

Eficácia social da prestação jurisdicional

TEORI ALBINO ZAVASCKI

Il est contradictoire que le peuple soit à la fois misérable et souverain. (Tocqueville)¹

SUMÁRIO

1. *Introdução: eficácia jurídica e eficácia do direito.* 2. *Brasil — 1994: ser e dever-ser.* 3. *Poder Judiciário: eficácia social da prestação jurisdicional.* 4. *Conclusão.*

1. *Introdução: eficácia jurídica e eficácia social do direito*

Em direito, o termo “eficácia” não é unívoco, podendo ser compreendido basicamente em dois sentidos. Vista como fenômeno puramente normativo, eficácia é a aptidão da norma jurídica para gerar efeitos no mundo jurídico. “A eficácia da regra jurídica é a sua incidência”, e esta “se passa no mundo dos pensamentos”, ensina com o sentido indicado Pontes de Miranda².

Assim, “eficácia jurídica é a que se produz no mundo do direito como decorrência dos fatos jurídicos e não ... a mudança que atua nas relações jurídicas”, ensina o grande jurista³.

Mas há um segundo sentido de eficácia, em direito: o que designa a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos na realidade social, ou seja, para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações

¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *cit. por Henrique P. Haba*, in *Tratado Básico de Derechos Humanos*, Editorial Juricentro, San José - C.R., 1ª ed. 1986, v. II, p. 881.

² PONTES DE MIRANDA, in *Tratado de Direito Privado*, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª ed. 1974, t. I, pp. 16/17.

³ PONTES DE MIRANDA, in *op. cit.*, p. 4.

ou os valores consagrados no preceito normativo. Aqui, a eficácia da norma de direito é fenômeno que se passa não no plano puramente formal, mas no mundo dos fatos e por isso mesmo é denominada eficácia social ou efetividade. Uma norma pode, destarte, ser juridicamente eficaz sem, no entanto, ser socialmente eficaz, como observou José Afonso da Silva⁴.

Enquanto a eficácia jurídica da norma representa, pela sua incidência, a juridicização de certo fato ou estado de fato, a eficácia social representa a concretização da vocação prospectiva e transformadora da norma do direito.

A eficácia social do direito foi e continua sendo tema de preocupação dos juristas. Léon Duguit salientou que o efetivo respeito da regra é condição para que ela deixe de ser uma regra moral ou econômica e se transforme em regra jurídica⁵.

Hans Kelsen, ele próprio, considerou que, em determinadas circunstâncias, a eficácia da norma — que “consiste em que esta em geral é cumprida, e se não cumprida é aplicada” — é condição de sua própria validade⁶.

Entre nós, Miguel Reale, após definir eficácia como sendo a “aplicação ou execução de norma jurídica, ou, por outras palavras, é a regra jurídica enquanto conduta humana”, afirmou que “o direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz”⁷.

Essa perspectiva é que dá sentido ao direito como tendo “caráter de força social propulsora” que “visa proporcionar, por via principal, aos indivíduos e por via de consequência à sociedade, o meio favorável ao aperfeiçoamento e ao progresso da humanidade”, segundo anotou Vicente Ráo⁸.

⁴ SILVA, José Afonso da, in *Aplicabilidade das Normas Constitutionais*, 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1982, pp. 55/56.

⁵ DUGUIT, Leon, in *Traité de Droit Constitutionnel*, 3ª ed. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1928, p. 124.

⁶ KELSEN, Hans, in *Teoria Geral das Normas*, Tradução de José Florentino Duarte, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986, pp. 177/178.

⁷ REALE, Miguel, in *Lições Preliminares de Direito*, Saraiva, São Paulo, 7ª ed. 1980, pp. 112/113.

⁸ RÁO, Vicente, in *O Direito e a Vida dos Di-*

Do exposto, colhe-se, portanto, que a eficácia social da norma jurídica está vinculada a dois referenciais: o conteúdo normativo (o dever-ser), de um lado, e, de outro, as condutas sociais (o ser). A norma será tanto mais eficaz quanto maior for a aproximação e a atração que o plano da normatividade puder exercer sobre o plano da realidade.

