

A EFETIVIDADE PROCESSUAL NA CONCRETUDE DOS DIREITOS SOCIAIS

José Ailton Garcia*
Regina Célia Martinez**

RESUMO: O artigo busca consubstanciar uma exposição sobre a importância da efetividade processual na concretude dos direitos sociais, destacando os elementos identificadores dessa efetividade, bem como as informações caracterizadoras dos direitos sociais e também alguns dos diversos aspectos relacionados à concretude desses mesmos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade Processual – Direitos Sociais – Concretude.

ABSTRACT: This article seek to fortify one exposition about the importance of the effective legal proceeding strengthening social rights, detaching the identifiable elements of legal preeding effectively, as much as the caractering informations of the social rights and also some different aspects related to the concreteness of this same rights.

KEYWORDS: Processal effectiveness – rights sociable – concreting

INTRODUÇÃO

Este artigo desafia a compreensão da efetividade processual na concretude dos direitos sociais. Comungando idéias jurídicas, sociais e filosóficas, o texto discorre a respeito do significado forense do tema, sobre os direitos sociais propriamente ditos e acerca da atual fase em que a sociedade brasileira se encontra, com delimitação temporal a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ab initio validi, tratar sobre o significado da efetividade processual e como se faz para alcançar tal objetivo. Os autores Friedrich Müller, Konrad Hesse, Humberto Theodoro Júnior,

Arruda Alvim, Giuseppe Tarzia, Bryant Garth, Lourival Vilanova, dentre outros, são buscados para auxiliar o trabalho de consubstanciar esse entendimento.

In itinere, cuida-se do rol dos direitos sociais – direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados – construídos pela humanidade através de uma história de desenvolvimento social, principalmente no âmbito das teorias marxista e capitalista, e que resultaram insculpidos na Carta Magna brasileira de 1988.

Ad extremum denique, a concretude ou não desses direitos fundamentais é abordada na esfera jurídica e social, apontando para a situação de dramaticidade em que vivemos sem, porém, deixar de postular a responsabilidade do Estado e de todos os exercitores do direito para a efetivação dessas conquistas sociais.

1. EFETIVIDADE PROCESSUAL

A efetividade processual, além de significar a acessibilidade e exequibilidade às partes envolvidas em uma demanda judicial, é o meio de se demonstrar a eficácia e a existência real dos direitos colocados *sub judice*.

Para alcançarmos a efetividade processual, é necessário um intenso trabalho jurídico, que consiste em interpretar e aplicar de maneira fidedigna as regras estabelecidas pelo Texto Maior. Nesse sentido, vamos marginando, sem rigor, o texto de Friedrich Müller (*O novo paradigma do direito*, 2007:202-203), que assim explana: “*o estabelecimento de regras jurídicas, sua aplicação, a sua interpretação, a valoração jurídica, a decisão e a discussão configuram trabalho*”, ressaltando-se que o “*trabalho jurídico designa a atividade metódica de profissionais; nem de adeptos do jogo das contas de vidro¹ – que nunca configuraram o tipo do jurista em nenhuma sociedade –, nem de honoráveis do tipo dos que caracterizaram uma parte decisiva da história do direito romano*”.

A busca de mecanismos que possibilitem resultados práticos aos cidadãos é atualmente o que mais importa, sendo a participação do Estado nesse processo de fundamental relevância. Vicente Greco Filho em *Direito processual civil brasileiro* (2008:8), relata:

[...] quando o Estado, proibindo a justiça privada, avocou para si a aplicação do direito como algo de interesse público em si mesmo e, além disso, estruturando o sistema de direitos e garantias individuais, interpôs os órgãos jurisdicionais entre a Administração e os direitos dos cidadãos, tornando-se, então, o Poder Judiciário em um poder político, indispensável ao equilíbrio social e democrático, e o processo um instrumento dotado de garantias para assegurá-lo”, temos que a resolução da efetividade processual passa pela compreensão de que o tema envolve uma questão política.

Dimitri Dimoulis, em *Direitos fundamentais e democracia* (2007:213) chega a afirmar que:

A teoria dos direitos fundamentais deve empenhar-se na desconstrução dos discursos de harmonia que predominam atualmente na produção teórica. Isso indica que deve ser admitida como ponto de partida a tese do conflito, mas de maneira abrandada, isto é, com as relativizações e as ressalvas indicadas [...]. Não como tese de harmonização ou 'concordância prática', mas como tese de um conflito estrutural que indica uma das contradições insolúveis do direito moderno. Por mais que isso soe decepcionante ou pessimista, nem a democracia nem os direitos humanos podem ser definidos como realmente universais e genericamente humanos.

Ora, Konrad Hesse em *A força normativa da constituição* (1991:32), ao transcrever a palestra que proferiu aos 16 de abril de 1862, acerca da essência da Constituição (*Über das Verfassungswesen*) já exortava que "não se deve esperar que as tensões entre a ordenação constitucional e a realidade política e social venham a deflagrar sério conflito". Ou então, como diz Maria Garcia, em *Desobediência civil* (2004:293), é possível utilizar-se da "forma particular de resistência ou contraposição, ativa ou passiva do cidadão, à lei ou ato de autoridade, quando ofensivos à ordem constitucional ou aos direitos e garantias fundamentais, objetivando a proteção das prerrogativas inerentes à cidadania, pela sua revogação ou anulação".

