

**FRAGMENTOS DA TEORIA DO DISCURSO E OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS: O NECESSÁRIO CAMINHAR PELA
CONCRETIZAÇÃO**

André Barbieri Souza *

* Professor da OPET. Bacharel em Direito; Especialista em Direito Constitucional pela PUC/PR. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto de Pesquisas Bonijuris; Associado junto ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Advogado.

E-mail: decobarbieri@hotmail.com

Resumo: Efetivar os direitos fundamentais sociais é necessidade de primeira grandeza. Contudo, desde 1988, para não se forçar a recuar até a época em que essas terras ainda eram colônias, o desafio continua a não ser plenamente cumprido. A partir da teoria do discurso, precisamente no que diz respeito aos quatro tipos de discursos, tentar-se-á apontar para um caminho de concretização dos citados direitos.

Abstract: Putting the fundamental social rights into effect is a first magnitude necessity. However, since 1988, to not be forced to draw back to the time when these lands were still colonies, the challenge continues not being completely accomplished. From the speech theory, precisely what refers to the four kinds of speeches, a way to the accomplishment of the mentioned rights will be tried to be pointed out.

Palavras chave: direitos fundamentais sociais – teoria do discurso - efetividade

Keywords: fundamental social rights; speech theory, effectiveness

I. Considerações iniciais

Quando se constata as estatísticas oficiais brasileiras sobre a falta de emprego, de trabalho, de moradia, dos necessitados que não possuem o que comer ou no cotidiano dos viadutos e das comunidades miseráveis, indaga-se, dentre outras perguntas, a razão pela qual os direitos fundamentais sociais ainda possuem a ineficácia como uma nota marcante.¹

Efetivar os direitos fundamentais sociais é necessidade de primeira grandeza. Contudo, desde 1988, para não se forçar a recuar até a época em que essas terras ainda eram colônias, o desafio continua a não ser plenamente cumprido.

A partir da teoria do discurso,² precisamente no que diz respeito aos quatro tipos de discursos, tentar-se-á apontar para um caminho de concretização dos citados direitos. Para isso, antecipa-se a conclusão como uma forma de melhor

¹ Conforme os últimos dados disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no que diz respeito somente aos alimentos, mais de 72 milhões de brasileiros sofrem com a insegurança alimentar. IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2004.

² Tendo em vista o objetivo desse trabalho justifica-se a adoção de fragmentos da teoria da argumentação, vez que não seria possível abordá-la de forma completa, além de não ser a opção metodológica desse ensaio.

compreensão, qual seja: a mudança do discurso é fundamental. Assim, afastam-se os argumentos ilusórios do passado para que sejam demonstradas, de forma racional, as necessidades sociais do presente.

II. Os quatro discursos e suas credibilidades: o início do caminhar pela concretização

Com base nas lições de Manuel Atienza, ao estudar Perelman, toda argumentação requer a adesão de indivíduos (o auditório ao qual se dirige), utilizando-se de uma linguagem comum para que o interlocutor possa participar. Dessa forma, na argumentação podem-se distinguir três elementos: o discurso, o orador e o auditório.³ Ressalta-se que, para o presente trabalho, o foco principal estará voltado para o discurso.

O discurso pode ser entendido como uma forma pela qual o homem, através das palavras utilizadas, consegue alcançar a esfera de compreensão de um terceiro. Nesse sentido, Dalla-Rosa afirma: “Tudo aquilo que indica a passagem, modificação, transformação, alteração do estado inicial é uma manifestação de uma prática discursiva (...) é uma possibilidade trazida pelo discurso de uma alteração na esfera do destinatário da ação intentada pelo discurso”.⁴

A alteração acima mencionada pode demonstrar uma concepção de *movimento, continuidade e permanência*: de movimento pelo fato de sair de uma posição inicial até uma conclusão (que pode ser definitiva, mas não há obrigatoriedade); continuidade pelo modo de realização humana através da linguagem e permanência diante da ação própria do discurso (método de passagem).⁵

Todo discurso só se inicia através da vontade humana, ou seja, é um ato volitivo, ainda que não seja livre, mas sempre um ato que exterioriza o querer do homem. Olavo de Carvalho defende que o discurso reflete uma noção de movimento, de passagem, ou seja: “o discurso é movimento, é transcurso de uma proposição a outra. Tem um termo inicial e um termo final: premissas e conclusão, com um

³ ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000, p. 86.