2. Brasil - 1994: ser e dever-ser

No campo do direito constitucional, a eficácia social das normas tem merecido atenção especialíssima dos juristas. “Constituição e realidade não podem restar isoladas uma da outra”, observou Konrad Hesse⁹.

Mais agudamente, Celso Antônio Bandeira de Mello observa que “a Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos ... A seriedade do ato constituinte impediria a suposição de que os investidos em tão alta missão dela se servissem como simples válvula de escape para emoções antecipadamente condenadas, por seus próprios emissores, a permanecerem no reino da fantasia”¹⁰.

Com efeito, é no plano constitucional, igualmente, que se pode verificar, com nitidez absoluta, os contrastes entre a realidade e a normatividade, entre o ser e o dever-ser, entre a práxis e o valor, a comprovar a importância das preocupações em torno da eficácia social das normas. No caso brasileiro, alguns exercícios de comparação são favorecidos com a publicação do *Anuário Estatístico do Brasil — 1992*, da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹¹.

Assim, por exemplo, no plano da normatividade, a Constituição de 1988 erigiu, entre os objetivos fundamentais da Nação, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir desigualdades sociais e regionais, garantir o desenvolvimento nacional, promover o bem a todos, sem

reitos, Editora RT, São Paulo, 3ª ed. 1991, p. 30.

⁹ HESSE, Konrad, in *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 28.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, in *Revista de Direito Público*, v. 57/58, 1981, pp. 236 e 238.

¹¹ *Anuário Estatístico do Brasil*, Rio de Janeiro, v. 52, 1992.

qualquer espécie de preconceito, enfim, construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º). Os dados estatísticos, à sua vez, demonstram, com crueza, o grande fosso que separa o ideário constitucional e a realidade nacional. Apenas como ilustração, atente-se para os seguintes dados colhidos do *Anuário do IBGE*: a renda *per capita*, na última década, apresentou um decréscimo de 5,6% e, pior ainda, acentuaram-se as desigualdades na sua distribuição, pois enquanto 10% das pessoas mais pobres detinham em 1990 apenas 0,8% da riqueza nacional, os 10% mais ricos cumulavam quase a sua metade (48,7%). Dos cerca de sessenta e dois milhões de brasileiros que compõem a população economicamente ativa, 24% recebem, no máximo, um salário mínimo como remuneração e 52% têm como remuneração máxima dois salários mínimos. Mais: 8% deste universo (cerca de 5 milhões de pessoas) nada ou quase nada recebem, a não ser, quem sabe, alguns favores *in natura* para sua sobrevivência; apenas 3% ganham mais de 20 salários mínimos mensais; 53,7% da população mais jovem (entre 0 e 17 anos) integram famílias com renda de até meio salário mínimo *per capita*. As desigualdades regionais são alarmantes e podem ser resumidas nos dados sobre esperanças de vida: a média brasileira de esperança de vida ao nascer é de 60,08 anos, mas na Região Sul é de 66,98 e no Nordeste é de 51,57. Quem nasce no Rio Grande do Sul tem expectativa de viver 70,62 anos, mas se nascer na Paraíba este número cai para apenas 44,35 anos. A taxa de mortalidade infantil é, na média, 87,88 por mil, mas na Região Sul é de 61,80 por mil e no Nordeste 121,36 por mil. A taxa de analfabetismo, que na média brasileira é de 19,6%, é de 11% na Região Sul e de 39,1% na Região Nordeste, e assim por diante.