A proposição de Humberto Theodoro Júnior em sua obra *Teoria geral do direito processual civil* (2008:19) exulta que "o que empolga o processualista comprometido com o seu tempo é o chamado 'processo de resultados'". Também José Roberto dos Santos Bedaque, no trabalho intitulado *Efetividade do processo e técnica processual* (2005:13) afirma que o jurista deve "dedicar-se à busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade que dela se espera". Luiz Rodrigues Wambier (2007:73) registra que a Carta Magna de 1988 "assegura a todos, tanto no âmbito do processo judicial quanto do processo administrativo, o direito à razoável duração do processo, bem como a meios que garantam que sua tramitação se dará de modo célere." Arruda Alvim (2005:334-335) escreve:

Há nos últimos tempos, no Brasil, de uma forma especial, uma tendência acentuada de, por intermédio da lei – na medida em que a lei pode realmente constituir-se numa variável em favor da celeridade do processo, especialmente com vistas à satisfação do autor –, engendram-se institutos com esta finalidade de precipitar no tempo a satisfação da pretensão. A decisão proferida dentro de

um sistema, mais célere, em que se prescindia de audiência, sem lesão às partes, corresponde à ambição generalizada de uma Justiça mais célere. A demora dos processos é um mal universal. Essa tendência continuada dos legisladores, de tentarem agilizar a Justiça, tem sido a resposta correspondente ao grande aumento do acesso à Justiça, mercê do qual o aparato estatal tradicional, seja tendo em vista o seu tamanho, a sua eficiência, não tem logrado atender com a rapidez desejável. (Grifos do autor.)

As reformas processuais introduzidas em nosso país demonstram que *"há algum tempo o poder dos juízes vem sendo reforçado, no sentido de se outorgar ao magistrado de primeiro grau maior fortalecimento"*. (GARCIA, J. Ailton, em *A incompetência territorial na Lei 11.280/2006*, 2007:105). Trata-se justamente da busca pela maior efetividade processual, que, sem dúvida, depende da atuação firme e prudente das autoridades que participam no processo de solução da lide. A mesma tônica ocorre na Itália, onde atualmente a busca pela efetividade levou o legislador a *"dotare questo della massima efficacia possibile"* [dotar o juiz de primeiro grau com a máxima eficácia possível] (Giuseppe Tarzia, *Lineamenti Del Nuovo Processo di Cognizione*, 1991:185). Também nos Estados Unidos registram-se agudas pressões em decorrência do descontentamento de diversos grupos sociais, iniciadas nos anos sessenta do século passado, conforme se constata no trabalho de Bryant Garth (*Finding na appropriate compromise: a comparative study of individualistic models and group rights in civil procedure* [Na Busca de um compromisso adequado: um estudo comparativo dos modelos individualistas e dos direitos dos grupos no processo civil], *passim*).

Os operadores, "exercitores"² ou também chamados aplicadores do direito, e nesse sentido entende-se aqueles que fazem do direito sua própria realização profissional, homens e mulheres que militam na área jurídica – advogados, bacharéis em direito, magistrados, tratadistas, consultores, professores, doutrinadores, enfim, todos os que professam pelas ciências jurídicas devem induzir suas consciências no sentido de outorgar a quem for devido a existência real do seu direito, bem como a solução definitiva do conflito no qual está envolvido.

Vale trazer a enunciação de Regina Célia Martinez no seu texto *O princípio da precaução (prevenção) e a proteção dos direitos humanos*, 2007, (margeando 122-123), que entende que a efetividade envolve consciência, responsabilidade e a necessidade de um processo educacional efetivo e atualizado e que o nosso desafio é observar a aplicação dos direitos humanos *"com a coragem de deter os que não querem cumprir as normas jurídicas para o bem comum"*.

Com o mesmo discernimento, Bedaque (2005:13) alude que a efetividade da tutela jurisdicional deve *"proporcionar, a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção"*. Porém, *"a técnica processual reclama a observância de formas (procedimentos), mas estas se justificam apenas enquanto garantias do adequado debate em contraditório e com ampla defesa"*, como bem salienta Theodoro Júnior (2008:20).

Não temos dúvidas de que a observância das normas processuais, arduamente conquistadas sob a égide dos princípios norteadores do contraditório e da ampla defesa, deva permanecer intacta, o que não significa que tais garantias constitucionais devam servir de subsídios para práticas processuais essencialmente procrastinatórias. Também Jaqueline Mielke Silva e José Tadeu Neves Xavier em *Reforma do processo civil*, 2006:19 afirmam que "o Processo Civil atual não pode conviver com procedimentos que demandem longa duração, devendo se adaptar às exigências de celeridade da sociedade, sempre observando princípios éticos e morais. Este é o principal desafio do Direito Processual Civil contemporâneo".

