

DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL CONTEMPORÂNEO

VOLUME I



GETÚLIO NASCIMENTO BRAGA JÚNIOR
LARISSA CLARE POCHMANN DA SILVA
MARCELO MACHADO COSTA LIMA
MARIANA DEVEZAS MURIAS
MATHEUS VIDAL GOMES MONTEIRO


DIALÉTICA
EDITORA


Universidade Federal Fluminense

 **PROEX**
PRO-REITORIA DE EXTENSÃO

 **ICHS**
Instituto de Ciências Humanas e Sociais


Grupo de Estudos em
Jurisdição, Constituição e Processo

SOCEDIR

Copyright © 2020 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2020 by Getúlio Nascimento Braga Júnior, Larissa Clare Pochmann da
Silva, Marcelo Machado Costa Lima, Mariana Devezas Murias e Matheus Vidal
Gomes Monteiro.

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida –
em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico,
fotocópia, gravação etc. – nem apropriada ou estocada em sistema de
banco de dados, sem a expressa autorização da editora.

Capa e diagramação: Mirela Cavalcante

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D442p Desafios e Perspectivas do Direito Processual Civil Contemporâneo /
organização Getúlio Nascimento Braga Júnior et al.; prefácio Nilton
Cesar Flores – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.
E-book: 1 MB. ; EPUB. = (Coletânea; v. I)

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-5877-731-1

1. Processo Eletrônico. 2. Jurisdição. 3. Justiça. 4. Direito Processual
Civil. I. Organizadores. II. Título. III. Série.

CDD 340

CDU 347.9

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



DIALÉTICA

EDITORA

 /editoradialetica

 @editoradialetica

www.editoradialetica.com

O NEOCONSTITUCIONALISMO E A JUSFUNDAMENTALIDADE MATERIAL DOS DIREITOS SOCIAIS¹

GÓES, Guilherme Sandoval

Pós-doutor em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Professor Emérito da ECEME. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor da UCAM.

E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br

RASGA, Mariana de Freitas

Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Veiga de Almeida Professora da UVA. Professora da UNESA

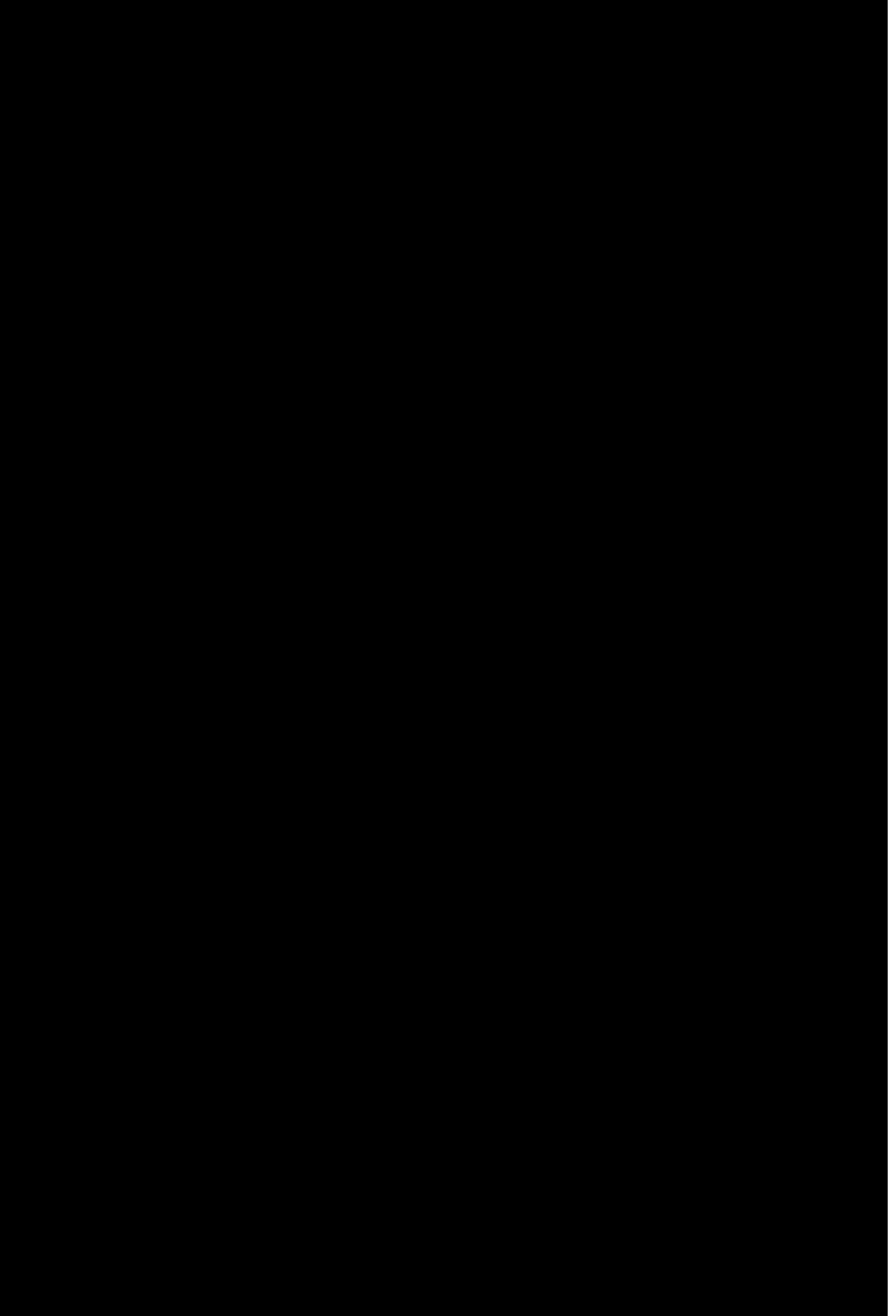
E-mail: mfrasga@hotmail.com

BRAGA JÚNIOR, Getúlio Nascimento

Doutor em Filosofia PPGF/UFRJ. Líder do DGP/CNPq (IBMEC) Sociedade Civil e Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento.