⁴ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Landy, 2002, p. 25.

⁵ DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Op. cit.* p. 25-26.

desenvolvimento no meio”.⁶ Por premissa entende-se tudo aquilo como já admitido ou que se tinha conhecimento.

Nesse sentido, uma vez que o discurso busca promover uma modificação no ouvinte, mesmo que passageira, é imprescindível que esse ouvinte conceda uma credibilidade inicial para acompanhar o orador. Uma vez que o ouvinte conceda a credibilidade inicial (aquilo que já é acreditado) nasce a possibilidade de se alcançar a credibilidade final, ou seja, aceitar as conclusões e as conseqüências decorrentes respectivamente. Por essa razão, Olavo de Carvalho menciona que o discurso é “o trânsito do acreditado ao acreditável, por meio de um encadeamento de nexos”.⁷

Assim, pode-se atestar que eficaz será o discurso capaz de alcançar a credibilidade final do ouvinte e, por decorrência lógica, o discurso não eficaz será todo aquele que, mesmo partindo da credibilidade inicial, não é capaz de alcançar a credibilidade final (resulta na credibilidade final negativa).

Uma vez que se tenha compreendido o discurso como o caminhar do acreditado até o acreditável, por meio de nexos de ligação, cumpre verificar a credibilidade das premissas, pois conforme essas se alcançará a credibilidade da conclusão. Sendo assim, quais são as possíveis gradações da credibilidade em relação ao discurso?

Entre o máximo e o mínimo de credibilidade há a necessidade em se estabelecer níveis de aceitação da premissa. O pólo que representa a máxima que uma premissa pode alcançar denomina-se certeza. O outro extremo é denominado como possível.

Com base em Aristóteles, os quatro níveis de veracidade são: o certo, o provável, o verossímil e o possível. Assim, essas são as quatro premissas as quais os discursos podem tomar como ponto de partida. Com bases nessas premissas, surgem os quatro discursos (com base no *Organon* de Aristóteles), quais sejam: o discurso analítico, o discurso dialético, o discurso retórico e o discurso poético.

A cada um dos discursos acima há características peculiares que os diferenciam dos demais.⁸ Dessa forma, inicia-se pelo discurso analítico. Dalla-Rosa afirma que o *discurso analítico* (também denominado lógico-formal é “aquele que parte

⁶ CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996, p. 86.

⁷ CARVALHO, Olavo de. *Op. cit.* p. 87.

⁸ Nesse sentido são os comentários de DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Op. cit.* p. 35; CARVALHO, Olavo de. *Op. cit.* p. 98-113.

de premissas tidas como absolutamente certas, ou universalmente aceitas, e procede num desenvolvimento rigoroso segundo as leis formais de pensamento”.⁹ Por estar pautado em premissas inquestionáveis, além de buscar resultados absolutamente corretos, a credibilidade desse discurso depende da capacidade do ouvinte em acompanhar o raciocínio lógico sem desvio de atenção, além de ter conhecimento da veracidade absoluta das premissas.

Por sua vez, o *discurso dialético* parte de premissas que podem até ser incertas, entretanto são aceitas por determinado público conhecedor do assunto. A busca pelo convencimento se dá por meios racionais, independentemente do que o ouvinte deseja. Para isso, basta, em tese, que o ouvinte consinta com as premissas do orador. A credibilidade do discurso dialético depende que o ouvinte se comprometa a seguir a lógica do argumento além de encontrar premissas em comum.