Em idos tempos, Lourival Vilanova (1915-2001) já nos dava essa direção, quando demonstrava que a estrutura lógica do direito positivo é inseparável da estrutura social e o mesmo sistema social existe dentro de um sistema global. (VILANOVA, em *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, 2005:86 *passim*.)

É sabido que o legislador não consegue prever todos os casos e situações práticas de conflitos que existem e existirão com relação às questões processuais. Marcelo Abelha Rodrigues, no seu texto *Eficácia da lei no tempo: premissas sobre o direito intertemporal e a sua aplicação às recentes alterações do Código de Processo Civil* (2006:25), conclui que o "assunto é constituído de uma exuberante e interminável vegetação de casos práticos que desafiarão a argúcia e o bom senso dos operadores do direito, nas suas soluções".

Portanto, a efetividade processual significa a observância das normas processuais e constitucionais, arduamente conquistadas sob a égide dos princípios norteadores do direito, bem como a exequibilidade dos direitos sociais, uma vez colocados pelas partes *sub judice*. A busca pela efetividade exige intenso *trabalho jurídico* que consiste em interpretar e aplicar de maneira fidedigna as regras estabelecidas pelo Texto Maior, objetivando um processo de resultados práticos. Esse trabalho é desenvolvido por todos os profissionais que professam as ciências jurídicas: advogados, procuradores, magistrados, tratadistas, consultores, professores, doutrinadores, enfim, aqueles que fazem do direito sua realização profissional. Sobre os mesmos, recai a responsabilidade de proporcionar aos cidadãos que acessam o Poder Judiciário, a celeridade e a efetividade processual, sob pena de contemplarmos a desconstrução dos discursos de harmonia que predominam atualmente e assistirmos o estabelecimento da tese do conflito, uma vez que as tensões entre a ordenação constitucional e a realidade política e social geram resistência e contraposição ativa ou passiva do cidadão à lei e à autoridade constituída.

2. DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais básicos da sociedade brasileira estão elencados nos artigos: do 6º ao 11º do capítulo II, título II – direitos e garantias fundamentais da Carta Magna de 1988. São eles: o direito à educação, à saúde, ao trabalho³, à moradia, ao lazer, à segurança, à

previdência social, à proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. O *caput* do art. 6º descreve tais direitos genericamente, e os artigos: do 7º ao 11º, com seus respectivos incisos e parágrafos, prescrevem as especificidades dessas garantias. Além do texto constitucional, convenções internacionais, leis complementares, leis ordinárias, decretos, convenções coletivas de trabalho, portarias, regimentos, resoluções, normas, súmulas e precedentes normativos integram o corpo jurídico dos direitos sociais. Como se vê, a gama das conquistas sociais é imensa.

A efetiva aplicação do direito no contexto da pós-modernidade ainda é incerta. Embora não haja dúvidas de que a humanidade já construiu uma história de desenvolvimento social, o destino do direito contemporâneo demonstra que ainda há muito por fazer. Wayne Morrison em *Filosofia do Direito* (2006:16), assim afirma:

Vivemos em tempos incertos; muitos críticos sentem que as promessas da modernidade de criar sociedades com justiça social, onde as pessoas seriam felizes, mostraram-se falsas. Em termos políticos e sociais, as duas grandes narrativas antagônicas da modernidade enfrentam dificuldades: apesar de ainda fornecer muitos dos conceitos críticos por meio dos quais tentamos compreender as estruturas sociais de nossa época, o marxismo está desacreditado como doutrina política, enquanto o liberalismo parece ser, para muitos, uma casca vazia incapaz de oferecer uma fonte de significado social.

Ora, é público e notório que se a teoria marxista além de não possuir mais a força que chegou a ter como doutrina política, revelou o gosto dos governantes em perpetuar-se no poder, o neoliberalismo, *a minori ad maius*, continua explicitando a ânsia insana pelo dinheiro, que não respeita fronteiras nem o meio ambiente. Neste momento, cabe-nos aprimorar as instituições democráticas já existentes e fazer os governantes cumprirem o rol dos direitos sociais já conquistados, sem descuidar-se da ampliação dessas garantias, uma vez que "*os direitos humanos não constituem um conjunto finito, demonstrável a partir de critérios axiológicos-valorativos. Pelo contrário, a análise da história da humanidade nos faz contextualizar o conceito de direitos humanos, entendendo-o como fluido e aberto*". (RAMOS, André de Carvalho, *Direitos humanos em juízo*, 2001:29.)

Os direitos sociais, ao lado dos direitos econômicos e culturais, surgiram no Brasil durante o século XX e correspondem à segunda geração de direitos fundamentais, o que revela sua importância na classificação dos direitos humanos. É certo que a sua implantação é um sério desafio para a maioria dos países do mundo. Na Comunidade Européia, Pablo Lucas Verdú em seu livro *Los derechos humanos como "religión civil". Derechos humanos y concepción del mundo y de la vida. Sus desafíos presentes* (2001:537-538), ao escrever acerca dos desafios enfrentados para a inserção dos direitos humanos e, por conseguinte, os direitos sociais na Constituição Européia, registra:

Las Constituciones son instrumentos fundamentales que cumplen una función-deber. Es decir, se justifican en tanto que cumplen una exigência deontológica AL proteger esos derechos. Los derechos humanos, inspirados em valores, son postulados ético-sociales encaminados a uma finalidade, a saber: tutelar El libre desarrollo de la dignidad humana em la sociedad. Son, también, puntos de vista exigidos por la justicia.