E-mail: ge.bragajunior@gmail.com

1 Agradecimento ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Aeronáuticas da Universidade da Força Aérea (UNIFA), cujo apoio irrestrito possibilitou a conclusão de estágio pós-doutoral, versando sobre os diálogos epistemológicos necessários entre a geopolítica, a cultura e o direito em tempos de estatalidade pós-moderna.



RESUMO

A queda do muro de Berlim, em 1989, trouxe na sua esteira um processo de mitigação dos direitos sociais, fomentado pelo projeto de globalização neoliberal. Em essência, tal projeto busca a revitalização dos direitos negativos de defesa em detrimento dos direitos estatais prestacionais. É nesse diapasão, portanto, que se pode dizer que o colapso soviético criou um paradigma constitucional, cuja tendência aponta para a desconstrução do Estado Democrático Social de Direito, bem como para a mitigação dos direitos sociais. É por isso que o presente artigo pretende, inicialmente, examinar a reconstrução neoconstitucionalista do direito, para em seguida, analisar os óbices que se apresentam à efetividade dos direitos sociais, com o intuito de aprofundar os estudos referentes à proteção constitucional dos hipossuficientes. É nessa toada acadêmica que se aspira traçar o encontro científico entre o Estado Democrático Social de Direito e a jusfundamentalidade material dos direitos sociais.

Palavras-chave: Constitucionalismo welfarista; Pós-positivismo jurídico; Estado Democrático Social de Direito; Reserva do Possível; Direitos estatais prestacionais.

1. INTRODUÇÃO

O processo de globalização neoliberal, viabilizado pelo advento do fim da Guerra Fria, impactou fortemente a teoria dos direitos fundamentais, mormente quando se leva em consideração a tendência de neutralização axiológico-normativa dos direitos sociais fundamentais de segunda dimensão.

Com efeito, é nesse contexto que surge a visão do fim da história de Francis Fukuyama (1998), uma nova era de vitória do capitalismo financeiro e da democracia liberal. Desloca-se assim para o epicentro do constitucionalismo da pós-modernidade a estatalidade mínima garantidora dos direitos negativos de primeira dimensão, cujos reflexos imediatos são a relativização do conceito de soberania e a redução jurídica do Estado. Em essência, a ideia de fim da história quer simbolizar a imagem de um só mundo, sem guerras; de uma só ideologia, a liberal e de uma só superpotência remanescente, os Estados Unidos e seu compromisso com a *pax americana*.

Não resta dúvida de que o colapso da União Soviética possibilitou a projeção norte-americana em escala planetária, impulsionada pela globalização neoliberal e edificada sob a égide hegemônica da assim chamada *pax americana*, que Vicente de Paulo Barretto capturou com precisão:

O termo “globalização” foi, também, associado a um projeto sociopolítico, a *Pax Americana*, que após a queda do Muro de Berlim, foi considerado como hegemônico. O projeto, tanto para alguns teóricos, como na prática das relações financeiras, passou a ser considerado como qualitativamente superior aos demais modelos de regimes políticos, econômicos e sociais, encontrados nas diferentes nações do planeta. (...) Ao lado dessa

brusca mudança no cenário político global, pela primeira vez na história da humanidade um sistema econômico pretende-se universal, surgindo mecanismos de produção comuns a todos os povos. (BARRETTO, 2010, p. 215-216).

De tudo se vê, por conseguinte, que a quebra de equilíbrio entre as duas grandes superpotências da Guerra Fria gestou um novo modelo de estatalidade pós- moderna, que é também pós-welfarista e pós-westphaliana, na medida em que representa, a um só tempo, um contexto internacional, no qual a hegemonia econômica e militar dos Estados Unidos tenta impor a vitória do capitalismo neoliberal (em contraposição ao *welfare state*) e a relativização do conceito de soberania absoluta do Estado nacional (em contraste ao modelo westfaliano de Estado).

Diante disso, torna-se imprescindível investigar os impactos desse novel contexto internacional sobre o sistema constitucional de proteção de direitos fundamentais dos países do Sul Global, aqui vislumbrado como o conjunto de nações pobres e subdesenvolvidas do hemisfério sul, daí a expressão de países de modernidade tardia, como, infelizmente, é o caso do Brasil.

Portanto, um dos grandes objetivos do presente trabalho é perquirir, diante da possibilidade de abandono da proteção dos hipossuficientes, a eficácia positiva ou simétrica dos direitos sociais dos países de modernidade tardia em função dessa nova ordem mundial pós-moderna, que se apresenta revestida de dupla significação: globalização neoliberal (mitigação do Estado Democrático Social de Direito) e redução jurídica do Estado (desconstrução do Estado Westfaliano de soberania absoluta).

Para tanto, especial enfoque será dado à força normativa da Constituição, examinada sob os influxos da reconstrução neoconstitucionalista do direito e com espeque na busca da dignidade da pessoa humana.

Partindo-se do neoconstitucionalismo - aqui conjecturado como sendo o ciclo exegético que se propõe a estudar o encontro científico entre o direito e a ética - o presente trabalho colima compreender a matriz de impactos cruzados que circunscreve o Estado Democrático Social de Direito, a dogmática pós-positivista e a jusfundamentalidade material dos direitos estatais prestacionais.