O *discurso retórico* parte de convicções do público (falsas ou verdadeiras), na qual a platéia é levada a uma conclusão verossímil. O objetivo principal está no ato de persuadir outrem. Em síntese, traz consigo um comando a ser obedecido, ou um apelo a ser atendido. Dessa forma, o discurso retórico busca a ação do ouvinte naquele exato momento, pouco importando o arrependimento em momento futuro. Essa é a razão pela qual o discurso retórico requer interpretação única, pois, caso não o seja, não terá eficácia. Um claro exemplo está no advogado que, perante o Tribunal do Júri, busca que os jurados decidam conforme o apelo ali empregado. Caso a interpretação seja diferente para cada um dos jurados, a ordem (implícita ou explícita) transmitida pode não proporcionar qualquer resultado.

O *discurso poético* parte de hábitos mentais imaginativos do público que aceita provisoriamente como verdadeiros algo que em momento pretérito se admitiu como uma ficção. Para se apreciar a poesia faz-se necessária a suspensão da dúvida, da exigência do real. Assim, o ouvinte tem condição de participar de forma mais dinâmica naquilo que lhe é sugerido. Há a necessidade da *suspension of disbelief*, que é o ato de suspender a crítica realista.

Utilizando-se dos ensinamentos da teoria do discurso nasce a possibilidade de se visualizar, ainda que minimamente, que o discurso poético e o retórico não seriam os mais eficazes para a concretização dos direitos fundamentais sociais: com o primeiro pelo simples fato característico de admitir-se a ficção, pelo

segundo naquilo que se exterioriza a ação do ouvinte tão somente a determinado momento.

Assim, restam o analítico e o dialético. Aplicar o discurso analítico para o Direito (ciência social aplicada) parece ser tarefa de grande dificuldade tendo em vista premissas inquestionáveis e resultados absolutos. Por exclusão, se alcança o discurso dialético como sendo aquele que, salvo melhor juízo, seria o mais eficaz na concretização dos direitos fundamentais sociais por, no mínimo, ser capaz de racionalmente modificar a concepção de outrem, ainda que este não o deseje inicialmente.

Nessa linha, é evidente que os argumentos utilizados para impedir a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais sociais precisam ser revisitados e, tão logo, substituídos por um discurso que não mais esteja preocupado com a ilusão do real, mas com a demonstração racional de meios aptos a concretizar tais direitos.

Dessa forma, uma vez que se tenha apresentada as características de cada discurso, adentra-se aos direitos fundamentais sociais para, ao final, propor um caminho de materialização desses.

III. A Constituição de 1988 e os direitos fundamentais sociais: por um discurso para além de direitos meramente simbólicos

Em 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. Compreender a Constituição Cidadã é, também, apreender sobre o momento no qual se instalou a Assembléia Nacional Constituinte, principalmente, pelo fato de ter a sociedade brasileira vivenciado mais de duas décadas de regime militar ditatorial (1964 – 1985). Sobre o tema, afirma Flávia Piovesan que: “A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. (...) marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, estando dentre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria”.¹⁰

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 52 - 53.

É cristalino que, desde o preâmbulo, a Constituição possui nítida preocupação para com o exercício da cidadania, da construção do Estado Democrático de Direito que está “(...) destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”.