[...]

Así, el desafío de los derechos humanos, contra los obstáculos a los que se refiere el mandato anterior, permite que las generaciones futuras no encuentren demasiadas dificultades para aceptar la Constitución anterior aunque, por supuesto, puedan modificar aquellas disposiciones de la misma que no atenten contra su razón de ser.

Os direitos sociais pressupõem a relação básica de igualdade entre as pessoas. Igualdade, que nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Em sua obra *Introdução ao estudo do direito* (2007:370), "imprime à justiça um caráter de racionalidade que preside permanentemente e constantemente o sentido do jogo sem fim do direito".

A imposição ao Estado da prestação de diversas atividades relacionadas aos direitos sociais é a principal característica dessa conquista. Celso Ribeiro Bastos (2002:436) afirma que o Poder Público deve atuar "visando ao bem-estar e ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo em momentos em que ela se mostra mais carente de recursos e tem menos possibilidade de conquistá-los pelo seu trabalho". No mesmo sentido, Luiz Alberto David Araújo (2007:218) reflete que "os direitos sociais, como os direitos fundamentais de segunda geração, são aqueles que reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração das desigualdades sociais". Ainda no assunto, Araújo escreve:

O Capítulo II do Título II da Constituição Federal, que arrola os chamados direitos sociais, pode ser dividido em três partes. Na primeira, há a indicação genérica dos direitos sociais; na segunda, estão enumerados os direitos individuais dos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos; e, na terceira, estão disciplinados os direitos coletivos desses trabalhadores.

Entende-se ser correto afirmar que os direitos sociais pressupõem uma prestação positiva por parte do Estado. No mesmo tom, André de Carvalho Ramos em *Direitos Humanos e Sociais no século XXI* (2008:142), salienta que:

[...] tais quais os direitos da primeira geração (ou dimensão), os direitos sociais são também titularizados pelo indivíduo contra o

Estado. Nesse momento, são reconhecidos os chamados direitos sociais, como o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam prestações positivas do Estado para seu atendimento e são denominados *direitos de igualdade* por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos.

Nota-se que o constituinte originário se preocupou em construir o rol dos direitos sociais intrinsecamente ligados aos direitos relacionados ao trabalho e ao próprio trabalhador, urbano e rural. Alexandre de Moraes (2007:181), conceitua as conquistas sociais da seguinte forma:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Como se vê, os direitos sociais são normas de ordem pública, conseqüentemente imperativas e invioláveis. Sua descrição no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas conseqüências imediatas: a subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista no § 1º do art. 5º e a suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do Poder Público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício (conforme Moraes, 2007:182). No mesmo diapasão, André de Carvalho Ramos, em *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional* (2005:225) descreve:

Para a melhor defesa dos direitos humanos adota-se a aplicabilidade imediata dos textos normativos às situações fáticas existentes, de modo que se reconhece que, sob o aspecto formal (jurídico-normativo), tais direitos são *tendencialmente completos*⁴, ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado. A Constituição brasileira de 1988 expressamente estabelece, em seu artigo 5º parágrafo primeiro, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Assim, nesse caso, o próprio Direito interno brasileiro não exige a edição de normas a regulamentar os direitos e garantias fundamentais.

Ao se referir sobre o tema, Aldaiza Sposati, em *A assistência social e a trivialização dos padrões de reprodução social* (2006:8), elucida:

O conceito de desamparado ou necessitado é atribuído à condição de fragilidade física associada à econômica, responsabilizando o Estado de suprir um amparo mínimo a tais cidadãos.

Ao tomar tal responsabilidade no campo da assistência social, o Estado brasileiro se equivale às demais sociedades, ainda que capitalistas, constituídas sob o padrão da seguridade social.

O constituinte original realmente preocupou-se em delinear as ações governamentais no sentido de garantir a concretização de um amplo leque de direitos para a coletividade. Como salienta Sposati (2006, margeando 7-30), “houve um avanço estratégico dos direitos sociais na Constituição de 1988 que precisa ser explorado e reposicionado ante a possibilidade histórica da sociedade brasileira”.

Os direitos sociais exigem do Estado uma atuação positiva, que resulte na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. Nas palavras de André Ramos Tavares (2002:555-557), tem-se que:

Os direitos de ordem social, elencados na Constituição Federal, não excluem outros, que se agreguem ao ordenamento pátrio, seja pela via legislativa ordinária, seja por força da adoção de tratados internacionais. Assim, como primeira nota dos direitos sociais, há que acentuar sua abertura (não são *numerus clausus*). É o que se depreende do próprio *caput* do art. 7º, que declara não estarem excluídos outros direitos sociais que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

Uma outra característica desses direitos, comumente apontada pelos doutrinadores, é a denominada irrenunciabilidade. Os direitos sociais são, nesse sentido, considerados normas cogentes, vale dizer, de ordem pública, não anuláveis por força da vontade dos interessados ou, no caso das relações trabalhistas, pela vontade das partes contratantes. Neste caso, ao trabalhador, por se tratar de parte hipossuficiente, sempre em posição de desvantagem em relação ao empregador, não é dado abrir mão ou dispor dos direitos anotados pela Constituição.