Em consequência, o núcleo fundante desse artigo é demonstrar que o Estado pós-moderno não pode prescindir dos direitos sociais

como direitos públicos subjetivos do cidadão comum, suscetíveis de serem reivindicados juridicamente perante o Poder Judiciário, notadamente, nas hipóteses de omissão inconstitucional do legislador democrático. Nesse sentido, precisa a lição de José Joaquim Gomes Canotilho quando destaca, como eixo retórico-argumentativo do constitucionalismo, a ideia de que:

Os direitos econômicos, sociais e culturais, na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada. (CANOTILHO, 2004, p. 98).

Resta indubitável, pois, que os direitos sociais prestacionais têm jusfundamentalidade material, uma vez que são considerados elementos constitucionais essenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana, solapada que pode ser pela globalização neodarwinista do Estado Liberal de Direito.

Com a devida agudeza de espírito, observe que essas grandes transformações da ordem pós-1989 invertem o sinal do próprio direito constitucional nos países subdesenvolvidos do Sul Global, explicitando com grande clareza o fenômeno da negação da jusfundamentalidade material dos direitos sociais.

Urge compreender os impactos que a retomada do constitucionalismo pré-weimariano pode acarretar no espaço jurídico-constitucional brasileiro, especialmente, no que tange à efetividade dos direitos estatais prestacionais de segunda dimensão. É nessa toada acadêmica que Lenio Streck destaca com exatidão:

Esse novo constitucionalismo - que aqui será denominado de neoconstitucionalismo - além de proporcionar uma verdadeira revolução copernicana no plano da teoria do direito e do Estado, representa a real possibilidade de ruptura com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista-formal-burguês), a partir de uma perspectiva normativa [...] valendo lembrar, nesse sentido, a determinação constitucional, [...], de efetivação dos direitos fundamentais-sociais. (STRECK, 2008, p. 286).

Aqui o leitor haverá de concordar que o problema de efetivação dos direitos fundamentais-sociais em tempos de globalização neoliberal

somente será solucionado com o emprego do paradigma neoconstitucionalista, sem o qual tais direitos se transformam em mera ficção jurídica; meros invólucros vazios de normatividade.²

Portanto, outro caminho científico não se terá senão o de trilhar a teoria neoconstitucional do direito e sua lógica superadora do vetusto exegetismo positivista, daí a pretensão desse artigo de estudar, inicialmente, a reconstrução neoconstitucionalista do direito, para em seguida, examinar o encontro científico entre o Estado Democrático Social de Direito e a eficácia positiva dos direitos estatais prestacionais de segunda dimensão.

Enfim, é este o espectro temático do presente artigo.

2 Daqui se extrai a metodologia do presente artigo, calcada em pesquisa básica estratégica, de natureza qualitativa, que se utiliza de critérios metodológicos baseados tanto em pesquisa bibliográfica, quanto em pesquisa jurisprudencial e análise de casos práticos. Com isso, seus resultados esperados apontam para a compreensão da reconstrução neoconstitucionalista do direito e, na sua esteira, da garantia da força normativa dos princípios jurídicos a partir do ativismo judicial, aqui vislumbrado como a criação jurisprudencial do direito.

2. A RECONSTRUÇÃO NEOCONSTITUCIONALISTA DO DIREITO

A presente segmentação temática tem o objetivo de examinar as bases teóricas que informam a reconstrução neoconstitucionalista do direito, cujo eixo hermenêutico gira em torno da colisão de normas constitucionais de mesma dignidade normativa. Tais colisões representam os verdadeiros problemas constitucionais da contemporaneidade, demandando soluções que, diante da insuficiência do paradigma positivista, somente poderão ser obtidas com a aplicação da dogmática pós-positivista.

Isto significar dizer que o neoconstitucionalismo abre espaço para uma nova forma de pensar a teoria da eficácia da Constituição, especialmente voltada para a plena efetividade das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, independentemente de serem classificadas como regras ou princípios, normas de aplicação ou normas programática, normas de eficácia plena ou limitada.³

Assim, no afã de garantir plena efetividade aos princípios constitucionais, sem dependência do legislador democrático, o neoconstitucionalismo pós-positivista desenvolveu constructos hermenêuticos mais avançados e capazes de garantir a força normativa da Constituição. Com efeito, a cada dia que passa novas fórmulas hermenêuticas são incorporadas à teoria da eficácia da Constituição com o duplo objetivo de

3 O que importa aqui é garantir a força normativa da Constituição, ainda que se reconheça que tal efetividade, em determinadas hipóteses, fique restrita ao seu conteúdo jurídico mínimo, ou seja, ao seu núcleo essencial. Para tanto, a reconstrução neoconstitucionalista do direito foi obrigada a superar o legalismo estrito da escola positivista, que não reconhecia os princípios constitucionais como verdadeiras normas jurídicas, exatamente porque não se prestavam ao dogma da subsunção silogística.

reaproximar o direito da ética e garantir a eficácia positiva dos princípios constitucionais. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso mostra que:

A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias, identificadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a ideia de dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética. (BARROSO, apud BARCELLOS, 2005, prefácio)

É nesse diapasão, portanto, que, contemporaneamente, a reconstrução neoconstitucionalista do direito vem sendo impulsionada pela dogmática pós-positivista em cuja base se encontra a dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais, na qual o exegeta contemporâneo não pode mais ficar adstrito à norma-dado (*prius* da interpretação constitucional), mas, sim captar seu verdadeiro sentido e alcance a partir da incidência dos elementos fáticos do caso concreto (fatos portadores de juridicidade).