Além de instaurar e resgatar a democracia, a Constituição de 1988 deixa evidente, até mesmo na disposição dos artigos, a mudança que proporcionou à sociedade. Jorge Miranda afirma que: “diversamente de todas as anteriores Constituições, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação as demais matérias”.¹¹ Talvez, tudo o que se mencione sobre a Constituição de 1988 possa ser resumido nas precisas e felizes palavras do Professor Zulmar Fachin: “A Carta Magna tem compromisso indubioso com a pessoa humana. Nesse campo, trata-se de um dos documentos constitucionais mais avançados já produzidos no mundo (...) Pode-se identificar na Constituição o ideário Kantiano: as coisas têm preço; o homem, dignidade”.¹²

Ao abordar os direitos fundamentais, com base na ampla doutrina nacional, poderia surgir a “necessidade” em se apontar o que se denominou por dimensões (ou gerações) desses direitos. O presente trabalho não possui esse objetivo. Assim, parte-se do entendimento no qual os direitos fundamentais sociais são aqueles pelos quais a atuação positiva do Estado é necessária. Nas lições de Celso Lafer seria “um direito de participar do bem-estar social”.¹³

Esse rol de direitos é visualizado como os direitos sociais, econômicos e culturais, nitidamente, relacionados com a base social do Estado. Ingo Wolfgang Sarlet ensina que “a utilização da expressão social encontra justificativa na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social (...)”.¹⁴ O individualismo marcante de outrora abre espaço para um discurso voltado à justiça social. São considerados pela doutrina como direitos nos quais o Estado detém o papel de promovê-los, através da criação, ou melhoria dos serviços públicos – *status positivo*: são efetivados *através* do Estado.

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 150.

¹² FACHIN, Zulmar. *Teoria geral do direito constitucional*. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006, p. 106.

¹³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 127.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 57.

Um entrave à materialização dos direitos sociais está no campo da aplicabilidade, vez que ainda existem resquícios discursivos quanto a serem os direitos de liberdade dotados de aplicabilidade imediata, enquanto que os direitos sociais necessitariam da atividade integradora do legislador ordinário. Além desse trabalho não se perfilar a essa corrente, a própria Constituição determina a imediata aplicação dos direitos fundamentais, (artigo 5º, § 1º).

No Brasil, a consolidação dos direitos sociais passou e, ainda enfrenta notas de grandes dificuldades. Desde a própria Constituição de 1934 (responsável pela positivação desses na ordem interna), até os dias atuais, com discussões intermináveis sobre atividade integradora do legislador, eficácia das normas constitucionais, entre outras. Assim, a partir da promulgação da Constituição de 1988, diante de um grande clamor social, volta-se para o caminhar de solidificação dos citados direitos.¹⁵

Nesse momento, cumprem apontar quais são os dois argumentos (principais) utilizados pelos que defendem uma categoria diferenciada dos direitos sociais em relação aos demais direitos fundamentais (individuais). Basicamente, os discursos quanto à inaplicabilidade imediata dos direitos sociais gravitam em dois campos: a) os direitos sociais são formados por normas vagas e imprecisas, fato esse que impede a aplicabilidade imediata, sendo imprescindível a integração legislativa; b) os direitos sociais são custosos, sendo que o Estado só poderá adimpli-los após a satisfação dos demais direitos e custos estatais.

Ao primeiro argumento a própria interpretação literal, somada a leitura do índice da Constituição é apta, por si só, a afastar qualquer discurso em contrário, pois, em inteligência ao artigo 5, § 1º, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Dessa forma, inseridos no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) estão não apenas os direitos e deveres individuais e coletivos, mas, também, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos. Nesse ponto, adverte João Luiz M. Esteves: “É necessário compreender que cada vez mais vem perdendo força argumentativa a doutrina que pretende restringir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais

¹⁵ Tamanha é a divergência quanto ao tema que, no tocante aos direitos sociais e ao mínimo existencial, Ricardo Lobo Torres afirma: “Os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos *interesses fundamentais*, ou pela *jusfundamentalidade*. A idéia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a idéia de direitos fundamentais *stricto sensu*. Os direitos fundamentais originários, ao contrário, são válidos em sua dimensão originária”. TORRES, Ricardo Lobo Torres. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*, p. 02. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

sociais, em vista de que se vem uniformizando o entendimento de que o caráter aberto dessas normas e seu caráter principiológico não são impeditivos de imediata aplicabilidade”.¹⁶

Quanto ao segundo argumento, necessária é uma maior atenção. Argumenta-se que os direitos sociais são custosos, pois, ao contrário dos direitos de liberdade, que exigem um não agir do Estado, os de segunda necessitam uma prestação estatal. Parece não ser lógico e tão pouco verossímil acreditar que os direitos negativos, por “não exigirem” um agir do Estado tão logo não possuem qualquer custo. Para além, há aqueles que afirmam que os direitos sociais, por serem naturalmente prestacionais, consomem todas as verbas públicas.