Podemos perceber que os doutrinadores, na maioria das vezes, ocupam-se mais com os estudos dos direitos sociais relacionados ao trabalho, talvez porque uma vez tendo o trabalhador conquistado sua dignidade mediante exercício legal de uma profissão, os demais

principais direitos – moradia, saúde, educação, segurança, lazer e previdência – estarão indiretamente também apoderados.

Ainda José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira em *Constituição da república portuguesa* (1994:285), com relação aos direitos sociais, asseveram que:

[...] a individuação de uma categoria de *direitos e garantias dos trabalhadores*, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos *direitos, liberdades e garantias* como direitos do *homem* ou do *cidadão* genéricos e abstractos, fazendo intervir também o *trabalhador* (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade.

Portanto, os *direitos sociais* fundamentais da sociedade brasileira – educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados –, ainda têm aplicação incerta. A promessa constitucional de que as pessoas seriam felizes, até agora se mostra falsa. A imposição ao Estado da prestação de diversas atividades relacionadas aos direitos sociais nos permite desafiar os governantes, a suprir um amparo mínimo ao cidadão brasileiro em todas as áreas contempladas por essas salvaguardas. É nosso dever contribuir para o aprimoramento das instituições democráticas existentes, para que se possa levar a efeito o cumprimento dos valores já conquistados, sem descuidar-se da ampliação dessas garantias. É a concretização dos direitos sociais que nos conduzirá a um patamar mínimo de igualdade social.

3. CONCRETUDE DOS DIREITOS SOCIAIS

A concretude dos direitos sociais exige mudanças de paradigmas e transformações internas dos discursos científicos. A reflexividade do pensamento filosófico no contexto das práticas sociais e políticas devem constituir o âmbito de aplicação das teorias. Nas palavras de André Berten, em *Filosofia Social* (2004:10), tem-se que: "*A dimensão reflexiva consiste em inscrever a reflexão epistemológica neste duplo contexto.*"

É certo que a falta de concretude dos direitos sociais expõe toda a sociedade brasileira à falta de segurança pública e de credibilidade no discurso jurídico-social-constitucional. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos, em *Direitos Humanos e Sociais no século XXI* (2007:146), exorta:

Eis que a ineficácia social do direito vigente estimula a prática do crime, o aumento da ilegalidade e nos exorta a pensar numa nova

ordem, que faça evoluir a consciência jurídica em todos, independentemente de riquezas, de pobreza, da cor e do credo. Veja-se, assim, a solução na procura de uma unidade perante tal diversidade.

A respeito da concretização dos direitos fundamentais, previstos em nossa Lei Maior, Lenio Luiz Streck, em *Verdade e consenso* (2008:130), salienta que "o problema é que a Constituição do Brasil vige e vale em país no qual os direitos de primeira dimensão ainda não foram atendidos, *circunstância que assume foros de dramaticidade no caso dos direitos de segunda e terceira dimensões*". Não bastaram os vinte anos de vigência da Carta Fundamental brasileira para a implantação total dos direitos sociais nela previstos. Norberto Bobbio, na sua obra *Teoria geral do direito* (2008:208), assevera que "a norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais o poder de emanar normas válidas, impõe a todos aqueles a quem as normas constitucionais se destinam o dever de obedecer a elas". Mas até agora as normas fundamentais concernentes aos direitos sociais não foram concretizadas. Por quanto tempo mais a sociedade terá que conviver com os desvios de verbas públicas para obras de interesses diversos, verbas essas que deveriam atender diretamente à concretização dos direitos sociais?

Indubitavelmente, a ordem social deve ser estabelecida objetivando a concretude dos direitos sociais, *a contrario sensu*, estaríamos diante da dissociação nocional, que dá origem ao par "aparência-realidade" mencionada por Chaim Perelman no seu texto *Tratado da argumentação* (2005:472), onde se destaca a necessidade de se fazer a distinção entre a aparência da realidade e a realidade em si mesma. Não podemos viver de aparência de direitos sociais garantidos apenas constitucionalmente. A realidade deve revelar a efetiva aplicação das conquistas normativas. O Poder Judiciário tem muita responsabilidade nessa questão. O magistrado, ao aplicar as normas jurídicas, deve interpretá-las, integrá-las e corrigi-las, mantendo-se nos parâmetros constitucionais já estabelecidos, uma vez que a aplicação das normas jurídicas é uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas (Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1975:154). Sobre o tema, Maria Helena Diniz, na sua obra *Compêndio de introdução à ciência do direito* (2008:423), escreve:

As decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídica geral, com o espírito do ordenamento jurídico, que é mais rico de conteúdo do que a disposição normativa, pois contém critérios jurídicos e éticos, idéias jurídicas concretas ou fáticas que não encontram expressão na norma do direito. Por isso, a tarefa do magistrado não é meramente mecânica, requer um certo preparo intelectual, ao determinar qual a norma que vai aplicar.