Veja-se o que a realidade mostra no campo dos preconceitos de cor: a taxa de analfabetismo, como disse, é de 19,6%. Entre os brancos, porém, a taxa é de 12% e entre os negros de 30%. Em termos de remuneração, os trabalhadores de cor negra ou parda recebem, em média, 41% e 48% menos que os de cor branca. No campo da educação (que, no plano normativo constitucional é "direito de todos e dever do Estado e da família" (art. 205), os dados, como se viu, são preocupantes, com média de 19,6% de analfabetos entre pessoas com mais de sete anos de idade, o que significa uma legião de cerca de vinte milhões de pessoas. De cada mil alunos que entram na escola, apenas

22% concluem o primeiro grau; 31,7% dos adolescentes (que no plano normativo gozam de proteção especialíssima — art. 227 da CF) são obrigados a deixar a escola para ajudar no sustento familiar. Enfim, estes são alguns poucos exemplos colhidos das estatísticas oficiais a demonstrarem o distanciamento existente entre o ideal normativo e a realidade social. Outros tantos poderiam ser anotados para demonstrar como os direitos constitucionais, especialmente os chamados direitos de segunda geração (direitos sociais), estão assegurados apenas no plano da normatividade, sem correspondência no plano real: direito a salário mínimo suficiente para sustentar a família; direito à moradia, à saúde, proteção à infância, à adolescência.

O quadro de dessintonia entre o dever-ser e o ser traz à baila, portanto, com inteira atualidade, o tema da eficácia social do direito. "Cumprida toda uma trajetória de avanços sociais", diz Paulo Bonavides, "das Constituições já não se reclamam direitos, mas garantias. Os direitos existem de sobra, com tamanha abundância na esfera programática que formalmente o texto constitucional resolveu com o voto do constituinte todos os problemas básicos de educação, saúde, trabalho, previdência, lazer e, de último, até mesmo a qualidade de vida, consagrando um capítulo à ecologia ou, com mais propriedade, ao meio ambiente"¹². "Mas o verdadeiro problema do direito constitucional da nossa época", diz ele, "está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas e institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos"¹³. Está lançado, assim, o desafio aos juristas e, especialmente, aos juízes, e as observações abaixo terão por meta apontar alguns possíveis caminhos.

3. Poder Judiciário: eficácia social da prestação jurisdicional

Transformar o ideário constitucional em condutas e realidades concretas não é, certamente, tarefa da alçada exclusiva do Poder Judiciário. Ao contrário, trata-se de empreendimento necessariamente compartilhado entre os Poderes do Estado e a própria sociedade. Urge,

¹² BONAVIDES, Paulo, in *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, 4ª ed., p. 307.

¹³ Op. cit., p. 299.

porém, que esta grande causa seja de uma vez encetada, com coragem e vontade política, e o papel do Judiciário será, indubitavelmente, da maior importância. É certo que a efetivação dos programas constitucionais dependerá fundamentalmente da iniciativa dos demais Poderes, aos quais compete a formulação de políticas públicas adequadas e a aprovação dos mecanismos institucionais e legais para a respectiva implementação. Mas o Judiciário não poderá se eximir da sua fatia de responsabilidade, que consiste, essencialmente, em prestar jurisdição mediante pronunciamentos que extraíam do sistema normativo soluções as mais adequadas possíveis à produção dos resultados previstos pelo constituinte.

A questão que se coloca, portanto, é a de saber que caminhos poderá trilhar o Judiciário para que o exercício de sua missão constitucional resulte em aprimoramento do grau de eficácia social das normas. Esta preocupação implica, por si só, uma tomada de posição: a do abandono das orientações segundo as quais a interpretação e a aplicação do direito é simples operação mecânica, meramente silogística, calcada unicamente em fórmulas e formas positivamente estabelecidas. Na verdade, os tempos atuais já não comportam juizes de costas para a realidade, pena de dar razão aos que acham que os juristas "pelos seus tresnoitadas teorias, conceitos e formulações, sejam olhados, pela generalidade dos demais seres humanos, como espécimes de uma fauna em vias de extinção e, por isso mesmo, cada dia menos decisiva no curso da vida social, enquanto juristas"¹⁴. O caminho do positivismo, próprio do estado liberal — individualista —, é obsoleto frente à atual configuração do Estado social de direito, quanto a isso, parece, ninguém mais põe dúvida.