Ou seja, o juiz hodierno tem a tarefa de identificar corretamente os fatos portadores de juridicidade (fatos do mundo real que possuem relevância jurídica para a solução do caso decidendo) que deverão ser obrigatoriamente considerados na formulação da decisão final de mérito. Neste mister, haverá, então, o magistrado, de refletir acerca do melhor caminho hermenêutico a seguir, sabendo, no entanto, que sua decisão final - já devidamente interpretada com o auxílio desses fatos do mundo real - será submetida ao controle intersubjetivo da sociedade aberta de interpretes da Constituição, tal qual vislumbrada por Peter Häberle (1997).

Isto significa dizer que o juiz neoconstitucionalista precisa ter plena consciência de que a argumentação jurídica usada para a obtenção de sua norma- decisão, no plano concreto de significação, é parte integrante da normatividade do direito e por isso mesmo suscetível de

fiscalização pela sociedade como um todo. Com a devida sensibilidade acadêmica, observe que a força jurígena da decisão judicial (força de produzir o direito no caso decidendo) é função direta do grau de aceitabilidade que a comunidade aberta de intérpretes da Constituição lhe empresta.

Sem fazer referência direta ao termo, Lenio Streck fotografa com precisão o conceito de comunidade aberta de intérpretes da Constituição ao destacar que o direito é, a um só tempo, tudo aquilo que:

a lei manda, mas também o que os juízes interpretam, os advogados argumentam, as partes declaram, os teóricos produzem, os legisladores sancionam e os doutrinadores criticam. É, enfim, um discurso constitutivo, uma vez que designa/atribui significados a fatos e palavras. (STRECK, 2009, p. 248).

Dessarte, resta indubitável que a dogmática pós-positivista é edificada na teoria da argumentação jurídica, na qual o intérprete ganha maior capacidade para esgrimir o conflito aparente de normas constitucionais de mesma hierarquia. Ou seja, a solução jurídica dos casos difíceis - *hard cases* - envolvendo antinomias de princípios constitucionais perpassa necessariamente pela aplicação de fórmulas pós-positivistas, cuja metódica aponta para a ponderação de valores a partir dos elementos fáticos do caso concreto, vale dizer, dos fatos portadores de juridicidade.

Com tal tipo de intelecção em mente, fica mais fácil compreender que a decisão judicial não pode ser ato volitivo do Poder Judiciário totalmente desvinculado da ciência jurídica, isto é, a reconstrução neoconstitucionalista do direito, muito embora calcada nos paradigmas de racionalidade discursiva, verdadeiramente dianoética, não legitima a discricionariedade de juízes e tribunais na elaboração de suas respectivas normas-decisão. Ao revés, as decisões judiciais devem seguir o sentimento constitucional de justiça da ordem jurídica como um todo; é exatamente aquilo que o direito superador da lei de Karl Larenz denomina de direito *extra legem et intra jus*, vale dizer: o direito que até supera a letra da norma posta pelo legislador (*extra legem*), mas, que, entretanto, permanece fiel aos princípios da ordem constitucional (*intra jus*). (LARENZ, 1968, p. 502).

Em essência, a dogmática do direito superador da lei de Larenz sintetiza o espírito do neoconstitucionalismo, na medida em que supera

o dogma da subsunção silogística do positivismo jurídico (aplicação mecânica das regras jurídicas), ao mesmo tempo em que se aproxima da teoria da argumentação jurídica do pós-positivismo jurídico (aplicação da ponderação de princípios jurídicos em colisão).

Em suma, submetido ao teto hermenêutico do sentimento constitucional de justiça, o direito superador de Larenz justifica a ideia de que o direito contemporâneo é um sistema aberto de regras e princípios, isto é, traz ínsito o elemento exegético superador do dogma da subsunção silogística, sem, entretanto, autorizar o mero decisionismo judicial do juiz solipsista, que decide de acordo com a sua pré-compreensão. É nesse sentido que Lenio Streck destaca que:

Se quisermos, de fato, ingressar na viragem linguístico-ontológica, antes é preciso termos claro que a subsunção era apenas o modo de a 'vontade geral' (legislativo soberano no modelo formal-burguês) controlar a aplicação da lei. Nada mais do que isso. O que deve ser dito é que subsunção é sinônimo de 'juiz boca-da-lei' e que a discricionariedade é o modo que o próprio sistema encontrou para 'preencher' as 'insuficiências ôntico-semânticas' que a subsunção não poderia dar conta. Ora, o que causa espanto (...) é que, ultrapassada a discricionariedade legislativa pelo advento ruptural do constitucionalismo analítico-compromissório (e quiçá, dirigente), ainda se continue a falar em subsunção. (STRECK, 2009, p. 474).

De tudo se vê, portanto, que o paradigma de racionalidade linguístico-subsuntivo-silogística do positivismo jurídico não dá conta dos problemas constitucionais contemporâneos, uma vez que princípios jurídicos não se prestam à aplicação dedutiva da premissa maior (norma em abstrato) e premissa menor (fatos portadores de juridicidade do caso concreto). Ao contrário, a colisão de normas constitucionais de mesma hierarquia demanda a aplicação indutiva da ponderação de valores no caso concreto.⁴

4 Além disso, observe, com atenção, que a sociedade aberta de intérpretes da Constituição está apta a julgar o ato decisório decorrente da incidência dos fatos portadores de juridicidade sobre as normas constitucionais in abstracto, ou seja, a partir dos elementos fáticos do caso concreto que são juridicamente relevantes para a formulação da norma-decisão, e que, portanto, ao incidirem sobre o texto da Constituição, viabilizam o processo de ponderação de valores constitucionais de mesma hierarquia.