A fundamentação jurídica e a valoração dos direitos sociais devem seguir logicamente as normas pressupostas e os enunciados solidamente traçados pelos princípios constitucionais, que possuem natureza normativa, portanto podendo deles ser extraído todo o significado dos valores sociais que encerram, com o devido cuidado de "*impedir que sejam estes tornados inócuos por uma retórica 'mitificadora' e enganosa*" (Walter Claudius Rothenburg, *Princípios Constitucionais*, 2003:81-82). Os valores fundamentais perfeitamente aceitáveis em nossa sociedade devem estar claramente estampados nas decisões jurídicas. Robert Alexy, na obra *Teoria da argumentação jurídica* (2008:43) propõe, para a objetivação da questão, agrupar as valorações em três classes diferentes:

- 1) basear-se em convicções e consensos faticamente existentes, assim como em normas não jurídicas faticamente vigentes ou seguidas;
- 2) referir-se a valorações que, de alguma maneira, podem ser extraídas do material jurídico existente (incluídas as decisões anteriores);
- 3) recorrer a princípios supra positivos;
- 4) apelar para conhecimentos empíricos.

Sim, as decisões dos juízes devem estar em consonância com o conteúdo da consciência jurídico-normativa, incluindo-se a valoração social e filosófica. O magistrado deve utilizar os conhecimentos jurídicos, supra positivos e empíricos para fundamentar suas decisões.

Ao analisarmos a jurisprudência que vem se firmando no Supremo Tribunal Federal, nota-se a produção de decisões com um impacto normativo social favorável à concretude dos direitos sociais. Cabe aqui trazer uma exemplar decisão proferida nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário relativo ao Direito à Educação em confronto com a Reserva do Possível, da lavra do Ministro Celso de Mello, publicada na *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC 1/265-266)*:

Resumo. Trata-se de agravo interposto pelo Município de Santo André contra decisão do STF, proferida em sede de Recurso Extraordinário, e que havia imposto ao agravante o dever de fornecer o atendimento a crianças em creches e escolas de educação infantil.

Ementa. "A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação

social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. – A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. – Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cuja opção, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem se exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. – Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo 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 – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – 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. Votação unânime da segunda turma.

Voto condutor. É de autoria do Ministro Celso de Mello, quem, de pronto, afasta os argumentos esposados pela agravante. Para ele, não há como negar o direito público subjetivo à educação, o qual impõe o "dever jurídico-social" de fornecer tal serviço. No que se refere à educação das crianças de zero a seis anos de idade, tal é incumbência do Município (art. 208, IV, c.c. art. 211, § 2º da CB). [...]

Indubitavelmente, é uma decisão extremamente importante, na medida em que passa a levar mais a sério os direitos sociais e, em contrapartida, exigir do Poder Público uma atuação responsável e positiva em relação a tais direitos. Os direitos sociais deixam de ser uma mera retórica constitucional. Resta, agora, saber como a ausência de recursos pode ser objetivamente comprovada e se, de fato, a Suprema Corte irá atentar para esta diretriz.

Voto dissidente. Inexistente.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. RE nº 401.715-5/SP. Agravante: Município de Santo André. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello, DF, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 11 jul. 2008.

Portanto, a *concretude dos direitos sociais* significa a eficácia do direito social vigente. O Brasil ainda necessita concretizar as normas fundamentais concernentes aos direitos sociais traçados na Constituição de 1988. A atual falta de concretude dos direitos sociais assume foros de dramaticidade e expõe toda a sociedade brasileira à insegurança pública e à descredibilidade nos discursos político-constitucional-social. A ordem social deve ser estabelecida objetivando o cumprimento dos valores fundamentais. Como vimos na decisão proferida pela Corte Superior, esta revelou um impacto normativo social favorável à concretude dos direitos ao impor à Administração Pública uma atuação responsável e positiva em relação ao direito social relacionado à educação infantil. Resta-nos continuar a exigir do Estado o cumprimento das garantias já conquistadas, sem descuidarmos de novas propostas. Para alcançarmos a concretude dos direitos sociais, temos que introduzir mudanças de paradigmas e transformações internas dos discursos científicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações finais deste artigo são apresentadas sob a forma de tópicos, a seguir consolidados.

1. Os direitos sociais da coletividade brasileira, insculpidos na Constituição Federal de 1988 – direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados – constituem direitos irrenunciáveis titularizados pelo indivíduo, frente ao Estado, que impõem a este a prestação de diversas atividades relacionadas a tais garantias fundamentais.
2. O Poder Público deve atuar positivamente na implantação das conquistas sociais estabelecidas no Texto Maior, visando o pleno desenvolvimento da personalidade humana e a redução das desigualdades sociais.