Por outro lado, ao Judiciário não se permite o caminho radicalmente oposto, de substituição de juízos de legalidade por juízos de conveniência, ou da substituição da ideologia constitucional por ideologias pessoais e, muito menos, da substituição das normas criadas pelo Estado democrático de direito por normas de sistemas ditos alternativos. Tal caminho, além de importar usurpação pelo Judiciário, das funções dos outros Poderes (estes ungidos pelo voto

popular), representaria a negação da sua única base de legitimidade, que é a Constituição, e transformaria seus atos em atos de puro arbítrio. Já se disse, com propriedade, que "o Estado de direito não pode renunciar, nem às leis bem pensadas, nem a uma magistratura que tome a sério a sua vinculação à lei e ao direito"¹⁵.

Assim, a busca de decisões judiciais que levem à eficácia social do direito deve ser empreendida exaurindo-se os mecanismos oferecidos pelo próprio sistema jurídico do Estado de direito constitucional. Muitas trilhas aguardam ser exploradas, algumas abertas há mais tempo, outras desbravadas por doutrinas interpretativas mais modernas. German J. Bidart Campos, por exemplo, indica uma excelente relação com nada menos que quinze itens, "para interpretar constitucionalmente os direitos humanos", de modo a dar-lhes mais efetiva proteção¹⁶. De nossa parte, permitimo-nos indicar, entre os muitos caminhos apontados pela doutrina, algumas sugestões de pautas de trabalho que, se exploradas com determinação, poderão certamente oferecer resultados satisfatórios.

No que se refere à interpretação da Constituição, além dos instrumentos tradicionais e clássicos, merecem indicação os seguintes veios, ainda não exaustivamente aproveitados pela jurisprudência:

a) reconhecimento do grau de eficácia jurídica e da normatividade dos princípios constitucionais, que devem funcionar "como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral ao sistema", e como "elementos de construção e qualificação" dos conceitos constitucionais básicos, exercendo ainda "uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da força expansiva que possuem (e de que se acham desprovidos os conceitos, desde logo por causa de suas amarras verbais)"¹⁷;

b) exploração máxima da normatividade e da eficácia vinculante das normas programáticas, normas que, segundo vozes influentes do moderno constitucionalismo, teriam condão de

¹⁵ LARENZ, Karl, in *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2ª ed., p. 421.

¹⁶ BIDART CAMPOS, German J., in *Teoria General de los Derechos Humanos*, Editora Astrea, Buenos Aires, 1991, pp. 394/399.

¹⁷ MIRANDA, Jorge, in *Manual de Direito*

¹⁴ NOVOA MONREAL, Eduardo, in *O Direito como Obstáculo à Transformação Social*, trad. de Gérson Pereira dos Santos, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, p. 36.

determinar até mesmo “a cessação de vigência, por inconstitucionalidade superveniente, das normas legais anteriores que disponham em sentido contrário”, além de proibir “a emissão de normas legais contrárias”, bem como “a prática de comportamentos que tenham a impedir a produção de atos por ela impostos — donde inconstitucionalidade material em caso de omissão”¹⁸;

c) reconhecimento da juridicidade e normatividade dos “direitos fundamentais de terceira geração”, baseados no princípio da solidariedade social e da fraternidade e decorrentes da *evolução expansiva dos direitos fundamentais*. “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade”, ensina Paulo Bonavides, “os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”¹⁹. Dentre eles destacam-se o direito ao desenvolvimento, ao trabalho, à saúde, à alimentação, ao meio ambiente sadio e os direitos difusos de um modo geral²⁰. É certo que a implementação de tais direitos favorecerá — porque dela será necessariamente dependente — a implementação dos direitos sociais básicos, denominados direitos de segunda geração;