O que releva sublinhar, portanto, é a fé que anima a reconstrução neoconstitucionalista do direito, qual seja seu espírito científico que afasta modelagem hermenêutica de base jusnaturalista. Nesse diapasão, o leitor haverá de concordar que muito pior que o “positivismo desprovido de abertura axiológica” é o “decisionismo pós-positivista desprovido de cientificidade”. (GÓES, 2007, p. 124).

Nesse sentido, com a devida atenção, observe que a reconstrução neoconstitucionalista do direito não se coaduna com o mero decisionismo judicial desprovido de base científica, da mesma forma que o positivismo jurídico não se coaduna com a leitura axiológica da Constituição (sentimento constitucional de justiça).

É por isso que a decisão final de mérito do juiz neoconstitucionalista deve ser fruto da incidência dos fatos portadores de juridicidade sobre o texto da Constituição como um todo, resultando daí o acionamento dos princípios reitores da ordem constitucional que devem prevalecer em cada caso concreto.⁵

Na visão de Luís Roberto Barroso, não se pode sequer falar da existência de norma antes que se dê a sua interpretação com os fatos, tal como pronunciada por um intérprete (BARROSO, 2005, p. 8).

Em suma, a reconstrução neoconstitucionalista do direito, pautada na racionalidade dianoética (discursiva) do direito, amplia o horizonte da interpretação constitucional, na medida em que consegue atribuir cientificamente eficácia positiva a princípios constitucionais abertos segundo o padrão exegético pós-positivista da ponderação de valores constitucionais, feita a partir da projeção dos fatos portadores de juridicidade dentro de cada caso concreto de per si.⁶

5 E mais: a própria normatividade do direito depende diretamente da correta seleção dos fatos portadores de juridicidade, porque sujeitas ao siso da comunidade aberta de intérpretes da Constituição, isto é, o maior ou menor grau de aceitabilidade do ato decisório se vincula à capacidade do decisor de extrair do mundo real aqueles fatos que sejam efetivamente relevantes no mundo jurídico (habilidade do intérprete para esgrimir aqueles elementos factuais que irão incidir sobre o texto da Constituição, acionando seus princípios de fundamentação). O mérito da ideia de fatos portadores de juridicidade não é simbolizar um instrumento hermenêutico infalível, incontroverso, mas, sim, o de ser um *medium* para se chegar a uma norma-decisão equilibrada, transparente, ética e de fácil convencimento do auditório. (GÓES, 2007, p. 123-124)

6 É nesse sentido que se materializa o giro neoconstitucionalista da interpretação, onde a normatividade do direito passa a ser função de uma atividade exegética

Esta é a razão pela qual se professa que a reconstrução neo-constitucionalista do direito expande as fronteiras hermenêuticas da eficácia positiva dos direitos sociais. Não há outro caminho a seguir: a normatividade do direito não se atrela tão somente ao conteúdo literal da norma posta pela vontade do legislador democrático, mas, também, ao teor axiológico da argumentação jurídica usada pelo juiz para obter a sua norma- decisão no caso decidendo.

Nesse mesmo sentido, vale destacar a visão crítica ao positivismo jurídico de Chäim Perelman, quando rejeita a redução da interpretação do direito à vontade do legislador, *in verbis*:

As concepções modernas do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidos após a última guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do direito, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador. (PERELMAN, 1998, p. 9).

Em linhas gerais, observe que a crítica de Perelman salienta a insuficiência do raciocínio judiciário positivista, que acredita na concepção analítica e dedutiva do direito dentro de um sistema de axiomas pré-estabelecidos (as regras fixadas pela vontade do legislador), e capazes de regular total e plenamente a vida social (sistema fechado em si próprio).

Com isso, sob os influxos do positivismo legalista, ainda predomina a mundividência fechada que acredita que a cientificidade do direito tem por gênese sua própria sistematicidade intrínseca, o que evidentemente o isola de qualquer outro fluxo epistemológico (filosofia, sociologia, política). Já a cosmovisão aberta da escola pós-positivista projeta a imagem de que a correção normativa do direito deve reconhecer a força jurígena da dimensão argumentativa das decisões judiciais, abrindo espaço para a eficácia positiva ou simétrica dos direitos estatais prestacionais.

baseada em núcleo de racionalidade discursiva, que distribui justiça no caso concreto em detrimento da ideia de certeza jurídica máxima. Sob a égide do neoconstitucionalismo, as soluções obtidas, no plano concreto de significação, não ficam limitadas à validade meramente formal, típica do legalismo positivista, mas, busca aferir também a retitude material da decisão judicial consoante a pauta de valores axiológicos da Carta Ápice.

Há que se reconhecer, pois, que a reconstrução neoconstitucionalista do direito e a dogmática pós-positivista trouxeram mudanças paradigmáticas para a teoria da eficácia das normas constitucionais, seja pela capacidade científica de atribuir efetividade aos princípios jurídicos, até então considerados invólucros vazios de conteúdo normativo, seja pela superação do positivismo, calcado na aplicação mecânica do direito. Nesse sentido, a postura pós-positivista amplia e fortalece a eficácia positiva dos direitos sociais, reconhecendo-se sua jusfundamentalidade material como verdadeiros direitos fundamentais (GÓES; MELLO, 2018, p. 161).

Com tal tipo de intelecção em mente, fica mais fácil compreender as razões pelas quais o neoconstitucionalismo deve servir de base para a nova teoria da eficácia das normas constitucionais, notadamente dos direitos sociais de segunda dimensão. Em outros termos, a eficácia social ou efetividade dos direitos sociais não pode abrir mão do neoconstitucionalismo pós-positivista, que se tematiza, dentre outros, no processo de ponderação de valores de mesma dignidade constitucional. No entanto, infelizmente, nem toda norma constitucional tem eficácia social, uma vez que pode depender de legislação ordinária superveniente, ou depender de recursos financeiros do Estado, ou ainda depender de políticas públicas afirmativas.