3. A efetividade processual na concretude dos direitos sociais significa a acessibilidade, celeridade e exequibilidade dessas conquistas, uma vez colocadas *sub judice*. Envolve a consciência, a responsabilidade e a observância das normas processuais e constitucionais por todos aqueles que manejam os dispositivos jurídicos.

4. Para alcançar a efetividade processual na concretude dos direitos sociais, é necessário intenso trabalho jurídico. Esta lavra consiste na interpretação, valoração e aplicação das regras jurídicas de maneira fidedigna com os preceitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

5. Todos aqueles que professam as ciências jurídicas – advogados, bacharéis, magistrados, tratadistas, consultores, professores, doutrinadores –, devem dedicar-se à identificação de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional, o grau de efetividade que dela se espera, pois todos têm responsabilidade em proporcionar aos cidadãos que acessam o Poder Judiciário, a celeridade e a efetividade processual.

6. A observância das normas processuais, arduamente conquistadas sob a égide dos princípios norteadores do contraditório e da ampla defesa, deve permanecer intacta, o que não significa que tais garantias constitucionais devam servir de subsídios para práticas processuais procrastinatórias.

7. As reformas processuais que vêm ocorrendo no Brasil e na Itália demonstram que o poder dos magistrados vem sendo reforçado, justamente para que possam outorgar um maior grau de efetividade à tutela jurisdicional.

8. Assim como no Brasil, o descontentamento dos grupos sociais nos EUA, iniciados nos anos sessenta do século passado, obriga o Estado a buscar um compromisso mais adequado na aplicação dos direitos individuais.

9. A concretude dos direitos sociais significa a eficácia desses direitos. O Brasil ainda necessita concretizar as normas fundamentais concernentes aos direitos sociais traçados na Constituição de 1988. A atual indefinição na implantação de tais conquistas expõe a dramaticidade de nossa sociedade, revelando a insegurança pública e a descredibilidade nos discursos político-constitucional-social.

10. Em uma recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte revelou uma postura normativa-social favorável à concretude dos direitos sociais, ao impor à Administração Pública, uma atuação responsável e positiva em relação à educação infantil. Em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5, com voto da lavra do Ministro Celso de Mello, a Prefeitura de Santo André/SP foi compelida a matricular crianças de zero a seis anos em creches e escolas de educação infantil, afastando os argumentos evasivos da reserva do possível, falta de vagas, competência concorrente e falta de orçamento público.

11. A falta de concretude dos direitos sociais expõe a sociedade brasileira à insegurança pública, ao conflito social, à resistência e à contraposição ativa ou passiva do cidadão e das comunidades à lei e às autoridades constituídas, revelando as tensões existentes entre a ordenação constitucional e a realidade política e social.

Postas estas conclusões, resta-nos, por um lado, continuar a exigir do Estado o cumprimento das garantias sociais já conquistadas, sem descuidarmos de novas propostas e por outro, dos exercitores do direito a responsabilidade de quem deve manusear as normas processuais de forma correta e célere, sem descuidar de seu aprimoramento, introduzindo as necessárias mudanças de paradigmas e as transformações internas dos discursos científicos, sob pena de estarmos a atuar no jogo das contas de vidro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão de Claudia Toledo. 2.ed. São Paulo, Landy, 2005. 334 p. ISBN: 85-7629-035-9.

ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11.ed. rev. atu. São Paulo: Saraiva, 2007. 564 p. ISBN: 978-85-020-6094-4.

ARRUDAALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. Vol. 2. 9.ed. rev., atu. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 652 p. ISBN 85-203-2686-2.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. 807 p. ISBN: 85-89006-06-9.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. Tese para concurso de Professor Titular da USP, São Paulo, 2005.

BERTEN, André. *Filosofia Social: a responsabilidade social do filósofo*. Tradução de Márcio Anatole de Souza Romeiro. São Paulo: Paulus: 2004. 140 p. ISBN: 85-349-2148-2.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti. Revisão de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes: 2008. 321 p. ISBN: 978-85-336-2433-7.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. — p. ISBN: —.

- DIMOULIS, Dimitri. Direitos fundamentais e democracia. Da tese da complementaridade à tese do conflito. *In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Ano 1, n. 1, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. ISSN: 1981-6162. p.200-214.
- DINIZ, Maria Helena Diniz. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 19.ed. rev. e atu. São Paulo: Saraiva, 2008. 591 p. ISBN: 978-85-02-06477-5.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2007. 385 p. ISBN: 978-85-224-4650-6.
- GARCIA, José Ailton. A incompetência territorial na lei 11.280/2006 (CPC, arts. 112, 114 e 305). *In Revista Dialética de Direito Processual*. N. 52 (jul-2007). São Paulo: Dialética, 2007. p.102-107. ISSN: 1678-3778.
- GARCIA, Maria. *Desobediência civil: direito fundamental*. 2.ed. rev. atu. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 336 p. ISBN: 85-203-2465-7.
- GARTH, Bryant and CAPPELLETTI, Mauro. *Finding an appropriate compromise: a comparative study of individualistic models and group rights in civil procedure*. 2 Civil Justice Quarterly 111, 1983.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo e auxiliares da justiça*. Vol. 1. 20.ed. rev. e atu. São Paulo: Saraiva, 2007. 268 p. ISBN: 978-85-020-6455-3.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição. (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 34 p. ISBN: 85-88278-18-9.
- LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York und andere, 1975.
- MARTINEZ, Regina Célia. O princípio da precaução (prevenção) e a proteção dos direitos humanos. *Direito & Paz*. Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2007. Ano IX, n. 17, 2º sem./2007. ISSN: 1518-7047. p. 109-129.
- MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2007. 994 p. ISBN: 978-85-224-4615-5.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 676 p. ISBN: 85-336-2197-3.