Em um país como o Brasil, objetivamente quanto aos conflitos e invasões das propriedades privadas, ingênuo e fantasioso seria acreditar que o Estado nada gasta para coibir ilegalidades, turbações, esbulhos de seus cidadãos. Caso não existisse custo, como manter a força policial, o Poder Judiciário, o sistema penal? Não se duvida que todos os direitos, maiores ou menores, positivos ou negativos, possuem um custo.

Por fim, sobre os direitos sociais e a técnica de positivação desses, Canotilho ensina que esta ocorre através de uma eleição racional de enunciados semânticos ou ditos constitucionais que, em resumo, podem ser assim distribuídos:

a) positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais sob a forma de *normas programáticas* definidoras de tarefas e fins do Estado de conteúdo eminentemente social;

b) positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais na qualidade de *normas de organização* atributivas de competência para a emanção de medidas relevantes nos planos econômico, social e cultural;

c) positivação dos direitos sociais através da consagração constitucional de *garantias institucionais* obrigando o legislador a proteger a essência

¹⁶ ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007, p. 49. Ainda sobre o tema, Andreas Joachim Krell ensina: “(...) os direitos fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei. O seu conteúdo não precisa ser concretizado por lei, eles possuem conteúdo que pode ser definido na própria tradição da civilização ocidental-cristã, da qual o Brasil faz parte. A sua regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil pela certeza e segurança que criar às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos”. KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos* (uma visão comparativa). Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 36, 1999, p. 243.

de certas instituições (família, administração local, saúde pública) e adotar medidas estritamente conexas com o valor social eminente dessas instituições;

d) positivamente dos direitos sociais como *direitos subjetivos públicos*, isto é, direitos inerentes ao espaço existencial dos cidadãos.¹⁷

Destaca-se que a efetivação dos direitos sociais é matéria urgente, ainda mais em se tratando de países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil. A desigualdade social, associada às mais diversas carências, por vezes, vitais para a própria manutenção da vida em que o mínimo de dignidade, infelizmente, encontra-se aquém da linha da miséria, não podem permitir caprichos discursivos que tentem retirar a eficácia do dispositivo constitucional.

IV. Considerações finais

É preciso afastar as práticas discursivas que visam imprimir a ineficácia dos direitos fundamentais sociais. Esses direitos devem ser vistos como o viver com dignidade no seio social. Superar barreiras, demonstrar os equívocos dos discursos do passado, assim como estimular o debate social são tarefas imprescindíveis para a concretização dos direitos sociais e, tão logo, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária que não se resuma apenas na folha de papel da atual Constituição.

Por fim, defende-se a adoção de um discurso em que as realidades sociais não sejam encobertas ou dissimuladas através de reforços retóricos, mas, ao contrário, promove-se o discurso em que os direitos sociais deixem de ser tão somente direitos simbólicos, para que sejam convertidos em direitos de cada homem convivendo em sociedade. Assim, entende-se pela adoção do discurso embasado na razão.

É certo o quão urgente se faz a concretização dos direitos sociais: por uma transformação do discurso e da vida!

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manoel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 37-38.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre direitos constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO, Olavo de. *Aristóteles em nova perspectiva*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

ESTEVES, João Luiz M. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

FACHIN, Zulmar. *Teoria geral do direito constitucional*. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, n. 36, 1999.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

TORRES, Ricardo Lobo Torres. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.