É por isso que, na próxima segmentação temática, vamos analisar os impactos da globalização neoliberal sobre a efetividade dos direitos sociais. Com efeito, em tempos de globalização da economia e de estatalidade pós-moderna, é fundamental examinar a questão da jusfundamentalidade material dos direitos sociais, na medida em que o Estado Neoliberal de Direito - a partir de um modelo constitucional absenteísta - busca mitigar os direitos sociais em prol dos direitos liberais de primeira dimensão.

3. O ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A queda do muro de Berlim, em 1989, trouxe grandes transformações para a teoria dos direitos fundamentais, na medida em que estabeleceu o Estado Neoliberal de Direito em detrimento do Estado Democrático Social de Direito.

Com efeito, a ordem internacional pós-Guerra Fria é bem mais complexa do que o cenário anterior, caracterizado pelo jogo geopolítico equilibrado de superpotências disputando áreas de influência entre si. Portanto, na esteira desta complexidade, descortina-se a pós-modernidade, cuja dinâmica se abriga, como bem capturou a maestria reflexiva do Professor Luís Roberto Barroso, no desprestígio do Estado nacional dentro de um cenário pós-tudo:

Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre a luz e sombra, descortina-se a *pós-modernidade*. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente *pós-tudo*: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana. (BARROSO, 2003, p. 2).

É bem de ver, pois, que o fim da Guerra Fria patrocinou a expansão do projeto neoliberal e suas antinomias ligadas à globalização, agora capitaneada pelos Estados Unidos da América, única superpotência remanescente.

Assim, sob o rótulo genérico da globalização neoliberal, encontram-se, dentre outras, a abertura mundial do comércio, a desregulamentação da economia, as privatizações em massa, a sacralização da autonomia privada em detrimento do intervencionismo estatal, a relativização da soberania estatal, a desterritorialização, a redução jurídica do Estado e a mitigação dos direitos sociais, notadamente a proteção constitucional dos hipossuficientes (camadas menos favorecidas do tecido social pátrio). Observe que a expressão “processo de globalização” ou “mundialização”, como preferem os franceses, denota o fenômeno maior que desloca para a centralidade da estatalidade pós-moderna a crise do Estado Democrático Social de Direito em virtude de seus altos gastos sociais. No dizer de Lenio Streck e Bolzan de Moraes, tem-se que:

A ideia de privatização, carro chefe das políticas neoliberais, objetiva a redução do *deficit* fiscal, aplicando para tal o receituário do Consenso de Washington. Os cortes incidem sobre gastos sociais, seguidos de compulsiva venda de patrimônio público a preços desvalorizados. (STRECK, 2010, p. 153).

É certo, portanto, afirmar que a questão da jusfundamentalidade material dos direitos sociais sofreu graves impactos decorrentes do novo cenário mundial pós-Guerra Fria, seja pela ascensão do projeto neoliberal, seja pela globalização neodarwinista, que, conjuntamente, fixaram as bases do capitalismo financeiro controlado, principalmente, pelos países centrais (Estados Unidos da América, União Europeia e Japão).

Nesse mister, Vicente de Paulo Barretto destaca que “a globalização surge, antes de tudo, no âmbito do capitalismo financeiro para então repercutir e ganhar cores próprias nas relações intersubjetivas, intergrupais e interestatais na contemporaneidade” (BARRETO, 2013, p. 215).

Fácil é perceber, por conseguinte, que surge uma nova ordem constitucional calcada na democracia liberal do *laissez-faire* em detrimento de uma democracia social do *welfarismo*, como bem destaca a lição de Lindgren Alves, *in verbis*:

Com o fim da bipolaridade estratégica e da competição ideológica entre liberalismo capitalista e o comunismo, a ideologia que se impôs em escala planetária não foi, a da democracia baseada no *welfare state*, (...) Foi a do *laissez-faire* absoluto, com a alegação

de que a liberdade de mercado levaria à liberdade política e à democracia. Eticamente justificou-se. (...) mas a própria noção de Estado-providência tornou-se condenada como inepta à competitividade, num momento em que o desemprego era aceito como fatalidade estrutural. (LINDGREN ALVES, 2002, p. 82).

Dessarte, sob a ótica neoliberal, necessário se faz a redução jurídica do constitucionalismo welfarista e, na sua esteira, a mitigação dos direitos sociais de segunda dimensão, tendo em vista a escassez de recursos financeiros do Estado. Nesse sentido, há que se reconhecer a insuficiência orçamentária estatal para atender a todas as demandas sociais constantes em uma Constituição Dirigente. Trata-se, pois, da “reserva do possível fática”, também denominada de “reserva do possível propriamente dita”, ou simplesmente “reserva do possível”, aqui interpretada como sendo essa falta de recursos financeiros do Estado para atender a todos os direitos sociais constitucionais.

No sentido hermenêutico, a efetividade ou eficácia social dos direitos sociais perde em forte medida seu prestígio, na medida em que o antigo sistema constitucional welfarista é desvalorizado pelo novo paradigma neoliberal garantista. Ou seja, em virtude da sua própria natureza jurídica de direitos estatais prestacionais, que reclamam do Estado a formulação de políticas públicas afirmativas de proteção socioeconômica dos hipossuficientes, os direitos sociais ficam com sua efetividade submetida ao conceito de reserva do possível fática.