d) outro importante instrumento de eficácia social do direito é a devida valorização dos deveres sociais, aliás previstos no art. 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. “Fala-se muito mais dos direitos do que dos deveres humanos”, diz, com acerto, Adolfo Gelsi Bidart. Entretanto, “... uns e outros têm a mesma fonte e ponto de partida, e ambos, entre si, se relacionam e se assistem para alcançar sua efetiva realização”²¹. Referimo-nos a deveres, não do Estado mas dos indivíduos, em prol dos demais integrantes da comunidade, e “sem que o sujeito obrigado ative e universalmente personalize e concretize com cada

um destes indivíduos um vínculo obrigacional particularizado”²². A valorização, pelo intérprete, dos deveres do indivíduo para com a comunidade pode oferecer resultados importantes no campo da hermenêutica. Além de conter ímpetos demagógicos, o aplicador do direito, ao examinar interesses particulares e individuais, será levado a estabelecer critérios de ponderação que melhor conciliem demandas individuais com os interesses do bem comum. É o caso, por exemplo, dos avanços que se operam nas Cortes Constitucionais da Europa relativamente à interpretação do princípio da isonomia, que, segundo refere Paulo Bonavides, é considerado como princípio que encerra em si uma igualdade concreta, niveladora, “operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais do direito”, sendo que “a igualdade material faz livres aqueles que a liberdade do Estado de direito da burguesia fizera paradoxalmente súditos”²³.

No que se refere às normas infraconstitucionais, o que de mais prioritário se evidencia para que a interpretação leve a resultados eficazes, é, inquestionavelmente, o resguardo da unidade do ordenamento jurídico, unidade que, como se disse, deve se estabelecer a partir da Constituição. Imantado pela força ordenadora dos princípios e normas programáticas da Carta Magna, o intérprete será levado a vestir o direito ordinário com as cores constitucionais, e a *interpretá-lo e aplicá-lo à luz dos valores constitucionais*, da ideologia constitucional, do ideário constitucional. A partir daí, como se pode perceber, haverá uma gama expressiva de instrumentos hermenêuticos a serem explorados.

Para finalizar, é indispensável que se alerte para um ponto mais. Por maiores e melhores que sejam os recursos hermenêuticos disponíveis, eles, por si só, podem ser absolutamente insuficientes, e até mesmo inúteis em certas circunstâncias. É que, como sempre enfatizava Calamandrei²⁴, há um componente na atividade jurisdicional que não é alcançado por soluções de racionalização ou de técnica interpretativa. É o componente, ditado pelas con-

Constitucional, Coimbra Editora, 1968, t. II, 2ª ed., pp. 199/200.

¹⁸ MIRANDA, Jorge, in op. cit., pp. 219/220.

¹⁹ Op. cit., p. 481.

²⁰ BIDART CAMPOS, German J., in op. cit., pp. 189/191 e 340.

²¹ GELSI BIDART, Adolfo, in *De Derechos*,

Deberes y Garantías del Hombre Común, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 119.

²² BIDART CAMPOS, German J., in op. cit., p. 148.

²³ Op. cit., pp. 304/305.

dições pessoais do juiz, seus sentimentos, sua formação, seu grau de independência, seu caráter e, de certo modo, sua própria vontade. Dirigir a força deste componente na direção de sentenças socialmente eficazes é atividade que dependerá, única e exclusivamente, dos padrões de compromisso pessoal do juiz para com o direito e a sociedade.

4. Conclusão

Em suma: as normas do direito têm, por sua própria natureza, uma vocação prospectiva e transformadora da sociedade. Visto sob

este enfoque, o direito somente alcançará efetiva realização quando operar transformações no plano da realidade, aproximando-a do ideal normativo. Caberá, portanto, aos operadores do direito e, de modo especial, ao Poder Judiciário — que é seu operador por excelência — interpretá-lo e aplicá-lo pelo modo que proporcione, em grau o mais elevado possível, os resultados sociais previstos idealmente pelo legislador. Com isso e só assim o direito estará consagrado como instrumento legítimo de regulação do Estado e da sociedade.

²⁴ CALAMANDREI, Piero, in *Estudios sobre el Proceso Civil*. Ediciones Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1986, v. III, pp. 235/236.