MÜLLER Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. Tradução: Dimitri Dimoulis; Gilberto Bercovici [et alii]. Revisão de Rossana Ingrid Jansen dos Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 318 p. ISBN: 978-85-203-3146-0.

OLIVEIRA, José Roberto Guedes de. *Operadores ou exercitores do direito?* Disponível em: <<http://kplus.cosmo.com.br>>. Acesso em: 09 jul. 2008.

PERELMAN, Chaim e Olbrechts-Tyteca, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Revisão de Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 653 p. ISBN: 85-336-2207-4.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos e estudo da implementação dessas decisões no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Max Limonad, 2001. 573 p. ISBN: 85-86300-82-9.

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 302 p. ISBN: 85-7147-524-5.

_____; SERRANO, Pablo Jiménez. Direitos humanos e sociais no século XXI. *Direito & Paz*. Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2007. Ano IX, n. 17, 2º sem./2007. ISSN: 1518-7047. p. 133-166.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Eficácia da lei no tempo: premissas sobre o direito intertemporal e a sua aplicação às recentes alterações do Código de Processo Civil. In JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil: comentários às leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006*. São Paulo: Saraiva, 2006. 280 p. ISBN: 85-02-05750-2.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. 96 p. ISBN: 85-8827868-5.

SILVA, Jaqueline Mielke, XAVIER; José Tadeu Neves. *Reforma do Processo Civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. 256 p. ISBN 85-7699-022-9.

- SPOSATI, Aldaiza. A Assistência Social e a Trivialização dos Padrões de Reprodução Social. *In Os direitos (dos desassistidos) sociais*. SPOSATI, Aldaiza; FALCÃO, Maria do Carmo e FLEURY, Sônia Maria Teirxeira. 5.ed. São Paulo: Cortez, 2006. 126 p. ISBN: 85-249-0181-0. p.6-30.
- STRECK Lenio Luiz. *Verdade e consenso constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 435 p. ISBN: 978-85-375-0209-9.
- TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1991. 336 p. ISBN: 88-1405-636-6.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. 950 p. ISBN: 85-02-03757-9.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. Vol. 1. 48.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 871 p. ISBN: 978-85-309-2652-6.
- VERDÚ, Pablo Lucas. Los derechos humanos como "Religión Civil". Derechos humanos y concepción del mundo y de la vida. Sus desafíos presentes. *In GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). Direito constitucional estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. 557 p. ISBN: 85-7420-221-5. p.516-539.
- VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. 335 p. ISBN: 85-905082-5-1.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.) *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 9.ed. rev., ampl. e atu. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 651 p. ISBN 978-85-203-3042-5.

NOTAS

* Professor e Pesquisador do Programa de Iniciação Científica da UNIBAN/SP; Membro do Grupo de Estudos em Direito – GED da Pós-Graduação da UNIBAN/SP; Mestre em Direito Processual pela FADISP/SP; Especialista em Direito Processual pela PUC/SP; Mestre em Direito Constitucional pela UNIBAN/SP; Especialista em Direito Constitucional pela ESDC/SP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC/SP; Autor de diversos artigos jurídicos; Advogado em São Paulo.

** Professora e Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica da UNIBAN/SP; Membro do Grupo de Estudos em Direito – GED da Pós-Graduação da UNIBAN/SP; Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP; Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional – IBDC/SP; Autora de diversos artigos jurídicos; Advogada em São Paulo.

¹ Friedrich Müller, ao se referir ao jogo das contas de vidro, faz alusão ao romance homônimo de Hermann Hesse, *Das Glasperlenspiel*, publicado no Brasil pela Editora Record, sob o título *O jogo das contas de vidro*. Os juristas que fazem promessas falsas e fundamentam seus pensamentos em premissas perfídias são considerados adeptos do jogo das contas de vidro.

² José Roberto Guedes de Oliveira, em um artigo intitulado *Operadores ou Exercitores do Direito? se insurge contra o uso da palavra “operador” do direito e sugere o verbete “exercitor”, entendendo ser a melhor conotação léxica. Disponível em <<http://kplus.cosmo.com.br>>.*

³ O direito ao *trabalho*, além de ser um direito social, é também um dos princípios fundamentais insculpidos na Carta Magna. Veja-se o inciso IV do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

⁴ André de Carvalho Ramos revela que a expressão *tendencialmente completos*, em referência aos direitos humanos, foi cunhada por Walter Claudius Rothenburg, em “Direitos Fundamentais e suas características”, *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 29, out./dez., 1999, p. 62.