É bem de ver, por conseguinte, que a reserva do possível estará sempre a condicionar a concretização dos direitos sociais em sua plenitude, chegando mesmo a caracterizar um obstáculo quase que intransponível, já que exige forte ônus argumentativo em sentido contrário.⁷

7 Em consequência, não pode prosperar a tese da reserva do possível fática como obstáculo intransponível à efetividade dos direitos sociais, notadamente nesses tempos de interpretação moral da Constituição e da reconstrução principialista neoconstitucional que reaproxima o direito da ética. De outra banda, há que se reconhecer que a superação da tese da reserva do possível fática (impossibilidade financeira do Estado para atender a todas as demandas sociais de uma determinada comunidade política) deve limitar-se à garantia do conteúdo mínimo essencial dos direitos sociais positivos, sem o que correríamos o risco de transformar a Constituição brasileira em mera folha de papel, tal qual preconizado por Lassale. (GÓES; MELLO, 2018, p. 567).

Dessarte, há que se reconhecer que o princípio da reserva do possível tem grande força retórico-argumentativa na defesa do Estado liberal, o que, evidentemente, enfraquece a efetividade dos direitos sociais, mormente quando se constata que o orçamento público realmente não tem condições de atender aos vultosos volumes de recursos necessários para atender a todas as demandas da sociedade. Eis aqui a exata razão pela qual parte da doutrina nega a jusfundamentalidade material aos direitos sociais, qual seja: a crença de que a efetividade desses direitos fica obtemperada pelas restrições econômico-financeiras do Estado (reserva do possível fática).

Nesse sentido, Ernst-Wolfgang Böckenförde, por exemplo, afirma que a impossibilidade econômica do Estado se apresenta como um limite necessário aos direitos fundamentais sociais. (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 65-68). Já Ricardo Lobo Torres denega a jusfundamentalidade material dos direitos sociais com base na doutrina dos direitos sociais mínimos, valendo, pois, reproduzir seu pensamento:

Os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia *erga omnes* e se subordinam à ideia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de *policy*, sujeitos sempre à *interpositio legislatoris*, especialmente na via do orçamento público. (TORRES, 2001, p. 282).

Sem embargo de tão importantes construções teóricas, o fato é que não se pode deixar de reconhecer a jusfundamentalidade material dos direitos sociais. Com efeito, urge salientar, nessa toada científica, que é preciso ponderar a cláusula da reserva do possível com qualquer outro direito social que com ele entre em colisão, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

É certo afirmar que a invasão do Poder Judiciário no espaço discricionário das decisões legislativas não deixa de ser democraticamente legitimada, principalmente quando em jogo as condições mínimas para a garantia de vida digna para todos, como bem destaca a decisão do Ministro Celso de Mello:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, ADPF 45, 2004).

De tudo se vê, por conseguinte, que a tese böckenfördeana de que os direitos sociais são meros comandos objetivos axiológicos, sem força jurídica deve ser refutada. De fato, sufragar tal tese jurídica, é aceitar passivamente o esvaziamento axiológico- normativo da própria Constituição; é abandonar os hipossuficientes à sua própria sorte; é negar o caráter deontico do Direito enquanto sistema de valores capaz de moldar a realidade fática e não apenas representá-la de alguma maneira.⁸

De observar-se, pois, que o princípio da reserva do possível desafia a dogmática pós-positivista, que se vê impelida a construir fórmulas hermenêuticas com latitude científica suficiente para garantir o conteúdo jurídico mínimo das normas constitucionais garantidoras de direitos sociais.

Isto significa dizer que nova fronteira da teoria da eficácia constitucional gira em torno da criação jurisprudencial do direito voltada para a concretização de direitos subjetivos atrelados a um núcleo essencial, sem o qual o direito fica totalmente esvaziado (eficácia nuclear positiva), ou seja, vale dizer:

O decisor ao enquadrar sua norma-decisão no espectro da eficácia nuclear positiva optou por garantir a efetividade do conteúdo mínimo dos direitos constitucionais, direta e imediatamente da própria norma constitucional, ou seja, a partir da incidência dos fatos portadores de juridicidade sobre o texto da norma sendo efetivamente concretizada. (...) De observar-se, por conseguinte, que a eficácia nuclear positiva garante apenas a efetividade de um direito subjetivo constitucionalmente garantido em sua essência mínima, no seu valor conteudístico mínimo. Para além

8 Na feliz síntese de Gustavo Amaral: “O direito é deontico por essência e, como tal, visa a transformações sociais. O homicídio é previsto como crime porque existe no mundo dos fatos e porque se pretende que não mais exista, numa indistigável tentativa de mudança da realidade social”. (AMARAL, 2001, p. 110).

deste espectro normativo, já se terá que adentrar a zona de ponderabilidade com a aplicação de uma das técnicas de ponderação (GÓES, 2007, p. 136).

Aqui é importante compreender que a reserva do possível não pode afastar a visão de que os direitos sociais são direitos fundamentais em sentido material, isto é, são direitos subjetivos, capazes de gerar posição jusfundamental diretamente sindicável perante o Poder Judiciário, independentemente de intervenção legislativa superveniente.

Sob este prisma, torna-se imprescindível a iniciativa dogmaticamente avançada de juízes e tribunais, que devem garantir a eficácia social dos direitos sociais, independentemente da cláusula da reserva do possível fática. Em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, a criação do direito pelo Poder Judiciário, muito embora seja limitada pelo princípio da separação de poderes, não pode desconsiderar, por outro lado, o esvaziamento ético da Constituição.

