bastos. **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral e jurídica: introdução ao estudo do direito, instituições jurídicas, evolução e controle social**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed., rev., atual., São Paulo: Saraiva, 2014.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação Constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 4^a ed., São Paulo: Saraiva, 2017.