Em suma, repita-se por fundamental: não deve prosperar a tese da reserva do possível como obstáculo intransponível à efetividade dos direitos sociais, notadamente nesses tempos de desconstrução do constitucionalismo welfarista, uma vez que é inegável a categorização de “direitos fundamentais em sentido material” dos direitos sociais de segunda dimensão.

4. CONCLUSÕES

O presente trabalho acadêmico procurou demonstrar que, a partir do fim da Guerra Fria e do colapso soviético, o constitucionalismo da pós-modernidade apresentou-se como um novo ciclo democrático da ideologia neoliberal, que busca desconstruir o constitucionalismo welfarista e os direitos sociais.

Seu símbolo maior foi indubitavelmente a ideia de “Fim da História” de Francis Fukuyama, na qual despontam a vitória do capitalismo democrático, a universalização dos valores ocidentais, a redução jurídica do Estado e o triunfo da democracia liberal. Com rigor, por detrás desse projeto neoliberal globalizante, encontra-se o contexto geopolítico da *pax americana*, capitaneada pelo poder hegemônico da tríade capitalista (EUA, União Europeia e Japão).

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a globalização neoliberal propugna pela redução da Constituição Dirigente a partir da implantação de estruturas negativas e meramente procedimentais de limitação do poder do Estado. Dessarte, em tempos de estatalidade pós-moderna, o ciclo constitucional neoliberal já não se atrela mais à conquista de direitos sociais de segunda dimensão, mas, sim, à conquista de mercados e mentes (massificação por estruturas eficazes de marketing de âmbito mundial).

Com isso, desloca-se para o epicentro do constitucionalismo da pós-modernidade, a abertura mundial do comércio, comandada pela globalização neodarwinista e neoliberal, cujo quadro jurídico-constitucional aponta para o agravamento do ciclo de empobrecimento dos países de modernidade tardia, como, infelizmente, é o caso do Brasil. É nesse diapasão que surge a relevância da questão da jusfundamentalidade material dos direitos sociais de segunda dimensão, ou,

mais precisamente, a questão sobre a efetividade ou eficácia social dos direitos estatais prestacionais, submetidos à reserva do possível fática.

Como amplamente visto, demonstrou-se que, muito embora a teoria da reserva do possível projete de modo coerente a ideia de que os direitos sociais - na qualidade de direitos estatais prestacionais - fiquem sujeitos àquilo que a capacidade orçamentária do Estado pode razoavelmente realizar, é irrefutável, por outro lado, que a escassez de recursos financeiros não pode ser considerada limite fático invencível à concretização dos direitos sociais em determinados casos concretos.

Com efeito, ficou claro que a mitigação da segunda dimensão de direitos pode comprometer a proteção dos hipossuficientes, notadamente nos países de modernidade tardia, do Sul Global. Portanto, não convém embarcar acriticamente no paradigma constitucional neoliberal, cuja lógica de neutralização dos direitos sociais potencializa as desigualdades sociais, o desemprego e a exclusão social.

Muito embora a reserva do possível seja um legítimo instrumento exegético de defesa do Estado, o fato é que não se pode negar a categorização de “direitos fundamentais em sentido material” para os direitos sociais, daí a relevância científica da reconstrução neoconstitucionalista do direito.

Realmente, não se pode negar que a aplicação inflexível do discurso positivista torna desnutrido o processo de interpretação constitucional, uma vez que a operação exegética fica desprovida do *jogo concertado dos princípios jurídicos*, principal instrumento da atividade decisória dos magistrados de hoje em dia.

Como visto, a reconstrução neoconstitucionalista parte de uma visão sistêmica aberta e dinâmica, na qual desponta a leitura axiológica da Constituição, o que evidentemente reaproxima o direito da ética. É nesse sentido que a nova interpretação constitucional coloca em conexão científica a normatividade dos princípios constitucionais, a decisão judicial e sua aceitabilidade pela comunidade aberta de intérpretes da Constituição, tal qual engendrada por Peter Häberle.

Em síntese, a nova interpretação constitucional não se limita ao texto da norma posta pelo legislador democrático, ao contrário, vai buscar no quadro amplo dos princípios constitucionais a fonte de legitimação democrática das decisões do Poder Judiciário.

É por tudo isso que o novo constitucionalismo não abre mão da jusfundamentalidade material dos direitos sociais, seja pela rejeição da tese irrefutável da reserva do possível (falta de recursos financeiros do Estado), seja pela concretização do conteúdo jurídico mínimo dos direitos sociais, independentemente da existência de leis regulamentadoras.

Em suma, diante da dignidade da pessoa humana, a alegação de que o Poder Judiciário não tem legitimidade democrática para formular políticas públicas no lugar do legislador competente também não deve prosperar.

Não se pode olvidar que a norma constitucional é norma jurídica e nessa condição é capaz de gerar diretamente um direito subjetivo ao cidadão comum. Não faria nenhum sentido hermenêutico negar ao Poder Judiciário a possibilidade de concretizar os direitos sociais em nome da tão propalada reserva do possível.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo 3. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villarverde Menéndez. Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 - *arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Requerentes: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2175381>>.

CABRAL Severino Bezerra. *Brasil megaestado: Nova ordem mundial multipolar*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FUKUYAMA, Francis. *O fim da história*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: BARROSO, Luis Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007a.

GOÉS, Guilherme Sandoval. Geopolítica e pós-modernidade. *Revista da Escola Superior de Guerra*. v. 23, n. 48, jul/dez. 2007b.

GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HUNTINGTON, Samuel. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1968.

LINDGREN ALVES, José Augusto. Cidadania, direitos humanos e globalização. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.82.

PERELMAN, Chäim. *Lógica Jurídica. Nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

STRECK, Lenio. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto.