



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS
DOUTORADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: SOCIOLOGIA**

**DA FALA DAS RUAS À FALA DOS TRIBUNAIS:
A Retórica Jurídica e seus Impactos nas Relações Sociais.**

Evanilde Gomes Franco

BELÉM-PA

2009



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS
DOUTORADO EM CIÊNCIAS SOCIAIS
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: SOCIOLOGIA**

**DA FALA DAS RUAS À FALA DOS TRIBUNAIS:
A Retórica Jurídica e seus Impactos nas Relações Sociais.**

Evanilde Gomes Franco

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, da Universidade Federal da Pará, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciências Sociais.

Área de concentração: Sociologia

Orientadora: Profa. Dra. Violeta Refkalefsky Loureiro.

BELÉM-PA

2009

Franco, Evanilde Gomes

Da fala das ruas à fala dos tribunais: a retórica jurídica e seus impactos nas relações sociais / Evanilde Franco. – Belém: UFPA, 2009.
244p.

1. Direito - linguagem. 2. Semiótica (Direito). 3. Retórica. 4. Sociologia Jurídica. I. Título.

CDD- 340.1

EVANILDE GOMES FRANCO

**DA FALA DAS RUAS À FALA DOS TRIBUNAIS:
A RETÓRICA JURÍDICA E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES
SOCIAIS**

Tese submetida à avaliação como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências Sociais.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Profa. Dra. Violeta Refkalefsky Loureiro
Universidade Federal do Pará

Examinador externo: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra
Universidade Federal do Ceará

Examinador interno: Prof. Dr. Raimundo Heraldo Maués
Universidade Federal do Pará

Examinador interno: Prof. Dr. Luis Fernando Cardoso
Universidade Federal do Pará

Examinador externo: Prof. Dr. João de Jesus Paes Loureiro
Universidade Federal do Pará

Aprovado: _____

Belém, _____ de _____ 2009.

Ao meu pai.
À minha família,
pela dádiva do sentimento amoroso.

AGRADECIMENTOS

É uma tarefa prazerosa agradecer a todos que apoiaram, contribuíram e torceram para que este trabalho pudesse chegar ao fechamento.

Aos amigos da Defensoria Pública, pela colaboração e participação na fase de coleta de dados.

Aos membros e técnicos do Ministério Público do Pará, pela possibilidade de acesso aos processos e pelas entrevistas concedidas. Em particular, deixo registrado meu agradecimento à amiga, promotora, Dra. Léa Rocha, pela inigualável generosidade em comigo partilhar seus muitos casos de justiça e oportunizar o debate acadêmico em torno de tantas decisões a tomar no calor dos gabinetes.

Aos companheiros de trabalho na Comissão de Direitos Humanos da OAB, por toda a seriedade e dedicação na luta por justas causas.

À Universidade da Amazônia – UNAMA, pelo apoio institucional para realizar estudos de doutoramento.

À estimada Dra. Vera Andersen Pinheiro, amiga-irmã, promotora de Justiça, pelo trabalho humano que realiza na vara de família da capital, Belém, e que ao longo das experiências partilhadas em razão desta tese fez renovar em mim a crença na justiça, ainda que sob novos paradigmas.

À amiga Diuvana Sabel, pela assistência técnica e pelos chamados de urgência em nome dos problemas com a inteligência artificial indispensável à feitura desta tese.

À amiga Ana Vilacy Galucio, experiente pesquisadora, pelo incentivo a prosseguir no momento mais crítico da tempestade.

Aos professores doutores Daniel Brito e Raimundo Heraldo Maués, pelos valiosos comentários, orientações, “instigações” e sugestões durante a qualificação deste estudo.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, da Universidade Federal do Pará, Alex Fiúza de Melo, Heraldo Maués, Daniel Brito, Kátia Mendonça, Paulo Coroa, e Violeta Loureiro, pelos ensinamentos, pelo estímulo à pesquisa, e pelo compromisso para com o conhecimento na Amazônia.

Aos estimados colegas do curso de doutorado, pelo auxílio nos momentos de dificuldade quando precisei navegar mares revoltos e superar ondas inesperadas,

por me “estenderem a corda” para novamente subir no barco e vencer Netuno, em especial agradeço à Ida Lenir, e ao Jaime.

Aos funcionários do PPGCS, Paulo e Rosângela, pelo sempre cordial tratamento dispensado aos alunos do programa, e pela inestimável ajuda nas questões administrativo-acadêmicas.

À Silvia Maradei, por sua inteligência provocadora, pela vitalidade das interlocuções contagiantes e por ter conseguido transformar longas e incansáveis horas de trabalho em devoção.

Por fim, com o apelo de quem precisa dizer além das palavras, sou profundamente grata à minha orientadora, professora Violeta Refkalefsky Loureiro, pela amizade e confiança, e pelo grande significado de suas orientações para este trabalho ao compor comigo diálogos elucidativos no campo das ciências sociais, ajudando-me a nivelar a assimetria de minha experiência como pesquisadora e fazendo de sua casa um *locus* intelectual tão estimulante.

Delator. Homem, nada de sermões! Me dê asas!

Bom de Lábia. Agora, enquanto falo, estou lhe dando asas.

Delator. E como dar asas a alguém com palavras?

Bom de Lábia. Graças às palavras todos levantam vôo.

Delator. Todos?

Bom de Lábia. Isso mesmo. Graças às palavras a mente fica suspensa nos ares e o homem se eleva.

Aristófanes.

RESUMO

O trabalho apresenta o universo da linguagem jurídica sob o ponto de vista da semiótica do direito. Traz à análise as formulações argumentativas traduzidas pela retórica e visa mostrar como estas estabelecem tensões sociais a partir da relação que envolve os vários componentes do discurso do direito que se encontram nas funções de legitimação, neutralização, dominação, e delimitação da ordem idealizada pelo Estado. Faz uma análise do discurso e da retórica, à luz da racionalidade e da fundamentação que servem à legitimação exercida pela norma a partir do exame de material processual arquivado em sede de diversos órgãos da justiça na capital, Belém, e em alguns municípios no Pará, e em entrevistas. Tem como referência as contradições entre o sistema de racionalidade jurídica e a forma como o mesmo ganha vida no plano da concreção, identifica como a produção do direito remete à questão da democracia e do Estado de direito, concebidos pelo discurso, que pode aproximar ou afastar a justiça do cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Linguagem Jurídica. Argumentação. Retórica. Discurso. Fundamentação. Norma. Racionalidade Jurídica e Democracia.

ABSTRACT

This work presents the universe of legal language from the point of view of the semiotics of law. It brings up the analysis and the formulations of the argumentative aspects involved in law rhetorical themes aimed at showing how the argumentative force of legal speech establishes a kind of social tension starting from the relations among the various components of legal language which can be found in legitimation, neutralization, domination, and delimitation of the order created by the state. The research is an analysis of discourse and rhetoric in the light of rationality and the fundamentation that comes to the legitimation developed by state law. A rigorous exam of prosecution data was collected in order to discuss the actions of the Courts of justice in Pará. There was also the use of some interviews with authorities in this area. The references were those of contradictions between the system of law rationality and the way it is actually used in the legal domain, it identifies the connection between democracy and the state of law, all included in legal speech which can bring judicial system near the common citizen or push them apart.

KEYWORDS: Legal Language. Argumentation. Rhetoric. Speech. Reasoning. Rule. Legal Rationality and Democracy.

LISTA DE ABREVIATURAS

CCB –	Código Civil Brasileiro
CDC –	Código de Defesa do Consumidor
CEDECA/Emaús –	Centro de Defesa da Criança e do Adolescente
CF –	Constituição Federal
CP –	Código Penal
CPC –	Código de Processo Civil
CPP –	Código de Processo Penal
DJU –	Diário de Justiça da União
DNA –	Ácido Desoxirribonucleico
DOE –	Diário Oficial do Estado
DP –	Delegacia de Polícia
FUNCAP –	Fundação da Criança e do Adolescente do Pará
FUNPAPA –	Fundação Papa João XXIII
IML –	Instituto Médico Legal
MM –	Meritíssimo (juiz)
MP –	Ministério Público
MST –	Movimento dos Sem-Terra
NDDHDP –	Núcleo de Defesa de Direitos Humanos da Defensoria Pública
NPJ–FAP –	Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade do Pará
OAB –	Ordem dos Advogados do Brasil
PIB –	Produto Interno Bruto
PROCON –	Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor
RBS TV –	Rede Brasil Sul de Comunicação
SEAD –	Secretaria de Administração
IPASEP –	Instituto de Previdência e Assistência Social do Estado do Pará
SEMA –	Secretaria de Meio Ambiente
SESPA –	Secretaria de Estado de Saúde
SETEPS –	Secretaria de Trabalho e Promoção Social
STF –	Supremo Tribunal Federal
STJ –	Superior Tribunal de Justiça
SUSIPE –	Superintendência do Sistema Penal
TJE-PA –	Tribunal de Justiça do Estado do Pará
TRT –	Tribunal Regional do Trabalho

LISTA DO NÚMERO DOS PROCESSOS UTILIZADOS

Número	Descrição
133.2007.2.000556-8 –	Ação Penal – Vara Penal
19991010305-1 –	Ação de Alimentos – Vara Civil
2001.108381-5 –	Ação Civil Pública
2001.1.008381-7 –	Contestação em Ação Penal – Vara Penal
2003.1.048.572-4 –	Ação de Justificação Judicial de Concubinato – Vara Civil
2003.1.086.432-8 –	Contestação em Ação Civil- Vara Civil
020051033210 –	Ação Civil Pública
2006.1000.448-0 –	Ação de Regulamentação de Direito de Visitas – Vara Civil
2008.1.078.703-4 –	Ação de Investigação de Paternidade.
20081051068-3 –	Ação de Exoneração de Pensão Alimentícia
2008.1000.799-9 –	Decisão Interlocutória.
2008.1000.473-5 –	Sentença em ação civil pública.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 – A LINGUAGEM – DA TEORIZAÇÃO À VIVÊNCIA: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA À COMPREENSÃO DO DISCURSO JURÍDICO	56
1.1 LÍNGUA, FALA E SISTEMAS COMPLEXOS	58
1.2 AS FUNÇÕES DA LINGUAGEM E A LINGUAGEM DO DIREITO	65
1.3 A ESTRUTURA SIMBÓLICA DA LINGUAGEM E SUA REPRESENTAÇÃO	76
1.4 O SIGNO	86
1.5 O SIGNIFICADO	95
CAPÍTULO 2 - DIREITO, COMUNICAÇÃO E SOCIEDADE	98
2.1 PADRÕES CULTURAIS E CONSEQUÊNCIAS NO SISTEMA SEMIOLÓGICO JURÍDICO	98
2.2 O CORPO LEXICOLÓGICO JURÍDICO	125
2.3 O CORPO SEMÂNTICO JURÍDICO	130
2.4 O CONTEÚDO DA LINGUAGEM JURÍDICA.....	139
2.4.1 <i>A Metalinguagem do Direito</i>	142
2.4.2 <i>A Atribuição de Sentido Como Meio de Aplicação; Por Que a Lei Parece Ser Sempre Deficiente?</i>	148
CAPÍTULO 3 – AS INFLUÊNCIAS DO DISCURSO JURÍDICO NA RELAÇÃO COMUNICADOR – ESTADO E RECEPTOR – INDIVÍDUO SOCIAL	156
3.1 COMO AS ESTRUTURAS POLÍTICAS DO ESTADO JUDICIALIZAM A ASSISTÊNCIA SOCIAL E O ACESSO À JUSTIÇA	156
3.2 A PLASTICIDADE DO DIREITO PARA OPERAR NORMAS GENÉRICAS E ABERTAS.....	159
3.3 A FLEXIBILIDADE DA AUTONOMIA LEGAL FACE À SUPREMACIA DAS CONDIÇÕES SOCIAIS.	165
CAPÍTULO 4 - O ESPAÇO PÚBLICO JUDICIAL: A TENSÃO ENTRE A FATICIDADE E A VALIDADE DAS NORMAS	171
4.1 A PARTICIPAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA ESFERA DEMOCRÁTICA PELA VIA DA AÇÃO COMUNICATIVA	171
4.2 A CONEXÃO NECESSÁRIA ENTRE A FATICIDADE E A VALIDADE DA NORMA	179
4.3 O FUNDAMENTO E A LEGITIMIDADE NA VISÃO DE HABERMAS	182
4.4 UMA REANÁLISE DO CONSENSO A PARTIR DA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA	190
CAPÍTULO 5 – OS COMPONENTES DO DISCURSO JURÍDICO COMO MECANISMO DE NEUTRALIZAÇÃO, DOMINAÇÃO E DELIMITAÇÃO NORMATIVA	193
5.1 O DISCURSO JURÍDICO COMO DELIMITADOR DE VALORES SOCIAIS.	193
5.2 A JUSTIÇA DE ACORDO COM O DIREITO – A TENSÃO ENTRE OS DIVERSOS REQUISITOS DA RACIONALIDADE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E AS DEDUÇÕES IDEOLÓGICAS.....	198
5.3 A RETÓRICA JURÍDICA E OS OBSTÁCULOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS	206
5.4 DAS CORTES ÀS RUAS: A DIFÍCIL CONSTRUÇÃO DA FALA QUE REALIZA O DIREITO	211
CONSIDERAÇÕES FINAIS	223
REFERÊNCIAS	236
ANEXO I – ROTEIRO DE ENTREVISTAS	241

INTRODUÇÃO

A arte e o efeito de argumentar se revestem de importância fundamental, sobretudo nas atividades da área jurídica. Sua abordagem tem por objeto as técnicas de desenvolvimento do raciocínio, bem como os processos de persuasão aos quais os profissionais do direito (juízes, juristas, professores, promotores, defensores, advogados e outros operadores das normas) recorrem para tornar verossímeis (com efeito de verdade) as decisões jurídicas ou os arrazoados referentes à interpretação do direito. Tornam-se presentes, nesse contexto, as várias significações da linguagem, assim como as técnicas de elaboração do processo argumentativo.

É necessário levar em consideração as condicionantes que o argumento sofre para se tornar eficaz e, a partir de sua eficácia, as consequências do chamado discurso jurídico sobre a sociedade, no que diz respeito às lutas travadas em torno do direito e suas representações. Esta necessidade se verifica desde os conceitos jurídicos mais polêmicos: igualdade, justiça, equidade, dignidade humana, função social da propriedade etc. e de como tais conceitos são positivados a partir dos instrumentos da linguagem política e social, além de incluir a teatralidade dos tribunais. Esta última está representada por um conjunto de elementos: o suntuosismo do espaço físico, a complexa linguagem processual, os inexplicáveis prazos processuais, os incontáveis recursos possíveis, as indecifráveis peças processuais, até chegar à linguagem jurídica propriamente dita, ou ainda, nos meios semiológicos de representação dos quais se vale o direito, como os pareceres, as sentenças, as súmulas, as liminares, as leis.

Assim, sintetizar os fundamentos da prática argumentativa utilizando-se do direito e do que abriga sua linguagem específica e sua retórica muito particular, sob uma perspectiva científica ou lógica de elaboração, não é tarefa das mais simples. Isto porque a construção da argumentação e da interpretação jurídicas, tendo como premissas as ambiguidades e as nuances conotativas da linguagem em seu uso costumeiro, quando no universo das normas, pode assumir, e assume, significações múltiplas no meio social. Algumas significações dos discursos formulados por grande parte dos representantes do povo no campo jurídico ou a serviço deste não são compreendidos pelas massas que a eles recorrem.

Há de mencionar-se, ainda, que o direito não representa apenas uma forma do saber cultural. O direito forma, antes de tudo, um componente importante do sistema de instituições sociais.

Assim é que, na militância profissional por mim exercida nos limites dos fóruns desta e de outras capitais, assim como também nos limites dos cursos de direito existentes em Belém e nos quais estão localizados os escritórios de prática jurídica (cujo objetivo é prestar atendimento à comunidade no acesso à justiça através do trabalho dos acadêmicos), pude observar conflitos decorrentes do aparato retórico que envolve todos os meios de linguagem jurídica. E eles atingem a vida de pessoas do povo, muitas vezes fragilizadas pela necessidade de uma resposta da justiça aos seus conflitos. Assim como, pela alongada espera por formalidades processuais que se multiplicam em recursos sucedidos por novos recursos, procedimentos seguidos de novos procedimentos, atos sucedidos por novos atos. E, por fim, fragilizadas por não entenderem as respostas oferecidas pela justiça, através dos instrumentos materializados nos signos que são os processos, as sentenças, as decisões administrativas etc.

Nessa atividade eu percebia que as pessoas não se satisfaziam ou não se convenciam com as respostas sucintas recebidas resumidamente por quem as explicava. Geralmente pediam para ler seus conteúdos *no papel*, achando que com isso diminuiriam a falta de compreensão. Porém, quando assim o faziam, comentavam com frases do gênero: “Não adianta, não dá para entender o que esse “povo” da justiça quer dizer, vou procurar algum advogado que possa me explicar.”

Nessas ocasiões, eu me indagava interiormente: se o acesso à justiça é uma garantia fundamental e a Constituição referenda essa garantia, pode-se dizer que o cidadão, atendido dessa forma pelos “tribunais”, tenha, realmente, consagrado este direito elementar e constitucionalmente edificado, uma vez que o direito a ele apresentado não é compreendido por ele?

Constatado isso, a questão que imediatamente emerge é: que caminho pode levar à mitigação dessa lacuna? Decerto que é necessário repensar o sistema de racionalidade que instrumenta as ações dos agentes da justiça no que diz respeito à linguagem, e ao discurso que dela se origina. Assim, entender a retórica que serve de baliza a essa linguagem converteu-se para mim numa problemática que precisava ser melhor investigada. Entretanto, fazer isso apenas nos tribunais não resolveria a questão investigativa, já que o campo jurídico excede a esfera dos

tribunais; era necessário conhecer os outros espaços ocupados pelo direito e verificar se neles havia, também, as mesmas lacunas, o que passei a observar mais cuidadosamente nos anos de 2001 e 2002, quando fiz parte de algumas das comissões da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pará. Nelas tive a oportunidade de travar contato com os mais diversos problemas no campo dos direitos. Foi esse contexto que me motivou a estudar a linguagem jurídica, o discurso dela decorrente e sua rica retórica, objeto de tamanha dificuldade para os cidadãos face aos tribunais. Mas, a tarefa exigia o esforço de situar o objeto de estudo no âmbito de várias instituições: Ministério Público, Defensoria Pública, Secretarias, PROCON, Juizados de Pequenas Causas, Juizados Especiais, Cartórios, Núcleos de Prática Jurídica, enfim, até onde esses conflitos humanos se estendam, impondo a necessidade do discurso mediador desses conflitos; afinal, o direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. E constatei que em todos eles o problema se repetia, não se limitando a uma instituição específica do campo jurídico.

De outro lado, eu prosseguia na análise e verificava que as instituições jurídicas distinguem-se de outras ordens institucionais, visto que elas julgam apresentar um elevado grau de racionalidade. Isto porque incorporam um sistema de saber mantido dogmaticamente, altamente burocratizado e interligado com uma moral conduzida por princípios e valores. Talvez estivesse aí uma das chaves para elucidar o mistério não decifrado por grande parte da população que se serve da justiça.

Quando em 2002 iniciei as atividades que me aproximaram da Comissão de Direitos Humanos da OAB, comecei também a delinear os primeiros passos para as investigações constantes desta tese. A partir de então, conversava com juízes, promotores, procuradores, advogados, defensores, estagiários das instituições jurídicas e observava neles uma predisposição, inconsciente talvez, decorrente de hábito ou vício profissional, para a reprodução de modelos jurídicos herméticos e dogmáticos, sob o ponto de vista da linguagem e do discurso. E percebia neles pouca ou nenhuma preocupação com o destinatário final – o cidadão comum. No entanto, ele é a razão de ser da justiça, a quem a justiça deve respeito, o que implica fornecer informações claras e compreensíveis para que haja um entendimento comum das questões relatadas nos processos. Com frequência, a linguagem incompreensível da justiça tem o poder de decidir sobre o destino de uma

criança que está no “meio de um fogo cruzado” provocado pela irracionalidade dos pais numa disputa conjugal; de decidir sobre a sobrevivência material de um idoso que, com razão e fundado na justiça, luta por uma aposentadoria que só chegaria após seu óbito, tamanha a demora nas deliberações protocolares da justiça; ou ainda, de decidir sobre a moradia de centenas de famílias cujos imóveis são objeto de desapropriação e cujos valores indenizados pelo Estado mostram-se materialmente insuficientes para a aquisição e a acomodação digna numa nova moradia.

Por outro lado, causava-me espécie o fato de, ao conversar com as pessoas que aguardavam informações sobre seus processos nas salas de atendimento da Defensoria Pública, com o objetivo de auxiliá-las, elas se mostrarem incapazes de me informar, ainda que brevemente, sobre o andamento da questão, em que fase ou momento decisório se encontravam seus processos, ou outros pontos. Não compreendiam a linguagem utilizada pelos operadores do direito os quais com elas tratavam tampouco os discursos formais a elas dirigidos. Diziam ter vergonha de solicitar maiores esclarecimentos porque os *doutores* não gostavam de explicar. Muitos dos *doutores* a que se referiam, eram simplesmente os funcionários administrativos, atendentes etc. que também assimilavam o mesmo vocabulário do direito e faziam da inatingível linguagem processual um meio de valorizar seu *status* e assim parecerem *superiores*.

À medida que realizava as primeiras observações, a partir, inicialmente, de conversas informais, e posteriormente, de entrevistas sistematizadas, assistia a um quadro bastante instigador da pesquisa: tratava-se de detectar a existência de certa tensão provocada pela argumentação jurídica, e que se originava do vazio existente entre o fato e a norma, no que concerne à sua validade. Constatei, ao lidar com incontáveis casos e situações diversas, que nem sempre a norma se aproxima do fato em questão, como deveria ser. Além disso, me apercebi do fato de que o direito sofre uma crise de identidade no que se refere ao poder de organizar a sociedade com vistas a garantir segurança e funcionalidade às estruturas que compõem os espaços sociais de convivência. À medida que o tradicional modelo de *direito positivo* entra em crise de identidade, mais os responsáveis pelos processos de regulamentação social buscam o que, para Habermas (1989, p.19), é a fundamentação de base das decisões normativas, assim entendida a pretensão de validade em relação aos proferimentos. Em outra forma de expressão, é o

cruzamento da normatividade e da racionalidade no campo dos argumentos de verdade que envolvem as normas.

Retorna-se sempre à linguagem e sua dimensão. Mas, como se estabelecem as diversas significações da linguagem? A evolução das técnicas de elaboração do discurso e do processo argumentativo obedece a uma espécie de *adequação* aos clamores ou necessidades do povo, mas é administrada pelas forças institucionalizadas do Estado. Afirmar que tudo se funda na linguagem, que o direito é linguagem, que seu funcionamento desliza sobre pressupostos linguísticos, consiste num evidente exagero; como também consiste numa visão parcial, ainda que importante do problema e não resolve a questão, em sua complexidade e amplitude.

Assim, formulei a discussão em torno de dois elementos-chaves (além de ter recorrido a outros aportes teóricos que muito me auxiliaram na compreensão do problema). Esses elementos podem servir para explicar, pelo menos parcialmente, a lacuna existente entre o direito buscado e não alcançado pelo cidadão, e o direito institucionalizado nos espaços de administração da justiça, cujo fundamento não deixa de ser, teleologicamente, o próprio cidadão. Trata-se, desse modo, de responder por que o direito não atende ao direito, entendendo a linguagem, o discurso e a argumentação como elementos em torno da qual giram grandes dificuldades para a consecussão desse objetivo. Em torno deste ponto central, dois aportes teóricos fundamentais foram estabelecidos. O primeiro deles foi o *conceito do agir comunicativo*, de Habermas (1989 e outras).

O agir comunicativo consiste na teoria que, segundo a qual, ele oferece um novo rumo à discussão em torno das relações sociais, ao situá-las como um fenômeno político de natureza comunicacional, simbólica, e fática. E cuja estrutura de construção envolve a argumentação da realidade, com o objetivo do entendimento entre os interlocutores; tal entendimento surge no momento em que os sujeitos, a partir do agir comunicativo, se tornam emancipados de grande parte de seus problemas sociais e de patologias sociais, através do uso de suas capacidades de racionalizar as ações, por meio da comunicação social. Apresenta a proposta de uma explicação da sociedade moderna tendo como fundamento a construção de ações orientadas para o êxito ou a compreensão entre os sujeitos, que devem se unir para o consenso face às injustiças e problemas que escravizam os homens. Ele reúne elementos da filosofia social e da filosofia da linguagem para demonstrar a

transição entre as atividades voltadas para o êxito em situações não sociais, e para o êxito em situações sociais. Trata-se de uma teoria que coloca em evidência o uso da razão, que se apoia na filosofia linguística e não apenas na filosofia da consciência.

Segundo a teoria da ação comunicativa, o direito submete os homens ao domínio das normas e estas não se mostram suficientes para resolver os conflitos provenientes da convivência social por várias razões, uma delas é a rapidez com que os fatos se antecedem à possibilidade de um padrão de conduta ditado pela ordem vigente. A outra é a realidade normativa, formulada e interpretada de acordo com as instituições que administram a justiça, e que nem sempre possuem o aparato ético e técnico condizente com as vontades e necessidades dos sujeitos. Assim, o cerne da ação comunicativa está em apresentar outro tipo de racionalidade, que embora tácita, está vinculada a uma teoria do discurso, que vise, primordialmente, explicitar as razões de justificação e fundamentação das proposições argumentativas que os sujeitos de direito precisam utilizar para suas interações no mundo da vida. Em outras palavras, o que uma norma, imposta aos cidadãos, determina, pode até ser obstado pelos sujeitos a quem lhe cabe obedecer, mas tal ressalva à obediência normativa deve ser justificada e fundamentada para que não represente ilegitimidade ou ilegalidade. Por outro lado, quando Habermas (1989) invoca o agir comunicativo como forma de verdade que atende bem às premissas de justificativa dos atos justos, o que ele quer dizer é que, através dos recursos do discurso jurídico e da linguagem, é possível alcançar a validade do ato normativo. E de acordo com o fundamento de argumentação dessa validade, chega-se à sua verdade, porque, deste modo, será possível atingir o nível de racionalidade para que tal verdade seja comum a todos que partilham da necessidade de emancipação num dado um conflito.

O agir comunicativo é a situação que torna os sujeitos capazes de partilhar de ações coordenadas para o mesmo fim, pois o que guia tais sujeitos é uma espécie de razão não subjetivista ou meramente funcionalista e sim uma razão emancipatória e comunicativa, uma razão que se funda no objetivo argumentado e de consenso, traduzido pela fala argumentativa de resolução das diferenças. Embora os sujeitos tenham diferenças e vivam em diferentes polos, eles têm necessidades que os aproximam, pois só assim vencerão os espaços vazios deixados pelas normas. Verifica-se, assim, que o conceito habermasiano de

racionalidade está além da capacidade dos sujeitos pensarem, está mais ligado à capacidade dos sujeitos falarem e agirem empregando o saber relacionado às necessidades que envolvem os interlocutores.

O segundo foi o conceito teórico do *campo jurídico*, de Bourdieu (2007, p. 59-73). Para ele um campo consiste num conjunto de forças sociais que interagem no sentido de realizar a produção da sociedade como um espaço social onde se processam relações objetivas; mas é também um conjunto de conhecimentos acumulados que definem uma área de reflexão e ação. As pessoas que interagem num determinado campo adquirem formas próprias de se relacionar, que são válidas dentro e somente válidas naquele campo. Obedecem a um *modus operandi* muito próprio do campo, de tal maneira que essas formas de agir próprias de um campo tornam-se nele *naturalizadas* pelos que nele circulam e agem. Esses modos de agir (que ele designa por *habitus*), constituem-se num certa percepção *de sentido do jogo que não tem necessidade de raciocinar para se orientar e agir de maneira racional num espaço* (p. 62). Para ele, o campo jurídico (p. 211)

constitui-se de um universo social relativamente independente em relação a pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência de violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física.

Não se pense, contudo, que um campo consiste num universo pacificado; ao contrário, ele integra forças que disputam poder, se digladiam por espaço e força dentro do referido campo; e nessa luta, a linguagem não é apenas um elemento-chave do *habitus* jurídico, mas um recurso para a busca ou garantia de poder e espaço.

Ambos foram usados com a pretensão de lançar uma especial atenção sobre os seguintes pontos:

- I- A teatralidade que se desenvolve nos espaços públicos judiciais (os símbolos, a arquitetura da suntuosidade objetiva, os ritos) – elementos estes que intimidam e esmagam o cidadão comum; mas, especialmente a linguagem do direito, impenetráveis para o cidadão comum (inclusive com expressões em latim) e a vasta retórica que se ergue a partir da linguagem, do discurso, e da argumentação jurídica, enfim, elementos que se constituem em características do *habitus* do campo jurídico.

- II-A densa processualística do direito, desde os prazos, as peças e seus “conteúdos técnicos de expressão da justiça”, o léxico conservador de difícil compreensão, e os fundamentos hermenêuticos fechados.
- III- A fala do direito, os meios de aproximação e/ou de afastamento entre as ruas (o povo) e os aplicadores e operadores do direito, investidos nas diversas funções da administração da justiça (juízes, promotores, procuradores, consultores, auditores, técnicos etc, uma vez que todos esses agentes cultivavam a mesma forma de linguagem).
- IV- As discordâncias de juízes, promotores e outros agentes do campo jurídico, versando sobre os mesmos fatos, do que resultam decisões diferentes sobre uma mesma questão; e essas discordâncias, embora fundadas nas mesmas leis, decorrem de interpretações diferentes dos textos legais face aos fatos, bem como de posturas ético-ideológicas diante deles.

Verifica-se, desse modo, um problema de interesse geral que merece melhor investigação: como atuam os mecanismos de Estado sobre a população, pela via de políticas e instituições que se legitimam através dos recursos da linguagem normativa e dos instrumentais da retórica por ela ensejada, uma vez que em um sistema democrático como o vigente, o povo se manifesta através de seus representantes e dos meios processuais de acesso ao direito e à justiça? E ainda – considerando-se que tais meios devem se apresentar sob a forma da legalidade para que possam se legitimar, observa-se que entre o texto normativo e o conteúdo desse mesmo texto normativo existe uma franca hermenêutica de conflitos.

Constata-se, nesse ponto, que os processos argumentativos originários da linguagem e do direito são os elementos que constroem a base política de legitimação do Estado, se considerada a premissa de que há signos que traduzem o mundo, tanto o mundo das ideias, quanto o mundo dos objetos, e que essa tradução se expressa pela língua e pela linguagem. A articulação teoria/prática do discurso legal, construída desde a Escola da Exegese, de Kelsen (1984), até as formulações em torno da pós-modernidade, envolvendo um largo campo de pesquisas sobre argumentação e hermenêutica – entre discurso e realidade – toma solidez quando se investiga o fundamento de racionalidade dessa temática. Não é demais reiterar que não se trata de um estudo apenas sobre linguagem jurídica, mas sim um estudo voltado para a investigação dos fundamentos e da validade do discurso normativo e

sua utilização política, o que justifica uma perspectiva de abordagem combinada com a sociologia do direito. Essa é a propositura da presente análise.

a) Estado da Arte

A preocupação com os pressupostos nos quais se funda a interpretação das leis é um dos temas recorrentes da teoria jurídica contemporânea. Antes, porém, de qualquer análise mais aprofundada desse tema, detecta-se o poder do discurso jurídico. Este é dotado de funções político-ideológicas e atua como uma ferramenta essencial de controle das condições concretas da vida social. Mais do que ser um ponto de análise específica de juristas, este passou a ser objeto de estudos e investigações de várias áreas do conhecimento e de diversas ciências, como bem o fazem, à guisa de exemplo, a antropologia e a sociologia, em especial a sociologia do direito. Por isso, os problemas com a interpretação das leis são retomados, de tempos em tempos, pelos estudiosos do direito e outros, interessados em refletir sobre o processo de concretização do direito na sociedade e o cumprimento da função inerente ao direito, que é a realização da justiça.

O direito caracteriza-se, essencialmente, por sua atividade argumentativa, o que implica dizer que a prática jurídica opera com recursos linguísticos e discursivos para produzir determinados efeitos de sentido (o que representa para a sociedade toda a carga semiológica produzida pelo discurso – o conteúdo do signo linguístico). Neste estudo fiz uso de conceitos provenientes da semiologia, ou ciência dos signos, ramo das ciências que trabalha as formas de representação, dentre elas, a linguagem. Estes, por sua vez, expressam atos e decisões, o que significa que os efeitos de sentido são também efeitos de poder.

Argumentar se traduz por jogar com interpretações, reinterpretções, e vivenciar a luta que se trava no campo do direito, ora pela supressão, ora pela supremacia de determinadas interpretações, de tal modo que essa luta coloca na arena signos e indícios.

Se por um lado, o discurso jurídico reveste-se de uma retórica própria quando explica, justifica ou fundamenta os sentidos produzidos; por outro lado, insere-se num contexto da semiologia política, que leva a certas reflexões sobre a função política desse discurso e a função normativo-semiológica do senso comum teórico dos juristas. Torna-se, então, necessário revisitar alguns fundamentos da linguagem, da relação língua/fala, da visão conceitualista das significações, como elementos

prévios essenciais à plena composição da problemática. Só depois, segundo meu entendimento, convém fazer uma análise das novas abordagens em torno da argumentação jurídica, visto que tem sido comum à sociedade ser vítima de injustiças, devido à falta de uma semiologia que melhor traduza os componentes políticos dos processos enunciativos: linguagem, texto normativo, discurso normativo, e outras formas ou elementos que envolvem a argumentação jurídica.

Nessa perspectiva, o tema objeto desta investigação tem sido historicamente analisado. É possível afirmar que os primeiros estudos em torno da interpretação das leis já existiam entre os filósofos clássicos. Dentre eles, merece destaque Aristóteles (1962) pela sua *notável Retórica*, especialmente pela ênfase que este filósofo atribuía ao discurso como meio de persuasão e instrumento de política. Foi preciso, contudo, fazer um corte obrigatório para situar a pesquisa na trajetória que envolve o final do século XIX e o início do século XX até os dias atuais. O século XX, marcadamente iniciado pela reviravolta linguística da filosofia, sob o contexto da semiologia de Saussure (1981) e sua obra, assinalou não apenas um novo campo de realidade a ser trabalhado filosoficamente, mas, sobretudo, uma virada da própria filosofia, desta feita, na direção de um novo paradigma, dado pela linguagem.

A obra, dentre outras mudanças, propôs uma revolução no âmbito da compreensão da linguística e da própria filosofia, uma vez que estabeleceu um novo paradigma para a filosofia, isto é, a passagem da linguagem como objeto de reflexão filosófica para a esfera dos *fundamentos* de todo o pensar. Assim, a filosofia da linguagem passa a ostentar a pretensão de ser a “filosofia primeira”, entendendo-se à altura do nível de consciência crítica de nossos dias. Isto significa dizer que a pergunta sobre as condições e possibilidades do conhecimento confiável, que caracterizou a filosofia moderna, transformou-se na pergunta sobre as condições e a possibilidade de sentenças intersubjetivamente válidas a respeito do mundo. Isto, de certo modo, implica a radicalização da crítica do conhecimento, tal como essa crítica foi articulada nos últimos séculos, pois a pergunta acerca da verdade dos juízos válidos é precedida pela pergunta sobre o sentido, linguisticamente articulado. Isto significa dizer que é impossível tratar qualquer questão filosófica sem esclarecer, previamente, a questão da linguagem, do conceito, do significado. Assim, a linguagem acabou por se tornar uma questão central, pelo menos para a filosofia analítica, a lógica e o direito.

Em torno dessa proposta analítica, é mister investigar a construção da base linguística para a formulação do discurso e da argumentação jurídica encontrados nas formulações de Saussure. Este ponto é indispensável como fundamentação teórica desta pesquisa, já que representa o marco de criação de uma teoria geral dos sistemas sígnicos. As questões por ele abordadas, apesar de merecerem reanálises, mantiveram-se por décadas como fundamentais para as ciências, dentre elas, o direito. E mais importante que tudo – a semiologia (com nomes diversos) atravessou séculos, hoje assume a terminologia generalizante de semiótica. Nesse sentido, pode-se constatar o valor da ruptura epistemológica que ele ajudou a produzir. Ao propor a construção da semiologia (semiótica) como uma teoria dos signos, abriu caminho para a compreensão de que, ao tratar do conhecimento científico e dos métodos com que opera a ciência, deve-se começar por estabelecer, com certa acuidade, o que é a linguagem e qual é a relação que existe entre as linguagens das distintas formas de comunicação e a linguagem da ciência. E se todas as ciências são, em última análise, um conjunto de enunciados que se expressam através de uma linguagem própria, inclui-se nesse conjunto a ciência jurídica.

Os conceitos básicos elaborados pela semiologia foram, aos poucos, sendo incorporados pelas ciências, e contribuindo para um novo paradigma da ciência jurídica contemporânea. Neste aspecto, entre os dois primeiros autores a fazer uso desta nova metodologia científica e de seus respectivos conceitos e proposições teóricas destacam-se Hans Kelsen, em 1934, com sua obra clássica *Teoria Pura do Direito*, e Bobbio, em 1957, com a publicação do artigo *Ciencia del derecho y analisis del lenguaje*.

No campo do direito Kelsen (1984, p.20) foi o primeiro teórico do direito a se valer da conquista da chamada reviravolta linguística da filosofia e dos principais conceitos da semiologia (semiótica). Ele buscou purificar o objeto desta ciência, procurando eliminar dela todo e qualquer elemento extrajurídico, seja de ordem do mundo do ser, ou do mundo dos valores, estabelecendo a estrutura linguística das normas jurídicas gerais como um esquema formal de interpretação da realidade jurídica. Segundo a chamada teoria pura do direito, a conduta humana não constitui o objeto de um conhecimento especificamente jurídico. Para que seja ou tenha algo de jurídico é necessário que uma ação humana constituída em fato, seja recepcionada por intermédio de uma norma que a ele se refere, e cujo conteúdo

empresta a ele uma significação jurídica, de modo que o ato possa ser interpretado segundo esta norma. Logo, a norma funciona como um esquema de interpretação da realidade jurídica.

A sua propositura ao tentar depurar o direito, foi tese analisada ao longo do século XX por todas as escolas de direito no mundo ocidental, envolvendo não só o direito, mas também outras ciências fundamentais como a sociologia e mesmo a filosofia. Afirmava que qualquer decisão jurídica que levasse em consideração implicações valorativas não seria objeto do direito por não pertencer ao mundo das normas e sim da sociedade. Sob esta perspectiva, tentou, de certo modo, fazer um recorte teórico-jurídico que estabelecia uma separação do direito como norma, do resto do mundo jurídico. Existem assim, para ele, dois universos: o universo Norma – e isso é direito; o universo Fato – e isso não é direito ou não é objeto do direito. Este seria um tema para a sociologia se ocupar, além de outras ciências. À ciência do direito só importaria a norma pura, da maneira como ela for desenhada pelo Estado. Evidente que essas formulações provocaram debates e contestações, haja vista ser impossível visualizar o direito como elemento independente do homem e da sociedade. Contudo, as ideias de Kelsen influenciaram fortemente o direito no mundo ocidental e, em certo sentido, continuam influenciando os segmentos mais tradicionais do direito.

Outro pensamento que buscou influências na reviravolta linguística pela qual passou a filosofia e os conceitos da semiologia (semiótica), foi o de Bobbio (1980). Ele apresenta a necessidade da construção de uma ciência jurídica, segundo o que classificou como uma “concepção moderna” de ciência. Tal concepção pode ser encontrada na corrente teórica denominada de Positivismo Lógico (p.182). De acordo com esta corrente,

[...] a cientificidade do conhecimento gira em torno não da verdade, mas sim do rigor da linguagem, da coerência do enunciado, com todos os demais enunciados que compõem o respectivo sistema. O valor de um estudo, portanto, não pode ser buscado fora dessa linguagem rigorosa, essencialmente mais rigorosa que a linguagem comum, que é a linguagem científica. (p. 183).

Neste sentido, a linguagem será rigorosa: a) quando todas as palavras das proposições primitivas do sistema estão definidas, ou seja, quando estão estabelecidas todas as regras de seu uso e quando são usadas sem deixar de respeitar tais regras; b) quando estão estabelecidas as regras de base sobre as

quais as proposições primitivas podem se fundamentar, para delas se extraírem as proposições derivadas e quando estas forem sempre usadas.

Dito de outra forma, o que ele propõe é que a linguagem da ciência somente será rigorosa quando forem perfeitas as regras de formação das proposições iniciais e as regras de transformação das proposições primitivas em proposições sucessivas. Estabelecidas e observadas estas regras, ter-se-á como consequência uma ciência que se apresentará como um sistema fechado e coerente de proposições definidas. Isto se aplica ao universo do direito, por que o que é a interpretação da lei senão a análise da linguagem do legislador, a linguagem em que se expressam as normas? Afirma que a análise da linguagem é a operação propriamente científica dos juristas e que, por isso, não há ciência do direito sem antes haver uma linguagem do direito.

Cumprе esclarecer que esses autores são fundamentais para o estudo proposto porque através deles é possível demonstrar parte dos efeitos da reviravolta provocada pela tese saussureana e as atuais retomadas de discussão em torno da matéria. Entretanto estas são ponderações teóricas iniciais, uma vez que, de fato, desde o início da década de 50 do século XX, o questionamento sobre a infalibilidade do positivismo jurídico trouxe o ressurgimento das discussões sobre a linguagem e a argumentação do direito, embora ainda muito vinculadas à retórica. Esta retomada do discurso deve-se aos acontecimentos catastróficos do século XX (duas guerras, nazismo, comunismo, guerra fria, entre outros fatos) que apontaram, de forma inquestionável, outra face da ciência racional e contribuíram decisivamente para intensificar a crise de natureza epistemológica da ciência em geral. Esta crise se estabeleceu face à desconfiança de que a antiga forma proposta pela ciência para o ato de conhecer (meramente racional) não seria suficiente para responder à realidade fática. Esta crise de representação científica da realidade provocou a retomada da discussão sobre o necessário casamento entre os estudos da linguagem, influenciados pela filosofia linguística, e os estudos da argumentação como fenômeno inseparável da análise social. A intenção de associar as pesquisas em argumentação aos estudos de direito fez nascer um campo verdadeiramente fértil de pesquisas. Os estudiosos da sistemática de organização das normas e das ações do Estado, neste campo, foram voltando a atenção para orientações metodológicas que fugiam da tendência formalista preconizada pelos teóricos anteriormente referidos. A realidade factual foi provocando um esgotamento do

pensamento proposto pelo direito positivista e evidenciando a necessidade de uma reformulação da racionalidade jurídica vigente. Pertencem a essa tendência Heidegger, Miguel Reale, Michel Foucault, Umberto Eco, Lenio Streck, Boaventura de Souza Santos, Hans George Gadamer, Luis Alberto Warat , Niklas Luhmann e outros.

A partir dessas novas referências teórico–metodológicas, tendo como instrumento a semiótica, é que surge a Teoria da Linguagem, universalmente formalizada nos Estados Unidos com os estudos de Perelman e na Europa, sob a influência, em especial, de Charles Peirce. O fundamento semiótico mostrou-se necessário porque foi a semiótica que instrumentalizou as teorias do direito, no sentido da autocompreensão de sua produção teórica, como um discurso sobre outros discursos; noutro dizer, como uma linguagem própria e distinta de uma outra, que se constitui como o seu objeto de apreciação que, neste ponto, identificarei como metalinguagem jurídica.

As primeiras manifestações teóricas em torno do binômio linguagem e argumentação (objeto da Teoria da Linguagem) foram desenvolvidas por três estudiosos: Perelman (1996), Toulmin (1958), e Viehweg (1986). Os três autores formulam críticas ao pensamento positivista de Kelsen e outros, tendo como objeto a análise da linguagem, no que diz respeito à argumentação. Segundo eles, a convicção de que a simples aplicação da lógica formal nas atividades interpretativas e aplicadoras das normas jurídicas não é mais suficiente para suprir as necessidades da sociedade. Esta é uma conclusão comum a boa parcela das teorias jurídicas do final do século XX. O estudo do funcionamento das organizações jurídicas e dos problemas colocados pela teoria jurídica contemporânea e pela fenomenologia da interpretação do direito adquiriu uma perspectiva vigorosa e renovada, a partir do enfoque neo-retórico de Perelman (1999). Isto ocorreu, principalmente porque este teórico foi um dos primeiros a estabelecer um método de argumentação jurídica, que passou a ser considerado como *racional*. O pensamento dele é uma espécie de reabilitação da retórica e da argumentação aristotélica. Por isso, sua teoria no campo da linguagem é chamada de Nova Retórica, por criticar o positivismo lógico. Ela se fundamenta em demonstrar que o direito e a justiça, em outras palavras, os juízos de valor, e os juízos ditos de verdade ou de realidade, não se diferenciam nem de forma lógica, tampouco de forma experimental. O que há é uma razão que se realiza no plano discursivo. E técnicas discursivas visam sempre

provocar ou intensificar a adesão de certo auditório às teses apresentadas. Mas, visam esta adesão através do consenso, da deliberação dominada pela lógica do razoável. É com base nessa linha teórica que, neste trabalho, situo a linguagem – no contexto da razão prática iniciada com a nova retórica com que Perelman contribuiu para a compreensão do universo do discurso. Tal escolha deve-se também ao fato de apresentar estudos sobre a racionalidade prática comunicativa possível de cominação com elementos teóricos desenvolvidos por autores da escola de Frankfurt – tese que pretendo aprofundar.

Entendo que a teoria da argumentação jurídica de Perelman, norteadada pela chamada nova retórica, presta-se a demonstrar a importância de uma argumentação jurídica pautada numa racionalidade distinta da anterior. A nova retórica pôde se projetar no território jurídico porque pressupõe uma racionalidade prático-argumentativa que enfoca e combina os procedimentos do raciocínio e da fundamentação dos atos deliberativos. Um primeiro enfoque de sua teoria da argumentação é a constatação de que existe uma grande margem de liberdade do aplicador das normas jurídicas no momento de sua decisão, o que dá oportunidade a considerações axiológicas distintas. E quando isso existe, não é mais possível falar em neutralidade do operador do direito.

Enquanto as concepções neo-positivistas do direito partem de um a priori que é a validade vinculante das normas jurídicas ditas universais, esta teoria utiliza o critério do consenso, portanto um elemento a posteriori, como fundamento para uma argumentação decisional. Embora ela se apoie nas normas positivas, o resultado, a decisão racional, não adquire status de racionalidade simplesmente por cumprir os rituais de uma operação silogística, mas por se fundar na ideia de consenso. Embora impactante, a teoria da nova retórica dele não se mostrou suficiente, por não estabelecer procedimentos seguros quanto aos resultados e por não dar a devida importância aos elementos formais do ordenamento jurídico. Há necessidade de critérios mais sólidos para resolver casos jurídicos complexos que não ponham em dúvida a fundamentação do discurso.

É importante também para este estudo o recurso, ainda que perifericamente, do pensamento de Gadamer para apresentar o vínculo fundamental entre a hermenêutica filosófica e a práxis humana, a partir de sua principal obra, *Verdade e Método* (1997, p. 38). Assim, o estudo estabelece algumas reflexões sobre a fusão da hermenêutica filosófica com a questão da compreensão. A tese gadameriana

ganha lugar, também, pelas profundas considerações que este autor formula em torno do problema da compreensão e das necessidades da práxis para, enfim, se pensar o conhecimento.

A argumentação e a interpretação como conteúdos da linguagem do direito também foram notoriamente estudadas por Dworkin em sua obra mais conhecida *A matter of principles* (1985); por Alexy, iniciada com *Theorie der juristischen argumentation* (1994); por Atienza em *Teoría de La argumentation jurídica* (2000). Sobre esses e outros autores são feitas breves considerações, pois o trabalho objetiva realizar um estudo transdisciplinar, no qual o direito se encontra associado a elementos buscados na sociologia do direito, na filosofia e na antropologia, com vistas a uma melhor compreensão da linguagem e sua instrumentalidade sógnica, bem como da retórica necessária à realização do discurso jurídico instrumentalizado.

Para situar a problemática no contexto de sua realização, o chamado *campo jurídico*, de Bourdieu (1997), serviu para identificar os atores situados dentro de um campo específico e para demonstrar como a compreensão da lacuna entre normatividade e sociedade passa por um círculo de múltiplas intercorrências. Estas são indicadas quando da apresentação do objeto da tese, e se reportam ao corpus que define o direito nas ruas e nas instituições judiciais: linguagem, discurso, retórica, fundamentação, racionalidade, além de outras variáveis.

Desse modo, cabe verificar que os autores da segunda metade do século XX que trabalharam com essa temática acreditavam no poder emancipatório da razão; esse debate se acentua com o surgimento do pensamento pós-moderno, quando são apontadas falhas no discurso jurídico, já que o discurso moderno não logrou alcançar a chamada “segurança jurídica”; melhor explicando, a razão, a política, a moral, a ciência, não foram capazes de solucionar a condição fragmentada e insegura em que se encontra atualmente a humanidade.

Assim, surge a necessidade de explorar o pensamento de Habermas (1997) como principal referência para a pesquisa, em razão do enfoque pretendido, quanto a responder ao problema da legitimação da norma em relação aos fatos e a partir de quando isto vai sendo traçado. A análise valeu-se, em especial, da obra *Direito e Democracia (vol 1 e 2)*, mas é indispensável a constante remissão ao trabalho do mesmo autor *Teoria da ação comunicativa* (1987) por ser ela pioneira na abordagem aqui desenvolvida, assim como também o estudo faz remissões à obra *Consciência*

moral e agir comunicativo (1989), pela relação que esta tem com os fundamentos da tese.

Habermas introduz uma visão particular a respeito das relações entre a linguagem e a sociedade. Em 1981, com a publicação da *Teoria da Ação Comunicativa*, ele demonstra sua capacidade de dialogar com as diversas correntes filosóficas e científicas, oferecendo uma nova ótica à sistemática de apreciação do discurso jurídico. Para os fins deste estudo são destacados alguns aspectos de sua teoria do discurso e a relação dela com a construção da democracia, através do consenso. Neste ponto reside o diálogo com a sua teoria, referida anteriormente.

O discurso pressupõe a argumentação, a participação dos atores que se comunicam livremente e em situação de simetria. Reconhece que uma ética formada com base no consenso discursivo é quase inalcançável, porém não impossível. Dessa forma, os pressupostos da racionalidade comunicativa (pensamento que envolve a ideia de que a estrutura da consciência individual e a competência intelectual e social se constituem num contexto interativo) serviriam como uma ideia reguladora de uma ética pragmática. A ação comunicativa é aquela voltada para o entendimento mútuo através do discurso (Habermas, 1987, p. 142). Para ele existe íntima ligação entre a racionalidade e o agir; ação instrumental / estratégica e ação comunicativa. Já a ação instrumental é aquela voltada para o êxito, uma vez que o agente calcula antecipadamente os melhores meios para atingir fins, sem refletir sobre os efeitos de sua ação, favorecendo, dessa forma, a manipulação, a alienação, a dominação.

Este trabalho optou por estudar como a racionalidade jurídica pode ser analisada sob diversos enfoques convergentes, entre eles a questão da produção do direito, o que acaba por remeter à questão da democracia e do Estado de Direito e como a linguagem e a retórica contribuíram para a mudança de vários paradigmas no campo das normas.

b) Hipóteses de Trabalho

É possível destacar algumas hipóteses que justificam o interesse pelo estudo:

- I- A linguagem do direito é complexa e hermética, o que, por si só, já estabelece uma barreira entre a finalidade do direito – promover a justiça – e o destinatário do direito – o cidadão comum. Ela permite também

perceber as posições e alianças de classes e grupos sociais, estando, portanto, não raras vezes, eivada de caráter ideológico.

II- Existe um vazio entre texto e norma jurídica, o que provoca uma tensão entre os sujeitos envolvidos ou afetados pelo discurso jurídico.

III- O universo do discurso jurídico e as formulações argumentativas traduzidas pela retórica estabelecem tensões sociais, e é na relação entre esses elementos semiológicos dos componentes do discurso do direito que se encontram os mecanismos de legitimação, neutralização, dominação, e delimitação da ordem idealizada para o Estado.

IV- A fala do direito pode aproximar ou distanciar o direito das ruas e o direito das cortes de justiça.

c) Procedimentos Metodológicos

No desenvolvimento do processo de pesquisa fiz uso, essencialmente, de técnicas da pesquisa qualitativa, como a observação empírica, a observação participante (uma vez que atuo como profissional no campo do direito) e a aplicação de entrevistas formais e informais junto a juízes, promotores, advogados, defensores públicos, delegados, técnicos judiciários, atendentes, cartorários e cidadãos usuários da justiça. Ao todo foram 70 entrevistados, dos quais 30 profissionais da justiça no Estado do Pará e 40 usuários da justiça, todos residentes no Estado. Dentre os usuários da justiça foram entrevistados 25 mulheres e 15 homens. Utilizei também recursos da pesquisa documental obtidos no campo escolhido para realização.

Uma vez que busquei construir um estudo baseado na concepção de campo jurídico elaborada por Bourdieu (2007, p. 42), a partir das observações colhidas nos espaços geográficos das instituições públicas integrantes desse campo, passei a examinar os processos referentes aos casos vivenciados em conversas e entrevistas. Embora a administração da justiça tenha natureza pública, tomei por razoável a decisão de não nomear juízes, promotores, defensores, delegados, procuradores, técnicos, vítimas, réus, ou qualquer agente público. Isto porque o interesse da pesquisa dispensa a discussão ou mesmo a indicação de nomes e funções públicas, e se fixa na contribuição que a revelação das práticas vivenciadas por tais atores pode representar para a compreensão do tema ao qual este estudo se dedica.

O mesmo fiz com as pessoas usuárias da justiça que se propunham a responder às entrevistas, ou que relatavam suas histórias nos ambientes da justiça e que viam uma possível ajuda em seus dramas face à minha formação jurídica.

Ao proceder ao exame dos processos e registros formais dos quais obtive cópias nas “casas” jurídicas do Estado do Pará e fazer o confronto destes com as falas do universo de pessoas ouvidas, busquei identificar que método utilizado na pesquisa social mais se adequaria à aproximação destes elementos com o nexo teórico da pesquisa. Conclui que o método dialético se mostrava o mais adequado no tratamento das questões selecionadas para investigação, porque possibilitaria o desenvolvimento das formulações teóricas sem entraves, e também permitiria, face ao quantum de informação, trazer a lume algumas contradições entre o sistema de racionalidade jurídica e a forma como o mesmo ganha vida no plano da concreção. Outra razão tem a ver com o lugar social de onde provém o discurso e os antagonismos que decorrem dessas posições socialmente hierarquizadas.

Com a finalidade de tornar a exposição mais clara sob o ponto de vista das ciências sociais, dividi o trabalho em duas partes.

A primeira parte cabe a construção de algumas considerações introdutórias para a compreensão geral da proposta multidisciplinar que envolve elementos da sociologia, filosofia, antropologia, linguagem, discurso e direito, a fim de esclarecer ao leitor em que esses campos epistemológicos contribuem inseparavelmente para a fundamentação do discurso jurídico. Ela abrange a introdução, e parte do capítulo 1.

A segunda parte (que inclui uma parte do capítulo 1, e os demais capítulos), divide-se em dois momentos. No primeiro são identificados e expostos os elementos que compõem o corpus linguístico do qual deriva o discurso e a argumentação jurídica, a partir de uma abordagem semiótica facilitadora desta compreensão (capítulo 1, capítulo 2, e parte do capítulo 3). O segundo momento, fazendo uso do material coletado em campo, envolve a exploração analítica do discurso e da retórica, à luz da racionalidade e da fundamentação que servem à legitimação normativa (capítulo 3, capítulo 4, e capítulo 5) b. A tese está composta de cinco capítulos, além da bibliografia e de vários anexos.

No primeiro capítulo foi imprescindível fazer uma análise teórica da linguagem, a partir da explicação semiótica do discurso. Preocupei-me em demonstrar como a construção de uma estrutura simbólica da linguagem

fundamenta a prática argumentativa e interpretativa utilizada pelo direito, assim como em apresentar os elementos que configuram a retórica jurídica.

No segundo capítulo analiso o contexto de comunicação no qual está inserido o direito e relaciono o universo da cultura ao universo normativo, a partir dos conteúdos que se misturam na atribuição de sentido formulada pelas leis.

No terceiro capítulo procuro demonstrar como se estabelece a tensão social, a partir das variáveis do discurso jurídico. Analiso como as lacunas existentes entre o que é legal e o que é necessário às condições humanas de sobrevivência material e social provocam o conflito, e incluem elementos indicativos de como a sociedade se posiciona nessa linha de fronteira.

No quarto capítulo apresento o mérito das teorias do discurso e da argumentação jurídica utilizadas e a atuação delas no controle social. Faço uma análise dos fundamentos de racionalidade, *in abstracto*, que estruturam a formação das respostas normativas destinadas a sanar os conflitos sociais.

No último capítulo analiso os meios de representação da justiça, fundamentados na linguagem institucionalizada e indico como o contexto de tensão entre os fatos da realidade e a validade das normas evolui de acordo com a fala do direito, a racionalidade da argumentação, e de acordo com a força semiótica valorativa utilizada pelo discurso normativo.

Como tudo que envolve as ciências sociais é dinâmico, não é demais afirmar que, apesar dos esforços para que a pesquisa se aprofundasse na análise das questões abordadas, ela jamais poderá ser considerada como conclusiva em relação às temáticas tratadas.

d) Análise de um Caso Ilustrativo

A análise que se segue se propõe a focar alguns discursos jurídicos na ótica do que proponho como objeto de estudo e fundamento da pesquisa, no intuito de mostrar como a linguagem de alguns autos de processo reproduz, em grau elevado, o uso ético ou ideológico na fala de seus agentes, e de como isso pode ser decisivo em diversos momentos, afetando a vida das pessoas e grupos em sociedade. A análise dos textos selecionados, procura fazer uma crítica da linguagem e da retórica jurídica. Eles integram um processo judicial concreto, ocorrido no interior do Estado do Rio Grande do Sul no ano de 1997. Dos processos tratados foram tomados apenas os destaques necessários para a compreensão dos

discursos em análise, salvaguardando os demais aspectos em favor da descrição das pessoas envolvidas no caso. Há que se fazer, porém, a ressalva de que outros textos componentes de peças processuais são manuseados adiante, com efeito descritivo dos elementos-chaves que a pesquisa procura destacar e relacionar: norma – fato – realidade social e fundamentação teórica de racionalidade.

Do caso ilustrativo foram selecionadas quatro peças processuais. A escolha dessas peças deu-se em razão de dois fatos: em primeiro lugar, por se tratar de um processo de acusação contra líderes do Movimento dos Sem-Terra – MST, denunciado pelo Ministério Público sob a acusação de crime e, por isto, solicitando sua incriminação e autuação; e esta é uma situação muito comum no Estado do Pará; e em segundo lugar, pela importância que esse processo teve na apreciação de situações semelhantes feitas pelos juízos de outros estados, dada a existência de jurisprudência a respeito.

A escolha, para fins de análise, de usos da linguagem relacionados a um tema de alta complexidade político-ideológica é proposital. Isto porque a ação organizada do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra desencadeou uma frente de conflitos que desnuda um efetivo confronto de grupos de interesse e classes no contexto sociopolítico brasileiro. Na institucionalização processual de tais litígios torna-se mais fácil a identificação da posição, os interesses de classe ou de grupos sociais dos interlocutores, com base no confronto discursivo. Eis a peça de denúncia encaminhada ao juiz pelo Ministério Público sobre os “fatos delituosos”¹:

1º. FATO:

Em data e local X, ...os indiciados [...], integrantes do denominado MST, agindo em acordo de vontades e conjugação de esforços com centenas de outros elementos não identificados, também integrantes do movimento citado, entraram e permaneceram clandestinamente e contra a vontade expressa de [proprietários X], na casa destinada à moradia [do administrador de parcela da Fazenda].

Na ocasião, os denunciados e demais elementos não identificados invadiram a sede da parcela denominada [...] e, armados com espingardas, foices, machados, facões, etc, entraram e permaneceram na residência destinada ao administrador e sua família, além de ocuparem os demais prédios existentes no local.

¹ Documento 1: Peça de denúncia encaminhada pelo Ministério Público ao excelentíssimo senhor doutor juiz de direito da comarca x – interior do Estado do Rio Grande do Sul.

2º. FATO:

Na ocasião, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, após invadirem a sede da parcela denominada [...], que integra a Fazenda [...], entraram na residência do administrador, os denunciados [...], integrantes do denominado MST, agindo em acordo de vontades e conjugação de esforços com centenas de outros elementos não identificados, também integrantes do movimento citado, armados de espingardas, foices, facas, facões, etc., constrangeram [o administrador, sua esposa e seus três filhos], mediante grave ameaça, a fazer o que a lei não manda, ou seja, a permanecerem reunidos e imobilizados em uma peça da residência (a sala), sempre sob a mira de espingardas, enquanto os denunciados e seus comparsas patrocinavam “revista” na casa e passavam a montar acampamento no local.

3º. FATO:

Na oportunidade, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, os denunciados [...], integrantes do denominado MST, agindo em acordo de vontades e conjugação de esforços com centenas de outros elementos não identificados, também integrantes do movimento citado, armados de espingardas, foices, facas, facões, etc, privaram [o administrador da fazenda, sua esposa e seus três filhos] de suas liberdades, mediante cárcere privado, posto que vítimas foram impedidas de abandonar o interior da residência antes citada por longo período, que iniciou no momento da invasão.

4º. FATO:

Por ocasião da invasão da Fazenda [...], nas mesmas circunstâncias de tempo e local, os denunciados [...], integrantes do denominado MST, agindo em acordo de vontades e conjugação de esforços com centenas de outros elementos não identificados, também integrantes do movimento citado, expuseram a vida e a saúde de centenas de crianças, adolescentes e mulheres grávidas a perigo direto e iminente, porquanto permitiram a permanência destes no acampamento e os utilizaram como “escudos humanos”, colocando-os na linha de frente, muitas vezes armados com foices e facões, com a finalidade de evitar a ação da autoridade policial que deveria promover a desocupação da área.

O perigo direto e iminente decorria da possibilidade concreta de confronto entre os invasores e integrantes da Brigada Militar que deveriam promover a reintegração dos proprietários na posse da área invadida.

5º. FATO:

Também por ocasião da invasão da Fazenda [...], que se estendeu até o dia [...], nas mesmas circunstâncias de tempo e local, os denunciados [...], integrantes do denominado MST, agindo em acordo de vontades e conjugação de esforços com centenas de outros elementos não identificados, também integrantes do movimento citado, destruíram e danificaram 2,31 hectares de floresta considerada de preservação permanente.

Ao agirem, a pretexto de criar obstáculo (barricada) à atuação da Brigada Militar, que deveria promover a desocupação da área, os denunciados e seus comparsas promoveram corte de inúmeras espécies nativas, v. g. Guajuvira, Pitangueira, Guabiju, Açoita-Cavalo, Cerejeira, Corticeiras, Canelas, Gerivá, Camboatá, Guamirim, Cambuim e mirtáceas em geral [...].

A vegetação destruída e danificada tratava-se de mata nativa originária em área de preservação permanente, posto que consistia em mata ciliar ao redor de olhos e cursos d'água”.

6º. FATO:

Ainda por ocasião de invasão da Fazenda [...], nas mesmas circunstâncias de tempo e local, os denunciados [...], integrantes do denominado MST, agindo em acordo de vontades e conjugação de esforços com centenas de outros elementos não identificados, também integrantes do movimento citado, subtraíram, para si e para outrem, 26 (vinte e seis) bovinos de propriedade das vítimas [...], avaliados em R\$ 7.370,00 (sete mil, trezentos e setenta reais), conforme comprovam os autos de avaliação das folhas [...] do Inquérito Policial.

Na oportunidade os denunciados e seus comparsas cercaram o lote de bovinos, que se encontrava nas proximidades da sede invadida, e abateram os animais com disparos de arma de fogo e golpes de instrumentos cortocutundentes, abandonando parte das cabeças e vísceras no local, conforme observa-se às fls. [...] do Inquérito Policial”.

7º. FATO:

Por fim, [...] os denunciados [...], integrantes do denominado MST, armados com armas de fogo, foices, facões, etc., associaram-se em quadrilha para o fim de cometer crimes.

A partir de então, patrocinaram a invasão da Fazenda [...], onde foram praticados todos os crimes acima descritos, e continuam a organizar outras invasões criminosas neste Estado.

Assim agindo, incorreram os denunciados nas sanções dos artigos 150, parágrafo 1º; 146, parágrafo 1º; 148, “caput”; 132; 155, parágrafo 4º, inciso IV.; 288, parágrafo único, do Código Penal, e artigo 26, alínea “a”, da Lei no. 4.771/65, todos na forma dos artigos 29, “caput”, e 69, “caput”, do Código Penal, motivo pelo qual o Ministério Público oferece a presente denúncia, requerendo que, recebida e atuada, sejam citados para interrogatórios e defesas que tiverem, inquiridas as vítimas adiante arroladas, preenchidas as demais formalidades legais, até final julgamento e condenação. (Segue assinatura do Promotor de Justiça Substituto, com relação das vítimas e testemunhas).

Após apresenta denúncia sobre os fatos que considera delituosos, o mesmo promotor do Ministério Público requer a prisão preventiva dos sem-terra por ele denunciados (documento 2)².

M.M. Juiz de Direito:

Conforme observa-se pela leitura atenta da presente denúncia e do inquérito policial que a embasou, por ocasião da invasão da Fazenda [...] no período compreendido entre os dias [...], inúmeros crimes foram praticados, v. g. invasão de domicílio, constrangimento ilegal, exposição de perigo de vida, cárcere privado, furto qualificado e formação de quadrilha.

Em suma, vários fatos criminosos graves foram praticados em razão da invasão da mencionada propriedade rural.

Mais, na mesma oportunidade praticou-se a contravenção penal definida no artigo 26, “a” da Lei no. 4.771/65, pois foi destruída e danificada aproximadamente 2,31 hectares de mata nativa considerada de preservação permanente, posto que consistia em mata ciliar ao redor de olhos e curso d’água.

O exame de referido inquérito policial chega a ser deprimente. O que se constata é a prática de verdadeiros atos de selvageria, com abates de animais mediante disparos de arma de fogo e golpes de instrumentos corto-contundentes [...].

² Documento 2: Requerimento de prisão preventiva solicitada ao juiz pelo Ministério Público.

Sob o aspecto contravencional a situação não é diferente, uma vez que o laudo [...] e as fotos [...] dão conta de ampla e injustificável devastação de mata nativa considerada de preservação permanente.

Sabe Vossa Excelência a motivação de medonho ato de devastação?

Informa-lhe o Ministério Público que a mata nativa foi abatida para que os invasores edificassem obstáculos (barricadas – fl...) à ação da autoridade policial, que deveria proceder o despejo compulsório daqueles que insistiam em não acatar a ordem judicial de desocupação do imóvel rural (fita VHS em anexo – danos Ambientais).

Mais, parte das árvores nativas foram abatidas e delas foram confeccionados ofendículas, que consistiam em madeiras roliças de tamanhos diversos e pontiagudas (fita VHS em anexo – Danos Ambientais).

Não se deve olvidar que durante a invasão um grupo de assentados tentou ingressar na área invadida, em evidente manifestação de solidariedade aos esbulhadores, e entrou em conflito com policiais militares, do que resultaram dois soldados feridos gravemente. Tais fatos originaram o processo-crime [...].

Todos estes fatos criminosos somente foram consumados em razão do ajuste de vontade e da conjugação de esforços dos denunciados e seus comparsas.

Dentre os denunciados destaca-se o enorme comprometimento criminoso de [nome de um dos denunciados], que sempre representou os invasores durante a permanência destes na fazenda citada, postulando em juízo e firmando declaração de que assumia a responsabilidade de zelar pela conservação de bens dos proprietários (documentos em anexo).

Atualmente a situação criminosa se repete. Novamente a Fazenda [...] foi invadida, tomada de “assalto”, como sustenta seu proprietário.

Pasme, Magistrado, concomitantemente com outras duas invasões neste Estado.

A diferença nesta oportunidade é que a invasão era esperada, pois líderes do MST as anunciavam já quando iniciada a concentração de “colonos Sem-terra” em três municípios do Estado [...].

Contudo, observa-se pelas matérias jornalísticas publicadas na imprensa que a mobilização e concentração destas pessoas, que foram arrigimentadas (sic...) de última hora e nunca integraram acampamentos [...] ocorreu sob o comando do

denunciado [...]. Neste sentido, inclusive, a matéria publicada no jornal Zero Hora, edição de [...].

Na madrugada da última segunda-feira a invasão repetiu-se na Fazenda [...] e foi filmada pela RBS - TV.

Durante o programa jornalístico denominado Jornal do Almoço, da RBS TV, foram transmitidas as imagens da invasão da Fazenda [...], com entrevista do denunciado [...], que, na telinha, afirmou justificar-se a invasão em razão de que a área representava um latifúndio.

Hoje pela manhã compareceu perante Vossa Excelência na condição de líder dos invasores e comunicou que os bens móveis, etc., que se encontravam na fazenda por ocasião da invasão estão à disposição dos proprietários.

O referido denunciado, segundo consta, é assentado no município de [...], tendo, recebido lote rural no Assentamento [...]. Contudo, ao que parece, apenas se dedica à atividade criminosa, organizando e promovendo invasões de outras propriedades rurais em todo o Estado.

Ante este contexto, entende o Ministério Público que [nome do denunciado...] está violando a garantia de ordem pública, impondo-se o DECRETO DE SUA PRISÃO PREVENTIVA.

E para enquadrar os acusados no crime de perturbação da ordem pública, invoca o autor Fernando da Costa Tourinho para sustentar a argumentação que embasa o pedido de prisão preventiva:

A lei fala em “garantia da ordem pública”. Segundo De Plácida e Silva, entende-se por ordem pública a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto (cf. Vocabulário Jurídico, v 3, p. 1101). Ordem pública, enfim, é a paz, a tranqüilidade no meio social. Assim, se o indiciado ou réu estiver na iminência de sofrer atos de vingança por parte da vítima, dos seus familiares, ou da multidão incontida e revoltada com a prática do crime; Se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia de crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública. (grifo meu).

Em qualquer uma dessas hipóteses, por exemplo, havendo nos autos provas nesse sentido e uma vez satisfeitos os demais requisitos legais, deverá o Juiz decretar a medida extrema.

Dando prosseguimento ao despacho:

Conforme exige o doutrinador supramencionado, resta amplamente comprovado que o denunciado[...] está afetando a garantia da ordem pública, posto que em liberdade vem coordenando novas invasões criminosas nesta comarca.

Com efeito, na forma antes consignada, patrocinou a segunda invasão da Fazenda [...], nas mesmas circunstâncias em que patrocinou, juntamente com os demais comparsas, a primeira invasão.

Então, novos crimes por ele foram praticados, o que evidencia que persiste no intento criminoso.

Não bastasse tais fatos, importa frisar que recentemente a Prefeitura Municipal de {...} foi invadida por centenas de agricultores do Assentamento {...} sob o comando de [...] (fita VHS em anexo).

Referente à citada invasão, o Ministério Público recebeu representação formal do Sr. Prefeito Municipal requerendo a responsabilização de [...] e outros. A representação embasou requisição de inquérito policial junto à autoridade policial de [...].

Ainda, é de ser observado que o referido denunciado patrocinou, juntamente com outros líderes do MST, a invasão da Fazenda [...], na Comarca de [...], no dia [...].

Como se demonstrou, de longa data o denunciado [...], na condição de líder do MST na região, vem praticando fatos criminosos, mediante invasões de propriedades privadas e de prédios públicos.

Tais procedimentos devem cessar imediatamente, porquanto geram um clima de total insegurança nos cidadãos da Comarca frente ao referido elemento. Quem ousará discordar de suas pretensões se ele sempre faz uso da força e da violência para atingir seus objetivos?

Conclui o Ministério Público que a consciência profana de [nome do denunciado...] não respeita mais a própria Justiça, pois lidera invasões em propriedades rurais e prédios públicos, cometendo os mais variados crimes, sem ser responsabilizado.

Não se deve olvidar o custo ao patrimônio público de cada invasão, pois sempre se faz necessário gastos astronômicos com remoção de tropas, deslocamento de viaturas, etc. Até quando o denunciado [...] vai permanecer nesta atividade criminosa que sangra o bolso do contribuinte?

ISTO POSTO, comprovada:

a) a existência dos crimes descritos na presente denúncia e a nova invasão da Fazenda [...];

b) a autoria dos crimes citados e da nova invasão, ambas imputadas ao denunciado [...];

c) a ofensa à garantia da ordem pública em razão das condutas criminosas de [...],

O Ministério Público, com fulcro no artigo 312 do Código de Processo Penal, requer seja DECRETADA A PRISÃO PREVENTIVA DE [...] para assegurar a garantia da ordem pública”.(Segue a assinatura do Promotor de Justiça Substituto).

A luta dos movimentos sociais em prol da construção e da efetivação de novos direitos encontra no Movimento dos Sem-Terra uma de suas expressões mais dinâmicas e combativas. O MST tem afrontado, por vezes, a própria legalidade em nome da justiça social, cansado de aguardar o cumprimento, sempre postergado, de promessas feitas por parte de órgãos governamentais no sentido de democratizar o acesso à terra e de desconcentrar a propriedade fundiária.

Sob este aspecto, entendo como Loureiro (2001, p. 31) que

a relação política dos grupos marginalizados com o poder instituído pressupõe, além da organização, uma consciência como grupo atingido e lesado socialmente. O conflito surge, frequentemente, dentro do contexto de um movimento social e como resultado de uma trajetória de vida grupal onde a consciência da exclusão social tornou-se aguda e crítica....

Assim, os movimentos sociais (p. 27)

são manifestações da consciência de classe de um grupo que se sente lesado no interior da sociedade, de um lado, e como contestação ao Estado e à hegemonia dos grupos no poder, de outro (p. 38)...Os conflitos e os movimentos sociais são aqui entendidos como respostas dos grupos sociais subordinados, no sentido de reorganizar os fatos históricos em direção às utopias do grupo. O ápice dessa tentativa está claramente presente quando os atores sociais envolvidos num conflito assumem o risco da própria morte.

Entretanto não pretendo aqui analisar o mérito do direito de resistência à opressão ou a problemática da desobediência civil. O propósito da pesquisa é desnudar a dimensão simbólica do direito em questões que envolvem os fundamentos do sistema. Contudo, a questão ideológica e os interesses de classe

ou grupos estão implícitos ou claramente explicitados na linguagem empregada. Por meio dos excertos aqui destacados é possível mostrar que, na fala do Ministério Público, está presente uma dimensão ideológica contrária aos integrantes do MST, constatada pelo uso reiterado de expressões estereotipadas capazes de provocar efeitos emocionais adversos aos agricultores sem-terra e à causa deles.

Pode-se observar que, na denúncia oferecida pelo Ministério Público à Promotoria de Justiça, ao qualificar os denunciados, o promotor descreve o réu (o líder do movimento) como *elemento*, que estaria acompanhado de *centenas de outros elementos não identificados, também integrantes do movimento citado...*” (grifo meu). Esses termos são sistematicamente usados ao longo da peça de denúncia.

Embora na sua significação de base a palavra *elemento* caracterize também uma pessoa como parte de um todo, este termo vem usualmente contextualizado no sentido de se referir a pessoas socialmente desqualificadas, principalmente àquelas que integram a marginalidade social, em especial as ligadas ao mundo do crime. No caso citado, o uso do termo *elementos* para designar os integrantes do Movimento dos Sem-Terra deixa de produzir um efeito de referência para expressar um efeito ético-político de caráter pejorativo e desqualificador do movimento social.

A seguir, ao relatar o constrangimento ilegal da família do administrador da fazenda, o repreaentante do Ministério Público refere-se aos “denunciados e seus *comparsas*” (grifo meu), expressão linguística sistematicamente reiterada ao longo de sua fala. Novamente aparece, criteriosamente selecionado, um termo de linguagem cujo significado contextual vem acompanhado de forte carga ético-emotiva, usualmente empregado para expressar menosprezo ou desdém. As palavras que na linguagem comum não representam conotação pejorativa são *companheiro* ou *parceiro*, tal como os integrantes do movimento referem-se uns aos outros. Sintomaticamente, foi empregada a palavra *comparsas* no caso em análise, termo relacionado à associação criminosa, o que, aliás, consta da acusação.

Ignora o promotor que os movimentos sociais, por sua própria essência, constituem-se de grupos sociais e não de pessoas isoladas. Aí, novamente, vale a pena citar Loureiro (2001, p. 31) quando menciona que

[...] somente os grupos ou classes organizados e não os indivíduos isolados podem carregar consigo uma trajetória histórica. Isto é, serem portadores de mudanças históricas. E essas mudanças se tornam possíveis ou mais viáveis, na medida em que os grupos e classes veem a si próprios no conjunto da sociedade e se sentem injustiçados em relação aos demais.

Ignora, também, que os movimentos sociais *não são contestações marginais da ordem: eles são forças centrais que lutam, uma contra a outra, para dirigir a produção da história*. (Touraine, 1978, p. 8). Daí porque o promotor os denuncia por *atos delituosos* e solicita a prisão dos mesmos. Na verdade, o que os movimentos sociais pretendem é provocar mudanças históricas na sociedade, de tal forma que seus integrantes possam, através delas, sair da condição de excluídos em que se encontram socialmente; e conquistar benefícios que, frequentemente, já se encontram consagrados nos dispositivos legais, mas, por uma série de razões históricas, políticas e sociais, não foram a eles estendidos. Mas a luta por essas mudanças é, frequentemente, como no caso em questão, entendida como delito, crime ou desordem.

Um terceiro termo adotado pela linguagem do Ministério Público para se referir aos envolvidos na denúncia é *invasão ou invasores*, adjetivando inclusive, tais *invasões* como criminosas, num esforço linguístico claro de desqualificar a luta pelo acesso à terra. A palavra *invasão* de terra vem sendo metodicamente empregada por aqueles que se posicionam em favor da propriedade privada, tomada em termos absolutos, e que são contrários aos movimentos sociais que lutam pela terra. Isto porque costumam enxergar a questão pela ótica do capital e do proprietário, descurando o fato de que tais grupos pelem por justiça social. Daí porque o promotor destaca o fato como um ilícito, enquanto os que assumem uma postura de respeito e compreensão para com o MST e outros movimentos similares empregam o termo *ocupação*, *ocupantes*, descaracterizando linguisticamente a conotação negativa da expressão.

Basta ver, nesse sentido, a linguagem usada pelos noticiários de televisão (a RBS e a Rede Globo não são as únicas, é claro, mas as mais paradigmáticas), enfatizando e com isso popularizando o termo *invasores*, ao contrário da linguagem empregada pelos defensores dos movimentos sociais emancipatórios, que preferem usar o termo *ocupação* ao se reportarem à luta pela efetivação da cidadania e da justiça social no campo.

Dando prosseguimento à ação, o juiz de direito acata o pedido de prisão preventiva encaminhada pelo Ministério Público, devidamente justificado em bases legais e com os supostos enquadramentos dos acusados nesses dispositivos, e decreta a prisão preventiva dos mesmos. E o faz através de um documento de

linguagem extremamente hermética, mas muito própria e comum ao campo jurídico (documento 3)³.

1. O ínlito Promotor de Justiça requer a declaração da prisão preventiva de [nome do denunciado], acusado pela prática dos crimes de violação de domicílio, constrangimento ilegal, cárcere privado, perigo para a vida ou saúde de outrem, furto qualificado e bando ou quadrilha, bem como de contravenção florestal, perpetrados os referidos ilícitos por ocasião da invasão da Fazenda [...], por integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-terra (MST).

2. A custódia cautelar só pode ser decretada “quando houver prova da existência do crime e de indícios suficientes da autoria” (ART.312, in fine).

3. A primeira exigência, que diz com a materialidade dos crimes e da contravenção, está comprovada pelos auto de apreensão de fl..., auto de restituição de fl..., fotografias de fl..., auto de arrecadação de fl..., auto de constatação de danos e avaliação direta de fl..., auto de avaliação indireta de fl..., laudo técnico de fls...e levantamentos de fls...

4. De outro lado, é forte a carga indiciária que aponta em direção ao referido acusado quando se trata de verificar a autoria dos delitos, como se extrai das declarações das testemunhas inquiridas na fase pré-processual, tudo corroborado pelos recortes de jornais de fls...e gravações em fitas de vídeo-cassete que acompanham a denúncia. Por isso, o fumus boni juris, sem dúvida, se faz presente.

5. Desse modo, a prova até aqui coletada, em conjunto com a da existência dos ilícitos imputados, preenchem os apontados requisitos do art. 312 do CCP, autorizadores da medida extrema de custódia provisória.

6. O periculum in mora (primeira parte do referido art. 312), fundamento de toda medida cautelar, de igual sorte, faz-se presente. A segregação provisória, com efeito, pode ser decretada como garantia da ordem pública. A lei, nesse particular, refere-se às providências de segurança necessárias para evitar que o delinqüente pratique novos crimes. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, como também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça.

In casu sub examen, os informes probatórios, vindos com o pedido do Parquet, dão conta de que o apontado indiciado, em sua condição de líder do MST,

³ Documento 3: Decretação de prisão preventiva pelo juiz de direito x (Estado do Rio Grande do sul – Poder Judiciário).

patrocinou e incentivou, afora a prática de outros delitos, a destruição e danificação de mata nativa considerada de preservação permanente (para confecção de obstáculos à ação da autoridade policial que deveria proceder à desocupação compulsória do imóvel invadido pelos agricultores sem-terra) bem como abate de animais mediante disparos de armas de fogo e golpes de instrumentos cortocutundentes.

Agora, passados treze meses, a situação se repete, de vez que em torno de 2.800 pessoas, sob o anunciado comando do indiciado, tornaram a invadir a mencionada gleba de terras rurais. Quer dizer, dedica-se ele, reiterada e organizadamente, à atividade delituosa, pois que, em liberdade, vem coordenando novas invasões (de propriedades privadas, inclusive em outros municípios) e, até, de prédios públicos, como ocorreu, há poucos dias, com a Prefeitura de [...] e, junto com estas, toda série de ilícitos que comumente são praticados nessas oportunidades. E, agora ainda, para culminar, nesta data resistiu à ordem judicial de reintegração de posse concedida em face desse segundo esbulho verificado.

Dessa sorte, impõe-se a prisão cautelar como forma de aquietar as pessoas mediante a confiança na autoridade da lei e para evitar continue ele a praticar delitos. Calha, então, a lição de Fernando Costa Tourinho Filho, precisamente quando enfoca que: Se o indiciado ou réu estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em estado de flagrância; se estiver fazendo apologia do crime, ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando, haverá perturbação da ordem pública. Em qualquer uma dessas hipóteses, por exemplo, havendo nos autos provas nesse sentido e uma vez satisfeitos os demais requisitos legais, deverá o Juiz decretar a medida extrema”.

Em conclusão, pois, é imperiosa a acolhida da representação.

*7. Isto posto, com supedâneo nos arts. 311 e 312 do CPP, decreto a **prisão preventiva de [...]**, identificado nos autos, como garantia da ordem pública, determinando a imediata expedição do correspondente mandado, enviando-se cópia deste a DP de origem, fazendo constar que a autoridade que efetuar a detenção deverá dar cumprimento ao inc. LXII do art. 5º da CF, com imediata comunicação da prisão à família do preso ou à pessoa por ele indicada, e, em atenção ao disposto no inc. LXIII, do mesmo art. 5º, deverá ser-lhe assegurada a assistência de advogado.*

8. Outrossim, recebo a denúncia, pois implementados os requisitos do art. 41 do CPP, com a narração de fatos que se ajustam aos elementos normativos dos

tipos nela mencionados. Além disso, a acusação encontra-se amparada em elementos probatórios mínimos colhidos na fase inquisitorial.

Diligências legais. (Segue-se a assinatura do Juiz de Direito).

Em sua fala o juiz, claramente favorável à argumentação do Ministério Público, e portanto dos proprietários e do capital, trata o promotor com extrema deferência, designando-o de “ínlito Promotor de Justiça”. Mas o tratamento que destina aos trabalhadores rurais e a fala com que a eles se refere não só é desrespeitosa como se vale de expressões que rebaixam o pleito dos mesmos à condição de desordem, selvageria, crime. Nela é retomada a expressão *invasão* e outras expressões carregadas de ideologia e conotações pejorativas e depreciadoras para se referir aos atos denunciados.

O tratamento desigual é evidente. No caso da destruição de parte da mata, é preciso notar que esses mesmos atos de destruição de matas ciliares, primárias, de preservação permanente e outras são constantemente praticados por fazendeiros em todos os estados brasileiros, mas não é aplicada a eles, nos processos e mesmo nos noticiários da imprensa, a mesma adjetivação pejorativa aplicada aos membros do MST. Ao contrário, apesar de crimes idênticos, os fazendeiros e empresas madeireiras continuam nos processos a serem mencionados como empresários. Da mesma forma ocorre, quando empresas madeireiras ou fazendeiros contratam peões para atuarem na derrubada das matas, (muitos sob a condição de trabalho-escravo); mas não são eles acusados de formação de quadrilha, tampouco chamados de escravagistas (não porque o direito não aceite o conceito de trabalho-escravo, mas porque os enxergam num extrato social superior).

Continuando a análise da linguagem jurídica, o mesmo representante do Ministério Público, na sequência das peças processuais requer a prisão preventiva de um dos incriminados por violação à garantia da ordem pública. A linguagem mantém o padrão desqualificador e desabonatório das palavras e expressões usadas: “prática dos verdadeiros atos de selvageria”, “motivação de medonho ato de devastação”, “destaca-se o enorme comprometimento criminoso” do denunciado, “situação criminosa da fazenda tomada de ‘assalto’ ” e assim por diante. A documentação em que se embasou o Ministério Público foi uma filmagem da RBS – TV e a transmissão de imagens “durante o programa jornalístico denominado Jornal do Almoço, da RBS – TV”. A opção por essa fonte de informação seria meramente aleatória ou trata-se de coerência ideológica? O teor das expressões usadas pode

fornecer uma pista para entender a posição de classe da retransmissora de TV e do representante do Ministério Público.

Chama também a atenção o fato de que, no desenrolar das ações judiciais, o juiz de direito, ao conceder o decreto de prisão preventiva, deixa visível uma grande semelhança na linguagem usada por ele com a do proponente da prisão preventiva – o promotor do Ministério Público. Além disso, ao decretar a prisão preventiva do líder do movimento, o mesmo é acusado de perturbação da ordem pública. Ignora o juiz que um movimento social tem na pressão um dos mais fortes recursos para conquistar suas reivindicações. E que, na maior parte dos casos de manifestações populares, ainda que pacíficas (greves, passeatas, “operação tartaruga” e outras), ocorre sempre certa perturbação da rotina das instituições, das ruas e de outros espaços públicos, que ficam por isto, sujeitos a uma evidente alteração de seu cotidiano.

Enfim, talvez fosse de maior relevância social que o agressivo representante do Ministério Público gaúcho, de cujo discurso fiz uma breve análise, usasse do mesmo zelo com o qual criminaliza os representantes do MST, também no sentido de promover cidadania e garantir direitos dos excluídos que lutam por um lugar ao sol mediante a pressão política, haja vista que falha vem sendo a aplicação dos princípios e dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Bourdieu (2007 p. 242) analisa a forma como as visões de mundo e os interesses postos em causa colocam em questão as decisões tomadas no campo jurídico, e justifica que o corpo jurídico tende a tomar decisões que se coadunam com os interesses dos grupos dominantes da sociedade:

[...]..as escolhas que o corpo (jurídico) deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões de mundo diferentes e antagonistas têm poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo o ethos dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para justificar como para os inspirar, estão adequados aos interesses, aos valores e à visão do mundo dos dominantes.

Entretanto, como o Estado não se constitui num bloco política e ideologicamente monolítico, há dentro dele e de suas instituições, posturas distintas ou mesmo antagônicas. Daí porque, após a decretação da prisão, o juiz afasta-se de sua função (por motivo de férias) e é substituído por um outro que, revendo o processo, a pedido dos advogados dos acusados, decide pela revogação da ordem

de prisão dada anteriormente. Eis a seguir o documento através do qual o juiz substituto revoga o decreto de prisão preventiva (documento 4)⁴:

[..].[nome do preso peticionante] peticionou nos autos (fls...), requerendo fosse revogado o decreto de prisão preventiva das fls...., sob as alegações de que tal decisão teve como fundamento a garantia de ordem pública, por então estarem em andamento várias ocupações no Estado, situação não existente hoje, e que milita a favor do Requerente a presunção de inocência, tendo o direito de responder ao processo em liberdade.

Manifestou-se o Ministério Público (fls...) pelo indeferimento do pedido, por entender que subsistem os fundamentos que o levaram a requerer a decretação da prisão, assim como os argumentos utilizados na sua decretação. Utilizou em defesa de seu entendimento o acórdão em que denegado habeas corpus impetrado a favor do Réu, em que ressaltado haver indícios e incentivador de constantes invasões de terras alheias, em que são causados transtornos ao particular, assim como às autoridades constituídas, havendo características de convulsão social. Acrescentou ainda que nova ação penal é contra ele movida, pendendo de diligência inquérito policial por nova invasão ocorrida.

Vieram-me os autos para decisão quando iniciou meu período de substituição em face das férias do Juiz titular da Comarca.

O pedido, assim como, de resto, o presente feito, deve ser analisado sob dois ângulos. Primeiro, imputada ao Réu a prática de vários ilícitos penais, cujas penas, somadas, atingem considerável montante, referida ainda a propositura de nova ação penal contra o acusado, e mais a existência do inquérito policial pela ocupação ocorrida à época em que decretada a prisão preventiva, há, de fato, a voltar-se contra o Requerente, a acusação pela prática de crimes reiterados, alguns deles com censura severa pela legislação penal vigente. Assim considerado, notando-se ainda que a reiteração havida não permite concluir-se com segurança não volte o Réu a praticar outros fatos em tese criminosos, é de se dar razão ao órgão ministerial.

Um segundo aspecto a ser considerado é que o réu na condição de integrante ou, como chegou a ser referido no decreto de prisão preventiva, como líder do Movimento Sem-Terra. Não se trata, assim, de um criminoso comum, senão de um

⁴ Documento 4. Revogação do decreto de prisão preventiva pelo juiz de direito y (Estado do Rio Grande do Sul-poder judiciário).

integrante de um movimento organizado, que busca, com suas ações, obter resultados políticos e econômicos favoráveis à efetivação do seu programa, particularmente a realização da reforma agrária. Este movimento tem-se notabilizado por suas ações, sendo inclusive glamourizado em novelas de televisão, percebendo-se outrossim um nível crescente de aprovação popular, quando não para a organização política referida, ao menos para a bandeira da reforma agrária, pelo que recentes pesquisas de opinião constataram percentual elevado de brasileiros que consideram necessária a sua realização.

Evidentemente, este grau de eficácia na sua ação tem relação direta com a maneira como age; com efeito, parece-me que muito pouco teria obtido em termos de inserção social e de eficácia no objetivo de tornar-se um interlocutor na cena política nacional, se tivesse se limitado a atuar institucionalmente. Não me parece igualmente possa ser considerada condenável a prática de buscar realizar seus objetivos por meio da pressão social exercida pelos milhares de seguidores do movimento, visto que não só torna mais eficaz sua ação, como igualmente é uma forma de aprimoramento da democracia, visto que é uma parte da sociedade civil que se organiza, buscando soluções em face do poder constituído.

Por isso, e também por seus métodos muitas vezes radicais, com toda a certeza o MST é hoje uma das organizações em relação às quais de forma mais clara se posicionam os cidadãos, seja em seu apoio, seja para condenar suas ações. Certo é, de qualquer maneira, que não se poderá, como pretendeu em outros tempos um Presidente da República, considerar que a questão social seja um caso de polícia.

Tem-se, então, situação aparentemente contraditória: uma ação de agricultores organizados desenvolvida em face de uma estratégia tendente à realização da reforma agrária, assim socialmente legitimada – veja-se que, se por um lado a ação desenvolvida pode ser vista como convulsão social, assim sendo negativamente valorada, pode também ser vista sob esta outra dimensão –, é desenvolvida de uma maneira tal que acabam por ser cometidos vários atos em tese caracterizadores de infração penal. Poder-se-ia talvez, em face dessa dimensão político-social, cogitar eventualmente da existência, pelo menos em relação a alguma das condutas imputadas ao Réu, da presença de alguma excludente de ilicitude.

Faço essas considerações porque entendo que, a par da abordagem estritamente legal, por uma leitura literal do Código Penal, há também a possibilidade de proceder-se à leitura daquelas ações com as lentes da política ou da sociologia, ou ainda por lentes embaciadas pela paixão de quem se posiciona a favor ou contra estas ações, seja por ter interesses envolvidos, seja por ter-se posicionado em face do debate nacional que se trava sobre a matéria.

De qualquer maneira, a conclusão é a de que, independentemente de vir ou não a ser penalmente responsabilizado por suas ações, não pode o Réu ser visto como um criminoso comum, mas como alguém que pode eventualmente ter ofendido a lei em face de seu engajamento em um movimento social que, bem ou mal, tem por objetivo a busca de maior justiça social. Isso não o absolverá de crimes que tenha cometido, mas deve ser levado em consideração na apreciação do presente pedido.

Por fim, abstraídas essas considerações, parece-me que há, neste momento, uma circunstância distintiva em relação àquele momento em que foi decretada a prisão preventiva, depois mantida pelo Tribunal de Justiça: naquela ocasião estava em andamento nova ocupação de terras, havendo quase uma comoção social, com difíceis negociações entre as autoridades e os líderes do Movimento, repetindo-se da parte destes a ocupação que havia ensejado a propositura da presente Ação Penal. Nessas condições, parece-me que não era um despropósito falar em convulsão social, nem em ver na participação do Requerente uma afronta à ordem constituída, visto que repetia uma ação que antes já havia ensejado seu indiciamento em inquérito policial.

Hoje, todavia, não subsistem essas condições, pelo que existente situação bem diversa da que levou o Juiz titular desta Comarca a decretar a prisão preventiva do Réu e o Tribunal de Justiça a confirmar tal decisão. Com efeito, passaram-se vários meses de ocupação descrita no decreto prisional, sendo inclusive de ressaltar que, se ali foi referida a resistência à ordem judicial de desocupação da Fazenda sobre a qual estavam o Réu e seus companheiros, houve depois a desocupação ordeira da área, assim não tendo persistido a resistência então identificada, que serviu de fundamento à decretação da custódia. Não foi identificada, também, posteriormente àqueles fatos, conduta outra imputável ao Réu que permitisse concluir representar sua permanência em liberdade em risco à ordem pública.

Por esse motivo, defiro o pedido, para revogar o decreto de prisão preventiva, condicionada a decisão ao compromisso do réu, a ser tomado nos autos, de observar as disposições dos arts. 327 e 328 do CPP.

*Intimem-se. Informem-se as autoridades policiais da presente decisão".
(Segue-se a assinatura do Juiz de Direito).*

A respeito torna-se ilustrativa fala discordante de dois juízes que, na sequência do processo, decidiram sobre o requerimento de decretação da prisão preventiva de um dos denunciados, encaminhado pelo representante do Ministério Público. A partir de interpretações bastante diferentes sobre os mesmos fatos, os dois juízes manifestam-se de maneira antagônica. Um deles se coloca claramente em favor dos proprietários e de forma absolutizada julga a questão. O outro assume uma postura compreensiva diante dos grupos sociais marginalizados socialmente, como o MST. Essas posições antagônicas dentro de um mesmo processo, versando sobre os mesmos fatos, tendem a gerar insegurança no grupo social atingido. Este, embora recorrendo com frequência à justiça na tentativa de fazer valer seus direitos, pode ter, face aos mesmos dispositivos legais, uma vitória ou uma derrota, dependendo de dois fatores-chaves: as diferenças extraídas da interpretação da lei e a posição social, de grupo ou classe com a qual o juiz se identifica. Posteriormente, quando um juiz substituto revoga o decreto de prisão preventiva, observa-se por sua linguagem uma visão significativamente diferente em termos de valoração ética da posição dos trabalhadores rurais, dando à questão uma ênfase à dimensão político-social da mesma. Neste ponto, vale a pena recorrer novamente a Bourdieu (2007, p. 228) quando, assim, refere-se a situações como esta:

O veredicto judicial, compromisso político entre exigências inconciliáveis que se apresenta como uma síntese lógica entre teses antagonistas, condensa toda a ambiguidade do campo jurídico.

Ao invés de apontar negativamente a ação dos envolvidos, o juiz substituto percebe no MST “uma ação de agricultores organizados, desenvolvida em face de uma estratégia tendente à realização da reforma agrária, assim socialmente legitimada”. E detecta com bastante sutileza a dimensão simbólico-ideológica presente no arrazoado do representante do Ministério Público:

Faço essas considerações porque entendo que, a par da abordagem estritamente legal, por uma leitura literal do Código Penal, há também a possibilidade de proceder-se à leitura daquelas ações com as lentes da política ou

da sociologia, ou ainda por lentes embaciadas pela paixão de quem se posiciona a favor ou contra estas ações, seja por ter interesses envolvidos, seja por ter-se posicionado em face do debate nacional que trata sobre a matéria.

O magistrado complementa sua fundamentação:

De qualquer maneira, a conclusão é a de que, independentemente de vir ou não a ser penalmente responsabilizado por suas ações, não pode o Réu ser visto como um criminoso comum, mas como alguém que pode eventualmente ter ofendido a lei em face de seu engajamento em um movimento social que, bem ou mal, tem por objetivo a busca de maior justiça social. Isso não o absolverá de crimes que tenha cometido, mas deve ser levado em consideração na apreciação do presente pedido.

Na fala do juiz substituto observa-se uma postura respeitosa em relação aos trabalhadores rurais sem-terra. Emprega ele o termo *ocupação* ao invés de *invasão*: *Naquela ocasião, estava em andamento nova ocupação de terras, havendo quase uma comoção social, com difíceis negociações entre as autoridades e os líderes do Movimento, repetindo-se da parte destes a ocupação que havia ensejado a propositura da presente Ação Penal. [...] Com efeito, passaram-se vários meses da ocupação descrita no decreto prisional... (grifo meu).*

Ainda o despacho do segundo juiz:

Sob essa acusação os denunciados foram enquadrados no art. 288 do Código Penal – CP por formação de bando ou de quadrilha, quando se trata de um movimento social, o que, portanto, só pode ser analisado sob a ótica coletiva. Logo, vê-se que o representante do Ministério Público converteu o caráter coletivo, que é próprio dos movimentos sociais, em atividade ilegal de associação criminosa. Tratar-se-ia de um equívoco?

Aplicar o significado de base do art. 288 do CP ao contexto de uma ocupação de terras por parte do MST, por ilegal que possa ser considerada, é efetivamente expressar uma imensa carga emotivo-ideológica, da qual se pode deduzir uma posição de classe ou grupo social nada discreta, especialmente quando se trata de um membro da justiça. Possivelmente os melhores e mais renomados sociólogos teriam dificuldades em identificar o objetivo do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra com o crime organizado, à maneira do promotor de Justiça denunciante.

Por uma análise crítica da linguagem, na qual se procura deslindar os sentidos implícitos e latentes da fala, pode-se perceber que o intento maior da peça

de denúncia é criminalizar o MST, ao invés de situar tal movimento no contexto de uma luta sofrida e inglória, por parte de um segmento significativo da sociedade brasileira, excluído das condições mínimas de sobrevivência no campo.

A mesma peça de denúncia incrimina ainda os denunciados por exposição de perigo de vida afirmando que “expuseram a vida e a saúde de centenas de crianças, adolescentes e mulheres grávidas a perigo direto e iminente, porquanto permitiram a permanência destes no acampamento e os utilizaram como “escudos humanos”, colocando-os na linha de frente, muitas vezes armados com foices e facões, com a finalidade de evitar a ação da autoridade policial que deveria promover a desocupação da área”.

Estranhamente, os sentimentos humanitários do referido representante do Ministério Público em favor de crianças, adolescentes e mulheres grávidas, que integram boa parte dos acampados, serviram apenas como argumentos para incriminar os denunciados. Segundo o art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O denunciante trabalha com a lógica, ou melhor, com a ideologia (incriminatória, por certo), de que os pais-maridos daquele acampamento não têm nenhum senso de responsabilidade e de humanitarismo para com seus filhos e mulheres grávidas. Faz parte da mesma lógica, também, a insinuação de que os policiais militares encarregados de cumprir o mandado de desocupação são capazes de atirar em crianças e mulheres grávidas para cumprir friamente uma ordem judicial. Felizmente, não é esta a política predominante da corporação.

Se a função constitucional do Ministério Público é a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, pode-se questionar por que os sentimentos humanitários do denunciante não se rebelam também em favor dos direitos básicos daquelas crianças e mulheres grávidas que acompanham sua família na luta pela terra? Por que não é denunciado, também, o descumprimento da reforma agrária por parte do Estado, conforme dispõe a legislação vigente? Ou, por que não é denunciado o estado de penúria, a fome, as doenças, a falta de higiene, o sofrimento, enfim, dos que se sujeitam à dureza dos barracos de plástico preto, na luta pela sobrevivência, face à ausência de apoio do Estado aos seus cidadãos, especialmente aqueles desprovidos das condições de trabalho?

Importa destacar que, embora o magistrado reconheça possíveis ilegalidades criminais a serem punidas, sua linguagem não traz a conotação agressivamente desabonatória que se acha presente nas expressões usadas pelo representante do Ministério Público. Não fala em comparsas, mas em companheiros; fala em ocupação e não invasão. Em vez de mencionar a “formação de quadrilha para o fim de cometer crimes”, refere-se ele a um “movimento social que tem por objetivo a busca de maior justiça social”.

Aliás, quanto ao mecanismo ideológico de identificação da organização dos agricultores sem-terra com o crime de formação de quadrilha, no intuito de criminalizar o próprio MST, vale a pena transcrever a argumentação absolutamente distinta e oposta àquela assumida pelo Ministério Público no caso dos sem-terra do Rio Grande do Sul. Trata-se de um caso que ocorre e é levado à Promotoria de Justiça da Comarca de Ortigueira, no Estado do Paraná, onde é analisado o mérito das acusações, em tudo similares àquelas ocorridas com os sem-terra do Rio Grande do Sul. Mas, a interpretação e a compreensão da condição social dos Sem-Terra dá ao processo e à acusação de formação de quadrilha uma acolhida bem distinta. Nela é possível perceber a preocupação com a condição social de excluídos sociais dos sem-terra acusados⁵:

Passaremos a analisar o crime de quadrilha ou bando, previsto no art. 288, p. único, do Código Penal.

Sobre o conceito deste crime, vale lembrar o ensinamento do ilustre Nelson Hungria (in Comentários ao Código Penal, 9/178): “Reunião estável ou permanente (que não significa perpétua), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes”. Esta citação está assim no original?

O Movimento dos Sem-terra, a priori, não visa praticar uma indeterminada série de crimes; tal movimento organizado é político e ideológico pois o agrupamento dos integrantes em determinada área rural visa, a princípio, a reforma agrária, não podendo, desta forma, se dar uma conotação de criminoso. Um movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é

⁵ Documento 5 -Excerto de argumentação extraída de uma peça judicial na comarca de Ortigueira - Estado do Paraná – feita pela promotora de justiça C. R.T.S.

própria do Estado de Direito Democrático (Relatório do Tribunal no. 747/608). Também está no original assim?

Portanto, não vislumbro, no presente caso, em relação aos indiciados, estar presente o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo específico, que é a vontade conscientemente dirigida à associação em quadrilha para o fim especial de praticar crimes. Em suma, se não há o elemento subjetivo do tipo, o crime inexistente.

Para corroborar seu posicionamento no caso, a representante do Ministério Público paranaense lembra a posição do Superior Tribunal de Justiça “a respeito da matéria de invasão por movimento popular pela reforma agrária”; descaracteriza a acusação de crime de formação de quadrilha e enquadra o caso na categoria de movimento social. Não se trata, simplesmente, de substituição de um conceito por outro, mas sim de deitar um olhar político-sociológico distinto sobre os sem-terra e de valer-se do mesmo direito instituído, porém buscando para o caso uma interpretação mais consistente com a postura de um movimento social.

Para concluir, importa destacar duas considerações. Primeiramente, a análise de linguagem aqui efetuada confirma a tese de Habermas (1983, p. 213) de que no sistema capitalista contemporâneo, o confronto de classes não se dá apenas na esfera da economia; configura-se, igualmente, um confronto ético-político em nível do discurso das partes envolvidas, também significativamente presente nos processos judiciais.

Em segundo lugar, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, tomando a cidadania como critério fundamental a nortear os operadores do direito em questões ligadas aos conflitos no campo, é exemplar. Se é importante a dimensão jurídica da cidadania, a consistir no “direito a ter direitos”, igualmente relevante é sua dimensão política.

CAPÍTULO 1 – A LINGUAGEM – DA TEORIZAÇÃO À VIVÊNCIA: Uma Análise Necessária à Compreensão do Discurso Jurídico

OBJETIVO

Apresentar os elementos que compõem a formação semiótica do discurso e demonstrar, em breve histórico, como a construção de uma estrutura simbólica, abordada inicialmente pela filosofia da linguagem, irá fundamentar a prática argumentativa e interpretativa utilizada pelo direito nos dias atuais como instrumento determinante de sua legitimidade.

Para avançar através dos questionamentos da hermenêutica filosófica em torno do fenômeno da representação, é, sobretudo, importante verificar como ocorre a superação das teorias do conhecimento. Todo o conteúdo epistêmico do direito tem sido historicamente apresentado através de epistemologias jurídicas baseadas nas teorias da representação que, em geral, fundamentam-se no esquema de relação sujeito-objeto, próprias das teorias do conhecimento. Um dos pontos que, de imediato, levanto nesse estudo é a necessidade de apontar para o universo no qual a hermenêutica se refere ao mundo prático, qual seja, o universo da pré-compreensão do discurso que elaboramos a partir de uma estrutura prévia de sentido. É devido a ela que surgimos como civilização, e é por ela que fundamentamos a ambiência normativa que torna possível a sobrevivência civilizatória. A linguagem é o instrumento vetor de todo o conhecimento que pode comunicar, libertar ou oprimir. A capacidade linguística que contextualiza os conflitos sociais ao encontro do sentido especulado pelo direito é um ponto que deve ser melhor analisado.

Proponho-me a iniciar esse estudo oferecendo um panorama dessa fundamentação. Para isso, há que se esclarecer alguns conceitos básicos como língua, fala, sistemas de significação, e o que isso tudo tem de determinante para o *imperium* do direito que se quer, e o direito que se tem. No campo das interpretações do direito, é arriscado afirmar que elas sejam verdadeiras e falsas.

Conforme se pôde constatar pelas decisões complementarmente diferentes do direito no caso dos Sem-Terra do Rio Grande do Sul, os dois juízes arrolaram sólidos argumentos e fundaram-se em dispositivos legais que visavam aos mesmos fins – equacionar o problema e resolver a tensão social. Entretanto diferiam significativamente as interpretações de cada um deles que, apoiando-se na

legislação vigente, extraíram delas interpretações que refletiam concepções distintas de sociedade e adesões a causas distintas.

Assim, talvez, seja prudente tomar as interpretações como *possíveis e impossíveis*, de vez que os métodos e critérios úteis para a interpretação, justificação e aplicação do direito prático moderno deve por a teoria formal contemporânea da racionalidade a serviço da hermenêutica e da argumentação jurídica. Entretanto, para que essa interpretação seja *possível*, depende tanto do diagnóstico que realiza, quanto da utilidade analítico-conceitual sob a ótica de quem a emprega. Alcançar o contexto de “investigação” e sua evolução é tarefa das mais árduas, pois, o direito não é um fim em si mesmo, e sim um instrumento, uma invenção humana, que deveria modelar e ser utilizado inteligentemente para alcançar propósitos ético-políticos que vão além do próprio direito: como a justiça social, especialmente. Assim, o direito não é mais – nem menos – que uma *estratégia adaptativa*, cada vez mais complexa, mas sempre notavelmente deficiente. É empregada para articular argumentativamente – na vida social cotidiana, mas nem sempre como elemento promotor de justiça. Tampouco como meio da virtude da prudência, que age sobre os vínculos sociais relacionais elementares através dos quais os homens constroem estilos aprovados de interação e estrutura social.

A partir dos estudos iniciais da linguagem como meio de representação sógnica, processou-se uma trajetória evolutiva desse meio para a realização normativa e ordenatória da sociedade. Não se deve, contudo, olvidar que os aportes teóricos aqui abordados são decisivos para o acompanhamento da análise através da qual busco defender como a argumentação jurídica pode ser um meio de tensão entre a finalidade e o propósito da norma e o que ela, realmente, alcança no mundo social. O que se conclui é que o direito tem por obrigação defender o cidadão das arbitrariedades e injustiças a que está sujeito no meio social em que vive. Entretanto ele pode negar essa possibilidade e mesmo frustrar um direito do cidadão, na medida em que são os agentes do direito que controlam as decisões jurídicas que afetam o cidadão, e o fazem a partir das interpretações que extraem da linguagem em que as leis são formuladas e do contexto político que envolve o chamado ordenamento jurídico.

1.1 LÍNGUA, FALA E SISTEMAS COMPLEXOS

As primeiras investigações sobre a linguagem como um sistema de signos foram desenvolvidas por Saussure (1981). Muito embora seus estudos datem de algumas décadas, ainda não se tem registro de outros estudos nessa área que possam explicar consistentemente a complexidade do fenômeno língua/fala. Este ponto também já se constituiu em objeto de estudo de muitos, mas sempre retomam as ideias saussurianas como fundamento. Para esse mestre, “a língua é um sistema de signos que exprime ideias e, por isso, comparável à escrita, mímica, atos simbólicos, sinais militares. Ela é apenas o mais importante desses sistemas” (p. 17).

O conceito dual de **língua / fala** é central nele e certamente aponta grandes novidades em termos de descobertas com relação à Linguística anterior, direcionada a procurar as causas da mudança histórica nos deslizamentos de pronúncia, nas associações espontâneas e na ação da analogia, por isso mesmo, uma linguística do ato individual. Partiu da natureza “multiforme e heteróclita” da linguagem, tida no primeiro momento como uma realidade inclassificável, cuja unidade não se pode isolar, já que engloba tudo ao mesmo tempo: o físico, o fisiológico, o psíquico, o individual e o social. Posteriormente então, é que desse todo heteróclito, se abstrai um puro objeto social – o conjunto sistemático das convenções necessárias à comunicação, indiferente à matéria dos sinais que o compõem, que é a **língua** – diante da qual a **fala** recobre a parte puramente individual da linguagem (fonação, realização das regras e combinações contingentes de signos).

A língua é, ao mesmo tempo, uma instituição social e um sistema de valores. Como instituição social, ela não pode ser premeditada. O indivíduo não pode, sozinho, criá-la nem modificá-la. Resulta de uma espécie de contrato coletivo ao qual temos de submeter-nos em bloco se quisermos nos comunicar. Além disso, outro traço importante desse processo é a autonomia; o indivíduo só pode tornar-se sujeito do processo após a aprendizagem.

Como sistema de valores, a língua é constituída por um pequeno número de elementos no qual cada um é funcional dentro da inteira estrutura, ou seja, cada elemento representa valores mais fortes ou mais fracos. O aspecto institucional e o aspecto sistemático da língua estão evidentemente ligados, exatamente porque a língua é um sistema de valores contratuais que nenhum indivíduo isoladamente

consegue modificar e só o faz se institucionalizado. Tanto que, para que o acordo de cooperação ortográfica entre os falantes do português fosse levado adiante, foi preciso que os países envolvidos se posicionassem através de suas casas legislativas e que este ato tivesse sanção dos diversos presidentes da república.

Dentro do contexto da língua como instituição e sistema, a fala é eminentemente um ato individual de seleção e atualização. Para constituir a fala, ocorrem primeiro as combinações graças às quais o falante pode utilizar o código da língua com vistas a exprimir o pensamento pessoal; em seguida, dão-se os mecanismos psicofísicos que lhe permitem exteriorizar essas combinações expressas na fonação.

Língua e fala se entrelaçam numa necessidade dialética. Não há língua sem fala e não há fala fora de um contexto linguístico. Língua e fala estão portanto, numa relação de compreensão recíproca; de um lado a língua é o acervo guardado pela prática da fala nos indivíduos pertencentes a uma mesma comunidade; e por ser o conjunto de marcas individuais, ela é, e só pode ser incompleta, quando enfocada no nível de cada indivíduo isolado; a língua existe na “massa falante”; mas o manejo da fala exerce profunda influência na língua. Como indica Barthes (1964, p. 19):

Historicamente os fatos de fala percebem sempre os fatos de língua (é a fala que faz a língua evoluir), e, geneticamente, a língua constitui-se no indivíduo pela aprendizagem da fala que o envolve (não se ensina a gramática e o vocabulário, isto é, a língua, de um modo geral, aos bebês). A língua é, em suma, o produto e o instrumento da fala, ao mesmo tempo.

Desse modo, propor uma linguística da fala, para Saussure (1981), seria impróprio, pois qualquer fala, desde que tomada como processo de comunicação, já é língua: o professor genebrino aponta a existência de uma ciência da língua, mas o mesmo não se dá com a fala. Diante disto, surgem duas questões a serem de pronto afastadas: a primeira delas é se seria possível estudar a fala antes da língua; de imediato a resposta é – não! Só se pode estudar imediatamente a fala dentro do que ela tem de linguístico. A segunda questão diz respeito à possibilidade de se separar a língua da fala, questão que se constitui na própria raiz da investigação linguística e semiológica; quanto a esta, diz-se que a língua e a fala estabelecem um processo de interdependência e de sentido uno.

De imediato, percebe-se o alcance sociológico do conceito **língua // fala**. Existe muita afinidade manifesta entre língua e consciência coletiva, independente de suas manifestações individuais na sociologia, na filosofia, na antropologia e em

outras ciências. Assim, conclui-se, por agora, que a articulação **língua // fala** é rica de desenvolvimentos extra ou metalinguísticos.

O pressuposto construtivo do universo saussuriano é sua concepção como ciência. Inconcebível qualquer pesquisa que envolva o discurso ou a linguagem, partindo da ingenuidade de pensar que os dados do real trazem para o campo da investigação uma significação a ele externa. Quaisquer dados do real necessitam de significação. Talvez esta seja a pedra fundamental de tudo mais que a ciência irá desenvolver no campo da linguagem semiológica. Sob esta percepção, o objeto da ciência dos signos nunca pode ser um objeto dado; pelo contrário, esse será produzido pelo próprio trabalho de investigação. A seu ver, a aplicação de uma teoria sobre os dados do real determinará a sua configuração e o seu sentido. Assim sendo, quando alguém desloca ou redefine uma teoria, altera-se a significação de seus dados. Desta forma, já se percebe uma nítida distinção de planos na teoria do conhecimento abordado por Saussure (1981): o plano do real concreto e o plano do real reconstruído pelo ato de conhecimento.

O plano do real concreto é a matéria empírica bruta, um todo de negação mórfica, sem significação; o plano do real reconstruído pelo conhecimento é o processo de elaboração teórica que confere aos dados o seu sentido e a sua função. Por essa razão, o signo produzido no ato de sua enunciação não deverá ser objeto de análise imediata, carecendo, sim, de um processo que possa transcender a aparência empírica dos signos, uma vez que o ato comunicacional é uma manifestação empírica, não conseguindo revelar por si só sua funcionalidade e significação. Para fazer essa distinção entre signo, como dado eminentemente empírico, e a sua manifestação como objeto da ciência, propõe as categorias **fala** e **língua**. Para a ciência dos signos, a fala seria o conjunto heteróclito das linguagens naturais, fatos sígnicos concretos que enquadram, mas não determinam o conhecimento que sobre eles se tenha. A fala é reconhecida a partir de uma teoria construída para a sua compreensão. A língua seria objeto científico da linguística. Não se constitui em uma síntese das diferentes linguagens naturais do mundo, mas em seu significado como sistema. A fala, no ato de seu conhecimento, existe no interior da língua. Ou seja, a realidade sígnica é reconstruída na língua, que nasce por oposição à fala. A fala só adquire objetividade a partir da língua.

Esse pensamento é também encontrado na chamada reviravolta pragmática da filosofia, disposta na tese de John Austin e na segunda filosofia de Wittgenstein,

quando apresentam oposição à teoria objetivista da linguagem, teoria cuja formulação principal propõe o caráter instrumentalista descritivo. Austin (1993) e Wittgenstein (1985) refutam tal caráter meramente designativo da linguagem para entendê-la como ação social. Linguagem e sociabilidade se imbricam de tal modo que a linguagem forma o horizonte a partir de onde os indivíduos exprimem a realidade (Oliveira, 2006, p.165). Nesse ponto identifica-se o elemento língua/fala referidos por Saussure (1981, p.37).

À oposição do social e do individual existente em cada uma das enunciações fáticas dos signos, Saussure chama também de língua e fala. Esta segunda função desenvolve-se no interior dos fatos sígnicos que são reconstruídos como objeto da ciência da linguagem, como componentes internos da fala. Cabe então uma dupla consideração de língua sob esse enfoque: língua como método e produto teórico e língua como código da fala.

A língua é, então, um sistema social de signos; como diz o professor genebriano, “é um tesouro depositado pela prática da Fala das pessoas que pertencem a uma mesma comunidade, um sistema gramatical que existe virtualmente em cada cérebro, ou mais exatamente nos cérebros de um conjunto de indivíduos, pois a língua não é completa em nenhum deles, só existindo perfeitamente na massa dos indivíduos”. (Saussure, 1981, p. 22). De outro lado, a fala é a palavra de uso individual do código da língua para fins da expressão pessoal. Embora unidades nitidamente distintas, língua e fala não são apenas momentos distintos de uma mesma realidade. A fala é anterior à língua e expressa certo conteúdo da consciência individual, enquanto a língua exprime certo conteúdo do inconsciente coletivo

Nesse momento, é importante verificar o primeiro sentido de oposição **língua // fala** em Saussure. A língua é definida por sua função como método de abordagem dos fatos linguísticos e a fala como os fatos sígnicos que obtêm sua significação mediante sua inscrição na língua. Fazendo remissão ao documento 1 – primeira parte, é bem evidente a constatação desses elementos. Por exemplo, ao apresentar a denúncia, o promotor assim se expressa na apresentação dos fatos delituosos:

Na ocasião, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, após invadirem a sede da parcela denominada [...], que integra a Fazenda [...], e entraram na residência do administrador, os denunciados [...], integrantes do denominado MST, agindo em acordo de vontades e conjugação de esforços com centenas de outros elementos não identificados, também integrantes do movimento citado, armados de espingardas, foices, facas, facões, etc., constrangeram [o administrador, sua esposa e seus três

filhos], mediante grave ameaça, a fazer o que a lei não manda, ou seja, a permanecerem reunidos e imobilizados em uma peça da residência (a sala), sempre sob a mira de espingardas, enquanto os denunciados e seus comparsas patrocinavam “revista” na casa e passavam a montar acampamento no local.

Ao apresentar a denúncia, o promotor se utiliza dos seus elementos sógnicos, de sua leitura dos fatos. E esta não é uma leitura neutra e sua fala demonstra isto. E não é neutra porque ela obedece a dois pressupostos: 1) a carga emocional com que analisa o fato relatado nos autos do inquérito que, tendo sido feito pela polícia, tende a compreender o movimento como uma perturbação pública, como “caso de polícia”, e a partir de uma notícia televisada que, por isto, tende a ser espetacularizada; e 2) por sua posição como promotor, cuja função é apresentar a denúncia, com vistas a sanar o problema e proteger a sociedade de perturbações.

É fala aquilo que está transcrito na peça processual. São os signos utilizados na sistematização ordinária e na arquitetura do posicionamento desses signos no texto, dando lógica ao propósito da narrativa, que é o de informar o tempo; circunstâncias; meios de ação; atores envolvidos; objetos ou instrumentos utilizados. Contudo, somente a partir de uma teoria construída para sua compreensão, que é a língua, é que essa fala ganha significados, visto que os signos sistematizados passam a existir no interior da língua. Em outro dizer, a realidade dos signos sai do texto para a vida, para as relações sociais a partir de sua reconstrução pela língua, já que esta é o elemento de coletividade desses signos soltos. É língua aquilo que é dado a entender pela organização da fala do promotor a quando da inserção dos valores aos signos componentes da fala; é o que subjaz como significação ou tradução que confere instigação, acusação, delatação, enfim, são os atributos axiológicos notados na denúncia. É importante, aqui, novamente recorrer aos signos da fala do promotor para melhor compreender como a afirmação anterior se processa (Documento 1);

agindo em acordo de vontades e conjugação de esforços com centenas de outros elementos não identificados, também integrantes do movimento citado, armados de espingardas, foices, facas, facões, etc., constrangeram [o administrador, sua esposa e seus três filhos], mediante grave ameaça, a fazer o que a lei não manda, ou seja, a permanecerem reunidos e imobilizados em uma peça da residência (a sala), sempre sob a mira de espingardas, enquanto os denunciados e seus comparsas patrocinavam “revista” na casa e passavam a montar acampamento no local.

Do texto, depreende-se a oposição língua/fala, ou seja, se a língua não tornasse possível tudo aquilo que quis o promotor intensificar, tornar mais grave, mais criminoso, através da utilização dos signos no bojo de sua fala, não seria

factível de ocorrência, pois não haveria um elemento de coletividade, de socialização dos signos. Por bem casar língua/fala, o promotor ao final pede a condenação, e isso, aparentemente, é algo cercado de fundamentação. É de se observar como, na sequencia da denúncia (na apresentação dos fatos), a língua está tão bem trabalhada a partir da organização da fala que existe em seu interior – signos crescentes/ascendentes de valores firmados na proposta de condenação dos infratores – e isso parece fluir lentamente para surtir efeito condenatório antes mesmo de serem ouvidos os réus. Há um pressuposto de condenação na apresentação dos elementos língua/fala do promotor.

Na observação dos fatos sógnicos há dois planos de manifestação: o plano social e o plano individual. O plano individual envolve os elementos no interior do signo. Em outras palavras, consiste no código que posteriormente será utilizado no momento da fala. Já o plano social aponta que toda enunciação sógnica irá depender de um conjunto de normas que a regule, isto é, para compreender e fazer-se compreender, cada uso sógnico exige um sistema superior de regras que estabeleçam a ordem de sua enunciação, – eis o plano social de evolução dos signos. Assim, ilustrando essa constatação, verifica-se que os termos jurídicos são um desafio para o conhecimento dos leigos, que se veem obrigados a traduzir, literalmente, as expressões usadas pela justiça. Quem não for da área jurídica terá sérias dificuldades em entender termos técnicos, específicos, inclusive, na maioria das vezes, já ultrapassados, trazidos do Direito Romano e que são de uso comum no campo jurídico e apenas nele; fora dele nem fazem sentido, nem são compreendidos. É fato que o importante em um texto não é a sofisticação da linguagem, mas a clareza, a concisão, a qualidade dos argumentos apresentados, organizados mediante um raciocínio lógico e coerente; isto, porém, no campo da linguagem do direito envolve e sofre a influência de outras variáveis, exatamente devido a esse plano social que os fatos sógnicos possuem, de vez que há termos próprios do direito que não passam, quando “traduzidos”, a carga semântica de que gozam dentro do contexto jurídico. A exemplo disso, em 8/07/2003, o ministro Maurício Correia, presidente do Supremo Tribunal Federal, à época, deu a seguinte declaração no *Jornal Nacional*¹: “Toda e qualquer invasão de terra, seja ela improdutiva, ou produtiva, como última razão constitui um esbulho possessório, ato

¹ *Jornal Nacional*, Rio de Janeiro: Rede Globo, ago. de 2003. (TV Globo)

que é um ilícito civil, e ao mesmo tempo um ilícito penal”. O telespectador leigo defrontou-se com um grande desafio: decifrar o enigma da esfinge, pois não sendo ele da área jurídica como entender o que é *esbulho possessório, ilícito civil e ilícito penal*? De fato, para entender o distanciamento existente entre os dizeres jurídicos em processos básicos da esfera da justiça e as dificuldades do destinatário (o cidadão), sob o enfoque aqui trabalhado, é necessário investigar como ocorre a evolução de tal sistema contextualizante de regras que estabelecem a ordem de sua enunciação.

O direito consegue, através de seus signos, estabelecer várias formas de dominação sobre o cidadão comum, embora este seja seu destinatário final. Ao valer-se de uma linguagem hermética, extremamente tecnicista e abundante em conceitos expressos numa língua morta (o latim), estabelece através da linguagem, uma forma poderosa de dominação. Além disso, fragiliza-o, sujeitando-o a possíveis arbitrariedades e injustiças, das quais o cidadão procurou se livrar ao recorrer aos tribunais para defesa de sua causa.

Como já salientado nesta pesquisa, o que exalta a preocupação de Saussure (1981) é aquilo que o autor denomina de *Língua Epistemológica*, fundado na proposição de que os fatos linguísticos não se sobrepõem à teoria dando a ela sentido, mas sim, na crença de que os fatos linguísticos recebem da teoria algum sentido. Os fatos linguísticos constituem-se em objetos da linguística, desde que permitam vislumbrar o campo lógico de relações que colocam o contingente dos fatos em uma estrutura reveladora de seus sentidos. Desse modo, a ciência é definida como a tarefa de determinação das leis que dominam a organização de seu próprio objeto, e não da contingência dos fatos carentes de significação. A ciência, portanto, procura revelar uma ordem de significações e não da realidade. Daí porque, sobre os mesmos fatos as significações podem ser distintas, distanciando-se menos ou mais da realidade.

Quando ele propõe esse princípio purificador como método, entende sua necessidade, pois se a ciência não se constituir numa ordem de significações, a ciência fica sem objeto e, à falta de objeto próprio, a ciência torna-se vulnerável às influências estranhas, descaracterizando sua razão de ser. Esse quadro teórico exige, todavia, maior reflexão. Com Saussure, a noção de fato sógnico é absorvida pela relação língua/fala e, com isso, uma importante troca metodológica é obtida, pois os acontecimentos não são mais interpretados pelo princípio da causalidade,

que é agora substituído pela noção de estrutura, como o critério gerenciador do sistema. Esse entendimento faz surgir, por outro lado, uma articulação formal de elementos com prescindência da variabilidade de seus conteúdos sensíveis. Emprestando uma terminologia utilizada pelo positivismo, tem-se então que a fala seria uma pragmática global e a língua uma sintaxe totalizadora. Qual seria então a fala do direito? Em tempos de enfrentamento entre neoconstitucionalismo e positivismo, como discutir a questão? Como aplicar a teoria jurídica contemporânea diante da indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição? Existiria uma dogmática jurídica refém de um positivismo exegético-normativista, produto da mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as diversas teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar algumas? Desde Saussure permanece o desafio de compreender que o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional, sobretudo), pela impossibilidade do legislativo (a lei) poder antever as variadas e possíveis hipóteses de aplicação normativa. Desse modo, na medida em que o direito é uma ciência prática, o centro da discussão inexoravelmente sofre um deslocamento em direção ao mundo prático que, até o advento do Estado Democrático de Direito, estava ocultado pelas conceitualizações metafísico-positivistas, sustentadas por uma metodologia com evidentes matizes representacionais.

1.2 AS FUNÇÕES DA LINGUAGEM E A LINGUAGEM DO DIREITO

Qualquer processo comunicacional humano que transmita informação se compõe de elementos sociointegradores e finalistas de ações e intenções. Uma única situação comunicacional pode apresentar um bom leque de finalidades, as quais só poderão ser definidas quando devidamente identificados os elementos que compõem o processo de realização da linguagem e o contexto de aproximação dos sujeitos do processo comunicacional. É isso que remete às funções da linguagem classicamente abordadas por estudiosos como Jakobson citado por Oliveira (2006, p. 48).

Para transmitir mensagens, o fundamental é que haja uma fonte e um destino, distintos no tempo e no espaço. A fonte é geradora da mensagem e o destino é o fim para o qual a mensagem se dirige. Trazendo isso para o universo jurídico, pode-se

determinar que a fonte das leis é o povo – que, no Estado Democrático, funciona o princípio da representatividade pelo qual os cidadãos escolhem seus representantes nas casas legislativas, mas estes são apenas representantes da vontade de seus eleitores, enquanto que o destino da mensagem (a lei) é a sociedade, já que toda lei deve servir ao fim social que lhe deu origem e legitimidade. Eis uma das questões mais paradoxais para análise: se o povo é a fonte das leis; se elas se destinam também ao povo, por que a linguagem do direito mantém um hermetismo tal que a torna incompreensível para o destinatário (povo)?

Sob esse ponto analítico, verifica-se que quem formula as leis (o Legislativo) é um poder composto heterogeneamente por cidadãos comuns (engenheiros, professores, advogados, médicos, administradores, sociólogos, etc.) – os políticos. Quem, então, faz a linguagem do direito não atingir sua função/ ou funções? Seriam seus próprios praticantes?

É preciso considerar que as pessoas comuns são os verdadeiros detentores do direito que a sociedade a eles confere e garante; os agentes do direito são seus veiculadores, funcionam como intermediários entre o cidadão e o Estado, com vistas a garantir os direitos dos cidadãos; mas, ao invés disso, os agentes criam barreiras simbólicas, dentre as quais a linguagem é uma das mais importantes. Assim, com muita frequência, os agentes e a linguagem que usam funcionam como formas simbólicas de restrição ao acesso do cidadão à justiça.

Essa tensão produzida pela linguagem, talvez, se explique na continuidade da análise. Nesse caminho de passagem, o que possibilita à mensagem caminhar é o canal. No presente caso, pode-se identificá-lo na Lei Máxima ou Constituição, como exemplo mais relevante. Na verdade, o que transita pelo canal são sinais físicos, concretos, codificados. Codificar significa obedecer a determinadas convenções preestabelecidas pela fonte e pelo destino que conheceu o que ficou estabelecido a respeito daqueles sinais. A pergunta que deve ser respondida é: quais serão as convenções preestabelecidas pela fonte e pelo destino da linguagem que perfaz o Legislativo brasileiro? Se o Legislativo brasileiro é formado de pessoas heterogêneas, às vezes, cidadãos sem cultura acadêmica, qual a instância desse poder que sofisticava os aqui chamados sinais físicos da linguagem? Uma possível resposta pode estar no código da linguagem. O código que viabiliza a materialização dessa linguagem pode estar minado de elementos valorativos que ensejem essa trajetória dialética. Quer dizer: um código é uma organização dos elementos que

compõem um conjunto, com regras de permissão e de proibição que determinam o modo da ocorrência da combinação desses sinais físicos².

Santos *et al.* (1996), entendem que o judiciário não é eficiente na garantia dos direitos, em especial dos grupos sociais subalternos da sociedade por várias razões, dentre elas: *o conservadorismo da cultura jurídica, o que inclui o poder e o poder que a linguagem exerce* e que é praticada pelos agentes jurídicos. Assim sendo, os termos podem extrapolar o sistema linguístico, envolvendo elementos estranhos à linguagem, mas que se efetivam através dela, como o poder, a dominação, o constrangimento etc.

A linguagem, enquanto estrutura, refere-se a qualquer código: musical, pictórico, teatral etc. e estes vão permitir determinar o funcionamento de organizações dentro de normas já estabelecidas. Só há mensagens, portanto, quando os sinais são convertidos em regras; isto é, só há mensagem quando houver codificação. A razão comunicativa defendida por Habermas (2004, p.118) vai referendar estas afirmações, no que distingue a linguagem enquanto *estrutura* e a linguagem enquanto *processo*, ou seja, está em jogo, aqui, a abstração da linguagem em relação a seu uso. Desse modo, o processo comunicacional pode ser sintetizado observando que a fonte codifica sinais, isto é, constrói mensagens, que se referem a um objeto, e as envia a um destinatário, fazendo a passagem desta informação/mensagem, através de um suporte físico que é o canal. A página que recebe os sinais gráficos, as letras, constitui-se no suporte físico, no canal da mensagem. No código pictórico, é a tela. Portanto, em alguma estrutura física, os sinais organizados devem repousar num suporte.

Tome-se para análise o Código de Defesa do Consumidor – CDC, que nasceu como lei organizadora de normas de proteção e defesa do consumidor, criada em 1990 sob um verdadeiro clamor das massas para pôr ordem nas relações de consumo, àquela época, muito arbitrárias. A mensagem do CDC deveria ser o mais clara possível haja vista ser seu destino o cidadão comum, pois os esclarecidos em matéria legal já tinham seus meios processuais de reivindicação através da própria Constituição Federal nos art.5, inciso XXXII e outros. Pode-se afirmar que o CDC está muito longe de se constituir imediatamente em *mensagem* sobre as relações de consumo para os brasileiros, já que, formulado em linguagem

² Em virtude apenas dos objetivos desse trabalho as “implicações do código” não serão expostas de forma esquemática, apenas resumida.

pouco acessível, a dificuldade envolve desde os conceitos básicos nela apresentados, como consumidor, fornecedor, produto, serviço, até as formulações em torno das políticas nacionais previstas para as relações de consumo, fato que só vem ratificar a existência de uma linguagem sobre a linguagem e constatar um distanciamento entre tal lei e a sociedade destinatária. Trata-se, portanto, do resultado de uma cultura jurídica, que provém de longa data, enraizada no campo jurídico e que surte efeito porque tem força e poder para tal. Se ela isola o cidadão comum, isto não deveria acontecer porque, conforme entende Santos *et al.* (1996, p. 48)

a cultura jurídica é o conjunto de orientações a valores e interesses que configuram um padrão de atitudes, diante do direito e dos direitos e diante das instituições do Estado, que produzem, aplicam e garantem ou violam o direito e os direitos...Por outro lado, a cultura jurídica reside nos cidadãos e em suas organizações e, nesse sentido, é também parte integrante da cultura de cidadania.

É claro que uma mensagem, seja ela jurídica ou não, requer um contexto para se referir, e um referente – algo sobre o que se fala, o assunto em torno do qual a mensagem está organizada. Na verdade, todos esses fatores e elementos é que determinam o modo como as mensagens são codificadas e, portanto, como a linguagem funciona. Numa dada mensagem é impossível observarem-se as funções em estado puro; apenas é possível observá-las articuladas em um jogo de hierarquia. Uma das funções prevalece; as outras dialogam na cena de linguagem, cedendo lugar para a função principal. É mister observar que é na mensagem, que se situa a possibilidade de definição do perfil da linguagem. É preciso lembrar que o emissor organiza sinais físicos no canal para codificá-los em mensagem.

Se o emissor é um pintor, seu material de trabalho, seu signo concreto são a tinta, o pincel; e seu canal, a tela. O que foi organizado com esses signos é a mensagem. Mas é preciso sensibilizar-se com o *modus operandi* desse emissor, e é esta a tarefa da leitura do receptor: decodificar esses sinais, para aí desvelar a sua forma de construção. Para a mensagem pictórica, por exemplo, a tinta a óleo produzirá uma configuração diversa da tinta guache. E o sentido será diferente, e a função da linguagem aí percebida justifica-se pela forma de atuação dos signos.

De qualquer forma, é ao modo de organização da mensagem que se deve dirigir nossa atenção, a fim de observar-lhe o funcionamento. Sendo a linguagem um conjunto de signos, os signos linguísticos que constituem os elementos da linguagem funcionam como estímulos, ou seja, são sons ou sinais escritos que são

produzidos pelos membros de um grupo para que sejam percebidos por outros membros, de modo a alterar ou influenciar seu comportamento. A linguagem tem um vasto poder de operar nos contextos psíquicos e sociais em que se encontram os emissores e os receptores. Na linguagem do direito, pode-se examinar isso através do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1999), no art. 6º onde se apresentam os direitos básicos do consumidor: a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.

Note-se que algumas dessas supostas proteções exercem vasta influência sobre a maneira do cidadão se relacionar com produtos com os quais até bem pouco tempo ele hesitava bastante em consumir, como é o caso dos importados, que são vendidos amplamente por redes de supermercados; hoje o cidadão não tem mais tanto receio de ser prejudicado porque a trajetória desses direitos na relação consumidor – fornecedor, já sofreu inúmeras mudanças provocadas pela linguagem da mídia que “traduz” o CDC para o consumidor, quando realiza chamadas permanentes para debates em torno da pessoa que compra, e também devido aos ganhos no estado de cidadania, o que envolve o acesso a bens e direitos pelo consumidor. Essas influências sociais sobre o consumo, provenientes da linguagem mediada pelos instrumentos midiáticos, têm contribuído para impulsionar o país rumo a um capitalismo voraz, direta ou indiretamente. A vinculação da linguagem a situações diversas torna-se evidente quando verificados os signos plurissituacionais (que atuam como signos em todas as situações análogas), com significados interpessoais comuns aos membros da família de intérpretes (emissores e/ou receptores).

Para que fator se inclina a mensagem ou, qual a sua função prevalecente?

A questão só poderá ser respondida se verificado o contexto sógnico acrescido da intenção determinada pela relação emissor – receptor. Se observadas as falas dos sujeitos referidos no item d da Introdução, a saber; o episódio envolvendo um processo judicial no Rio Grande do Sul, verificar-se-á, objetivamente, a força deste contexto sógnico que envolve a relação emissor – receptor. Na narrativa dos fatos delituosos referentes ao primeiro fato:

1º. FATO:

Em data e local X, "... os indiciados [...], integrantes do denominado MST, agindo em acordo de vontades e conjugação de esforços com centenas de outros elementos não identificados, também integrantes do movimento citado, entraram e permaneceram clandestinamente e contra a vontade expressa de [proprietários X] na casa destinada à moradia [do administrador de parcela da Fazenda].

Na ocasião, os denunciados e demais elementos não identificados invadiram a sede da parcela denominada [...] e, armados com espingardas, foices, machados, facões, etc, entraram e permaneceram na residência destinada ao administrador e sua família, além de ocuparem os demais prédios existentes no local".

No texto em epígrafe, a linguagem parece intencionada a denegrir a imagem dos Sem-Terra. Já na linguagem utilizada pelo juiz que pede a revogação da prisão preventiva, é de fácil percepção a suave utilização de termos com a intenção de atenuar a situação dos Sem-terra.

Toda linguagem apresenta dois planos imediatos: o plano do significado e o plano do conteúdo (abordagem saussuriana). Quando o Código de Defesa do Consumidor identifica quem são os sujeitos da relação de consumo, a saber; o consumidor e o fornecedor, vai muito além do que a mera definição desses sujeitos. Mais que isso, busca apresentar o plano do significado através da organização do plano do conteúdo, visto ser tarefa das mais simples verificar os conceitos do art. 2º, e do art. 3º do CDC (conteúdo) para, posteriormente, estruturar o universo significativo que isso tudo quer dizer para a sociedade de consumo (significado). No processo de comunicação as palavras sofrem alterações significativas. Os significados já padronizados no meio social possuem sentidos incompletos, são expressões em aberto, que irão se tornar plenas em um contexto designado. Desse modo, é arriscado analisar o significado de um termo sem considerar o contexto no qual se insere, isto é, seu significado contextual. Todo termo deve possuir dois níveis básicos de significação: o significado real ou de base e o significado contextual ou de análise. O primeiro é aquele que se reconhece no plano teórico denotativo, não ambientado num espaço de comunicação contextualizada. O segundo é o desdobramento do plano teórico; é a efetivação concreta da comunicação social. Os vários propósitos comunicativos a serem alcançados pelo uso do termo, ou desse em relação sígnica, é a função da linguagem ou seu modo de significar. Uma mesma expressão carrega algumas, senão várias implicações de

que o sentido teórico-denotativo assinala apenas o início do processo de comunicação. Uma mensagem nunca se esgota na significação de base das palavras empregadas. Assim, o fator determinante de uma comunicação será a compreensão e a interpretação dadas pelo receptor e a intenção latente do emissor.

Apenas para exemplificar, a palavra “ordenamento”, em contextos bem diversos, pode servir para³:

a) Referir-se a uma sequência de elementos; b) Designar o conjunto de normas formadoras do direito; c) O resultado de um mando ou comando; d) Ato ou efeito de ordenar, etc.

Em cada caso o contexto da situação em que o fato ocorre irá provocar uma variedade de sentido, logo, uma alteração do *standard*. Para a interpretação do sentido de um enunciado é indispensável um processo de articulação entre os sentidos manifestos (o signo base) e os sentidos latentes (o signo plurissituacional). O termo Sem-Terra deixa, por exemplo, de significar apenas “não ter terra” para referir-se a uma categoria de pessoas, os Sem-Terra, ou melhor, uma coletividade.

A filosofia da linguagem aponta uma ampla gama de propósitos que pode levar um emissor a empregar um termo (persuadir, dominar, interrogar, suplicar, fazer rir, perquirir). A partir da obra *Lingüística e Poética*, Jakobson (1988, p. 118-119), estudioso da linguagem, introduzindo os fatores comunicacionais – que já comentados nesse tópico –, percorre a descrição das funções de linguagem, suas articulações, a hierarquia entre elas, seu modo de organização para, finalmente, encontrar a metalinguística. Em geral, uma mensagem formulada na 1ª pessoa, confessional, de valor biográfico, adjetivada e cheia de “sentimentos”, remete à função emotiva da linguagem, visa a uma expressão direta da atitude de quem fala em relação àquilo de que se está falando. Também chamada expressiva, tende a suscitar a impressão de uma certa emoção verdadeira ou simulada. A função emotiva ou expressiva é a função da linguagem que age sobre o sentimento e suscita estados de ânimo; o fator que mais se sobressai nesta, é o emissor. A função emotiva faz parte da linguagem forense como um dos recursos de que ela dispõe para comover o receptor. Evidencia-se isto na fala do juiz ao pedir a prisão preventiva no caso constante do item d da Introdução:

In casu sub examen, os informes probatórios, vindos com o pedido do

³ Não é pretensão exaurir o termo, ao contrário, foram buscados os termos explicativos mais próximos do direito.

Parquet⁴, dão conta de que o apontado indiciado, em sua condição de líder do MST, patrocinou e incentivou, afora a prática de outros delitos, a destruição e danificação de mata nativa considerada de preservação permanente (para confecção de obstáculos à ação da autoridade policial que deveria proceder à desocupação compulsória do imóvel invadido pelos agricultores sem-terra) bem como o abate de animais mediante disparos de armas de fogo e golpes de instrumentos cortocutundentes”.

A função emotiva ou expressiva pode ser alcançada na linguagem jurídica pelo uso de adjetivos e advérbios bem posicionados na frase, recurso muito comum nas sustentações orais realizadas nos tribunais, em especial no Tribunal do Júri. Trata-se de um recurso eficiente ao advogado e ao promotor de justiça, mas que deve ser usado com moderação; do contrário, perde a finalidade, que é comover, mas sem provocar consternação no receptor.

À guisa de exemplificação, pode-se citar os testemunhos colhidos em juízo, ou ainda os textos/falas direcionadas à Nação pelo chefe maior nos momentos de intensa crise, nos quais o povo precisa sentir a força do empenho da chamada equipe de governo em prol dos interesses de “cada” brasileiro. Estes testemunhos e apelos não apenas são eivados de função emotiva mas também de outras funções.

Ao ler o jornal e acompanhar as notícias existe a impressão de que os fatos ali expostos são organizados de maneira objetiva. Os verbos estão na 3ª pessoa, de vez que a finalidade de informar é a função referencial, aquela na qual predomina o referente; ocorre aí uma orientação para o contexto; a intenção do emissor é apenas transmitir a mensagem de modo claro e objetivo, sem admitir mais de uma interpretação, com a finalidade de espelhar a realidade, empregando palavras no sentido denotativo. Na função referencial ou informativa, predomina a intenção de informar o conteúdo, o assunto, as ideias, os argumentos de uma mensagem. Esta função é comum aos livros técnicos jurídicos, ao Diário Oficial da União, e aos textos de lei. É a função referencial que traduz a realidade exterior ao emissor; ela se volta completamente para o referente. Nela as formas verbais e os pronomes aparecem sempre em terceira pessoa, marcando “imparcialidade” no ato de dizer. Na linguagem jurídica, a função referencial pode ser identificada na formulação de conceitos básicos e gerais do direito, na doutrina, na jurisprudência e nas peças

⁴ Parquet – expressão utilizada tecnicamente pelo léxico forense para designar o Ministério Público.

processuais. A intenção do emissor é apenas a de relatar os fatos jurídicos que resultaram numa determinada peça ou recurso jurídico. Como exemplo, Gama (2003, p.104), num de seus ensinamentos sobre solidariedade⁵ familiar escreve:

Um dos princípios mais antigos no âmbito das relações pessoais, independentemente da espécie de vínculo, é o da solidariedade entre as pessoas, e que é sumamente reforçado no âmbito das relações familiares. Os alimentos no Direito de Família, tais como previstos nas legislações em vigor na maior parte dos países, representam a concretização do princípio da solidariedade familiar. Como se sabe, uma das técnicas originárias da proteção social que até hoje se mantém é a família. Na ordem jurídica, as pessoas que mantêm vínculos de natureza familiar - e, portanto, integrantes da família - são, em regra reciprocamente credoras e devedoras de alimentos sob o prisma do Direito Objetivo.

Verifica-se também que o redator teve uma forte preocupação com a objetividade. Há mensagens que se apoiam na relação destinatário ou receptor; enfatizam a função conativa; esta terá lugar quando, na linguagem, houver o desejo do emissor em atuar sobre o receptor, levando-o a uma mudança de comportamento, ou simplesmente informando-o das consequências de uma ação. Isto pode acontecer por meio de uma ordem, um apelo, uma sugestão; encontra sua expressão gramatical mais pura no vocativo e no imperativo, que sintática, morfológica e amiúde até fonologicamente, afastam-se das outras categorias nominais e verbais.

A linguagem jurídica utiliza a função conativa ou apelativa na organização dos textos das contestações, das apelações, das contrarrazões e dos recursos em geral. O objetivo dessa função nos textos jurídicos é conduzir o raciocínio do receptor para que este aceite o ponto de vista do emissor. As sentenças imperativas diferem fundamentalmente das sentenças declarativas: estas podem e aquelas não podem ser submetidas à prova de verdade. Quando, ao final do texto de um decreto lê-se: “Revogam-se as disposições em contrário”, – o imperativo não pode ser contestado pela pergunta “é mesmo revogável?”, o que se pode, contudo, fazer perfeitamente no caso de sentenças é como “tal decreto foi revogado?”, “Esta lei revoga aquela?”. A linguagem de um decreto constrói mensagens tendo em vista induzir o receptor a obedecer a seus artigos ou cumpri-los. Em geral, os verbos são imperativos e os vocábulos cuidadosamente escolhidos a fim de evitar efeitos ambíguos. Há mensagens que servem fundamentalmente para prolongar ou interromper a comunicação, para verificar se o canal funciona, para atrair a atenção do interlocutor

⁵ Solidariedade é um instituto jurídico que determina a situação na qual dois ou mais credores ou devedores fazem parte numa obrigação, a fim de que somente se possa cumprir por inteiro, ou *in solidum*.

ou confirmar sua atenção continuada. Há momentos em que a mensagem expõe o fator canal, aquele suporte físico que sustenta os signos, isto é, o meio condutor da mensagem que parte do emissor em direção ao receptor. Esta função da linguagem é a **fática**. Esta função revela-se no texto jurídico por meio de elementos que têm a finalidade de iniciar, prolongar, interromper ou verificar a eficácia do processo comunicativo estabelecido entre emissor e receptor, representados na linguagem jurídica por autor e réu. Prolonga-se o ato comunicativo ao longo do andamento processual. O diálogo estabelecido entre autor, juiz e réu é contínuo até o desfecho do processo. Caso o autor ou o réu interrompam a comunicação jurídica, terão de assumir as consequências estabelecidas no Código de Processo Civil. Interrompe-se a comunicação jurídica se houver a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267 do Código de Processo Civil.

Quando em arrefecido debate entre juristas surge uma expressão “*data venia*”, ou ainda “*data maxima venia*”, locuções emprestadas do latim, que se mantiveram nos meios forenses como forma de consolidação clássica da linguagem jurídica, tais expressões funcionam como um teste de canal. A **função fática** pode ser evidenciada por uma troca profunda de fórmulas ritualizadas por diálogos inteiros cujo único propósito é prolongar a comunicação ou mantê-la, ou ainda, reafirmá-la, já que muitos dos termos e expressões latinas de uso forense servem como suporte a essa função na linguagem do Direito. A lógica moderna fez uma distinção entre dois níveis de linguagem, a “linguagem-objeto”, que fala de objetos, e a “metalinguagem”, voltada para a própria linguagem. Entretanto, a metalinguagem não é apenas um instrumento científico necessário, utilizado pelos lógicos e pelos lingüistas; ela desempenha também papel importante na linguagem. A função metalinguística está presente quando o remetente e/ou o destinatário tem necessidade de verificar se está usando o mesmo código; é uma espécie de discurso do próprio discurso, é um discorrer sobre o próprio conteúdo. É na verdade, a própria linguagem que está em jogo. O emissor utiliza-se dela para transmitir ao receptor suas reflexões sobre ela mesma. Analise-se o seguinte trecho, extraído da obra *Teoria Geral...*, de Kelsen (1990, p. 48?) sob o tema: *Leis Retroativas e Ignorantia Juris*⁶:

⁶ Não utilizamos tradução para essa expressão em latim, já que manteremos a originalidade de sentido evitando assim interpretação.

O valor moral e político das leis retroativas pode ser discutido, mas não há dúvida quanto a possibilidade de sua existência. A constituição dos Estados Unidos, por exemplo, no Artigo I, Seção 9, Cláusula 3, diz : “Nenhuma ... lei ex post facto será aprovada”. O termo “lei ex post facto”, é interpretado como lei penal com força retroativa. As leis retroativas são consideradas censuráveis e indesejáveis porque fere nosso sentimento de Justiça infligir uma sanção, especialmente uma punição, a um indivíduo por causa de uma ação ou omissão às quais o indivíduo não poderia saber que se vincularia tal sanção. Por outro lado, porém, reconhecemos o princípio – fundamental em todas as ordens jurídicas positivas – *Ignorantia Juris Neminem Excusat*, a ignorância da lei não exime ninguém. O fato de um indivíduo não saber que a lei vincula uma sanção à sua ação ou à sua omissão não é motivo para que a sanção não lhe seja infligida. Às vezes o princípio em questão é interpretado restritivamente: a ignorância da lei não é desculpa se o indivíduo desconhece a lei apesar de ser possível conhecê-la. Então esse princípio não parece incompatível com a rejeição de leis retroativas. Pois no caso de uma lei retroativa é de fato impossível conhecer a lei no momento em que é executado o ato ao qual a lei vincula uma sanção. Porém, a distinção entre um caso em que o indivíduo pode conhecer a lei válida no momento em que comete o delito e um caso em que o indivíduo não pode conhecê-la é mais do que problemática. Em geral, pressupõe-se que uma lei válida pode ser conhecida pelos indivíduos cuja conduta é regulada pela lei. Na verdade, trata-se de um *Presumptio Juris et de Jure*, i. e; um “pressuposto irrefutável”, um pressuposto contra o qual não se pode apresentar nenhuma evidência, uma hipótese jurídica cuja incorreção não deve ser provocada, a hipótese de que todas as normas de uma ordem jurídica podem ser conhecidas pelos indivíduos sujeitos a essa ordem. Isso, obviamente não é verdade; o pressuposto em questão é uma ficção jurídica típica. Portanto, no que diz respeito à possibilidade ou impossibilidade de se conhecer a lei, não há nenhuma diferença essencial entre uma lei retroativa e vários casos em que uma lei retroativa não é, e não pode ser, do conhecimento do indivíduo a quem essa lei tem de ser aplicada.

Observe que o autor, discutindo as leis retroativas, utilizou-se de um próprio texto de lei americana, para levar aos leitores de sua discursiva obra as suas reflexões. É de se notar o emprego da função metalinguística no texto, em discussão de lei que discute a própria existência da lei. A função metalinguística aqui presente utiliza o código para explicar, justificar ou esclarecer o próprio código; os signos se apresentam como verbetes de dicionários que servem à explicação de palavras anteriores; desde a intenção que não é outra, senão a de utilizar a linguagem para clarear a própria linguagem, fato que se acentua pela seleção lexical e pelo código da mensagem voltado para explicitá-la, defini-la, e analisá-la.

A metalinguagem é um recurso de comunicação vastamente utilizado na linguagem do direito, haja vista o princípio de que o direito regula a sua própria criação. Isso se enquadra no entendimento de que cada norma dentro da ordem jurídica é criada de acordo com as estipulações de outra norma, na busca de uma unidade sistemática de normas, dentro da ordem jurídica. Pela extensão e importância desta função da linguagem dentro do direito, um capítulo deste trabalho será dedicado a aprofundar essa temática. Finalmente, a linguagem possui ainda uma função **poética**, que funciona como um constituinte acessório, subsidiário;

quando aplicada, a mensagem é posta em destaque. O emissor tem um cuidado especial na escolha das palavras, realçando sons que sugerem significados diversos, para expressar ou enfatizar a sua mensagem. A função poética não é frequente na linguagem jurídica porque esta é uma linguagem técnica e não literária.

1.3 A ESTRUTURA SIMBÓLICA DA LINGUAGEM E SUA REPRESENTAÇÃO

O homem interage com os objetos e os demais seres da natureza, seja com os objetos presentes, seja com os objetos ausentes; tudo assume uma dimensão simbólica. Essa relação é assim delineada nas palavras de Bourdieu (2007, p. 7) sobre o poder simbólico:

Num estado do campo em que se vê o poder por toda a parte, como em outros tempos não se queria reconhecê-lo nas situações em que ele entrava pelos olhos adentro, não é inútil lembrar que sem nunca fazer dele, numa outra maneira de o dissolver, uma espécie de “circulo cujo centro está em toda parte e em parte alguma” – é necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido. O poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem.

A relação do homem com os objetos ausentes do espaço ou do tempo se dá pelo uso de diversos substitutos: figuras, esquemas, símbolos, imagens mentais, conceitos etc. O retrato representa a pessoa; a estátua representa um deus, ou santo, ou homem, o embaixador, o país; a balança, a justiça; a palavra, o conceito mental; o conceito, a coisa; o advogado, seu cliente. Todas essas práticas fazem parte de uma mesma função, que aqui chamo de **função representativa** ou **simbólica**. Ao longo do século XX, o comportamento simbólico suscitou nos círculos mais diversos uma considerável busca e renovação de interesse. Langer (1976, p. 35) permite constatar a importância desta dimensão simbólica do homem, ao proferir o seguinte comentário:

Uma concepção de simbolismo leva à lógica e vai de encontro aos novos problemas na teoria do conhecimento; e assim inspira uma avaliação da ciência e uma busca de certeza. Outra nos conduz em direção oposta, à Psiquiatria, ao estudo das emoções, à religião, fantasia, e a tudo, exceto conhecimento. Em ambas, todavia, temos um tema central: a resposta humana, como coisa construtiva e não passiva. Epistemólogos e Psicólogos concordam que a simbolização é a chave desse processo construtivo, embora estejam talvez prontos a matar-se uns aos outros, quanto à questão de saber o que é símbolo e como funciona ... Na noção fundamental de simbolização – mística, prática, ou matemática, não faz diferença – temos a tônica de todos os problemas humanísticos.

Dentro do universo de constituição dos símbolos, o homem pode limitar-se ao nível dos sinais, índices ou sintomas, que determinam a existência de uma coisa, condição ou acontecimento, ou pode desenvolver uma certa autonomia de

pensamento com as imagens, signos e símbolos; Por que será que a balança simbolizadora da justiça pende mais para um lado? Ou qual a explicação para, num país tropical como o Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal usarem toga para uma simples sessão diária? As Instituições judiciais precisam mesmo ter uma arquitetura suntuosa? Há necessidade de jurar-se com a mão sobre a Bíblia para definir que o que será dito num tribunal é a “verdade, nada mais que a verdade”? O que deve ser abstraído de todas essas situações? Qual o teor semiótico dessas demandas? A isso dá-se o nome de **representação**. Alguns elementos da representação servem de base para a construção da retórica jurídica. Em geral, os signos e os símbolos ou significados são essenciais, pois possibilitam a abertura das trilhas que servem de explicação às conclusões preliminares a que se pretende chegar ao investigar a fundamentação de validade e legitimidade do discurso normativo.

Signos - são sinais abstratos usados em substituição a coisas. As palavras, os conceitos passam a representar os objetos. O Ministério Público – MP representa a sociedade, trabalha na proteção dos interesses da comunidade. O MP é o guardião da sociedade. Este e outros signos fazem parte do universo retórico utilizado secularmente pelo direito.

Símbolos – são representações complexas convencionais, com significado afetivo ou intelectual, produzidos através de processos culturais. “Os símbolos apresentam algumas características próprias, como por exemplo, a de recobrir cargas de significados que, muitas vezes, não podem ser expressas por palavras...” (EPSTEIN, 1985, p. 67-68) Assim, a balança é o símbolo da justiça, a bandeira é o símbolo da Pátria. A tribuna é o símbolo da superioridade do discurso da justiça, assim como a toga é o símbolo da impoluta figura do juiz (é como se ao usar a toga, ele deixasse sua condição humana passível de falhas para constituir-se em um ser absolutamente imparcial). Ou ainda pode-se dizer que: “Uma palavra ou uma imagem é simbólica quando representa algo mais que o seu significado imediato e óbvio. Tem um aspecto “inconsciente” que nunca está definido com precisão ou completamente explicado”. (JUNG, 1974, p. 20).

Uma imagem pode ficar apenas em esquema, entretanto pode transformar-se em signo desde que seu conteúdo seja racionalizado. É evidente a forte tendência que os atos humanos têm de transformar ou representar as imagens. Não obstante, nada impede que o homem crie constantemente signos novos, sem passar exatamente pelo processo de simbolização. Isto é possível, se se permite a

verificação de que os símbolos são pluridimensionais, isto é, capazes de evocar uma multiplicidade de aspectos da riqueza do real em que estão inseridos, enquanto que os signos são unidimensionais, exigindo um esforço maior para representar a realidade. Todo o processo cultural pode ser explicado a partir do ângulo da criação simbólica. É a partir desta concepção que a humanidade constrói seu destino e elabora uma relação com o Universo. Sem dúvida, tal fato representa importante conquista para a constituição de um novo saber filosófico. Convém agora, uma análise mais profunda de dois elementos componentes desta estrutura simbólica desencadeada pelo sujeito, como um ser racional, ativo e cognoscente: o signo e o significado.

Um caso ocorrido em Belém, com processo distribuído à 14ª vara cível da comarca da cidade pode exemplificar isto. O objeto é uma Ação Civil Pública proposta por um Promotor de Justiça de Defesa da Pessoa com Deficiência e do Idoso, da capital. Para efeito de melhor compreensão, esclareço que a Ação Civil Pública é o instrumento processual, previsto na Constituição Federal brasileira e em leis infraconstitucionais, de que podem se valer o Ministério Público e outras entidades legitimadas para a defesa de interesses difusos, interesses coletivos, e interesses individuais homogêneos. Os bens jurídicos tutelados pela ação civil pública estão elencados no art. 129, III, CF 88, ou seja, a defesa de direitos transindividuais relacionados com o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, assim como as infrações à ordem urbanística, a crianças e adolescentes, ao idoso, a pessoas portadoras de deficiência, e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

O caso envolve uma situação bastante comum no país que é o fato dos deficientes físicos prestarem concursos públicos e, mesmo sendo aprovados, não conseguirem assumir os cargos porque no momento das habilitações, a estrutura da administração pública lhes impõe requisitos impossíveis de cumprimento pelos mesmos, haja vista as falhas nos setores de fiscalização e apreciação dos atributos ou aptidões a serem comprovados pelos aprovados. Assim, o promotor agiu através da ação civil pública com o propósito de obrigar o Estado (réu) a cumprir as regras legais de habilitação dos candidatos deficientes cujas aprovações foram comprovadas. O fator de conflito nesse caso foi provocado em razão do edital do concurso ter feito a previsão regular de vagas para deficientes, conforme determina a Constituição Federal e a Constituição do Estado do Pará. Porém, no momento em

que os candidatos foram chamados para se submeter aos exames de aptidão aos cargos perante junta de inspeção formada por médicos contratados pela SEAD/IPASEP, os candidatos foram considerados inaptos em exames superficiais e impróprios, feitos por pessoas que não tinham conhecimento específico sobre as deficiências que os candidatos portavam. O pedido do representante do MP se funda no fato de que os pressupostos para a avaliação da compatibilidade das atribuições do cargo e da deficiência do candidato precisam estar de acordo com o signo previsto na lei. Para demonstrar com a devida clareza a força que tem o signo e o significado (símbolo) como elementos do corpus linguístico do direito, utilizo uma peça processual em seu texto original, e nos itens 1.4, e 1.5, faço as remissões à peça apresentada. Esclarecendo que a apresentação da peça integralmente é necessária à compreensão da complexa estrutura simbólica sobre o que versa a introdução deste trabalho e contida na linguagem e sua representação. A peça é uma *ação civil pública para cumprimento de obrigação de fazer, incluindo um pedido de liminar contra o Estado do Pará*⁷ na qual a Procuradoria Geral do Estado expõe seus motivos para a propositura:

O Estado do Pará, através da Secretaria de Estado de Administração - SEAD organizou concursos públicos para provimento de cargos na administração estadual: concurso publico aberto através de Edital n.01 de 07.11.2003 (publicado nesta data no D.O.E.) para provimento de vagas em cargos de nível superior, nível médio e fundamental junto a Secretaria Executiva de Estado de Saúde Pública SESPA, concurso C-80, com edital publicado no D.O.E. de 08.01.2004 para provimento de cargos de nível superior, médio e fundamental junto a Santa Casa de Misericórdia, IP ASEP, Instituto de Previdência e Assistência do Estado; Concurso para provimentos de cargos na SEAD e FUNCAP conforme Edital n.01/2004, publicado no D.O.E. de 07.01.2002. Após provas escritas e de título, vários portadores de

⁷ Título e enunciado da peça:

(AÇÃO CIVIL PÚBLICA MP/PA DR. NOME DO PROMOTOR DE JUSTIÇA), Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da [...] Vara Cível da Comarca Belém. Processo distribuído a [...] Vara Cível de Belém sob o n 020051033210-5. (Parágrafo). O MINISTÉRIO PÚBLICO, através do Promotor de Justiça de Defesa da Pessoa com Deficiência e do Idoso da Capital, abaixo assinado, legitimado pelos art. 129, 111, da Constituição Federal, art. 182, 111, da Constituição do Estado do Para, art. 3º da Lei 7.853/89 c/c Decreto Federal 3.298/99, art.1º, IV, e 5º da Lei 7.347/85, e art. 25, IV, a, da Lei Federal 8.625/93, vem, respeitosamente, a presença de V.Exa., propor. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. COM PEDIDO DE LIMINAR, contra ESTADO DO PARÁ, pessoa jurídica de direito público interno, com sede nesta Capital, com endereço para citação nesta capital sito a Rua dos Tamoios, no. 1671, Batista Campos, Procuradoria Geral do Estado, pelos motivos de fato e de direito abaixo expostos:

deficiência foram aprovados na vaga destinada a este segmento, sendo a maioria chamados este ano de 2005 para se submeter aos exames de aptidão aos cargos perante Junta de Inspeção formada por médicos contratados pela SEAD/IPASEP. Ocorre que a maioria desses deficientes, principalmente os deficientes visuais NOME1, NOME2, NOME3 e NOME4, NOME5, NOME6; NOME7, NOME8, foram considerados inaptos em exames superficiais e impróprios feitos por pessoas que não tinham conhecimento específico sobre as deficiências que os candidatos portavam (copia dos exames periciais anexos juntamente com ofícios do Secretário de Administração do Estado considerando os candidatos deficientes inaptos).

A Constituição Federal, em seu art. 23,11 e 24, XIV, e a Constituição do Estado do Pará. Em seus arts. 17, 11, e 18, XIV, estatuíram que cabe ao Estado a proteção e integração social das Pessoas Portadoras de Deficiência, dando-lhes oportunidade para exercerem com plenitude sua cidadania, para isso foram instituídas também as reservas de vagas nos concursos públicos para esse segmento, conforme prevê o art. 37, VI11, da Constituição Federal, possibilitando que pudessem concorrer a uma vaga no serviço público e exercerem uma atividade pública remunerada, observadas as condições adequadas para o exercício de sua função.

A Lei 7.853 de 24.10.1989 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência prescreve em seu art. 2º, III, c, que compete ao poder público e seus órgãos assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive ao trabalho, com a promoção de ações eficazes que propiciem sua inserção nos setores públicos através de concursos públicos.

A fim de regulamentar essa lei federal foi sancionado o Decreto Federal 3.298 de 20.12.1999 que estabeleceu em seus arts. 37 a 44 os procedimentos a serem adotados em concursos públicos e na nomeação de candidatos portadores de deficiência, em seu art. 43, especificamente sobre a equipe multiprofissional responsável pela avaliação da compatibilidade das atribuições do cargo e da deficiência do candidato, assim prescreve a norma:

Art. 43. O órgão responsável pela realização do concurso público terá assistência de equipe multiprofissional composta de três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências em questão, sendo um deles médico, e três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato.

§ 1º A equipe multiprofissional emitirá parecer observando:

I - as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição;

II - a natureza das atribuições e tarefas essenciais do cargo ou da função a desempenhar;

III - a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas;

IV - a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou outros meios que habitualmente utilize; e

V - a condição médica e outros padrões reconhecidos nacional e internacionalmente.

§ 2º A equipe multiprofissional avaliará a compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato durante o estágio probatório.

Art. 44. A análise dos aspectos relativos ao potencial de trabalho do candidato portador de deficiência obedecerá ao disposto no art. 20 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

O parágrafo único do art. 15 da Lei Estadual nº 5.810 de 24.01.1994, que dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Estaduais, diz que às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de inscrever-se em concurso público para provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com sua deficiência, reservando-se percentual de até vinte por cento (20%) das vagas para os deficientes.

O art.18 da supracitada Lei estadual, complementando o art. 15 mencionado assim dispõe:

Art.18. A compatibilidade das pessoas portadoras de deficiência, de que trata o art. 15, parágrafo único, será declarada por junta especial, constituída por médicos especializados na área da deficiência diagnosticada.

Para logo, destaco que os laudos que serviram de base para o juízo de inaptidão, de concreto quanto à possibilidade de exercício da função dos deficientes visuais apenas refere, fls.: "para efeito de verificação de capacidade física e mental para admissão de cargo concluem que não possui condições de exercer a atividade pleiteada". Não há qualquer discussão a respeito das reais possibilidades do impetrante para o exercício da função ou da sua inaptidão. Revela-se, portanto, um laudo não circunstanciado para os fins a que se propõe: contratação de deficiente visual para o exercício de funções administrativas do Estado, como de agente de artes práticas na Santa Casa de Misericórdia, agente administrativo da Secretaria de Saúde do Estado SESPA e da Secretaria de Estado de Promoção Social SETEPS. Os laudos oficiais, substancialmente, não revelam em que consiste a incapacidade e tampouco a inaptidão para a função de que se trata. Ora, realizar exames pré-admissionais de deficientes, que concorrem como tal, demanda um acurado exame de suas potencialidades, referidas à função pretendida, pena resultar mal ferido o art. 203, IV, da Constituição Federal do Brasil e os dispositivos das normas infraconstitucionais acima referidas.

O que resulta mais grave, e que afronta a lei é que não houve equipe multiprofissional capacitada na deficiência visual dos candidatos examinados e a serem examinados, os médicos que assinam os laudos não são especialistas em deficiência visual, a maioria inclusive não é sequer oftalmologista. Também não participaram do exame servidores lotados na função da qual foram aprovados os deficientes, pessoas essas que ajudariam a avaliar o desempenho deste para as

funções das quais foram aprovados. Dessa forma foram desobedecidas os dispositivos incertos na Lei Estadual no. 5.810 de 24.01.1994 (Regime Jurídico Único dos Servidores) e no Decreto Federal 3.298/99 acima descritas que exigem que a equipe examinadora da compatibilidade da deficiência com as funções a serem ocupadas deve ter especialidade na deficiência a ser examinada.

Outrossim, não foi dada oportunidade para os candidatos demonstrarem aptidão nas tarefas intrínsecas das funções e cargos que foram aprovados nos certames, muito menos o Estado disponibilizou ou disponibiliza recursos que facilitem o acesso dos mesmos ao exercício dessas tarefas, contrariando a Lei de Acessibilidade aos portadores de deficiência Lei 10.038/00, precisamente seu art. 20, combinado com Decreto Federal 5.296 de 02.12.2004 e art. 50 do Decreto Federal n. 3.298/99, em que cabe à administração pública disponibilizar as adaptações e recursos necessários ao servidor portador de deficiência para o exercício de suas funções.

Pois, se o Estado do Pará disponibilizou vagas para os portadores de deficiência em seus órgãos via concurso público, e estes deficientes lograram êxitos nas provas, deve o mesmo disponibilizar condições para os mesmos exercerem suas funções ou pelo menos demonstrarem que têm condições de exercer ditas funções, sob pena de estar o Estado enganando esses cidadãos, em desrespeito aos ditames constitucionais e legais, além de ir contra as decisões reiteradas dos Tribunais pátrios, senão vejamos pelas decisões transcritas abaixo⁸:

Se o deficiente visual concorreu a cargo-público na faixa reservada às pessoas portadoras de deficiência, logrando aprovação, há de ser nomeado. O Estado não pode prometer ilusões. Ao contrário, sua promessa, sob pena de maltrato ao princípio da credibilidade, há de ser realidade concreta. Constatando-se que o candidato leva vida normal, eis que conta com 20% (vinte por cento) da sua acuidade visual no olho esquerdo e sendo certo que disputa apenas cargo de servente, confirma-se a sentença que concedeu a segurança. Publicação no DJU: 01/07/1999 Pág.: 27 (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3)".

⁸ Título e enunciado da peça transcrita: Órgão: Quinta Turma Cível do TJ/DF;Classe: APC - Apelação Cível e Remessa Ex Officio; Num. Processo: 1998011022284-9; Apelante: Novacap - Companhia Urbanizadora Da Nova Capital Do Brasil; Apelado: Nome do Apelado;Relator: Desembargador; Nome do Desembargador; Revisor: Nome do Desembargador.Ementa: Administrativo. Concurso Público.Deficiente Visual - Faixa Própria. Inteligência do Art. 37, Inciso Vii, da Constituição Federal e Observância da Legislação Local.

Resta por fim esclarecer também que a reserva de vagas aos portadores de deficiência aprovados não está sendo obedecida, pois existem duas listas de aprovados: a lista dos candidatos portadores de deficiência e a listas dos demais candidatos ditos normais; ocorre que estão sendo chamados apenas os da listas dos candidatos ditos normais em detrimento da listas dos deficientes, que estão ficando para último ou sequer sendo chamados para nomeação, quando não são aliçados com a declaração ilegal de inaptidão para o cargo. Tudo isso com total afronta às decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça que assim já se pronunciou sobre o chamamento dos deficientes e demais candidatos nas duas listas, que têm que ser alternadas, ou seja, chama um candidato da lista dos ditos normais e um da lista dos deficientes, o que não vem sendo observado pelo Estado do Pará. Cito a jurisprudência do STJ⁹:

I - A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso VIII assegura aos portadores de deficiência física a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos. A Administração regula a situação através da Lei n° 8.112/90 e do Decreto n° 3.298/99, estabelecendo que serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso, bem como que o número de vagas correspondente à reserva destinada à pessoa portadora de deficiência deve estar inserta no Edital, respectivamente.

II - Estatui o brocardo¹⁰ jurídico: "o edital é a lei do concurso". Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato sindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame.

III - O candidato portador de deficiência física concorre em condições de igualdade com os demais não-portadores, na medida das suas desigualdades. Caso contrário, a garantia de reserva de vagas nos concursos para provimento de cargos públicos aos candidatos deficientes não teria razão de ser.

IV - No caso dos autos, o impetrante, primeiro colocado entre os deficientes físicos, deve ocupar uma das vagas ofertadas ao cargo de Analista Judiciário - especialidade Odontologia, para que seja efetivada a vontade insculpida no art. 37, § 5 do Decreto no 3.298/99. Entenda-se que não se pode considerar que as primeiras vagas se destinam a candidatos não deficientes e apenas as eventuais ou últimas a candidatos deficientes. Ao contrário, o que deve ser feito é a nomeação alternada de um e outro, até que seja alcançado o percentual limítrofe de vagas oferecidas pelo Edital a esses últimos.

⁹ Título e enunciado da peça sobre a jurisprudência do STJ à qual se refere acima: Processo RMS 18669 / RJ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2004/0104990-3.

Relator (a) Ministro NOME DO MINISTRO (1111) Órgão Julgador T5 QUINTA TURMA; Data do Julgamento 07/10/2004. Data Da Publicação/Fonte Dj 29.11.2004 P. 354;Ementa :Administrativo - Concurso Público - Analista Judiciário - Especialidade Odontologia Candidato Deficiente - Preterição Ocorrência Inobservância do Art. 37, § 7 do Decreto N° 3.298/99 - Relativização do Princípio da Isonomia Alternância entre um Candidato Deficiente e Outro Não, até que se Atinja o Limite de Vagas para os Portadores de Deficiência Estabelecido no Edital Recurso Conhecido e Parcialmente Provido.

¹⁰ Brocardo é um aforismo ou provérbio jurídico.

V - O tratamento relativamente diferenciado, ou por outro lado, a "preferência" que se dá aos deficientes físicos foi o modo que encontrou o legislador constituinte de minorar o déficit de que são acometidos. A convocação da candidata deficiente para participar do Curso de Formação, ao invés do impetrante, consiste na obediência às normas que regem a situação.

VI - Recurso conhecido e provido.

E finalmente, apresentam o acórdão sobre a questão¹¹:

Deste modo, fica claro que deve o Estado do Pará instituir equipe multidisciplinar composta de profissionais da área médica especialistas na deficiência dos candidatos e de profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato a fim de verificar sua aptidão para a função, obedecendo aos critérios contidos no §1º do art.43 do Decreto 3298/99 para a emissão de seu parecer. Além dessa equipe também avaliar o deficiente durante seu estágio probatório em caso de nomeação, a fim de dar um parecer conclusivo da sua aptidão para a função ao final desse estágio.

Outrossim, comprovada a ilegalidade e incompetência da equipe que examinou e vem examinando os deficientes aprovados em concursos promovidos pelo Estado do Pará, deve a mesma ser destituída e anulados seus atos, submetendo os candidatos portadores de deficiência, inclusive os visuais a novo exame por equipe multidisciplinar conforme exposto no parágrafo acima, por ser de direito e clara justiça.

Deve ser também obedecido pelo réu nas nomeações a alternância de candidatos das duas listas, chamando um da lista dos portadores de deficiência e outro dos demais candidatos ditos normais. Além de o Estado disponibilizar os recursos tecnológicos e de acessibilidade para os candidatos deficientes aprovados e nomeados a fim de exercerem com condições mínimas suas funções públicas.

Resta esclarecer ainda, que, de conformidade com os documentos juntados, dos candidatos deficientes visuais considerados inaptos pelo réu todos já exerceram alguma atividade laborativa, sendo que a maioria tem curso superior, além de curso com especialidade nas funções a quais foram aprovados nos certames promovidos pela requerida, comprovando de maneira irretorquível que foram discriminados no momento do exame pela junta de inspeção irregular, e que na verdade reúnem sim

¹¹ Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator". Os Srs. Ministros NOME DO MINISTRO 1, NOME DO MINISTRO 2 e NOME DO MINISTRO 3 votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro NOME DO MINISTRO".

condições de exercerem com zelo e competência as funções as quais foram aprovados nos concursos estaduais.

Exa. a persistir as situações expostas acima a coletividade dos portadores de deficiência será prejudicada em seu direito de participar com igualdade e dignidade dos concursos e nomeações do Estado do Pará, atingindo não só os deficientes inscritos e aprovados até hoje, mas os demais que vierem a participar dos demais certames ou exames de inspeção das juntas irregularmente instaladas; necessária assim a intervenção da proteção jurisdicional para sanar essa ilegalidade e injustiça que atingem os portadores de deficiência, o interesse público e os alicerces democráticos de nossa Constituição Cidadã.

Ante o exposto, e com fulcro nos dispositivos constitucionais e legais referidos nesta inicial, este Representante do Ministério Público, com devido respeito, vem à presença de V.Exa. requerer:

1. Seja liminarmente o réu competido a sustar os exames de aptidões aos deficientes aprovados em concurso público estadual por ter sido a junta de inspeção formado irregularmente, em afronta aos dispositivos legais,;
2. Seja liminarmente o réu competido a formar junta de inspeção dos candidatos deficientes conforme dispõe o art. 43 do Decreto: (federal 3.298/99 c/c art. 15 e 18 da Lei Estadual n° 5.810/94, e dando oportunidade aos deficientes de demonstrarem sua aptidão para os cargos a que foram aprovados, examinado inclusive aqueles que foram considerados inaptos pela junta irregular;
3. Seja liminarmente o réu compelido a chamar os candidatos deficientes aprovados obedecendo a alternância das duas listas dos aprovados deficientes e demais candidatos ditos normais;
4. No mérito seja o réu obrigado a formar junta de inspeção na forma do art. 40 do Decreto Federal 3.298/99 e do art. 15 e 18 da Lei Estadual na 5.810/94, com a composição de médicos especialistas na deficiência a ser examinada e de servidores integrantes da carreira almejada pelo candidato, onde se dê oportunidade de os candidatos deficientes demonstrarem sua aptidão ou não para os cargos aprovados, e, ainda, seja garantido o chamamento dos candidatos deficientes através de alternância das duas listas de candidatos, os ditos normais e dos deficientes.
5. Seja garantido adaptações nos prédios públicos onde os candidatos vão exercer suas funções, disponibilizando recursos tecnológicos, inclusive digitais, para que os mesmos possam exercer suas funções públicas, na forma da Lei 10.098/00, Decreto 5.296/04 e Normas Técnicas de Acessibilidade publicados no Diário Oficial da União de 23.02.2005, adendo no 36.
6. Seja o réu citado através de seu representante legal, e também da Procuradoria Geral do Estado, para os efeitos da lei.
7. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive periciais e testemunhais, cujo rol apresenta oportunamente em prazo a ser estabelecido por esse Juízo.
8. Que no descumprimento das obrigações de fazer acima requeridas seja cominada multa diária ao réu de R\$10.000,00 (dez mil reais) a serem destinados ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos Estadual para serem. Usados em projetos destinados a inclusão social de pessoas com deficiência.
9. Que o réu informe a relação dos portadores de deficiência classificados e dos empossados em cargos públicos estaduais nos concursos públicos realizados nos últimos quatro (4) anos pela administração estadual, discriminando os cargos e funções, e o número dos candidatos ditos normais empossados nas mesmas funções.

10. Seja ao final a ré condenada nas custas processuais e demais encargos processuais oriundas desse feito.

Para os efeitos meramente fiscais, dá a causa o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais). Pede deferimento. Belém-Pa. 31 de Maio de 2005. NOME DO PROMOTOR- Promotor de Justiça de Defesa das Pessoas com Deficiência¹².

Nesta peça processual, por diversas vezes é retratado o poder simbólico referido por Bourdieu (2007) como um poder de natureza invisível, não reconhecido, mas que envolve a cumplicidade de todos, mesmo daqueles que não sabem que têm o poder, ou que exercem tal poder, e ainda daqueles que não sabem que se submetem a ele. É destacado nesta peça certo jogo simbólico de função representativa, por exemplo, a legitimidade que tem o promotor de agir *em nome* do Ministério Público. O próprio poder do Ministério Público de agir *em nome* da defesa dos interesses individuais e coletivos, como é o caso dos deficientes e dos idosos, já oferece a literalidade da forte estrutura de representação determinada pelo signo e pelo significado ou símbolo. O tópico a seguir oferece os fundamentos desta análise.

1.4 O SIGNO

O signo está inserido numa série de termos afins e dissemelhantes, que variam segundo o termo empregado por cada autor: sinal, índice, ícone, alegoria são os principais. Há entretanto, um elemento comum a todos estes termos: eles todos fazem menção a uma relação que se estabelece entre pelo menos dois traços, sem o que não se poderia distinguir nenhum dos termos da série; para reencontrar uma variação de sentido, é preciso recorrer a outros traços.

O termo signo está presente em vocabulários bem diferentes, como a teologia, a medicina, a história, a cibernética, o direito, e muitas outras ciências, abrigando diferentes acepções e por isso, implicando ambiguidade. É necessário, então, delimitar o signo num campo nocional, para evitar maiores flutuações. Em linguística, a noção de signo não provoca competição entre os termos vizinhos. Aqui, convém voltar novamente a atenção para os estudos saussurianos. Para designar a relação significante, Saussure (1981) eliminou o termo símbolo (porque o termo comportava uma ideia de motivação) e utilizou signo, definindo-o, assim, como a

¹² Seguem em anexo ao despacho no processo: *laudos médicos periciais de Junta do IPASEP, ofícios do Secretário de Administração do Estado, reclamações da Associação dos Cegos - ASCEPA e reclamações, documentos, editais de concurso, certificados de trabalho e educação dos deficientes (NOMES DE TODOS OS DEFICIENTES citados na peça e outros, demais documentos juntados pela Associação de Deficientes Fisicos do Pará – APPD).*

união de um significante e um significado¹³.

O signo é, pois, composto de um significante e um significado. O plano dos significantes constitui-se da expressão e o dos significados o plano do conteúdo. Pode-se verificar que a peça processual apresentada anteriormente do tipo Ação Civil Pública é o significante, e que seu mérito conteudista, a essência do texto, aquilo que ela propõe funcionalmente fazer acontecer, pelo enredo da linguagem jurídica tecnicamente concebida pelos fundamentos do direito, é seu significado.

Na teoria de Saussure (1981), a língua é considerada como um sistema de signos e, assim, para ele, a unidade mínima de análise é o signo. Nesse sentido, é de dizer-se que a língua é uma teoria sobre os signos. Estes são caracterizados como uma estrutura bifásica, formada pela associação de um conceito e uma imagem acústica, de uma ideia e um suporte fonético. Preliminarmente, é possível verificar que a Ação Civil pública é constituída por uma associação de signos pertencentes ao universo da linguagem jurídica, mas a essência de uma ação civil pública poderá ser constituída de uma variedade de significados. Tudo vai depender de qual bem ou interesse protegido por lei se busca proteger. No caso em tela, busca-se proteger o direito dos deficientes em assumir os cargos para os quais foram aprovados através de concurso, mas para os quais não foram justamente e legalmente avaliados. No interior do signo é possível distinguir, analiticamente, dois elementos ou planos conceituais: O indício material ou significante (som, sinal, grafia, gesto, comportamento, objeto, imagem), situado no plano da expressão; e o conteúdo ou significado, situado no plano da interação (fenômeno, fato). O signo, portanto, é um conceito teórico empregado para referir-se ao ponto de articulação indissociável entre o indício material (significante) e o seu conteúdo conceitual (significado). A esta relação preexiste uma correlação, uma vez que não se pode analisar cada um desses elementos separadamente. De fato, apenas se pode ter acesso a um significado, através de um tipo de significante. Os significantes, por sua vez, só são tais em razão do significado, pois, do contrário, não passariam de uma massa amorfa de sons, de gestos, de objetos. Se não existisse no direito pátrio uma medida processual capaz de atribuir às entidades públicas o poder de agir na defesa de interesses e na defesa de direitos individuais e coletivos como o direito dos deficientes, o direito dos idosos, o direito das crianças etc., não haveria nenhum

¹³ A distinção entre esses dois termos é a base do edifício a ser erigido pela linguística em todos os tempos.

sentido ou poder de resultado no texto do promotor ao determinar imperativamente:

6. Seja o réu citado através de seu representante legal, e também da Procuradoria Geral do Estado, para os efeitos da lei.
7. Protesta por todos os meios de prova admitidos em direito, inclusive periciais e testemunhais, cujo rol apresenta oportunamente em prazo a ser estabelecido por esse Juízo.
8. Que no descumprimento das obrigações de fazer acima requeridas seja cominada multa diária ao réu de R\$10.000,00 (dez mil reais) a serem destinados ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos Estadual para serem usados em projetos destinados à inclusão social de pessoas com deficiência.
9. Que o réu informe a relação dos portadores de deficiência classificados e dos empossados em cargos públicos estaduais nos concursos públicos realizados nos últimos quatro (4) anos pela administração estadual, discriminando os cargos e funções, e o número dos candidatos ditos normais empossados nas mesmas funções.
10. Seja ao final a ré condenada nas custas processuais e demais encargos processuais oriundas desse feito.”

Tudo não passaria de um *arroubo* de poder que poderia ser utilizado por qualquer sujeito, ou seja, não haveria legitimidade na elaboração da ordem dada, tampouco haveria força imperativa em fazer-se cumprir o dito; em outras palavras, o significante não sobreviveria por não encontrar correlação com o significado.

É no aporte dessa dependente relação entre o meio de dizer, e as muitas variáveis do que pode ser dito através do uso dos signos, que restam sempre diacrônicas as ideias de Saussure (1981).

Até chegar às palavras significante e significado, o termo signo permaneceu, no entanto, ambíguo, pois apresentava uma tendência a confundir-se com o significante apenas, o que ele queria evitar a qualquer custo. Depois de ter hesitado entre soma e sema, forma e ideias, imagens e conceito, fixou-se em significante e significado, cuja união forma o signo. A partir dele, a teoria do signo linguístico enriqueceu-se. O princípio da dupla articulação, defendido por Martinet (1978, p. 54) foi um marco dessa afirmação. Tal princípio teve tanta importância a ponto de tornar-se o critério definicional da linguagem na concepção do estudioso: entre os signos linguísticos, seria preciso separar as unidades significativas, cada uma das quais estaria provida de um sentido (as “palavras”, ou para maior exatidão, os “monemas”), e que formariam a primeira articulação. Já as unidades distintivas, que participariam da forma, mas não teriam diretamente um sentido (os “sons”, ou melhor, os “fonemas”), constituiriam a segunda articulação, seria a dupla articulação a explicar a economia da linguagem humana, constituindo, na verdade, uma espécie de poderosa desmultiplicação que faz com que uma língua, com poucas unidades distintivas, possa produzir milhares de unidades significativas. Sem intenções

reducionistas, Saussure (1981) é quem mais se aproxima de uma realidade sígnica capaz de atender, até nossos dias, a uma necessidade esclarecedora da linguagem e da língua. Decerto outros estudiosos também investigaram a temática. Langer (1976, p. 89), por exemplo, defende que o ser humano só é racional porque fala. Assim, o homem e a fala são produtos da vida social, sem a qual, o ser homem não usufruiria da racionalidade nem a sociedade humana se constituiria como tal.

O destaque para a tese de Saussure funda-se no fato de ter ele por primeiro apresentado uma proposta de *isolar* o signo linguístico para investigação.

A linguagem se constitui em um sistema de múltiplos signos articulados, onde a significação depende não apenas de uma relação interna do próprio signo, mas também da relação de um signo com os outros. Tomando como exemplo a palavra “deficiência”, da língua portuguesa, a simples relação de seu conceito com o material fonético convencionado para a transmissão do termo, não explica a sua significação em português. É a oposição a palavras como “saudável” ou “perfeito” ou “eficiente” que lhe precisará a real significação. Da mesma forma, a significação da expressão “emboscada”, que caracteriza o homicídio qualificado no Código Penal brasileiro (Art. 121 § 2º, V) estabelece-se pela relação e oposição a termos como “traição”, “dissimulação” etc. Portanto são as diferenças ou oposições em relação a outros termos que especificam a significação de um signo. Desta forma, percebe-se de imediato que a significação de um termo depende de um duplo movimento ou relação: a relação interna do signo e a relação com os outros signos. A relação de um signo com os outros signos estabelece-se através de um processo de contrastes e oposições. Ou seja, são as distinções que possui uma palavra em relação às outras que a cercam, que explicam o seu valor; e a significação, em última análise, depende do valor. Na identificação da ação civil pública consta o seguinte título: *AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. COM PEDIDO DE LIMINAR, contra ESTADO DO PARÁ, pessoa jurídica de direito público interno, com sede nesta Capital, com endereço para citação nesta capital sito a Rua dos Tamoios, nº 1671, Batista Campos, Procuradoria Geral do Estado, pelos motivos de fato e de direito abaixo expostos.*

O Estado do Pará, aqui, figura como uma pessoa jurídica de direito público interno. É exatamente a distinção formulada em torno do “valor” de pessoa jurídica que vai tornar possível o entendimento da natureza de um estado da Federação como sendo uma “pessoa” e só, então, será determinada a significação referida, ou

seja, na relação da palavra pessoa com o atributo de jurídica (valor de jurídica) com outra palavra pessoa, por exemplo, pessoa física (valor de física), é que será compreensível a significação de “pessoa jurídica de direito público interno”. Saussure demonstra a constituição da língua como um sistema de valores a partir do qual se propõe a organizar os conceitos da mente. Por outro lado, apesar de toda língua ser um sistema de signos, nem todo sistema de signos é uma língua. Por essa razão é impossível falar dos sistemas de signos constituintes da língua, sem falar em uma teoria geral dos signos. Esta teoria geral dos signos é chamada pelo estudioso genebrino de semiologia. Caberia então à semiologia, além dos signos linguísticos, todo o sistema de sinais, entre os quais se situam a escrita, o alfabeto dos surdos-mudos, as formas de cortesia, os sinais de trânsito etc. O signo linguístico possui quatro propriedades: arbitrariedade, linearidade, imutabilidade e mutabilidade. Essas propriedades dos signos são muito sucintamente elaboradas pelo professor Warat (1984, p. 26) quando assim se expressa:

Quando Saussure afirma que os signos linguísticos são arbitrários, está querendo dizer que o significante é imotivado, isto é, arbitrário em relação ao significado, com o qual não tem nenhum laço natural na realidade. O significado pode ser representado por qualquer significante, mas esta ideia de arbitrariedade não deve fazer pensar que o significante depende da livre escolha do sujeito falante, uma vez que este não tem poder de alterar o signo, se a relação significante/significado foi aceita por um grupo linguístico. Além disso, devemos recordar que a ideia de arbitrariedade é relativa, pois os signos, no interior da língua, constituem um sistema. A relação sistemática entre os signos de uma língua constitui um certo grau de limitação para a arbitrariedade do signo. Assim, o signo é arbitrário, na medida em que a relação significante / significado é, em todos os casos da linguagem falada, convencional, ou seja, é resultante de um acordo entre os usuários, devendo-se acrescentar que a noção de convenção faz referência, na maioria das vezes a processos implícitos. Nas convenções implícitas, surgem graduações indicadoras de uma convencionalidade relativamente unânime e constitutiva. A convenção é quase que absoluta em sistemas como os sinais de trânsito, mas com uma forte graduação de convencionalidade nos códigos de cortesia ou em uma retórica estereotipada. Por outro lado, torna-se profundamente imprecisa, intuitiva e subjetiva nas enunciações poéticas e nos textos legais. Quanto mais vaga se torna a convenção, mais o valor do signo varia de acordo com os usuários. Do ponto de vista das relações sociais, as convenções abertas apresentam-se muito mais aptas para o desenvolvimento das dimensões ideológicas dos significados.

O caráter linear do signo surge em razão do princípio da discrição que todo signo acarreta. Tal princípio baseia-se no fato de que toda unidade linguística tem um único valor, sem matizes intermediárias. Assim, os signos, entre si, são limitados, independentes e sem variações. Verifica-se então, que os significantes linguísticos, para Saussure, ao contrário dos visuais, apresentam elementos que formam uma cadeia, dispõem-se uns após os outros. No discurso, as palavras, em virtude de seu encadeamento, excluem a possibilidade da pronúncia de dois elementos ao mesmo

tempo. A esta combinação linear dos signos no discurso, ele chamou de sintagma, composto por duas ou mais unidades consecutivas. Na fala do representante do Ministério Público isto ocorre da seguinte forma:

Para logo, destaco que os laudos que serviram de base para o juízo de inaptidão, de concreto quanto à possibilidade de exercício da função dos deficientes visuais apenas refere, fls.: ‘para efeito de verificação de capacidade física e mental para admissão de cargo concluem que não possui condições de exercer a atividade pleiteada’. Não há qualquer discussão a respeito das reais possibilidades do impetrante para o exercício da função ou da sua inaptidão. Revela-se, portanto, um laudo não circunstanciado para os fins a que se propõe: contratação de deficiente visual para o exercício de funções administrativas do Estado, como de agente de artes práticas na Santa Casa de Misericórdia, agente administrativo da Secretaria de Saúde do Estado SESP e da Secretaria de Estado de Promoção Social SETEPS. Os laudos oficiais, substancialmente, não revelam em que consiste a incapacidade tampouco a inaptidão para a função de que se trata. Ora, realizar exames pré-admissionais de deficientes, que concorrem como tal, demanda um acurado exame de suas potencialidades, referidas à função pretendida, pena resultar mal ferido o art. 203, N, da Constituição Federal do Brasil e os dispositivos das normas infraconstitucionais acima referidas.

Na explicação oferecida pelo promotor onde ele aponta as arbitrariedades cometidas pelos examinadores dos candidatos aprovados, é possível verificar a disposição dos sintagmas (combinação sistemática dos signos) no texto e como estes vão formando uma cadeia. Assim, os significantes vão adquirindo o sentido (significado) capaz de fundamentar os argumentos apresentados. A imutabilidade do signo refere-se ao caráter relativo da arbitrariedade, pois o signo linguístico é arbitrário simplesmente em virtude da relação significante/significado, mas acarreta uma herança comunicacional que resiste a qualquer rebeldia substitutiva. A arbitrariedade dos signos linguísticos é a propriedade comumente chamada de convenção, pois ao signo *concurso*, por exemplo, por convenção tem o significado de “disputa”, “certame” “concorrência”, “peleja” etc. Um concurso público é entendido por todos os falantes do português, como uma espécie de seleção para a escolha do melhor para a ocupação de determinado cargo. Por que será que os falantes do português não associam concurso público à escolha do mais bonito, por exemplo, como é o caso dos concursos de beleza? Porque nunca foi convencionado um

concurso público para eleição de beleza dos candidatos para determinado cargo. Como nasce essa arbitrariedade dos signos, talvez só através da cultura seja possível vislumbrar. E por último, a mutabilidade do signo decorre da arbitrariedade do signo também, pois, como defende Saussure (1981, p. 87), a continuidade do signo no tempo, ligada à alteração do próprio tempo, é um princípio da semiologia geral. Enfim, a mutabilidade do signo indica a necessária possibilidade do desvio da relação significante / significado. Esta evolução é inevitável, pois não há exemplo de língua que tenha resistido a tal princípio, uma vez que ao fim de certo tempo a língua se altera e é possível a verificação de mudanças ou desvios acentuados nos antigos sentidos. Fixando a análise na ênfase explicativa do promotor, ele diz:

O que resulta mais grave, e que afronta a lei é que não houve equipe multiprofissional capacitada na deficiência visual dos candidatos examinados e a serem examinados; os médicos que assinam os laudos não são especialistas em deficiência visual, a maioria inclusive não é sequer oftalmologista. Também não participaram do exame servidores lotados na função na qual foram aprovados os deficientes, pessoas essas que ajudariam a avaliar o desempenho deste para as funções nas quais foram aprovados. Dessa forma foram desobedecidos os dispositivos insertos na Lei Estadual no. 5.810 de 24.01.1994 (Regime Jurídico Único dos Servidores) e no Decreto Federal 3.298/99 acima descritas que exigem que a equipe examinadora da compatibilidade da deficiência com as funções a serem ocupadas deve ter especialidade na deficiência a ser examinada.

É de se notar que o representante do MP utiliza termos como *multiprofissional*, “deficiência visual”. Está ele indicando *cegueira*? Ou será que quer indicar “falta de visão”? E, se assim for, trata-se de visão total ou parcial? O que será derivativo de tais termos no futuro? Verifica-se, aqui, a preocupação com os modos atuais de expressão, com o chamado modo “politicamente correto”; ou seja, face a tantas garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos, qualquer expressão mais *forte* ou *impropriamente* utilizada pode caracterizar preconceito, ou ainda, tipificar constrangimento ilegal. Isso faz com que cada vez mais, outros signos sejam empregados para neutralizar a força dos signos já existentes. Avançando um pouco mais na análise da fala do promotor, na qual ele faz alusão ao cumprimento da Lei Estadual n. 5.810/94, e ao Decreto Federal n. 3.298/99 que exigem que a equipe examinadora da compatibilidade da deficiência com as funções a serem ocupadas deve ter especialidade na deficiência a ser examinada, é possível afirmar que daqui a algum tempo novas especialidades virão, e novas deficiências poderão se identificadas, visto que a relação que o homem tem com o trabalho e as ansiedades do dia a dia provocam mudanças no seu comportamento psico-físico, e este responde com limitações que por ora ainda estão em avaliação. Este é o caso

dos distúrbios de comportamento, a síndrome do pânico, a depressão por *bulling*, a síndrome de *burn out* e outras. Que signos serão os significantes destes males para que isso seja traduzível em sociedade? Decerto que a linguagem utilizada pelo direito fará uso, primordialmente, desses novos signos e sua mutabilidade é algo inexorável.

Analisando as relações entre a cultura jurídica e as propriedades saussurianas do signo, constata-se, inicialmente, que a arbitrariedade do signo desqualifica as concepções vigentes no pensamento jurídico dogmático, que contrariamente, comunga das teses platônicas sobre as relações reais e formais entre os signos e os dados do mundo. Ainda o caráter arbitrário do signo permite também a rejeição das teses sobre o objeto jurídico, no sentido de que as palavras da lei são constitutivas dos sentidos jurídicos. O pensamento dogmático do direito prefere filiar-se a Kant, (1985) que sustenta a tese de que o significado das palavras é determinado pela realidade, devendo refletir as características constituintes da essência da coisa designada¹⁴. A admissão das teses kantianas abre o caminho para a aceitação da existência de definições verdadeiras, ou seja, definições que expressam corretamente as propriedades essenciais das coisas. É evidente que tal concepção influi diretamente nos processos interpretativos da lei, pois estimula ou mesmo obriga os juristas a acreditarem no fato de que interpretar é encontrar a significação real das palavras da lei. A regra da imutabilidade do signo rejeita as transformações dos signos judiciais impostos pela vontade de um sujeito, bem como a famosa e estereotipada “vontade do legislador”. Alguns juristas admitem esta propriedade dos signos jurídicos, principalmente como uma forma de recurso ideológico, para assim, negar às partes envolvidas no processo a possibilidade de alterar as presumidas certezas significativas dos textos legais. Contudo, por outro entender, negam totalmente essa propriedade quando postulam a figura da “vontade do legislador”, ou ainda, de uma misteriosa vontade que vive de forma autônoma na lei. A imutabilidade do signo coloca um limite histórico e social no processo de significação. Quanto à mutabilidade do signo jurídico, pode-se indicar que o caráter histórico e social a ele atribuído quando se fala de sua imutabilidade, leva a verificar que as forças sociais, em sua dinâmica, submetem com o passar do tempo a uma incessante mudança todos os processos de significação.

¹⁴ Kant distingue a aparência da essência das coisas, afirmando que os elementos captados sensivelmente, ao nível de suas aparências, são determinados pelas categorias do pensamento.

Atualmente, tem-se admitido que este caráter de imutabilidade dos signos entra em confronto com novos paradigmas desenhados pelas necessidades sociais emergenciais. Um reforço a esta afirmação é o lugar tomado pelas chamadas TUTELAS DE URGÊNCIA que vêm conferindo uma nova *cara* ao processo no Brasil, por tratar-se de uma medida evocada quando se está diante de um risco plausível de que a tutela jurisdicional não se possa efetivar, e busca-se garantir a execução ou antecipar os efeitos da decisão final, sob pena da impossibilidade de execução futura e da impossibilidade de garantir o direito em litígio. A vontade do legislador, que precisava ser respeitada como entendiam muitos, tem que ser interpretada a partir do clamor dos fatos e de como estes se compõem na manutenção da paz e na ordem das massas; se a população de determinado município ribeirinho está prestes a perder seu único meio de sobrevivência os peixes que vêm do rio – não há como se esperar o resultado final de uma Ação Civil Pública que venha a proteger o meio ambiente. Urge tentar *encurtar* a longa processualística e salvar a possibilidade de vida.

Até este ponto de análise, já é possível vislumbrar as consequências, ainda que preliminares, de como os elementos que compõem o universo de representação da linguagem podem interferir nas respostas que o direito produz à sociedade. São inúmeras as associações de signos que induzem a outros signos. Ora a sociedade tem um discurso jurídico de definição ou julgamento, ora a sociedade tem um discurso jurídico de neutralidade, e noutro momento a sociedade tem um discurso de preocupação ética, acima de tudo, voltado para o aparente compromisso com as verdades da própria linguagem, seu aspecto deontológico; noutro modo de dizer, uma preocupação com a melhor maneira de dizer o direito de cada situação. Isso é identificado como sendo a chamada linguagem politicamente correta. O direito tem utilizado algumas vertentes dessa natureza à sociedade, e isto, embora se constitua num instrumento de validação da norma, nem sempre contribui para a eficácia da justiça, interpretando melhor esta afirmação, poderíamos dizer que o fato de se fazer um discurso de *respeito* às diferenças, não garante o verdadeiro respeito às diferenças. As consequências sociais da linguagem e do discurso multiplicam-se através dos signos que estão inseridos no interior das normas jurídicas, e tomam proporção através dos fatos sociais que, ao se transformarem em fatos jurídicos em razão dos conflitos pertinentes a vida em sociedade, fazem evoluir novos signos.

O outro elemento referido como essencial a esta vasta estrutura de

representação é o significado, e este em muito influencia nas contingências de elaboração do direito, através dos signos de sua linguagem, porque fundamenta objetivamente os mecanismos de elaboração do discurso que aproveita tal referência. O próximo tópico procura demonstrar isso fazendo menção à peça processual relativa ao referido concurso público.

1.5 O SIGNIFICADO

O significado e sua natureza abriram espaço para inúmeras discussões no campo linguístico. Todas as investigações de estudiosos vêm ao encontro do fato de que o significado não é uma *coisa*, mas uma representação psíquica da *coisa*. Desse modo, o termo *edital* tem valor significativo de “lei de um concurso”, mas poderia ter outro valor se o que os falantes do português tivessem como representação psíquica da coisa (concurso público) fosse outra ideia de coisa. Ao notar esta natureza psíquica do significado, Saussure (1981) a denominou de conceito: o significado da palavra livro não é o objeto livro, mas sua imagem psíquica.

O significado só pode ser definido dentro do processo de significação, o que ocorre de uma maneira um tanto tautológica: é um *algo* que quem emprega o signo entende por ele. Assim, na peça referente aos deficientes físicos, o promotor juntou jurisprudências que fundamentassem seu entendimento sobre a tese defendida. Ao proceder deste modo, ele está indiretamente dizendo à sociedade civil que o que ele busca e apresenta, como resposta a uma questão de justiça, tem a chancela de um órgão inquestionável em seu significado de legitimidade, e de arauto da justiça: [...] Cito a jurisprudência abaixo do STJ¹⁵

A jurisprudência serve no direito como uma expressão clara da força do *significado* que, inclusive, modifica o direito existente, pois atua como fonte para a criação de novos direitos. O significado de jurisprudência, dentro do processo de significação do ordenamento jurídico, é a representação da resposta formal dada pelos tribunais a um caso concreto. Desta forma, é sensato voltar para uma definição funcional: o significado é um dos dois “traços” do signo; a única diferença que o opõe ao significante é que este é um mediador. Nesse ponto verifica-se que, em semiologia, os objetos, imagens, gestos etc. tanto quanto sejam significantes, remetem a algo que só é dizível por meio deles. Com este entendimento, é

¹⁵ Processo RMS 18669/RJ.

concebível a explicação da teatralidade que envolve a linguagem e o discurso dos tribunais, desde o rito de jurar sobre a bíblia como significação de verdade, passando pelas tradicionais togas vestidas pelos juízes, até as expressões do latim como *data venia, jus puniendi, ad hoc* etc.

Barthes (1989, p. 28) tenta uma classificação para os significados linguísticos. Isto é fundamental porque, dentro das linhas da semiologia, esta operação resulta em isolar a forma do conteúdo. Concebe duas espécies de classificações: a primeira é externa e apela para o conteúdo “positivo” (e não puramente diferencial) dos conceitos; a segunda é interna e refere-se às formas do significado verbal. De um ponto de vista estrutural, essas classificações têm o defeito de apoiar-se demais na substância (Ideológica) de significados, não na sua forma. Para chegar a estabelecer uma classificação verdadeiramente formal, seria necessário reconstituir oposições de significados e isolar em cada uma delas um traço pertinente (comutável).

A linguística estrutural, embora já bastante avançada, ainda não edificou uma semântica, que é a classificação das formas do significado verbal. Logo, é provável que não se possa propor atualmente uma classificação dos significados semiológicos, a não ser recorrendo a campos nocionais conhecidos. Um desses campos concerne ao modo de atualização dos significados semiológicos; outro campo concerne à extensão dos significados semiológicos, e ainda outro, refere-se à consideração de que cada sistema de significantes (léxicos) corresponde, no plano dos significados, a um corpo de práticas e técnicas. É preciso lembrar que para certos lingüistas, os significados não fazem parte da linguística, a qual deve ocupar-se apenas dos significantes, e que a classificação semântica está fora das tarefas da linguística. Nesse caso, cabe a concepção da proposta de Greimas (1966, p. 34), que estabelece a diferença, ao designar semântica, quando quer se referir ao conteúdo, e semiologia, quando quer se referir à expressão. Adiante nesse trabalho será aprofundado o significado semiológico, como também verificadas as variações assumidas pelo significado, a partir das interações com o universo das normas. Enfatizo que a abordagem um tanto descritiva dos elementos que compõem o universo da linguagem é fundamental para os objetivos do trabalho, face à necessidade de explicação dos fundamentos da argumentação utilizada pelo direito para moldar a sociedade da maneira que o faz, com a legitimidade da qual procura se revestir.

Não considero precoce afirmar que tanto o signo, quanto o significado, assim como outros elementos que perfazem a estrutura de representação simbólica a qual me referi neste tópico, vão relacionar-se com a linguagem do direito, com o discurso jurídico, com a argumentação jurídica, e com a fala do direito. Isto porque são esses elementos que tornam possível a apropriação e a utilização por parte dos operadores do direito deste vasto conjunto retórico que abrange o universo de racionalização e fundamentação do direito. E que só é possível materializar-se com a eficácia que costuma produzir, servindo-se deste indispensável instrumental semiótico de consequências sociais imediatas e visíveis, sobre os quais tratarei a seguir.

CAPÍTULO 2 - DIREITO, COMUNICAÇÃO E SOCIEDADE

OBJETIVO

Analisar o contexto de comunicação no qual está inserido o direito e relacionar o universo da cultura ao universo normativo a partir dos conteúdos que se misturam na atribuição de sentido formulado pelas leis.

2.1 PADRÕES CULTURAIS E CONSEQUENCIAS NO SISTEMA SEMIOLÓGICO JURÍDICO

“Lá doutora, só vale quem fala a língua deles, é só gente importante que entra pra falar com o doutor – chefe que manda em todo mundo, só não manda em quem tem a mesma cultura dele. Nós que somos sem cultura e ignorantes, não temos que reclamar de nada não, temos é que esperar mesmo! até que alguém que fale a nossa língua possa ter pena e nos ajudar a resolver o “probrema”. A minha vizinha teve paciência e falou até com o doutor chefe, e olha que ela não tem cultura nenhuma, mas já resolveu o “probrema” da casinha dela”.

Dona A.V.G. entrevista concedida na Defensoria pública em 14/01/2007.

O indissociável laço existente entre língua e cultura certamente que contribui para a interpretação da pluralidade cultural, a partir da análise da diversidade das línguas e, conseqüentemente, da linguagem. Na fala de dona A.V.G., cidadã como muitas que buscam a ajuda da chamada justiça gratuita oferecida pelo Estado, verifica-se como o senso comum associa língua e cultura, e também como qualquer cidadão do povo estabelece inferências sobre a unidade ou a separação que pode ocorrer com a linguagem, mas que eles definem como língua. O “falar a minha língua”, representa dizer “ser igual a mim” no sentido da convivência social. Logicamente, que dona A.V.G. não está se referindo à língua sob o conceito linguístico estruturalista, mas sim à língua como elemento ou padrão social.

Ponto dos mais importantes observados nas conversas com as pessoas que buscam os diversos setores da Justiça no Pará, especialmente pessoas simples que fazem uso da justiça gratuita, foi a maneira como eles próprios assumem as diferenças de linguagens existentes entre eles – povo, e os operadores ou funcionários da justiça. Quase que unanimemente, eles se referem à justiça como

algo distante deles e de sua linguagem; também, quase sempre, eles atribuem essa dificuldade à falta de dinheiro, mas, surpreendentemente, atribuem também à falta de cultura. Observando que a ideia de cultura tida pelas pessoas é apenas só uma das muitas possibilidades de tratar a cultura, é que dedico algumas linhas à questão para com isso, melhor encaminhar algumas temáticas aqui apresentadas.

A correlação existente entre cultura e linguagem foi objeto de análise de diversas ciências, dentre elas a antropologia, pelo fato de esta ocupar-se também da língua como objeto de estudo. A língua tem, entre outras funções, a de transmitir a cultura. Este é um dos méritos do pensamento de Langer (1976), quando defende o fato de que a língua e a fala são instrumentos de aproximação entre razão e sociedade; noutras palavras, entre homem e racionalidade.

O termo cultura, pela sua riqueza de significado, quando amplamente empregado, pode dar lugar a equívocos no plano filosófico, sociológico, antropológico, político ou jurídico, tantas são as acepções que hoje se lhe atribui. E isso implica grandes alterações nos domínios das ciências humanas em geral, especialmente na linguagem, começando nas primeiras discussões em torno de uma teoria do conhecimento, até a busca de fundamentação na ética.

O conceito de cultura converte-se, de algum modo, em um paradigma presente nas discussões em torno da modernidade e da pós-modernidade, quer seja para direcionar o sentido intelectualizado das ciências sociais, quer seja para proceder à revisão de muitas afirmações assentes no meio acadêmico. Há tanta informação sobre essa temática, que o culturalismo, corrente de pensamento que reconhece a importância do apontado paradigma, processa um reexame de algumas afirmações já abrandadas, como, o contraponto existente entre realismo/ idealismo, ou racionalismo/pragmatismo.

Prevalece entre os culturalistas a convicção de que a cultura é uma categoria fundamentalmente histórica, desenvolvendo-se através de distintas formas de objetivação das intencionalidades do homem ao longo do tempo, as quais recebem o nome de civilização.

Talvez, esteja aí a dificuldade maior de distinguir história de cultura: o homem como ser essencialmente histórico, o agente da história a construir a força motriz do processo cultural, o qual é impensável sem a ideia nuclear de objetivação do espírito.

Essa diversidade de interpretações que envolve a cultura requer que com maior sensatez metodológica se indique, face às múltiplas perspectivas de cultura, a qual concepção de “cultura” este trabalho faz referência.

Assim, faço algumas inserções teórico-explicativas em torno do conceito da cultura por ser este um ponto da contextualização, necessária à compreensão de algumas afirmações iniciais.

Lévi-Strauss (1958) considera que a cultura surgiu no momento em que o homem convencionou a primeira regra, a primeira norma. Para este destacado antropólogo francês, esta regra seria a proibição do incesto, padrão de comportamento comum a todas as sociedades humanas. Todas elas, por exemplo, proíbem a relação sexual de um homem com certas categorias de mulheres (no Brasil, a mãe, a filha e a irmã). Aqui chamo a atenção para a relação existente entre esse ponto de vista dele e as proibições constantes do Novo Código Civil, art.1521, quanto aos impedimentos para o casamento.

Sob esse conceito de Lévi-Strauss, deve-se analisar a influência dos valores. O homem não segue no mundo de maneira indiferente. Viver é optar, selecionar e criar valores. Nesse caso, o homem constrói experiências a partir de sua existência e realiza substancialmente os fins. O conceito de fim é básico para caracterizar o mundo da cultura. A cultura existe exatamente porque o homem, em busca da realização de fins que lhe são próprios, altera aquilo que lhe é dado pela natureza, e transforma-o no construído. E neste processo altera, portanto, a si próprio – vale então afirmar que a cultura condiciona e, às vezes mesmo, determina o comportamento do homem e justifica as suas realizações, visto que não há mais espaço, em uma sociedade cujo processo evolutivo aporta-se no século XXI para falar-se no agir baseado simplesmente em instintos; estes foram parcialmente obscurecidos pelo longo processo da Modernidade vivenciada pelas sociedades ocidentais.

Esses condicionantes culturais foram constatados em vários depoimentos colhidos nos espaços judiciais visitados durante a pesquisa. Numa sala do tribunal do júri da capital Belém, anotei três falas diferentes sobre o julgamento dos supostos responsáveis pelo massacre de Eldorado dos Carajás. Seguem as falas:

1- É a lei. Tá na lei, é direito, é o direito desse país que as pessoas têm que entender; não fui eu que criei esse monte de recursos e estratégias processuais para defender ninguém, simplesmente estudei as leis. Não

tenho culpa se o povo não sabe eleger seus representantes que fazem as leis, mas tem que ver que as leis são resultado do que o país produz como norma, e as leis que temos hoje acabam beneficiando quem pode pagar os melhores advogados porque os caras vão buscar argumentos em tudo, na cultura, na história, na sociologia, na psicologia e acabam impressionando com seus argumentos e convencendo nos tribunais. Vocês não têm que me acusar, vocês têm que entender que não estamos na pré-história, e hoje o direito não é só condenação, principalmente se o réu é do bem. (Advogado Criminalista referindo-se às acusações de um repórter de que o mesmo teria usado de influências para forçar resposta favorável a um habeas corpus impetrado em nome de um dos acusados de renome, dias antes do julgamento).

- 2- *Só a justiça divina é capaz de punir peixe grande como esses coronéis, onde já se viu, depois de todas as mortes e de tanto sofrimento que nossas famílias passaram, o juiz vem e decreta essa pena mínima que a gente sabe que com o dinheiro que eles têm vão entrar com tudo que é apelação e não vão ficar nem um mês presos e, se ficarem, vão gozar de tudo que é regalia de hotel, porque no Brasil desde os tempos do D. Pedro, que amigo do rei não fica preso. Mas, Deus há de fazer eles pagarem todo mal que fizeram pro nosso povo, ainda que seja com uma dessas doenças de gente ruim. (Desabafo de M.N.S., filha de um dos mortos no massacre).*
- 3- *Já vi de tudo nesse mundo, mas nunca vi coisa tão difícil pra entender como o jeito de falar desses doutores da lei; eles falam só pra eles, entre eles, mas deveriam falar pra gente normal como nós. Outro dia vi na TV o homem (repórter) dizendo que a justiça foi feita para todos. Eu não consigo me incluir numa justiça que eu nem entendo. Tudo é muito cheio de palavras difíceis, e quando a gente vê o doutor falando assim todo embecado, a gente se sente uma formiguinha perto de um homem tão poderoso. Cheguei aqui de madrugada pra pegar um lugar bem na frente porque eu não queria perder nenhum detalhe do julgamento desses coronéis que mataram minha gente, mas quando os doutores começaram a falar, bem que me esforcei pra entender, infelizmente, não consegui até agora saber se a coisa tá indo bem ou mal pro lado desses malditos ou se minha gente vai perder tudo. (Depoimento dado por seu H.F.S. líder de*

um grupo de agricultores que participaram da caminhada em protesto contra o massacre).

Os valores expressos nessas falas de alguns atores por ocasião do julgamento do marcante massacre de Carajás expressam as formas como a finalidade de realização da justiça se processa no interior dessas pessoas de acordo com a concepção que elas têm de justiça social, e a partir do que suas condicionantes culturais lhes mostraram ser a função do Estado de garantir a todos o que é *bom*.

Analisando o pensamento da autoridade presente no depoimento relatado pelo primeiro depoente, verifica-se que ele não sente “culpa” por agir em benefício de quem quer que seja porque sua cultura acadêmica o faz sentir-se apenas no cumprimento ou no exercício da profissão. Quem determina as ações é a lei, e esta se faz a partir dos homens eleitos legitimamente. Por isso, ele não discute o mérito de justiça ou injustiça; afinal, o que a sociedade, através de seus mecanismos institucionais, determina ser o direito, é o que vai se constituir em direito ao final; em outras palavras, é a cultura (construção dos valores de justiça) jurídica que define o que é a justiça. Entretanto, para o homem simples que perdeu seus entes queridos e até sua ideologia de que uma luta justa, mesmo sob risco de violência, vale a pena e sempre será uma luta justa, a visão de justiça vem da finalidade de lutar pelo que ele acredita ser seu por direito. Aí está a seleção dos valores ditos anteriormente. Se ele é agricultor, nasceu pobre e não tem terra alguma, na concepção dele, quem tem muita terra, não pode ficar com ela sozinho; por isso eles ocupam fazendas. É visível aqui o valor da justiça comutativa, cuja finalidade não se ajusta ao capitalismo do século XXI, mas que na concepção do homem do campo, sob a influência de inúmeras variáveis, inclusive políticas, é o que ele acredita que o Estado deve promover, e com base nisso define suas buscas e constrói suas lutas sociais.

Essas barreiras culturais acabam por comprometer a função social do direito, pois as normas, que deveriam servir à sociedade como meio de composição das diferenças e dos conflitos, convertem-se em estruturas textuais vazias de compreensão por parte dos sujeitos para quem elas se dirigem, e daí surgem os embargos ou as reações voluntárias e involuntárias ao seu descumprimento. Parte desta realidade tem origem no hermetismo do discurso jurídico, conforme se pode verificar nas denúncias incluídas nas falas das ruas anteriormente expressas. E tais falas se revestem duplamente de signo e significado; trata-se de um poder simbólico

que se espraia no campo jurídico. Utilizando como referência o pensamento de Bourdieu (2002, p.232), ele bem relaciona essas vertentes da cultura e do direito no que diz respeito às consequências sociais do discurso. E fala disso no que ele chama de *campo jurídico*, assim entendido como uma arena onde forças antagônicas disputam espaços, diz ele:

[...] São também os profissionais quem produzem a necessidade dos seus próprios serviços ao constituírem em problemas jurídicos, traduzindo-os na linguagem do direito, problemas que se exprimem na linguagem vulgar e ao proporem uma avaliação antecipada das probabilidades de êxito e das consequências das diferentes estratégias; não há dúvida de que eles são guiados no seu trabalho de construção de disputas pelos seus interesses financeiros, e também pelas suas atitudes éticas ou políticas. [...] o efeito de hermetismo que o próprio funcionamento do campo tende a exercer manifesta-se no fato das instituições judiciais tenderem a produzir verdadeiras tradições específicas e, em particular, categorias de percepção e de apreciação perfeitamente irredutíveis às dos não especialistas, gerando os seus problemas e as suas soluções segundo uma lógica totalmente inacessível.

Sobre essa constatação, a pergunta que se deve suscitar é: a quem interessa a lacuna deixada pelo hermetismo do discurso e da linguagem na trajetória do culturalismo jurídico? Qual a saída para os embates no campo jurídico? Esse questionamento será respondido no capítulo V da tese.

Ainda sobre a concepção de cultura como sistema estrutural em Lévi-Strauss (1958), é notório relacionar a ideia de que este processo de aprendizagem, socialização e endoculturação, não importa o termo, que determina o comportamento humano, é cumulativo, ou seja, resulta de experiências históricas passadas de gerações a gerações que vão elaborando normas – padrões de vida e de existência. Forma-se, assim, um sistema simbólico originário da criação acumulativa da mente humana. Dentre essas estruturas ou normas dos domínios culturais, estão: o mito, a arte, a linguagem; e esta, como instrumento da comunicação, é um produto da cultura, mas a cultura não existiria, talvez, como fenômeno, se o homem não tivesse a possibilidade de desenvolver um sistema articulado de comunicação oral. Muito particularmente, ele formula uma teoria envolvendo a unidade psíquica da humanidade, visto que os paralelismos culturais são por ele explicados pelo fato de que o pensamento humano estaria submetido a regras inconscientes. Daí porque criam-se normas de relação e transformação que controlam as manifestações dos grupos a partir dos princípios valorados pelo homem.

Ao fazer da análise estrutural em linguística, um dos caminhos para a evolução desse conhecimento, sublinha a complexidade das relações entre linguagem e cultura (Levi-Strauss, 1958, p.78-79):

O problema das relações entre linguagem e cultura é um dos mais complicados que se nos põem. Podemos começar por tratar a linguagem como um produto da cultura: uma língua usada numa sociedade reflete a cultura geral da população. Mas, noutro sentido, a linguagem é uma parte da cultura; constitui um, entre outros, dos elementos. Podemos também tratar a linguagem como condição da cultura, e a duplo título, no plano diacrônico, uma vez que é sobretudo por meio da linguagem que o indivíduo adquire a cultura de seu grupo; a criança é instruída e educada pela palavra; é com as palavras que a repreendem ou elogiam. De um ponto de vista mais teórico, a linguagem revela-se também como condição da cultura na medida em que esta última possui uma arquitetura semelhante à da linguagem. Uma e outra constroem -se por meio de oposições e de correlações, de relações lógicas. Assim, podemos considerar a linguagem como um alicerce, destinado a receber as estruturas mais complexas por vezes, mas do mesmo tipo que as suas, que correspondem à cultura encarada sob diferentes aspectos.

Tem-se, assim, que o elemento de um sistema significativo é, então, um signo que cria na mente do receptor um conteúdo de consciência, uma ideologia, um valor. O signo “justiça” cria na mente a ideia de distribuição igualitária de direitos, ou prerrogativas. Assim como a palavra *violência* se encontra no lugar das ideias sugeridas por esta palavra, a palavra “salário” se encontra no lugar da ideia que se tem desta, e a palavra “direito” se encontra no lugar da ideia sugerida pela palavra. Em síntese, as palavras são representações de certas ideias. Por sua vez, os enunciados têm um sentido que está no lugar das ideias sugeridas por este conjunto de palavras. Um fato a exemplificar é a assertiva “é obrigatório pagar o salário estabelecido pela lei”, que contém entre outros, o sentido de que o salário é a contraprestação do valor que o trabalhador entrega e que a lei – aqui invocada no lugar de “Estado” – preocupa-se com que o trabalhador obtenha esta contraprestação. Há evidentemente, muitas outras ideias implicadas no esforço de construir o sentido deste enunciado. O direito é visto, então, como um fenômeno de construção permanente. Não resta dúvida de que há um processo de culturalismo jurídico permanente, visto que o direito não sobrevive apenas como produto metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos estáticos. Ele se alimenta de uma constante criação da sociedade, a partir do que, os sujeitos acrescentam às coisas com a intenção de aperfeiçoá-las em seu benefício e em atendimento de suas necessidades. Quando o espírito humano projeta-se sobre a natureza dando-lhe uma nova dimensão, a isto chamamos de valor.

Pois bem, o direito no universo culturalista de sua elaboração vive dos valores que se vão transformando, razão pela qual a linguagem e o discurso jurídicos estabelecem com a cultura tamanha ligação. Pois a linguagem é o vetor do direito que vai sendo passado de geração em geração e influenciando a sociedade na incorporação do chamado ordenamento jurídico, como um padrão de condutas. Essas condutas são impostas de acordo com uma organização culturalista do que o homem cria como universo normativo para sua sobrevivência em sociedade. E, ao mesmo tempo, a linguagem vai sendo influenciada pela cultura, visto que as variações simbólicas existentes no interior da linguagem são o resultado das variações culturais. E se há culturas diferentes, há também linguagens diferentes. Porém, o que torna possível o ajuste no encontro de linguagem e cultura diversas é o discurso que se faz em torno desse fenômeno. O discurso jurídico atua como mecanismo de aproximação ou de interpretação da cultura que se operacionaliza pela linguagem. O discurso jurídico é o decodificador dos traços que envolvem a produção humana e o meio de comunicar essa produção; melhor explicando, a sociedade produz uma estrutura normativa que dita padrões de conduta, valores, prazos etc. a linguagem do direito se apropria dessa produção e materializa isso através de normas, ora expressas, ora tácitas. Nessa dinâmica surge o filtro do discurso jurídico que se apresenta como instrumento de moldar, persuadir, convencer, transformar, dominar, aprisionar e dizer o direito de maneira utilitária, para consolidar o sistema estabelecido em determinado tempo e espaço social. É a natureza do dado e do construído, é o complexo de adaptações e ajustamentos feitos pelo homem, para que as coisas sirvam aos fins humanos.

Foi dito no início deste capítulo que face à existência de vários conceitos de cultura surge a necessidade de se fixar alguns pontos sobre os quais trato da cultura neste estudo. Geertz (2008, p. 140) diz que

a ciência, a arte, a ideologia, o direito, a religião, a tecnologia, a matemática, e, hoje em dia, até a ética e a epistemologia são tão frequentemente considerados gêneros de expressão cultural, que isso nos leva a indagar até que ponto os povos a possuem e, se as possuem, qual é a forma que tomam, e dada esta forma, como podem iluminar a versão que temos desses gêneros.

Assim, convém tratar de outra abordagem importante na evolução deste estudo, à luz das teorias formuladas, que é a que considera a cultura como um conjunto de sistemas simbólicos; esta posição foi desenvolvida nos Estados Unidos em densa análise por Geertz (2008), cujo trabalho, influenciado pelo pragmatismo

americano, constitui-se num marco, já que embora não ligado à semiologia, estabelece com ela, intrínseca relação, a partir da análise e da exploração dos sistemas simbólicos, cunho importante da chamada antropologia interpretativa.

Apresenta a perspectiva da cultura como mecanismo de controle. Ele parte do entendimento inicial de que o pensamento humano é, basicamente, tanto social como público – que seu ambiente natural é o pátio familiar, o mercado e a praça da cidade. Geertz (1989, p.33):

Pensar consiste não nos “acontecimentos na cabeça” (embora sejam necessários acontecimentos na cabeça e em outros lugares para que ele ocorra), mas num tráfego entre aquilo que foi chamado por muitos de *símbolos significantes* – as palavras, para a maioria, mas também gestos, desenhos, sons musicais, artifícios mecânicos como relógios, ou objetos naturais como jóias – na verdade, qualquer coisa que esteja afastada da simples realidade e que seja usada para impor um significado à experiência.

Esse pensamento melhor se elabora quando ele refuta a ideia de que o homem esteja envolvido em uma redoma ou forma ideal, como queria o Iluminismo. Crer nisso seria supor que todas as formas de homem que se afastassem da forma ideal seriam distorções. Nesse caso, como explicar o paradoxo da imensa variedade cultural que contrasta com a unidade da espécie humana?

Só é possível, então, compor esta complexidade se a cultura, mais que um mundo de comportamentos concretos, for entendida como um conjunto de mecanismos de controle, planos, receitas, regras, instruções para governar o comportamento. Resta bastante coerente esse ponto de vista de Geertz quando se observa as consequências de tais padrões culturais no ambiente da sociedade juridicizada. Ou ainda, se verificadas as consequências das produções do Estado culturalizantes de condutas sobre as massas. Aos administradores do Orçamento Público, por exemplo, é muito fácil conferir legitimidade aos modos de gastar do Estado, pois a regra de execução dos atos administrativos quanto ao gasto de dinheiro público é legitimada pela norma, formulada pelo poder Legislativo (cultura jurídica criada a partir da identidade com a democracia e com a doutrina da representatividade). O povo atribui confiança aos homens que elaboram as leis orçamentárias e, indiretamente, constrói os modelos facilmente manipulados por legisladores e administradores. O povo age, mesmo sem saber, como instrumento proporcionador desta culturalização que implica controle e dominação. Tal processo, entretanto, é tão sutil, que de dominante, no sentido de quem detém a força ou soberania, o povo converte-se em dominado, uma vez que gradativamente solidifica

essa cultura, ou seja, desenvolve, ou pelo menos, contribui para o desenvolvimento desses vícios de governabilidade.

Esse ponto de análise da visão é fundamental para a compreensão da chamada unidade da espécie. Afirma ele (1989, p.42): “um dos mais significativos fatos sobre nós pode ser finalmente a constatação de que todos nascemos com um equipamento para viver mil vidas, mas terminamos no fim tendo vivido uma só!”. Isso significa que a criança, ao nascer, está apta para ser socializada em qualquer cultura existente. Essa diversidade, contudo, será limitada pelo contexto real e específico onde ela cresce de fato (*isso mais tarde será confirmado em vários ensaios do saber local*). Não há predomínio de modelos conscientes nas comunidades. Admitir isso é admitir que os significados estejam na cabeça das pessoas. E para ele, os símbolos e significados são compartilhados pelos membros do sistema cultural, *entre eles*, mas não dentro deles. São públicos e não privados. Cada um dos seres humanos sabe o que quer fazer em determinadas situações, mas nem todos sabem prever o que fariam nessas situações. Estudar a cultura é, portanto, estudar um código de símbolos partilhados pelos membros dessa cultura. Esta é, inclusive a essência da antropologia, buscar interpretações. Esse é o fundamento dos estudos desenvolvidos na obra: *A interpretação das culturas* (1989, p. 37), onde o conceito de cultura tem seu impacto no conceito de homem.

Quando vista como um conjunto de mecanismos simbólicos para controle do comportamento, fonte de informação extra-somáticas, a cultura fornece o vínculo entre o que os homens são intrinsecamente capazes de se tornar e o que eles realmente se tornam, um por um. Tornar-se humano é tornar-se individual, e nós nos tornamos individuais sob a direção dos padrões culturais, sistemas de significados criados historicamente em termos dos quais damos forma, ordem, objetivo e direção às nossas vidas [...] O homem não pode ser definido nem apenas por suas habilidades inatas, como propunha o Iluminismo, nem apenas por seu comportamento real, como o faz grande parte da ciência social contemporânea, mas sim pelo elo entre eles, pela forma em que o primeiro é transformado no segundo, suas potencialidades genéricas focalizadas em suas atuações específicas. .

Quando analisa as formas da relação entre fato e lei, ele demonstra que o direito é uma forma de imaginar o mundo, assim como a arte, por exemplo, o é. Só que o direito revela seu poder simbólico através da representação normativa, que se pauta num dever ser; noutras palavras, a representação normativa que estabelece como as coisas devem ser, é a lei, e a representação normativa que estabelece como as coisas são, é o fato. A perspectiva aqui é sempre a mesma, o sentido de justiça que, para ser efetivo, deve ser local, porque é assim que os fatos se

apresentam, provocando a existência das leis, e é assim que a resistência às leis provocará novos fatos.

A exemplo, cito o processo que envolveu duas mulheres na localidade de Marituba – Pará no ano de 2007, cuja denúncia foi efetuada pela representante do Ministério Público e na qual ela pede a condenação das mulheres por tratar-se de pessoas envolvidas com o tráfico de cocaína. O ponto fundamental deste processo é que as acusadas, ao serem presas, negaram o ato delituoso, tendo uma delas dito que apenas consumia a droga, pensando com isso obter a vantagem de livrar-se da acusação criminal. Ainda outro fator de referência para esta análise é que conforme será observado na ação penal pública movida pela promotoria, as evidências de que a droga apreendida pertencia às acusadas era resultado do entendimento da polícia local, que diariamente lida com situações como essa, e que, pela quantidade, cor, maneira de acondicionamento e pelo contexto, é capaz de assegurar quando se trata de tráfico ou de consumo de droga, fato este que levou à lavratura do laudo provisório, instrumento suficiente para manter as acusadas presas, até que fosse lavrado o laudo definitivo pelo Instituto Médico Legal – IML. Este é o saber local que relaciona lei e fato nos diferentes contextos culturais. Segue a peça em que o Ministério Público faz a denúncia referente ao caso e onde faz a exposição dos fatos e pede a prisão de ambas as acusadas (documento 1)¹:

DOS FATOS :

Conforme peça informativa em anexo, no dia 18 de maio de 2007, por volta das 04 horas, três policiais militares ao fazerem ronda constataram a comercialização pela ora denunciada, da substância entorpecente vulgarmente conhecida como “cocaína”, num total de 36 petecas, acondicionadas em sacos de cor branca e azul, fato ocorrido em via pública na rua da Pirelli, bairro Che-guevara, neste município.

Em síntese, narram os mesmos, que no dia, hora e local acima mencionados, a viatura 1734, na qual estavam três policiais, fazia ronda, quando perceberam que

¹ Documento 1 – Título e identificação da peça: PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE MARITUBA / Exmo. Senhor Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Marituba/PA. Processo n.º 133.2007.2.000556-8 (146/07). Indiciadas: (denunciadas pelo Ministério Público). Vítima: O Estado. Capitulação Penal Provisória: art. 33 da Lei no. 11 343/06. O Ministério Público do Pará, oferece denúncia contra: E. A. R., brasileira paraense, solteira, 28 anos, nascida em 27/08/1979, filha de O. A. R. e C. A. R., residente e domiciliada na (endereço da denunciada), neste município, C. C. C. M., brasileira, paraense, solteira, doméstica, nascida em 09/04/1982, filha de G. C. D. e A. S. M., residente e domiciliado no (endereço da denunciada), neste município.

as denunciadas retiravam a droga de dentro de um buraco existente no muro de um bar e a entregava aos consumidores.

Em razão desses fatos, as denunciadas foram levadas à delegacia e contra as mesmas foi lavrado o competente auto de prisão em flagrante. A droga apreendida foi encaminhada ao Centro de Perícias Criminais Renato Chaves para a realização da análise competente.

A acusada, E. R. ao ser interrogada pela autoridade policial, negou a prática do delito, declarando que pegou a droga a pedido de um indivíduo de vulgo "Negão", que encontrou momentos antes de ser presa; já a ora denunciada C. M. negou a prática do delito, uma vez que afirmou estar em um motel consumindo drogas, mas como a substância entorpecente acabou, a acusada saiu do local para comprar mais, ocasião em que foi presa pelos policiais.

DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA:

A autoria está comprovada pelos Depoimentos das Testemunhas, colhidos perante a Autoridade Policial. A materialidade encontra-se demonstrada pelo auto de apresentação e apreensão, acostado às fls. 22/23, assim como pelo laudo de constatação da substância entorpecente, acostado à fl. 24 dos autos.

DO DIREITO:

Agindo do modo acima descrito e como restará demonstrado durante a instrução criminal, as acusadas praticaram o tipo penal descrito no artigo 33 da Lei 11.343/06.

DO PEDIDO:

E para que assim se proceda, requer este "Dominus Litis", com base na presente Denúncia, após ser recebida e autuada, que sejam as acusadas notificadas, para apresentar a defesa que tiverem sendo, posteriormente, as mesmas citadas e interrogadas, bem como sejam inquiridas as testemunhas adiante arroladas, em tudo atendido o "devido processo legal", até decisão final condenatória e bem assim submetida às penas soberanamente cominadas, por ser de Direito e de Justiça. Outrossim, requer que sejam deferidas as seguintes diligências: Que a autoridade policial encaminhe, com urgência, a esse Juízo, a droga apreendida, bem como o Laudo de exame Pericial Definitivo da mesma. Que a autoridade policial diligencie no sentido de identificar e qualificar os indivíduos de vulgo "Negão" e "Bode".(Marituba /Pa, 20 de junho de 2007. C. B. DA M. 1ª. Promotora de Justiça de Marituba, em exercício).

Ao traçar as linhas do debate sobre o direito como um saber local, Geertz (2008, p.250) assinala que são as práticas estabelecidas pelo fato (caso concreto) que impulsionam as reflexões que possibilitam os conteúdos jurídicos. Como ele menciona em *O saber local: fatos e leis uma perspectiva comparativa*:

Certamente a mais curiosa dessas curiosidades é o eterno debate sobre o conteúdo do direito; ou seja, se ele consiste de instituições ou regulamentos, de procedimentos ou de conceitos, de decisões ou de códigos, de processos ou de formas, e portanto, se ele é uma categoria tal como trabalho, que existe praticamente em qualquer parte do mundo onde nos deparemos com uma sociedade humana, ou algo assim como o contraponto, que certamente não é universal.

O direito surge para a cultura como surge a poesia, a arte, ou seja, surge como um artesanato local porque surge a partir das formulações dos que vivem determinados fatos e sobre eles estabelecem reflexões para composição de suas necessidades. Aqui são expressamente delineadas as primeiras linhas do pluralismo jurídico. Essa é uma visão bem condizente com o caso de Marituba-PA, uma vez que a sucessão de procedimentos tomados pelas autoridades (o juiz e a promotora do caso/fato) foi resultante dos meios com os quais as autoridades técnicas locais lidam na comprovação de existência ou não de drogas, e se existe a droga, quando se trata de tráfico, e quando se trata de consumo. Por outro lado, na mesma questão, suscita-se identificar em que momento deverá o chamado laudo ser objeto de prova suficiente para definir uma situação de condenação ou absolvição de um crime. Esse contexto de aparente enfrentamento entre fato e lei é bastante evidente na continuação processual quando, sem que o laudo definitivo tivesse sido oferecido pelo IML, o Ministério Público parte para as alegações finais, através de Ação Civil Pública, pedindo acolhimento da *denúncia* formulada na peça (aqui apresentada anteriormente), com base nos fatos; nos laudos provisórios, na amostra da droga encontrada com as acusadas, nos indícios locais, e, principalmente, nos testemunhos oferecidos por E. S. F., e O. L. Os elementos suficientes para provocar por parte da promotora a defesa da sociedade contra o combatido tráfico de entorpecentes. As alegações formuladas pela representante do M. P. são muito seguras, devidamente considerados os fatos que contribuíram para a conclusiva culpabilidade das acusadas. Eis as formulações do Ministério Público nas alegações finais (documento 2)²:

² Documento 2/Título da peça e seu encaminhamento à juíza com as alegações do MP: MINISTÉRIO PÚBLICO. Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª. Vara desta Comarca de Marituba.

Constam dos autos em questão, que no dia e hora acima regrados uma equipe de policiais, na viatura 1734, fazia ronda pelo referido local, ocasião em que encontrou em poder das acusadas, o total de 36 petecas da substância entorpecente vulgarmente conhecida como "cocaína", acondicionadas em sacos plásticos da cor azul e branco, conforme se depreende do laudo de fl. 24

Devidamente denunciadas, as rés foram interrogadas por esse Juízo, conforme Termo de fls. 67J69, ocasião em que negaram a prática do delito, declarando que pretendiam adquirir a substância, apenas para uso próprio.

Contudo, nobre Magistrado, pelo que se depreende do conjunto probatório angariado durante a instrução processual, não obstante a negativa das acusadas, percebe-se que restaram devidamente provadas as autorias e a materialidade do delito, senão vejamos.

Com efeito, a testemunha E. S. F. afirmou, em seu depoimento prestado em Juízo, às fls. 69/70, que: [...] Efetivavam uma ronda num local conhecido como Rua da Lama. Tal localidade é conhecida como sendo lugar de prostituição e comercialização de drogas. Avistaram uma pessoa nas proximidades de um bar que situa-se(sic) na Rua da Lama [...] Ao se aproximar da pessoa referida avistou uma das acusadas ir ate o muro próximo ao bar e colocar um objeto na parede. O policial O. foi até o muro e pegou o saco plástico onde estavam várias petecas da droga. Havia aproximadamente 18 petecas naquele saco... A outra acusada que era de cor mais morena tentou se afastar do local ao notar a presença da polícia O policial D. foi quem prendeu tal acusado(sic) [...], tendo apresentado um saco plástico contendo também cerca de 18 petecas da droga. Os dois sacos totalizaram 36 petecas [...]. Não notou sinais de consumo de droga por parte das acusadas [...].

Da mesma forma, a testemunha O.L.O. afirmou, em seu depoimento perante esse juízo às fls. 70/71, que: [...] Observou uma das acusadas colocar o pacote no muro. O policial F. pegou tal objeto, o qual se referia a um saco plástico que continha papelote de pasta [...] A acusada de cor mais clara foi quem colocou o pacote referido no muro. A outra acusada de cor mais morena foi presa pelo depoente quando tentava sair daquela localidade. Encontrou com tal acusada um

saco plástico contendo papelotes de pasta. A acusada jogou o saco no chão quando notou a aproximação do depoente [...] Avistou a acusada de cor mais clara colocar o saco plástico com a droga no muro próximo ao bar [...] As acusadas não apresentavam sinais de terem consumido drogas.. A acusada estava sozinha quando colocou a droga [...].

Portanto, ilustre Julgador, resta evidente que a versão relatada pelos policiais que efetuaram as prisões das réas é verdadeira, uma vez que confirmada e corroborada pelas demais provas constantes dos autos, inclusive pelo Laudo Pericial de fl. 24. Resta evidente que a droga apreendida pela polícia pertencia às acusadas e, pela quantidade, pela maneira como estava acondicionada e pelo contexto que envolve a prisão, destinava-se a venda. Nesse sentido assim tem decidido nossos Tribunais:

A divisão do entorpecente em diversos pacotinhos, guardados, na residência da apelante, induz que se destinavam a ser repassados a terceiros, caracterizando-se, assim, o delito previsto no art. 12, da Lei 6.368/76". (TJAC - AC 342/92 - Rel. F. das C. P.- RTJE 109/277). In op. cit., pag. 694.

Assim, resta claro que a palavra das testemunhas compromissadas, corroborada pelos demais elementos carreados aos autos, são provas suficientes, incontestes, cabais e harmoniosas entre si, não comportando dúvida de qualquer natureza quanto à autoria e à materialidade do presente delito.

Por outro lado, Ilustre Magistrado, as declarações das testemunhas arroladas pela defesa e ouvidas em Juízo, às fls. 73174, não devem prevalecer, uma vez que as mesmas não presenciaram o fato delituoso.

Ademais, verifica-se do documento de fls. 72/75, que o depoimento da testemunha A. de F. dos S. é totalmente contrário às declarações da própria ré E.R., o que demonstra que a testemunha visava, apenas, à defesa da acusada, merecendo, por isso, esse depoimento, ser analisado com precaução ou ser desconsiderado.

Em contrapartida, o tráfico de entorpecente é conduta das mais graves, uma vez que atinge pessoas de todas as classes sociais, de todas as raças e de todas as idades além de fomentar e financiar a violência e de gerar enormes custos aos cofres públicos, senão vejamos:

A alta nocividade da cocaína está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, a aplicação aos traficantes de reprimendas

penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefanda mercancia acarreta à saúde pública. (TJRS - AC 687055624 – Rel. Jorge Alberto de Moraes Lacerda. (RJTJRS 130/154). In: Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial, Ed. RT, pag. 716”.

A promotora, autora da ação penal pública, apresenta essa vasta jurisprudência para comprovar e fundamentar o pedido de condenação e reiterar o ponto de vista de que seu entendimento baseado no saber local é matéria comum nas cortes brasileiras (documento 3)³. Eis os argumentos da jurisprudência juntada:

1) *A materialidade do crime tipificado na Lei no 6.368, de 1976, restou comprovada nos autos, tanto pela apreensão (auto de apresentação e apreensão) conforme constatação de substância entorpecente (auto de constatação, bem como pelo laudo definitivo de exame em substância vegetal (maconha).*

2) *Os depoimentos das testemunhas de acusação, que estão em sintonia com as declarações prestadas pelo réu perante a autoridade policial, harmonizam-se, por sua vez, com o contexto probatório, o que afasta, por completo qualquer possibilidade de absolvição do apelante.*

3) *A Jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federa! se orienta no sentido de que “..é possível conferir valia ao depoimento do réu, prestado em inquérito e retratado em juízo, se outros elementos de prova abonam a primeira narrativa” (RE n° 100.81S/PR, Rei. Min. Francisco Rezek, DJ/I de 15.03.1985, pág. 3.141).*

4) *Segundo o eg. Superior Tribunal de Justiça, “...na avaliação das circunstâncias legais para fixação da pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes devem influir decisivamente a espécie e a quantidade de droga. O tipo de entorpecente é dado que indica o grau de nocividade para a saúde pública, correlato ao indicador das consequências do crime; a quantidade, quase sempre aponta para o grau de envolvimento do infrator com o odioso comércio, indicando a medida de sua personalidade perigosa e voltada para a prática criminosa” (HC n° 18.940/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ/I de 22.04.2002, pág. 225).*

5) *Ademais, reincidência, mencionada pela d. Magistrada sentenciante, como fundamento para fixar a pena-base, nos termos do artigo 59, do Código Penal, foi*

³ Documento 3 /Título do documento de apelação: PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONFISSÃO NO INQUÉRITO RETRATADA EM JUÍZO. CONJUNTO PROBATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PENA-BASE. REDUÇÃO REGIME FECHADO CUSTAS. APELAÇÃO PARCIALIVIENTE PROVIDA.

também utilizada como causa de aumento de penal incorrendo em "bis in idem", o que é inconcebível.

6) Por outro lado, o acusado possui efetivamente maus antecedentes e a forma como acondicionou a droga, mostra que, de fato, utilizou-se de métodos "para ludibriar a fiscalização", não podendo, assim, a pena-base ser fixada no mínimo legal de 03 (três) anos.

7) Portanto, deve ser reduzida a pena-base para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, porém devem ser mantidas as causas de aumento de pena na mesma proporção que foram fixadas pela sentença recorrida, tornando, assim, em definitivo, a pena em 5 (cinco) anos e 6 (seis) dias de reclusão e 112 (cento e doze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato devidamente corrigido.

8) Quanto ao regime prisional, este Tribunal tem asseverado que "o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, no tráfico ilícito de entorpecentes, segundo a norma do § 1º, do art. 2º. da Lei nº 8.072/90, foi declarado constitucional pelo STF (HC nº 69.603), que decidiu, também (HC nº 79.544), que tal preceito não restou derogado pela Lei nº 9.455/97" (ACR nº 2000.01.00.059380-9/MT, Rel. Juiz Olindo Menezes, DJ/II de 04.10.2002, pág. 89 (grifo meu).

9) No que toca às custas processuais, nada há a deferir, na presente via recursal, haja vista que deve o recorrente postular qualquer isenção de custas perante o juízo competente para a execução do julgado, o qual apreciará a possibilidade de satisfação das custas pelo ora condenado.

10) Apelação parcialmente provida, apenas para reduzir a pena-base fixada pela r. sentença recorrida. Apelação Criminal nº 43000000083/TO, 3ª. Turma do TRF da 1ª. Região, Rel. Des. Fed. Plauto Ribeiro. j. 23.03.2004, unânime, DJU 02.04.2004.)"

Portanto, no decorrer da instrução processual, restou provado que a droga apreendida pertencia às rés, as quais portavam, para venda no momento da prisão, cada uma, 18 petecas de "cocaína".

Dessa forma, por tudo o que acima foi exposto e considerando o Laudo constante a fl. 24, o Ministério Público Estadual espera que as presentes razões sejam acolhidas na íntegra e a denúncia seja julgada TOTALMENTE PROCEDENTE, a fim de que as rés E. A. R. e C.C.C.M sejam CONDENADAS como incursas nas sanções punitivas do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

(P. deferimento/Marituba (PA) 17 de outubro de 2007/L.C.M.R/Promotora de Justiça titular)

O entendimento de que apenas o laudo definitivo deveria ser aceito como prova suficiente para condenação nos autos dificulta a celeridade do caso, até porque o laudo provisório já tinha atestado fortes indícios de que o objeto encontrado com as mulheres era mesmo cocaína, e os indícios locais de ocorrência do fato, para policiais experientes, eram irrefutáveis para o atestado de existência do crime. A jurisprudência apresentada pela representante do Ministério Público (mantidos, a propósito, integralmente identificados os relatores no documento processual transcrito nesta tese) denota o quanto a norma pode depender do fato para alcançar eficácia. Muito embora essa não seja a regra geral que prevalece na sociedade, uma vez que, para justificar seu ato de pedir a condenação das acusadas, a promotora teve que demonstrar como este é o entendimento das autoridades judiciais que tratam com a matéria no país. Em outras palavras, como este é o saber local.

Este é, contudo, apenas o fato, já que em nome da lei o juiz oferecerá outro entendimento para a questão. Ele não se convence da necessidade da condenação, pela falta do laudo definitivo do IML; é a lei. Para o magistrado esta é mais forte que o fato. Transcrevo apenas uma parte da fala do juiz sobre as argumentações aqui apresentadas, que bem corroboram as afirmações anteriores e com o objetivo de melhor traduzir a construção do pluralismo jurídico encontrado nas contextualizações culturais vislumbradas pela linguagem e pela argumentação jurídica. Segue a fala do juiz, citando a jurisprudência a respeito da questão:

Solicitada a remessa do laudo toxicológico definitivo, a prova não foi encaminhada pelo CPC - Centro de Pesquisa Científica - Renato Chaves, tendo as partes apresentado memoriais finais. O Ministério Público, por compreender comprovada a autoria e a materialidade do delito, pleiteou a condenação das acusadas, nos termos propostos na denúncia. A Defesa, ao seu turno, pleiteou a absolvição, na forma do art. 386, VI do CPP. Relatei suscintamente. Decido. Compulsando os autos, observa-se que até a presente data não foi juntado aos autos o laudo toxicológico definitivo, não obstante este juízo tenha, de fato, solicitado o encaminhamento, como se verifica do ofício juntado à fl. 78. Com efeito, o único laudo presente nos autos é o provisório, cuja natureza probante é restrita. Na realidade, sua aptidão é fornecer embasamento provisório para análise do auto de

prisão em flagrante, consubstanciando também o ajuizamento da ação penal e o posterior recebimento da denúncia. Sua natureza, contudo, não é robusta o suficiente para embasar a análise do pleito meritório no tocante à materialidade do crime, ressaltando-se que nem mesmo o auto de apreensão possui esse condão, tendo em vista que, em se tratando de análise meritória, o juízo deve trabalhar com a hipótese de certeza jurídica. Esse posicionamento tem sido firmado pacificamente em nossas Cortes. O Tribunal de Justiça do Estado do Pará assim se manifestou sobre o tema: Habeas Corpus. Tráfico. Sentença prolatada antes da juntada do laudo toxicológico definitivo. Nulidade. A materialidade dos delitos que envolvem drogas exige a averiguação da natureza e quantidade da substância apreendida. O laudo de constatação serve apenas para comprovar a materialidade delitiva para fins de prisão em flagrante, oferecimento e recebimento da denúncia. Interpretação sistemática da Lei 11.343/06. Paciente que pretende responder ao processo em liberdade por ser possuidor de condições pessoais favoráveis. Impossibilidade. Ordem concedido em parte para declarar a nulidade do provimento jurisdicional de primeiro grau.” Decisão por maioria (Acórdão 67.840, HC 2007.3002.623-1, Rel. Des. T. M. da F., julgado em 21.08.2007). Esse julgado reflete o posicionamento firmado no Superior Tribunal de Justiça: [...] O laudo de constatação provisório é suficiente apenas para a lavratura do auto de prisão em flagrante e da oferta da denúncia (art. 20, § 1º, da Lei 6.368/76 e art. 31, § 1º, da lei 10.409/02) que, entretanto, não supre a ausência do laudo definitivo (art. 25, da Lei 6.368/76 e art. 31, § 1º, da Lei 10.409/02) cuja ausência gera nulidade absoluta, pois que afeta o interesse público e diz respeito à própria prestação jurisdicional. Precedentes desta Corte (STJ 5ª Turma HC 41.898/RJ, rel. Min. L. V., julgado em 27.09.2005). Como visto, o conjunto probatório dos autos não tem o condão de comprovar em definitivo a materialidade do crime, destacando-se que para a comprovação desse fator, em se tratando de quaisquer dos núcleos do tipo previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, é imprescindível a apresentação do laudo toxicológico definitivo. Deve ser frisado que, em hipótese alguma, seria admitido argumentar que o oferecimento da ação penal gera o princípio do impulso oficial e que, nesse diapasão, a responsabilidade de juntada do laudo seria do juízo, ainda que conste expressamente na denúncia o pedido de juntada do laudo. Esse entendimento se revela em razão do sistema acusatório determinado pela Carta Federal de 1988, por intermédio do qual é constatado que o titular exclusivo da ação penal pública incondicionada é o Parquet,

órgão ao qual é incumbida a tarefa de comprovação dos fatos articulados na exordial. Ainda enquanto titular da ação penal, o Ministério Público não é destituído da função de fiscal da lei, cabendo-lhe a formação de um título judicial válido e regular (isento de vícios, portanto), ainda que esse título se reflita na absolvição do acusado. Ao constatar que o laudo toxicológico definitivo não havia sido juntado aos autos, o Ministério Público poderia, em questão de ordem, pleitear ao juízo a sustação do ato processual até a juntada da prova. Contudo, ao apresentar seus memoriais finais, o Parquet demonstra sua satisfação com o conjunto probatório, não cabendo ao juízo, sob pena de desvirtuamento do sistema acusatório, tornar sem efeito os atos processuais e indicar ao titular da ação o caminho da prova. Em suma, ao analisar as provas contidas nos autos entendendo não comprovada a materialidade do crime, razão pela qual julgo improcedente o pedido contido na denúncia, absolvendo as acusadas com fundamento no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal. Em conformidade com o disposto no art. 386, parágrafo único, I, do mesmo digesto, determino a imediata expedição de alvará de soltura, se por outra razão não estiverem custodiadas. Isento de custas. Após o trânsito em julgado, certifique-se e archive-se. (P. R. I./Marituba, 11 de Dezembro de 2007 / H. L. N. Juiz de Direito Titular da 1ª. Vara. Data: 10/10/2007 - Certifique-se.)

Note-se que, embora a representante do Ministério Público tenha recorrido com a apelação, esse ato poderá ser tardio, levando – se em conta que o juiz ao sentenciar sobre a questão, mandou soltar as acusadas por ausência do laudo definitivo, o que no convencimento do magistrado é razão para espera, e com isso, mesmo que a apelação da promotora logre êxito, as acusadas poderão estar muito longe do alcance das forças do Estado.

É de se notar como a cultura aparece no caso como um sistema simbólico, e ao mesmo tempo como um saber local e tomando-se por investigação o estreitamento entre esta e a linguagem, aqui já referida como seu instrumento revelador, isto fica demonstrado desde a insistência do magistrado em fazer cumprir os pressupostos estabelecidos pela processualística de apuração e recepção das provas que elucidem o caso, e aí, ele entende que não deve suprimi-las, apenas cumpri-las na íntegra, assim como também fica demonstrado na fala da promotora, ao insistir em manter o papel do Ministério Público, que é o fiscal da lei. Verifica-se necessário ao direito uma abordagem semiológica para melhor penetração no discurso normativo. É um traço distintivo desta apreciação, a constatação de que

cada pessoa, dependendo da posição que ocupe dentro do círculo social em que transita e se insere, terá uma maneira bem peculiar de considerar o direito, de atribuir-lhe uma significação, tendo em vista a forma com que cada qual com ele se relaciona, ou com os diferentes valores que embasam a sua concepção sobre lei.

Na fala obtida na entrevista com a promotora do caso descrito anteriormente, a mesma assim expressou-se:

Quando formulei as alegações finais, considerei que as rés estavam presas e que havia o convencimento necessário para a condenação que são a autoria e a materialidade do crime, além da perícia procedida na delegacia que funciona como um laudo de constatação; sei que este não tem o poder de produzir a condenação, mas, embora provisório, o laudo de constatação foi assinado por 2 peritos do IML, ou seja por autoridades competentes, por isso mesmo, poderia significar ou ter caráter de definitivo. Considerei a celeridade processual, a rapidez que a situação requer, pois lidamos com direitos, e direitos não podem esperar, portanto mesmo que não houvesse o laudo definitivo vindo do IML, o juiz não deveria absolver, e sim exigir que o IML cumprisse o ofício por ele requerido sobre o laudo definitivo. Não posso deixar que essa situação, simplesmente termine assim. É dever do Ministério Público, pois trata-se de traficantes e não de usuários de droga e a sociedade precisa banir os traficantes para que possamos evitar os usuários".(I. C. M.R. - Promotora de Justiça).

Desse modo, como exemplificação de processos de significação básicos, pode-se observar que entre os juízes o direito é instrumento de distribuição de justiça, mas que se traduz através dos meios de prova que farão parte de seu convencimento ou não convencimento; entre os políticos, o direito pode ser condição de liberdade e sobrevivência das instituições, pois falam em poder público quando se trata de falar em poder das instituições públicas sobre as quais pedem receitas orçamentárias; e estas alimentam as necessidades de seus eleitores, e com isso erguem um ciclo que torne possível uma reeleição, talvez. Para o homem comum, o direito aparece como condição de convivência pacífica, garantia de seus interesses, ou um campo distante, dependendo de suas condições econômicas para cobrir o elevado custo processual; entre os advogados, para quem a lei assegura a defesa de seus clientes diante dos tribunais, o direito significa atuar sobre causas e vencê-las, ou acreditar na causa, mesmo sabendo que não há a menor chance de vencê-la, mas cumprir com o dever ético de lutar pelo direito e pela justiça; entre os infratores o direito simbolizado pela lei representa uma permanente ameaça.

Como é possível constatar, distintos usuários do direito estruturam diversas maneiras de apreciar um mesmo fenômeno. Não obstante a forma e o preciosismo

do discurso jurídico, ele acaba por referir o contexto axiológico de quem o profere, e para quê o profere. Há muitos discursos dentro de um mesmo discurso; o discurso do direito civil, o discurso do direito penal, o discurso do direito processual, etc. Tudo parece depender do que existe por trás da intenção e da imediata necessidade do sujeito.

Sob esse aspecto, deve ser levado à apreciação o pensamento de Malinowski (1978), na sua análise funcionalista da cultura, quando aponta para o fato de que toda cultura deve ser analisada numa perspectiva sincrônica, presente, partindo de dados contemporâneos. Para ele, os elementos constitutivos de uma cultura teriam por função satisfazer as necessidades essenciais do homem; assim, o indivíduo é dotado de necessidades: alimentar-se, reproduzir-se, proteger-se etc. e são elas que determinam seus impulsos fundamentais. A cultura constitui, prontamente, a resposta funcional dada a estes imperativos naturais. O homem reage a isso tudo criando “instituições”, expressão e conceito central pela qual designa as soluções coletivas (organizadas) dadas às necessidades individuais. Em seu trabalho *Uma teoria científica da cultura*, (Malinowski, 1968, p.55) menciona que

as instituições são os elementos concretos da cultura, as unidades de base de todo estudo antropológico, coisa que os *traços* culturais não podem ser: um traço só adquire sentido por referência à instituição a que pertence. O objetivo da antropologia é o estudo não de fatos culturais arbitrariamente isolados, mas das instituições (econômicas, educativas, políticas, jurídicas,...) e das relações entre as instituições, em ligação com o sistema cultural no qual aquelas se integram.

Essa concepção ou teoria das necessidades, formulada por ele, indica um painel explicativo, ainda que bastante difuso, das operacionalidades ou dinâmicas exercidas pelos poderes do Estado, através do sistema administrativo das normas. Na busca por fortalecimento nas demandas sociais o indivíduo organiza-se em nome das instituições jurídicas com o caráter preponderante de sobrevivência e preservação da ordem social. Muito embora tais instituições apresentem traços de individualismo nas suas ações, elas vão se legitimar através do discurso do coletivo, do respeito ao cultural, no sentido de atendimento às necessidades identificadas como públicas, mas que se pautam no alcance das particularidades, predeterminadas pela própria natureza dessas instituições. Estas, inclusive, alternam-se com outras instituições tão marcadamente necessárias ao homem, como a família, a escola, a igreja, as associações, que também reproduzem o mesmo simbolismo.

Se Malinowski, na sua reflexão funcionalista de cultura, destaca os fatos presentes como determinantes da cultura, mostra-se pouco capaz de pensar as contradições culturais internas, os fenômenos culturais e outros. Não se pode furtar a visão do fato de que a construção das organizações ou instituições pelo poder estatal em todas as dimensões política, administrativa, social, jurídica etc. – parece constituir-se numa reprodução dessa realidade.

Este pensamento em torno da cultura ensejado por ele, embora aparentemente equivocado, não deve, de todo, ser marginalizado, uma vez que inúmeras ações diárias praticadas por parte das instituições, assim chamadas por ele, demonstram o quanto as necessidades humanas ditam a imediatez das práticas administrativas. Consequentemente, tais práticas parecem distantes de reconhecer que não se pode estudar uma cultura a partir do exterior e, menos ainda, à distância do que realmente constitui a evolução das necessidades do homem, ou o aparato que precede os fatos, a história, as lutas, a ideologia, os valores. Tratar os fatos culturais sem buscar sua correlação, sua transcendentalidade, põe em perigo a compreensão sistêmica de sociedade e, no âmbito das instituições normativas, por exemplo, fragiliza a legitimidade dessas instituições porque as afasta do lugar que elas ocupam no sistema ordenado, e para o qual elas foram concebidas.

Dentro deste universo de indagações emergentes, resta delimitar, então, duas abordagens de referência postuladas neste capítulo. Em primeiro lugar, assinalar o sentido do termo *cultura* em sua acepção de uso corrente, quase intuitivo, incorporado à linguagem comum, sem uma análise mais essencial de seus pressupostos lógicos ou ontológicos. Nessa acepção geral, o entendimento estaria ligado a cada pessoa, indicando o acervo de conhecimentos e convicções que consubstanciam as suas experiências e condicionam as suas atitudes, ou mais amplamente, o seu comportamento como ser social e local. Esta mesma noção pressupõe em cada um de nós um longo e contínuo processo de filtragem ou seleção de conhecimentos e experiências, do qual resulta, por assim dizer, um complexo de ideias e de símbolos que passa a fazer parte integrante das regras de personalidade dentro do espaço local de realização.

Ao lado, porém, do conceito de cultura como aperfeiçoamento da sensibilidade e do intelecto pelo conhecimento que as pessoas desenvolvem em suas relações com as coisas locais, há um segundo ponto nesta delimitação. Este é defendido pelo jurista Reale (1996, p. 3 e outros), quando estabelece o ponto de

vista social ou objetivo de cultura. O conceito de cultura, em sua acepção, reúne perspectivas filosóficas, antropológicas e sociológicas, como o entendimento de cultura como “bens materiais e espirituais acumulados pela espécie humana através do tempo, mediante um processo intencional ou não de realização de valores”. Notadamente, avista-se a confluência da crença deste jurista com o defendido por Lévi-Strauss (1958).

Explorando um pouco mais essas duas colocações, no primeiro caso a cultura assinala um processo de enriquecimento *subjetivo e pessoal*; no segundo caso, trata de um processo *objetivo e transpessoal* de valores que identificam formas de vida. Com isso, defendo o entendimento de que a cultura é um conjunto de intencionalidades humanas construídas a partir de experiências locais e transformadas pelas necessidades sobre as quais se vai buscar um filtro de significação. Este filtro semiótico faz refletir, precisamente, a existência de variações em uma mesma cultura, ou seja, padrões culturais diferenciados que serão manifestos por grupos, e subgrupos, em razão da amplitude populacional e territorial de uma sociedade. Como a cultura em seu todo é o conjunto desses padrões (conceito social ou objetivo) e mais ainda de todas as variações pessoais (conceito pessoal ou subjetivo), cada indivíduo é possuidor de um núcleo comum, assimilado por vivências e reflexões, correspondente à *grande sociedade* e também decorrente de aspectos referentes aos padrões de subgrupos a que pertença, além das marcas individuais.

É possível elencar, assim, alguns desses padrões como a (ou as) cultura indígena, a cultura nordestina do agreste, a cultura nordestina urbana, a cultura das elites industriais e financeiras, a cultura amazônica, a cultura urbana, enfim “a cultura”. Verifica-se que a cultura consiste no somatório das condutas compartilhadas pelos membros de uma sociedade. E tiveram eles que apreender isso. Um padrão cultural real representa uma série limitada de condutas dentro das quais as reações dos membros de uma sociedade face a uma situação determinada ocorrerão. Assim, uma variedade de indivíduos poderá comportar-se diferentemente, e ainda assim proceder de acordo com o padrão cultural real. Nessa dinâmica o ser humano, cultural, encontra-se atrelado a um *espaço universal*, onde as normas como parte de uma realidade intrínseca, obrigatória, se apresentam como *padrão*. Pertencer e viver em sociedade é também submeter-se a sutis mecanismos de adequação e obediência a seus padrões – os padrões normativos que lastreiam o

comportamento básico comum. Ocorre, entretanto, que esses padrões oferecem cada vez maior pluralidade, em virtude do avanço tecnológico, da inquietude psicológica e das ansiedades das sociedades ditas “avançadas”, dos conflitos econômicos, das mudanças nos valores e dos fatos decorrentes da convivência entre as pessoas, alguns destes fatos gravemente marcados pelos conflitos sociais emergentes da pós-modernidade.

Ora, isso tudo se materializa nas inúmeras linguagens dos grupos, provocando uma mudança no sistema de significação das estruturas convencionadas pelo homem. Nessa dimensão provocada pelo pluralismo cultural, vê-se que a linguagem revela, destaca, retrata, mas também mascara a realidade, e a linguagem do direito segue esta mesma trajetória. Na análise dos dois discursos sobre o caso da comarca de Marituba, essa dinâmica na significação das estruturas mostra-se claramente. Basta verificar a disparidade nas argumentações da promotora e do juiz envolvidos no processo; porém, ambas as falas estão sustentadas em argumentações de estrito cumprimento da norma. Há um espaço mínimo entre a faticidade e a validade da norma, utilizado pelos dois representantes da justiça. Ambos são extremamente convincentes em seus discursos; a promotora utiliza uma argumentação sobre o fato para condenar; mostra o quanto este é superior a qualquer outra perspectiva, quando diz ser o laudo provisório, mas que é acompanhado de todos os elementos que constituem a autoria e a materialidade é suficiente para que se faça o que a sociedade precisa que seja feito. O elemento valorativo que fundamenta sua linguagem é a necessidade que a sociedade tem de livrar-se de um mal terrível que é o tráfico de entorpecentes, a justiça está em banir o mal iminente, a droga. O juiz, contudo, constrói seu convencimento com forte base na formalidade legal e seus pressupostos. O centro valorativo de sua análise é o fato de que as denunciadas não devem ser condenadas sem que sejam obedecidas às linhas de absoluta ritualidade para a condenação; mesmo que os fatos falem, não são estes suficientes para condenação, se a letra da lei diz diferente. O ritual, a forma burocrática foram mais importantes que os fatos. A gramática da linguagem, tanto do juiz quanto da promotora, organiza-se acondicionada à ordem normativa. Mas, dentro de uma pluralidade jurídica que possibilita várias argumentações, todas elas são muito fortes em sua capacidade de convencimento, se o sujeito que as observa for um mero usuário do direito, e não um jurista capaz de descer aos mínimos detalhes da ciência jurídica aprendida pelos profissionais da área. Este

pluralismo jurídico pode ser percebido com evidência nas concepções do denominado direito natural, que se fundamenta na natureza do homem para condicionar a lei.

Desse ponto parto para a análise dos pressupostos que influenciam o fenômeno jurídico enquanto expresso através de sua linguagem como resultado da cultura e vice versa.

A variação dos padrões culturais influencia nas definições atribuídas pela linguagem. No momento em que se dá nome a qualquer objeto da natureza, faz-se uma individualização dele; ele passa a existir para a consciência, mas o reverso desta relação, contudo, vai fazer crer que as variações fáticas obrigam o homem à nominalidade. Qual o direito que envolve os crimes ou relações, porventura, ilícitas ocorridas no chamado “ciber” espaço? Direito virtual? Direito informático? Direito penal aplicado à rede? Ou ainda mais: pode-se indagar: quando surgiu precisamente o direito agroambiental? Qual o direito a ser aplicado aos casos já verificados dentro da engenharia genética no que se aplica à clonagem de seres? Insere-se no âmbito do direito ético-genético? Estas são apenas algumas possibilidades de neologismos “necessários”, que talvez a força invencível das múltiplas invenções culturais possa inspirar à criação. Não que o direito não se tenha apercebido dessas questões e não tenha mesmo procurado sedimentar tais problemáticas. Mas, dentro de uma perspectiva lexical, há que se esperar um pouco para que os dicionários jurídicos comecem a inserir novos signos como forma de adequação à realidade sacudida pelos novos caminhos já trilhados pela sociedade e ainda por trilhar.

Os padrões são “impostos” pelas abstrações criadas pelos indivíduos de uma sociedade. Eles representam o consenso da opinião sobre a forma como se deveriam comportar estes. Até que ponto esses padrões são seguidos, varia grandemente de acordo com a força de sua construção e dos modos como o mundo cultural e o sistema de significados já estabelecidos por uma linguagem venham a lhes atribuir raízes. Destarte, apura-se que o “mundo cultural” é um sistema sógnico já estabelecido por outros. Raras são as manifestações espontâneas do homem. Este, quase sempre, fica à mercê de regras que dirigem, de certa forma, a sua expressão. Os conhecimentos em constante construção, os avanços e o próprio processo evolutivo do homem no planeta exercem pressões contributivas para a alteração do sistema sógnico e dos códigos de comunicação. Essa nova linguagem

integra o sistema de significação do direito, e isto será mais desenvolvido nos itens seguintes.

Quando se analisa o direito pelo ângulo da sociologia do direito, as interpretações possíveis são várias e o caso de Marituba é apenas um exemplo disso. Ele demonstra, de início, que a justiça nem é una nem unívoca. Se nas demais ciências, é a evidência dos fatos que tem força demonstrativa para validade das assertivas e a teoria surge da interpretação que se dê a eles. No direito, como ciência prática e moral, os elementos que definem a justiça – objetivo de todo o direito – nem sempre são as evidências dos fatos. Entre os fatos e a justiça social, três elementos fundamentais, pelo menos, interferem grandemente e se interpõem entre a justiça e o cidadão que clama por justiça: a) a interpretação da lei; b) o peso maior ou menor que as instâncias decisórias conferem, ora aos fatos, ora à forma como a lei foi interpretada por um determinado agente; c) a processualística do direito.

Dessa forma, nem sempre os direitos que se encontram garantidos por lei, o são na prática do direito cotidiano. No caso de Marituba, o Ministério Público quis garantir o direito que tem a sociedade a uma vida social menos violenta e menos afetada pela ação dos traficantes, ao procurar coibir e punir o tráfico de drogas, baseado em claras e inequívocas evidências. Mas o formalismo legal e a processualística pesaram para o juiz mais que a justiça social, pelo que a sociedade (representada pelo Ministério Público) teve seu pleito negado. O juiz poderia ter retardado sua sentença, enquanto solicitava o laudo definitivo, mas não o fez; tampouco pediu à promotora do Ministério Público que o fizesse. Ele, simplesmente, despachou o processo com base nos elementos que o mesmo continha.

Por outro lado, as duas criminosas tiveram seus direitos garantidos, uma vez que eles foram respaldados pelo estrito cumprimento da lei, tendo o juiz passado ao largo e indiferente à justiça social. Assim, mesmo num Estado de direito o cidadão pode ou não ter seus direitos, tanto garantidos quanto rejeitados; pode a justiça ser efetivada ou rechaçada como decorrência da valorização maior ou menor que o agente confere à burocracia do aparelho legal e ao aspecto formal do direito. Dessa forma, não apenas a linguagem atua como barreira à compreensão do direito pelo cidadão comum, fragilizando-o na busca por justiça. Outros elementos operam fortemente no sentido de se interporem entre os cidadãos e o direito, entre eles as diversas interpretações da lei e o valor maior ou menor que um agente do direito

confere à burocracia ou à justiça social, procurando ou não atender à lei, mas ajustando sua execução às circunstâncias e possibilidades locais.

2.2 O CORPO LEXICOLÓGICO JURÍDICO

Quando compulsei os autos e vi que não havia o regramento institucional de juntada aos autos do laudo toxicológico definitivo, hesitei em dar continuidade ao processo. Fiz o que constatava-se cabível fazer: solicitei o encaminhamento para que, posteriormente, fosse recepcionada a natureza probante essencial ao caso. Todos sabemos a importância do laudo pericial; é ele que vai fornecer o embasamento e o fundamento para o auto de prisão em flagrante, consubstanciando também o ajuizamento da ação penal e o posterior recebimento da denúncia. Não obstante toda essa exegese do fato, eu não poderia me convencer do pleito meritório no que concerne à materialidade do crime, sem que o juízo de certeza jurídica tivesse formado. (Fala do juiz H. L. sobre o caso da comarca de Marituba –Pa).

O léxico é comum à linguagem jurídica, mas não é comum aos destinatários do direito – o povo. Enquanto expressão verbal, o direito não possui uma língua própria ou uma gramática própria, mas possui um léxico particular que se moldou ao longo de uma evolução histórica própria, assim como outras áreas do conhecimento humano, especialmente aquelas do conhecimento científico. Estabelece-se então, a existência de um **corpus** lexicológico jurídico, onde se encontram valores estruturais específicos, apuráveis em contextos técnico-jurídicos. Na delimitação de tal **corpus**, os valores se apresentam não como representativos da língua enquanto um sistema homogêneo, mas como representativos de uma determinada visão histórica, social e ideológica, que os enunciadores (locutor/ouvinte, autor/leitor) deixam veicular através da organização discursiva e de certos índices linguísticos.

Não se trata de um **corpus** composto de palavras, mas sim de signos verbais. A palavra é a lexia do sistema semiológico verbal; entretanto, em razão da polissemia, nem todos os significados que podem ser atribuídos a uma palavra terão pertinência com o **corpus** delimitado. Na fala do juiz, ele diz “que o laudo provisório não é robusto”. O significado de robusto, imediatamente, não pertence ao corpus delimitado pelo direito; o magistrado aproveita a polissemia do termo para realçar sua linguagem rebuscada e teatral. Este é um traço comum no discurso jurídico. O aplicador do direito se utiliza de outras lexias que não são próprias do universo técnico-formal da norma para fazer com que o discurso se revista de maior força de convencimento, persuasão e verdade. Dessa natureza do discurso jurídico é que vem sua fundamentação de faticidade e de validade. A verdade das formas jurídicas

pode se mostrar através da construção cultural feita pela sociedade ao aceitar, ou ainda, ao contribuir para a sistemática de fixação de condutas descritas pelas instituições que juridiscizam tais modelos de conduta social. E, posteriormente, inscrevem tais condutas nas normas impostas à própria sociedade. Isto altera, de certo modo, a convivência do sujeito com o aparato normativo, pois a norma, ao surgir em seu contexto social, já surge com fundamento de legitimidade, razão pela qual os sujeitos recebem a lei como dever de cumprimento, e até para aqueles que não a cumprem permanece a máxima: “dura lex sed lex”. Assim, a boa ou favorável manipulação da lexia serve ao direito e é de grande mérito para o discurso jurídico.

No âmbito lexicológico jurídico interessam apenas os signos que representam um referente jurídico. Logo, busca-se imediatamente os valores estruturais jurídicos que são manifestados pelas palavras. A exemplo do que ora se afirma, a palavra *ação* possui como valor de base⁴, “ato ou efeito de agir”; assim tem-se: “sua ação foi muito rápida, não pude sequer me defender!” Contudo, traduz também o sentido de uma influência exercida sobre alguém, ou um movimento. No âmbito específico do teatro, *ação* é a sequencia de gestos e cenas que compõem uma peça; igualmente, em inúmeros outros campos encontrar-se-ão acepções diferentes para a palavra “*ação*”. Isto, para não listar a quase incontável gama de empregos metafóricos que a qualquer termo se pode atribuir em um texto. Mas, dentre todos os sentidos atribuíveis à *ação* é possível identificar alguns que se aplicam ao direito, e conseqüentemente, fazem parte do **corpus** aqui definido. Entre esses sentidos de pertinência jurídica, há *ação* significando “cota ou capital de uma pessoa em uma sociedade comercial”, ou ainda, *ação*, significando “processo intentado em juízo para pedir alguma coisa” (Silva, 1987, p.17).

A variedade de utilizações do léxico pelo jurista constitui-se em excelente ferramenta de trabalho, pois se o operador do chamado sistema jurídico (onde existem normas, processos, ritos, experiências, fatos, cultura jurídica, instituições etc.), pode “jogar” com as palavras num contexto técnico, sem dúvida nenhuma, que ele pode interferir diretamente na vida das pessoas, que são a principal finalidade do direito. Em outras palavras, quanto maior a extensão utilitária do corpus lexical, maior a articulação, o proveito que tira e a manipulação dos conceitos e das definições estabelecidas pelo direito. Desse modo, por exemplo, o conceito de

⁴ “Valor de base” é a tradução literal do termo, é o conteúdo semântico do termo dentro do conjunto lexicológico de uma língua.

igualdade tem uma flexibilidade de acepções na seara de interpretação de cada fato. Porém o aplicador da norma, ao lidar com a liberdade semiótica de utilização do conceito, poderá fazê-lo de acordo com a conveniência do contexto social, ou de acordo com a necessidade de solução de conflitos cujo mérito dependa da apreensão do significado de *igualdade*.

Um aspecto relevante da polissemia é que, enquanto signos, as diversas acepções (significados) de um único significante não se identificam. Assim, de acordo com o contexto, os significantes “ação” e “ação” serão partes de signos distintos, aquele tendo por significado, por exemplo, “cota ou capital em uma sociedade comercial”, este, “conjunto de gestos e cenas que compõem uma peça teatral” etc. Afinal, indissociável em sua unidade, um signo só é igual a si mesmo. Desta forma, se um mesmo significante está correlacionado a dois ou mais significados, ter-se-á tantos signos quantos sejam os significados que lhe forem possíveis de atribuição.

Mas, o presente tópico trata da palavra, inserida no corpus lexicológico jurídico, aqui definido como o conjunto de lexemas ou palavras formadoras do vocabulário vinculado à linguagem do direito. Assim, por ser a palavra instrumento exaustivamente manejado pelo direito, surge a necessidade de se enfrentar semiologicamente sua dimensão.

Em função de tantos litígios conceituais, dos quais este texto fornece alguns exemplos, não é tarefa fácil definir a palavra de maneira universal, isto é, de uma forma aplicável a toda e qualquer língua. Resta como solução identificar a unidade léxica, delimitá-la e conceituá-la no interior de cada língua.

Em meio a esse quadro de imprecisão conceitual é que o léxico jurídico e o universo semântico jurídico precisam de especificações e análises mais aprofundadas. A palavra léxica é a unidade básica do léxico jurídico, ou o dicionário do campo atingido por este, e ainda, a unidade básica sintaxe, a unidade cujas combinações são especificadas pela estrutura sintática (Mamede, 1995, p. 76).

A palavra semântica está associada ao elemento de significado (ou semema). Desse modo, quando se distingue um corpus linguístico – jurídico, na verdade está sendo delimitado um campo de exame definido por *palavras* de conteúdo jurídico específico, ou seja, trabalha-se com palavras de valor jurídico.

O corpus lexicológico jurídico está intimamente vinculado ao significado aplicado a cada enunciado em relação a cada caso concreto, posto e constante

dentro das atividades jurídicas. Muitas lexias de valor jurídico são motivadas como resultado de um processo de evolução semântica denominado nomenclatura: uma vez criada a palavra, por transferência de sentido ou por qualquer outro modo, seu sentido pode evoluir espontaneamente para outro. É, por exemplo, o que ocorre com a expressão utilizada pelo magistrado: “[...] esse posicionamento tem sido firmado pacificamente em nossas cortes [...]” Há nomenclatura do léxico “pacificamente”, pois este não significa o contrário de guerra, e sim, expressão muito utilizada pelos juristas para dizer que a situação é de entendimento geral na mesma linha de valor.

Por outro lado, a evolução de uma língua depende da evolução das necessidades comunicativas do grupo que a emprega. É claro que a evolução da língua se encontra em relação direta com a evolução intelectual, social e econômica do grupo, o que ensejará uma óbvia pertinência quanto ao desenvolvimento do léxico: o aparecimento de novos fatos traz também o aparecimento de novas designações. Os progressos da divisão do trabalho têm como consequência a criação de novos termos, correspondentes às novas funções e técnicas, que vêm acompanhadas ou como decorrência do esquecimento dos termos designativos dos objetos e técnicas abandonados, dando lugar a perspectivas mais recentes. A esse propósito, serve a referência esboçada por Gadamer (1999, p. 652):

“Todavia, é a linguagem que põe a descoberto o todo do nosso comportamento com respeito ao mundo, e nesse todo da linguagem, a aparência guarda sua legitimação, tal como a ciência encontra a sua. [...] tal é a razão pela qual, no acontecer linguístico, tem seu lugar não somente o que se mantém, mas também é, justamente, a mudança das coisas. Por exemplo, na decadência das palavras podemos observar a mudança dos costumes e dos valores. A palavra *virtude*, por exemplo, quase só se mantém viva no nosso mundo linguístico, no sentido irônico. E a linguagem pode tudo isso, porque não é evidentemente uma criação do pensamento reflexivo, mas contribui para realizar o comportamento com respeito ao mundo em que vivemos.

Um dos objetivos desta tese é mostrar como a argumentação jurídica atua na formulação dos conceitos jurídicos; e também como os conceitos jurídicos servem para legitimar os atos da administração da justiça. Neste ponto chega-se, agora, com a exploração da temática que envolve a formação do corpus lexical e sua utilização pelo direito. Ora, mesmo que, no processo de argumentação, o operador do direito não usasse de todos os recursos possibilitados pelo corpo lexicológico, os conceitos, as definições, as analogias gramaticais, as figuras de linguagem e tudo mais para convencer seus receptores de que a resposta oferecida a determinado caso concreto é a resposta mais justa, ou é a resposta que cumpre a função da justiça, ainda assim, talvez, sua linha de convencimento em relação à sociedade civil

bastasse. Mas não bastaria aos interlocutores que compõem as cortes. Explicando melhor, ainda que um juiz consiga convencer certo cidadão de que sua decisão é acertada ao caso concreto, ele precisa convencer as instâncias superiores de julgamento sobre as questões judiciais, porque as instituições que administram a justiça não são insulares; elas existem na sociedade e para a sociedade, e por isso mesmo estão estabelecidas debaixo de um sistema de ações – o ordenamento jurídico. Não se está falando apenas sobre o chamado duplo grau de jurisdição, mas também do compromisso com a fundamentação do direito com todo o sistema de administração da justiça. E este só é possível a partir da utilização dos elementos do discurso e dos recursos de linguagem empregados porque são esses os materializadores dessa intenção. Nesse ponto, busco expor como a formação do corpo lexicológico do direito converte-se em elemento da norma, pois sem léxico não há texto. E mais do que isso, busco oferecer o demonstrativo de que não se trata de mera exposição de palavras com este ou aquele sentido, e sim de um rico processo semiótico que passa despercebido diariamente pelos usuários do direito, mas que não pode deixar de ser investigado, em razão de suas consequências nas relações sociais.

A fala das ruas pode ser resultado do que acontece nas cortes, e a fala das cortes é influenciada pelo que acontece nas ruas. Essa dialética tem resultado imediato nas relações sociais, mas é preciso levar em conta que os contatos entre ambas são ainda, no campo do direito, muito fracos. As consequências dessa constatação só poderão ser mais esclarecedoramente trabalhadas se houver antes o entendimento do universo semiótico que produz esse distanciamento; caso contrário, estaria falando apenas da linguagem pela linguagem, o que não é a proposta de tese. A proposta é analisar, através da linguagem, a retórica que envolve o universo do direito e com isso demonstrar, pelo menos uma parte das consequências para as relações sociais. É precoce declinar, imediatamente, quais as consequências da distância entre as ruas e os tribunais produzidas pela retórica jurídica, sem antes investigar do que se compõe essa retórica.

O discurso jurídico é produzido pela linguagem e seus meios de ocorrência no contexto social. Assim, não se pode retirar dessa tese a análise dos componentes da língua como prática social. Eles são os responsáveis por toda dimensão que toma a retórica jurídica e suas consequências. Esse ponto será melhor tratado nos capítulos 4 e 5 desta tese. A formação lexical do direito contribui para que o direito

seja questionado no campo da argumentação, da fundamentação, da legitimação, das verdades jurídicas etc. E não apenas o corpus lexicológico, mas também ao que esse corpus levará. E o tema se verá a seguir.

2.3 O CORPO SEMÂNTICO JURÍDICO

Um texto jurídico, para impor-se como algo autônomo, deve possuir um discurso sintaticamente coerente, mas pode conter distintas ideologias. Um exemplo disto são as constituições modernas, que possuem partes distintas, das quais frequentemente se extraem elementos da ideologia liberal e outras partes das quais se extraem elementos da ideologia socialista.

Na peça processual referente ao caso da comarca de Marituba, de forma alguma pode-se dizer que o juiz agiu com o objetivo de inocentar as denunciadas. Mas também, pode-se dizer o contrário – que ele agiu no específico cumprimento da legalidade, tanto que delimita os preceitos de justiça esboçados, no âmbito do ordenamento jurídico, e apresenta isso quando lista a jurisprudência do tribunal local. Fez aí o discurso da neutralidade sobre a justiça e suas particularidades.

Para dar consistência à decisão prolatada, o magistrado expõe o mérito a partir da riqueza semântica do discurso jurídico, que pode ser traduzido pelas linhas e entrelinhas da jurisprudência que confere fundamentação ao seu julgado. A jurisprudência no direito brasileiro funciona como um parâmetro de significação, um corpo semântico indicador de uma vontade unívoca dos tribunais. Isto quer dizer que quando os magistrados utilizam uma jurisprudência para fundamentar sua decisão querem, de certo modo, indicar, dizer que estão debaixo do mesmo corpo semântico. Assim mostram que não se afastam do significado de base já estabelecido pela cultura jurídica predominante. O trecho da jurisprudência indicada e que sustenta o corpo semântico que o julgador quis seguir foi o seguinte:

O Tribunal de Justiça do Estado do Pará assim se manifestou sobre o tema: Habeas Corpus. Tráfico. Sentença prolatada antes da junta do laudo toxicológico definitivo. Nulidade. A materialidade dos delitos que envolvem drogas exige a averiguação da natureza e quantidade da substância apreendida. O laudo de constatação serve apenas para comprovar a materialidade delitiva para fins de prisão em flagrante, oferecimento e recebimento da denúncia. Interpretação sistemática da Lei 11.343/06. Paciente que pretende responder ao processo em liberdade por ser possuidor de condições pessoais favoráveis. Impossibilidade. Ordem concedido em parte para declarar a nulidade do provimento jurisdicional de primeiro grau. Decisão por maioria (Acórdão 67.840, HC 2007.3002.623-1, Rel. Des. T. M. F. julgado em 21.08.2007)".

A “coerência” da qual deve revestir-se o texto jurídico não remete apenas à obediência de regras de ordenação intersubjetivas do mesmo tipo que as das regras

de sintaxe. Em outras palavras, não basta apenas posicionar os signos linguísticos. É preciso que eles tenham intimidade suficiente para significar o sistema normativo que organiza a sociedade a partir do campo jurídico, e que como já verificado anteriormente, é produto da cultura e dos valores construídos pelo direito vigente. Trata-se de algum tipo de ordem ou inteligibilidade que deve ser encontrada partindo-se do ponto de vista semântico. Os textos jurídicos, para transmitirem uma mensagem inteligível, devem possuir outros tipos de “coerência”, que não apenas a associação lexical, eles devem estabelecer um todo identificável teoricamente. Essa coerência de sentido consiste na semântica, ou no corpo semântico jurídico. É fundamental entender como isto ocorre nas alegações finais formuladas pela promotora no caso de Marituba. Ela assim se expressa:

Em contrapartida, o tráfico de entorpecente é conduta das mais graves, uma vez que atinge pessoas de todas as classes sociais, de todas as raças e de todas as idades além de fomentar e financiar a violência e de gerar enormes custos aos cofres públicos, senão vejamos:

A alta nocividade da cocaína está a exigir especial rigor no combate a seu tráfico, impondo-se, em consequência, a aplicação aos traficantes de reprimendas penais de severidade correspondente ao elevado risco que a nefanda mercancia acarreta à saúde pública. (TJRS - AC 687055624 – Rel. J. A. de M. L. RJTJRS 130/154). In: Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial, Ed. RT, pag. 716.”

A coerência da representante do MP está em atender à demanda social pelo banimento do mal representado pela droga, sua distribuição, seu consumo, e sua criminosa comercialização. A semântica demonstrada pelo seu discurso é coerente de sentido com os objetivos de uma instituição, cujo principal fim é a defesa da sociedade e cuja neutralidade, na aplicação das normas, é inconteste. A semântica jurídica é responsável por um bom número de reflexões sobre a justiça e suas atribuições em sociedade. Considere-se, por exemplo, os enunciados:

“Proibido matar” e “Amanhã é quinta”

Ambos têm coerência sintática. Mas o conjunto;

“Proibido matar. Amanhã é quinta” não tem sentido e, ainda que sintaticamente sejam coerentes, não parecem ser mais nada além de um solilóquio de alguém que não está bem das faculdades mentais. A razão para se afirmar isto é

que cada um deles constitui-se de expressões linguísticas compostas por um conjunto de elementos que não mantêm entre si nenhuma coerência de sentido.

A semântica é a disciplina que encara os objetos designados pelos signos; é a relação dos signos com os objetos extralinguísticos. Trata dos signos e dos objetos denotados. A relação semântica é aquela que vincula as afirmações do discurso com o campo objetivo a que este se refere, dando-lhes sentido. No recurso de apelação interposto pela promotora do caso Marituba, ela mantém a coerência jurídica com os elementos formadores da justiça para a qual ela pede realização. Isso é denotado através de seu objetivo expresso de anular a sentença do juiz que não condenou as réis. Conforme ela entende, o fato é mais forte que as meras burocracias legais de demanda do laudo definitivo. Pela extensão do texto da peça de apelação, do qual segue um trecho que demonstra isso. Segue a fala da promotora ao apelar:

RAZÕES DO RECORRENTE

Data venia, a decisão do ilustre Magistrado a quo merece ser anulada, uma vez que proferida sem a juntada aos autos do laudo definitivo, prova material do crime em questão requerida pelo Ministério Público desde o oferecimento da denúncia ou, caso assim não entendam vossas Excelências, que seja a decisão totalmente reformada para o fim de serem as apeladas condenadas pelo crime de tráfico de entorpecente, uma vez que fartamente provadas nos autos, a ocorrência e a autoria do delito em questão.”

Nenhum signo possui um valor em si, mas, ao contrário, um valor de significação que se estabelece em função de suas relações com os demais termos da estrutura semiológica, i.e. aplica-se a cada linguagem em particular, bem como ao conjunto total das linguagens que formam sua ideologia.

Conforme expressa Eco (1991, p.30) “não é necessário, para ser signo, que o signo seja emitido intencionalmente por qualquer pessoa e seja elaborado artificialmente como signo: é suficiente que exista uma convenção que permita interpretar o evento”.

Aplicando-se estas conclusões especificamente ao corpo semântico jurídico, verifica-se um plano que extrapola os limites restritivos da língua; um terreno não “quer” significar uma propriedade (aliás, não o é *in natura*), mas pode ser interpretado (e normalmente o é) como tal. Um indivíduo que espanca o outro pode não querer significar nada além de uma disputa física; não obstante, a ação

significa, no plano jurídico, um delito (em regra): vias de fato, lesões corporais, tortura (se o sujeito agressor é um agente do Estado no exercício de uma função repressiva e com determinados fins). Essa conjuntura de conversão relacional é assim expressa por Bakhtin (1977, p.26) para quem

a lógica da sociedade, o mecanismo tradutor dos fatos, que lhes dá uma forma exprimível e laborável conscientemente e da realidade pensada é semiológica. A lógica da consciência é a lógica da comunicação ideológica, da interação semiótica de um grupo social; se privarmos a consciência de seu conteúdo semiótico e ideológico, não sobra nada. A imagem, a palavra, o gesto significativo, etc. constituem seu único abrigo. Fora dessa matéria, há apenas o simples ato fisiológico não esclarecido pela consciência, desprovido de sentido que os signos lhes conferem.

O sentido, tal qual é comunicado no discurso jurídico, depende das relações da palavra com as outras palavras no texto e tais relações são determinadas atendendo a um contexto linguístico e extralinguístico, já que o valor de cada elemento depende não apenas de sua natureza e de sua forma própria, mas também de seu lugar e de seu valor no conjunto. Destacando mais uma vez a fala utilizada pela promotora do Ministério Público em seu instrumento de apelação, é possível verificar como se atinge este sentido semântico aqui mencionado, quando ela segue dizendo:

Não há qualquer dúvida acerca da ocorrência do crime, ainda que, por questões burocráticas ou de falha de todo o Sistema de Justiça, o laudo de exame definitivo não tenha sido juntado aos autos.

Nesse diapasão, o argumento utilizado pelo Magistrado de primeiro grau não pode prosperar, uma vez que fere de morte vários princípios basilares do processo penal, tais como o princípio do impulso oficial ou ex-officio, o princípio do contraditório, o princípio da contestação e o princípio da isonomia.

Ora, não se pode mais olvidar, de que o Ministério Público, em razão das inúmeras funções e atribuições, que assoberbam seus membros, sempre em defesa de interesses sociais ímpares, deve, de fato, como parte que é na ação penal pública, receber tratamento igualitário.

O Ministério Público é uma instituição dotada de amplas atribuições que, além da titularidade da pretensão punitiva do Estado, também figura como custus legis, como defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis entre outras tantas atribuições, o que afasta a ideia preliminar de que é a parte forte na relação processual e reforça a necessidade de que seja tratado de forma igualitária na ação penal pública.”

Com tais palavras ela estabelece a luta para manter o fato debaixo do manto da legalidade que ela, na qualidade de representante do MP, delineia. Ao invocar as cercas de virtude que envolve o Ministério Público, ela formula a semântica jurídica para que haja absorção por toda a sociedade das reais finalidades éticas e verdadeiramente axiológicas que determinam a argumentação jurídica que convence e torna o discurso jurídico inabalável. A única possibilidade de fragilizar esse discurso é que o abalo venha originado de um novo discurso igualmente pleno de argumentação jurídica. E isto se faz através do texto. O que ele diz, e o que ele quer dizer.

Assim, é a riqueza retórica do texto normativo proporcionada pelo conjunto lexical e pela complexidade semântica que confere a ele a capacidade técnica de responder às problemáticas sociais limitadas ao campo do processo, porque ao responder o aplicador do direito tem a seu favor a instrumentalidade retórica que a legitima e contribui para a necessária fundamentação. Tal capacidade de resposta, entretanto, restringe-se, na maioria das vezes, apenas ao campo técnico.

Entendo que o mister de dizer o direito, instruir processos, dar provimento a recursos, negar provimentos, prolatar sentenças, etc. nas instituições públicas, não significa responder às ansiedades e problemáticas sociais. O que os operadores do direito fazem é responder de forma cartesiana, baseada em critérios hermenêuticos de aplicação de lei os casos “postos sobre suas mesas” porque têm o dever funcional e institucional de fazê-los. Como realizar a justiça através dos mecanismos processuais não é tarefa das mais fáceis, utilizam-se dos recursos retóricos que fazem com que as decisões proferidas aos casos concretos apresentem certificado de validade fundamentada em técnicas de argumentação. Sob essa constatação, a retórica do discurso normativo converte-se em meio de resposta às problemáticas sociais, desde que as respostas envolvam marcadamente uma espécie de arbitragem técnica ou utilitária. Porém a sociedade não urge de respostas fundamentadas em argumentos retóricos sem o devido atendimento de suas dificuldades sociais. Ao contrário, a sociedade deve receber das autoridades judiciais conteúdos formulados a partir da retórica construída pelos sujeitos que estão envolvidos na elaboração do pluralismo jurídico.

Resta responder, entretanto, até que ponto a compreensão das respostas dadas às problemáticas sociais é compreendida por aqueles a quem esse complicado discurso semântico se destina – o povo. De imediato, a resposta é não.

Não há compreensão porque se assim fosse, o direito atenderia aos fins sociais a que a norma se destina sem maiores conflitos, e essa não é a realidade das ruas. Neste caso de Marituba, tive a oportunidade de ouvir algumas pessoas da vizinhança onde ocorreu o fato, e a fala colhida era sempre de insatisfação com as decisões tomadas pelas autoridades responsáveis pela questão, tanto a decisão do juiz, quanto a decisão da promotora. E algumas pessoas chegaram mesmo a questionar a seriedade do IML quanto a fazer laudos. A exemplo, sobre o fato de o juiz não acolher de imediato a denúncia:

[...] Não acredito que com o tanto de droga vendida aqui no nosso bairro quase todas as noites, esse juiz ainda precise que o IML ajude ele a ver que é claro que isso que foi achado com essas meninas é droga pura.[...] ele tá é com medo de se comprometer e depois viver ameaçado de morte como sempre ocorre com quem tenta fazer a justiça que é pra ser feita; por isso que ele não decreta logo a prisão, isso é falta de coragem pra mexer com traficante.[...] (Fala de A S.G., morador da rua onde ocorreu o episódio).

Esta fala bem demonstra como os usuários do direito não conseguem se apropriar das variáveis que fundamentam uma decisão normativa, e isto se dá por várias razões, uma delas é a falta de compreensão do discurso proferido pelas autoridades que representam a justiça institucionalizada. Sem dúvida que apropriar-se desse discurso não depende apenas de entender sua linguagem, mas também de outros elementos que envolvem o conteúdo do direito. Mas, o que quero referir é que, se o direito se materializa através de sua linguagem, a fala dos tribunais chega às ruas pelo discurso e este deve ser inteligível aos seus destinatários.

Se por um lado, esta fala na sua origem não apresenta a simplicidade conveniente aos que a recebem; por outro lado, esta fala perde o sentido de eficácia indispensável ao cumprimento de sua destinação. Um processo é apenas um meio técnico de apresentação do direito, porém é o principal meio do direito se apresentar ao povo, haja vista a natureza democrática de elaboração da norma e a natureza constitucional de apresentação do Estado democrático de direito. Logo, o dever de aproximar a norma do fato deveria ser inerente à função de aplicar a norma. Isso não ocorre, de maneira geral, porque, ao aplicar a norma, as autoridades não estão preocupadas com as consequências semióticas de sua aplicação, e nem com as consequências sociais da não eficácia das decisões normativas. Para elas a preocupação é com o mérito que envolve o fato, é dizer o direito tecnicamente, com base na ciência dogmática, como se isso bastasse para

responder aos conflitos, e não com os meios necessários para explicar o mérito que envolve os cidadãos, que são os verdadeiros sujeitos de tais fatos. É simples, se o sujeito não entende porque a autoridade respondeu dessa ou daquela maneira, ele não se convence da verdade jurídica contida na decisão. E a razão pela qual o sujeito, às vezes, não entende é o discurso inalcançável utilizado nas processualísticas das cortes. Essa incompatibilidade entre o direito por dizer e o direito dito pode ter consequências danosas aos usuários da justiça, visto que o cidadão não tendo a compreensão da sistemática que leva a essa lacuna, se volta apenas à eficácia, ou seja, ao resultado imediato das decisões que o atingem, pelo fato de que ao cidadão o que interessa no momento da necessidade, é ver seu problema resolvido, em geral, ele não tem aptidões técnicas que o habilitem a analisar a validade jurídica das decisões. Ele também não tem a explicação, com a devida clareza, do contexto político que embasa a justiça fundamentada e legitimada. Ademais, vale destacar que conceitos, como: validade jurídica, fundamentação normativa e legitimidade, não fazem parte do cotidiano das práticas sociais vividas pelo povo. Tais conceitos são invocados pelas cortes e pelos operadores do direito que transitam entre estas e as ruas para legitimar suas práticas. Estes conceitos ainda não estão incorporados ao conhecimento popular como parte do pluralismo jurídico.

Santos (2006, p; 129/130, e vários outros autores que, nos últimos anos vêm adotando postura semelhante), entende que, *o fechamento disciplinar significou o fechamento da inteligibilidade da realidade investigada e esse fechamento foi responsável pela redução da realidade às realidades hegemônicas ou canônicas*. E que, em situações como essas a democracia exige que se faça uma *tradução*. E prossegue explicando o que entende por tradução:

O que é traduzir? O conceito fulcral na resposta a esta questão é o conceito de zona de contato. Zonas de contato são campos sociais onde diferentes mundos-de-vida normativos, práticas e conhecimentos se encontram, chocam e interagem. As duas zonas de contato constitutivas da modernidade ocidental são a zona epistemológica, onde se confrontaram a ciência moderna e os saberes leigos, tradicionais, dos camponeses. É a partir destas duas zonas e por contraposição com elas que se devem construir as zonas de contato reclamadas pela razão cosmopolita.

Qualquer estudo semiótico tem por objeto o texto, ou melhor, procura descrever e explicar o que o texto diz e como ele faz para dizer o que diz. Não é seguro tentar um exame do corpo semântico jurídico sem antes fazer um exame mais cuidadoso do texto, sua célula mantenedora.

De acordo com Barros (1997, p.77)

um texto define-se de duas formas que se complementam: pela organização ou estruturação que faz dele um “todo de sentido”, e como objeto da comunicação que se estabelece entre um destinador e um destinatário. A primeira concepção do texto, entendido como **objeto de significação**, faz com que seu estudo se confunda com o exame dos procedimentos e mecanismos que o estruturam, que o tecem como um todo do sentido.

A esse tipo de descrição dedica-se a semiótica, que atribui a este procedimento o nome de *análise interna ou estrutural do texto*.

A segunda caracterização do texto não mais o toma como *objeto de significação*, mas como *objeto de comunicação* entre dois sujeitos. Assim concebido, o texto encontra seu lugar entre os objetos culturais, inseridos numa sociedade e determinado por formações ideológicas específicas. Neste caso, o texto precisa ser examinado em relação ao contexto sócio-histórico que o envolve e que, em última instância, lhe atribui sentido. Trata-se de uma *análise externa do texto*.

Dedicar-se apenas ao exame *interno* do texto poderia provocar um certo reducionismo, um empobrecimento e até o desconhecimento da história, da mesma forma que dedicar-se apenas ao exame *externo* poderia causar um excesso de subjetividade.

Ora, o texto jurídico – cerne desse trabalho – só existe enquanto concebido na dualidade que o define – objeto de significação e objeto de comunicação. E, dessa forma, o estudo do texto jurídico com vistas à construção de seu ou de seus sentidos só pode ser entrevisto com maior amplitude através do exame tanto dos mecanismos internos quanto dos fatores contextuais ou sócio-históricos que lhe conferem sentido. Busca-se aqui, então, examinar tanto os procedimentos da organização textual jurídica quanto os mecanismos enunciativos de produção e de recepção do texto jurídico.

Esse percurso gerativo é fundamental para a formação ou formulação do corpo semântico jurídico. Daí porque não parece possível distinguir um discurso jurídico de outro não jurídico, nem o discurso do direito do discurso de algo que não seja direito, nem o discurso do direito civil do discurso do direito trabalhista, sem fazê-lo conforme um critério semântico. Esse critério semântico, contudo, estará fortemente influenciado pela construção cultural proporcionada pela aproximação dos signos, de todas as formas, na formação do que é chamado de **representação**. É, por vez, um critério arbitrário, como todo critério científico de delimitação de parcelas do conhecimento. Mas é um critério próprio da semântica, enquanto

resultado da atribuição de sentido a um complexo discursivo funcional no campo do direito, em vista do fato de que este complexo discursivo identifica-se com o código de denotação ou conotação adotado por determinado grupo. Nas peças processuais examinadas ao longo da pesquisa, essa aproximação com os códigos denotativos e conotativos adotados pelos grupos se apresenta, de certa forma, através das jurisprudências anexadas aos argumentos apresentados pelas autoridades judiciais responsáveis pelos casos. A jurisprudência aqui funciona como um parâmetro que confirma a aprovação da sociedade para a decisão tomada.

Assim, por exemplo, o texto jurídico no qual o juiz explica as razões para não acatar a denúncia oferecida pelo MP, é um texto que possui uma linguagem semanticamente denotante da crença de que ilegal seria para o processo atestar a condenação de alguém sem cumprir um pressuposto legal, que para o magistrado é razão suficiente para inocentar as réis; ele, inclusive, indica formalmente as atribuições do Ministério Público, afirmando que seria dever do MP diligenciar alguns procedimentos para que se obtivesse o laudo definitivo essencial ao processo, ele assim denota:

Ao constatar que o laudo toxicológico definitivo não havia sido juntado aos autos, o Ministério Público poderia, em questão de ordem, pleitear ao juízo a sustação do ato processual até a juntada da prova. Contudo, ao apresentar seus memoriais finais, o Parquet demonstra sua satisfação com o conjunto probatório, não cabendo ao juízo, sob pena de desvirtuamento do sistema acusatório, tornar sem efeito os atos processuais e indicar ao titular da ação o caminho da prova. Em suma, ao analisar as provas contidas nos autos entendendo não comprovada a materialidade do crime, razão pela qual julgo improcedente o pedido contido na denúncia, absolvendo as acusadas com fundamento no art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal.

Isto é assim porque o texto denotado, o referente, constitui-se sempre de uma linguagem de construção semântica e cultural. O significado de um signo “denota” um referente, ou então o referente é o denotado pelo usuário do signo. Não obstante, o referente é, em realidade, outra linguagem ou discurso, uma vez que nunca há contato direto, entre discurso e mundo empírico. A relação entre ambos está sempre mediada por construções culturais. O texto denotado forma, portanto, um corpo semântico, pois é sempre um resultado anterior da cultura, é sempre um

sistema que os usuários reputam como referido a fenômenos objetivos independente dos sujeitos.

Contudo, em uma linguagem que denota certo sistema de signos, pode coexistir um ou vários signos que pertencem a outros sistemas significantes que estão presentes apenas através desta linguagem. Em tal caso, este ou estes signos conotam outros sistemas significantes, que, deste modo, estão presentes no discurso analisado apenas através de um de seus motivos ideológicos, com apenas um de seus elementos.

Nesta ordem de coisas, pode-se dizer que, na construção do corpo semântico jurídico por um cientista do direito (legislador), está denotado o sentido do dever ser do direito (deôntico), haja vista ter a linguagem jurídica por objetivo evidenciar uma espécie de estado ideal de coisas. Em troca, os outros sistemas significantes, o jusnaturalismo do produtor do direito, por exemplo, pode estar conotado pela presença de signos que têm determinado significado nesse discurso filosófico específico, o que altera assim, o corpo semântico. Por exemplo, se uma norma diz que “na sentença o juiz deverá respeitar os direitos humanos”, há um sentido de dever ser ou deôntico denotado a que é obrigatório respeitar; noutras palavras, a ação do juiz deverá de qualquer modo traduzir o que o atual sistema tem “definido” como direitos humanos. É o sentido da expressão “direitos humanos”, que conota a norma, fazendo com que o corpo semântico apresente a ideologia jusnaturalista. Assim, quando o Juiz do caso de Marituba descarta a possibilidade de condenação pela inexistência de mérito condenatório, ele busca traduzir o sentido legal de “existência de provas”. Afinal, o que é prova suficiente para uma condenação de acordo com a lei? Para ele é a certeza jurídica. E a certeza jurídica é um princípio conceituado por conotação, pois, quando se considera o fundamento da certeza, jurídica invocado pela promotora, o dever ser é o fato devidamente consubstanciado pelas provas e indícios com atribuição valorativa de verdade pública.

2.4 O CONTEÚDO DA LINGUAGEM JURÍDICA

Acolhendo a semiótica como a ciência da sistematização dos signos e verificando que a linguagem e a cultura são vastos sistemas de montagem, significação e usos de signos, impõe-se a conclusão de que todas as manifestações humanas são semióticas, isto é, são representações compostas de matizes simbólicas.

Qualquer esforço no sentido de sistematizar e racionalizar a realidade pluriforme e contraditória da natureza humana implicará um processo de decodificação, no estabelecimento de certas regras do jogo, certos padrões de reconhecimento. Em síntese, na confecção de um código que permitirá um mínimo de coerência e identificação de significados nas variadas formas de relações comunicacionais.

Do código faz parte um conjunto de signos, que inclui igualmente as regras combinatórias destes signos. Na essência, os códigos linguísticos diferem daqueles das ciências da natureza pelo fato de que, enquanto estes apresentam um único nível semiótico, aqueles possuem diversos extratos de significação, de linguagem figurada e analógica.

Como se opera isso no processo de comunicação? É simples: no processo de comunicação, um emissor associa um conteúdo a uma expressão, emitindo um signo. A codificação é o texto trabalhado, são as estruturas sógnicas superpostas na estruturação de determinado conteúdo organizado. A decodificação ocorre quando na recepção da mensagem, um receptor transforma a expressão referindo-se ao conteúdo expresso. A decodificação é a interpretação do texto.

Ora, sendo o direito constituído por uma linguagem de signos culturais, ele possui um elevado grau de semioticidade, pela variedade de conteúdos dos signos que emprega. A linguagem jurídica esboça com grande precisão expressões que se usam para proibir, autorizar, exercer críticas de certos tipos, desculpar, justificar, atribuir e reconhecer direitos, afirmar que alguém tem ou não tem uma competência, um dever, um direito, uma responsabilidade, impor deveres e obrigações, afirmar que algo feito por alguém constitui-se uma transgressão enfim, um elenco de situações intimamente ligadas à normatividade (Mendes, 1994, p.35).

Neste sentido, constituem elementos caracterizadores da linguagem jurídica os seguintes:

É constituída de prescrições formais, cuja eficácia depende de sua natureza, alcance, sua semiologia, sua aplicação;

É essencialmente performativa, no sentido de que procura impor modalidades de comportamento;

Como código cultural, a linguagem jurídica estabelece padrões de referência comportamental, em função do universo nocional (de valores), do lugar e do tempo consignados.

O direito disciplina condutas, impondo-se como princípio de vida social. Leva as pessoas a se ligarem comprometendo-se entre si, quer dizer, obrigando-se mutuamente; constitui-se num querer vinculatório, autárquico e inviolável. A expressão formal do direito como disciplina de condutas é a norma jurídica. Prevê ela os modos de conduta desejáveis ao meio social. Daí porque a linguagem do direito institui competência, instaura realidades, cria situações e modifica estados. Como código cultural, a linguagem jurídica estabelece padrões de referência comportamental, em função do universo nocional (de valores), do lugar e do tempo consignados.

Ao conjunto das normas jurídicas denomina-se de ordenamento jurídico. Em consequência, qualquer análise semiótica do direito passará, necessariamente, pela constatação de que é possível a montagem de um quadro próprio da realidade primária que ele deseja instaurar. Isto ocorre em qualquer norma, lei, procedimento ou exegese que o ordenamento jurídico contém, conforme expressa Greimas (1966, p.77): “Uma das primeiras tarefas da exploração semiótica do direito seria justamente a reconstrução formal do sistema jurídico subjacente aos vários discursos”.

Ao situar o conteúdo da linguagem jurídica dentro de uma perspectiva pluridimensional é fundamental levar em consideração alguns rumos de análise, dentre eles:

Os significados diretos dos signos ou expressões;

O alcance dos significados pretendidos por aqueles que elaboram o conjunto normativo originado dos padrões culturais adotados pela sociedade e direcionado aos cidadãos.

Os sentidos ocultos que subjazem à retórica jurídica utilizada como mecanismo de dominação dos conflitos sociais e como mecanismo de neutralização das oposições esboçadas por aqueles que não acatam o discurso jurídico.

Os desvios de significação tecnicamente trabalhados pela linguagem dos tribunais ao responder aos fatos em sociedade.

Os interesses em jogo, tanto de operadores quanto de usuários do direito.

O texto legal no conjunto do ordenamento.

2.4.1 A Metalinguagem do Direito

Toda organização de linguagem implica a seleção, a escolha de alguns signos e, portanto, a renúncia de outros. A seleção de alguns signos e a recusa de outros é feita com base nas relações de semelhanças entre eles e indica que o signo pode ser substituído. Segundo Jakobson, a lógica moderna aponta para uma linguagem-objeto, que se refere à nomeação das coisas, e a uma metalinguagem, cujo objeto é a linguagem-objeto. Desse modo, a linguagem-objeto é a linguagem em que se fala e a metalinguagem é a reflexão da linguagem sobre si mesma; a reflexão sobre a linguagem como objeto (Jakobson, 1988, p.78). Isto ocorre pela própria incapacidade das linguagens produzirem processos de autocontrole sobre a lei de sua organização lógica. Busca-se, então, a construção de um outro nível de linguagem, a partir do qual se possa fazer uma investigação problematizadora dos componentes e estruturas da linguagem que se pretende analisar. E isto é designado pelo termo metalinguagem.

A metalinguagem jurídica é linguagem falando da própria linguagem. É o direito “dizendo” sobre o direito, é a norma discutindo a norma. Numa perspectiva didática, verificam-se duas formas de relações: a linguagem do significado e a linguagem do significante. Neste sentido define Chalhoub (1986, p.32):

A linguagem do significado procura operar uma tradução do conceito, da interpretação, da definição de uma “coisa” através de palavras; a linguagem do significante traduzirá – ou em forma significante - ou em estrutura de significação.

É possível denominar-se interpretação a cada um desses momentos, ao reconhecimento do sinal, identificação ou compreensão do significante identificado. No entanto, dependendo das palavras escolhidas pelo emissor para construir o enunciado, ou de sua disposição gramatical, o receptor pode ser demandado por maior esforço na reconstrução de um sentido para a mensagem transmitida. A interpretação por sentido estrito exige, em muitos casos, o emprego de métodos específicos para que se possa construir um sentido adequado à circunstância; ou para que se possa validar retoricamente um sentido que se quer dar para completar a transmissão semiológica de uma norma jurídica. Convém utilizar aqui novamente a fala da promotora na peça de apelação, no caso de Marituba, para indicar como a demanda por interpretação constante é parte do discurso do direito, no qual a clareza nem sempre é a regra:

Por outro lado, estando a questão sub judice e tendo o Parquet, ab initio, pleiteado a juntada aos autos do laudo de exame definitivo, não poderia o Magistrado de primeiro grau sentenciar o processo antes do recebimento do referido documento, até porque a questão trata de interesse da sociedade, que já não mais suporta o ônus da impunidade que desacredita o país e nem da ineficiência da prestação jurisdicional e do sistema de justiça como um todo.

Enquanto se discute se a propositura da ação penal gera ou não o princípio do impulso oficial, a sociedade carrega o ônus de conviver com o tráfico de drogas, que afeta pessoas de todas as idades; de todas as classes sociais; de todas as raças; de todos os gêneros, enfim, que afeta a sociedade como um todo, de forma gravíssima, e é o alimento de grande parte da violência que assola o país.

Quanto a essa questão, no entanto, não há que se cogitar de que o Juízo a quo não devesse requisitar o laudo por ausência do princípio do impulso oficial. Ao contrário, o Parquet, repita-se, pleiteou a juntada do citado documento aos autos desde o início da ação penal, o que gera a necessidade de atendimento ao pedido, uma vez que plausível e em razão dos princípios do impulso oficial, do contraditório, da cooperação e da isonomia”.

Se a regra geral aqui fosse a clareza, definitivamente poder-se-ia negar isto no discurso da representante do MP. Mesmo para o cidadão letrado, a fala da promotora está carregada de expressões e sentidos de difícil alcance. Utilizando uma explicação sobre corpo lexical e corpo semântico do direito, é possível afirmar que a manifestação da autoridade do MP apresenta-se inalcançável sob os dois aspectos. Expressões como; “parquet”, “ab initio”, “impulso oficial” “juízo a quo”, deixam ver isso. E ao cidadão simples esse discurso é absolutamente distante de sua compreensão, o que só reforça a constatação do distanciamento provocado por tamanha teatralidade. Desse modo, convém apresentar um ponto nesta tese para tratar da metalinguagem do direito. Ou convém fazer referência a esta aparente falta de clareza do discurso jurídico, que em geral, revela a necessidade de um discurso sobre o discurso, uma fala que esclareça a fala dos tribunais. É esta forma de argumentação jurídica que instala a tensão entre o que é norma e o que é fato. Para tanto, no trecho acima são muitas as variáveis que contribuem para essa necessidade da metalinguagem; as expressões em latim; as conotações específicas atribuídas pela linguagem do direito a certos signos - por exemplo, o que é um magistrado de primeiro grau? Ou o que é o princípio do impulso oficial? O que é o

princípio do contraditório? Logo, falar em interpretação por sentido estrito, realmente exige melhor investigação dessa retórica.

O cerne da ciência do direito, em sentido estrito, é a hermenêutica jurídica, cuja tarefa consiste em esclarecer o sentido normativo das chamadas fontes do direito, com vistas a sua aplicação potencial ou atual aos fatos da vida humana. Não é necessário que essa aplicação efetivamente ocorra. A interpretação jurídica tem sempre em mira a possibilidade de sua aplicação, a partir da enunciação normativa; toda a relatividade jurídica gravita ao redor da atualização do sentido da norma, que pressupõe a interpretação, quer seja em sentido amplo, quer seja em sentido estrito.

O sentido, tal qual é transmitido pela linguagem do direito, depende da relação entre palavras e frases e tais relações são determinadas pela estrutura do sistema linguístico. O sentido, ou antes, os sentidos de cada signo são definidos pelo conjunto dessas relações, menos talvez do que por uma mensagem da qual ela seria portadora. Entre todas as possibilidades, o receptor elegerá o sentido a ser atribuído a cada termo do texto.

A escolha do texto que compõe a mensagem, tanto no que se refere ao significante quanto ao significado possui uma motivação dada no consciente do indivíduo, uma espécie de lógica que motiva a escolha, referenciada por paradigmas ideológicos. O inconsciente também se expressa junto com o consciente por meio de formas que lhe são próprias. Por vezes, utiliza-se de denegação, em frases e sinais gestuais que complementam a mensagem; essa junção de fatores determinantes do sentido ou significado de um texto jurídico está tão amplamente vinculada ao contexto quanto à temática semântica na qual o texto se constrói. Trata-se de um foco específico da realidade, um rótulo prévio, que num texto delinea um padrão semiótico que limita seu conteúdo. Dessa forma, o contexto atua como a primeira interpretação de que o texto é objeto.

Assim, um texto da espécie de uma norma jurídica assume uma prévia significação ao ter localizada sua qualidade disciplinar. À guisa de exemplo, o uso do termo “incompetente” visto no contexto da linguagem comum ou da linguagem técnica, carrega notas sêmicas diferentes do significado que o mesmo tem num contexto jurídico processual. A metalinguagem funciona como mola problematizadora dos enunciados já existentes. Toma por base a intersubjetividade comunicativa, ou intertextualidade.

Ora, no caso específico da linguagem do direito, é possível afirmar que um texto normativo não existe solitário. Além de explicar uma série de princípios pré-ordenados a serem obedecidos, afirma outros princípios de discussão dialética que são, também, uma forma de intertextualizar sua própria produção, fazendo-se presente a quem puder perceber essa memória textual. Por ser o direito pluridimensional, pode-se analisá-lo sob o ângulo normativo, sem contudo reduzi-lo à norma; pode-se também investigá-lo sob o prisma linguístico, sem absolutamente asseverar que a norma jurídica tenha apenas uma dimensão linguística. O direito como realidade social, elaborado pelo legislador ou órgão competente, aplicado pelos juízes e cumprido pelos membros da comunidade jurídica, é um fator de controle social, pois prescreve condutas, disciplinando-as em suas relações de intersubjetividade, tornando-as permitidas, proibidas ou obrigatórias, formulando-as na linguagem em que uma norma se objetiva. Tais procedimentos são indicadores de intertextualidade.

A intertextualidade é uma forma de metalinguagem onde se toma como referência uma linguagem anterior; em verdade, se metalinguagem é um processo relacional entre linguagens, tratando-se de direito, haverá sempre esse traço intertextual entre normas. Isto é objetivamente citado por Kelsen (1990, p.136) quando se refere às fontes do direito:

Fonte do direito é uma expressão figurada e altamente ambígua. Ela é usada não apenas para designar os métodos de criação de direito como o Costume, e a Legislação, mas também para caracterizar o fundamento da validade do direito, e, sobretudo, o fundamento final. A norma fundamental é, então, a “fonte” do direito. Mas, num sentido mais amplo, toda norma jurídica é “fonte” de outra norma cuja criação ela regula ao determinar o processo de criação e o conteúdo da norma a ser criada. Neste sentido, qualquer norma jurídica “superior” é a “fonte” da norma jurídica inferior. Desse modo, a Constituição é a fonte dos criados com base na Constituição; um estatuto é a “fonte” da decisão judicial nele baseado; a decisão judicial é a fonte do dever que ela impõe à parte, e assim por diante. A fonte de direito não é, desse modo, como a expressão poderia sugerir, uma entidade diferente do direito e, de algum modo, existindo independentemente dele; a “fonte” de direito é sempre ela própria. Direito: uma norma jurídica superior em relação a uma norma jurídica inferior, isto é, um conteúdo específico do direito.

Cogita-se, então, que a ordem jurídica obedece a critérios de construção que se interpenetram, se inter-realizam, se intercomunicam a fim de que o objetivo maior, a ordem ou razão dos fatos, possa, uniformemente, desenvolver-se e operar na sociedade. A ferramenta indispensável nessa busca são os mecanismos sógnicos apropriados. É indispensável que o chamado ordenamento jurídico tenha franca

aparência de “confiável”. Sua unidade deve ser constante, seus métodos devem ser a princípio inteligíveis aos sujeitos, parte desse universo.

Esta convivência traçada entre as normas nem sempre é “pacífica” já que, embora regras de conduta sejam o fim precípua de algumas normas, há normas que não obrigam, não constituem mandamento ou comando. Ao contrário, elas criam direitos ou regulam a vida social, conforme a vontade de qualquer um. Como há as regras de direito que conferem aos particulares o poder de fazer testamentos, de lavrar contratos, ou casar, outras outorgam poderes de autoridade, por exemplo, a um juiz de julgar litígios, a um legislador, de elaborar leis.

Nesse ponto, a solução pode ser encontrada recordando-se que cada norma constitui-se numa unidade de um todo normativo denominado direito, e, assim, que qualquer transgressão ao sistema jurídico constitui um desafio ao aparelho administrativo maior, o Estado. Mas, como se processa essa intertextualidade apresentada entre as normas, ou ainda, como se estrutura essa cadeia metalinguística?

A norma jurídica passa a ser o fenômeno, visto que para ser conhecida, há que se desvendar sua natureza interpretativa. Essa tarefa, da qual se ocupa a hermenêutica, é hercúlea em razão de que a própria hermenêutica é um dos temas polêmicos da filosofia contemporânea, uma vez que tradicionalmente a filosofia se ocupa das essências, entendendo-se aqui essência como verdade, aquilo que pode ser cognoscível. Não é nossa intenção deslindar e nem combater a tese kantiana de que só se pode conhecer a aparência dos fenômenos e que a essência, ou coisa – em si –, é incognoscível. Para ele, sobre a coisa – em si – só se pode pensar a respeito, jamais conhecê-la. Sobre a questão, entendo como Gadamer (1997, p. 548), em sua obra *Verdade e Método*, na qual o autor assevera que a hermenêutica não é um método para se chegar à verdade e que o problema hermenêutico não é, por sua vez, um problema de método. Segundo o autor, a hermenêutica não seria uma metodologia das ciências humanas, mas uma tentativa de compreender as ciências humanas. Afirma ele que a compreensão das coisas e a correta interpretação não se restringe à ciência, mas à experiência humana de mundo. Assim, no que se refere à hermenêutica jurídica, ele procurou descobrir a diferença entre o comportamento do historiador do direito e do jurista diante de um texto.

À natureza interpretativa da norma atribui-se a pluralidade de respostas oferecidas por aqueles que operam o direito no dia a dia das instituições jurídicas

cujos espaços deveriam representar a solução aos conflitos apresentados pelos cidadãos. Verifica-se, não obstante, que determinado fato delituoso pode resultar em análises diversas por parte de quem interpreta o arcabouço normativo abordado nos parágrafos anteriores. Ressalto, com a necessária ênfase, que as diversas interpretações para o mesmo fato é que fazem a dinâmica do direito, assim como as diversas significações de um fato delituoso fazem com que sua leitura pelos operadores do direito determine respostas interpretativas diversas, como é visível no caso de Marituba, no qual a finalidade tanto do juiz, quanto da promotora, e até do advogado das acusadas é que se estabeleça a justiça para o caso, de acordo como a enxergam ou desejam.

Aparentemente, não se trataria de um problema de linguagem, mas sim de um problema de discurso, visto que no discurso formulado pelo juiz ele sustenta a necessidade do cumprimento do ritual burocrático como forma de se atender aos pressupostos legais. Ele trata o fato social secundariamente em nome do que ele interpreta como valor verdade. Já na fala da promotora está o discurso da justiça em nome do fato social imediatamente vivido pela sociedade, o qual não pode esperar e que pulsa no desejo de justiça de cada cidadão. Seria a própria função que ocupa o Ministério Público no papel de defender a sociedade que provoca esse tipo de posicionamento por parte de seus membros? Ambos os discursos estão de acordo com a ordem normativa, o que os difere é a metalinguagem utilizada através da argumentação que as duas autoridades apresentam para fundamentar o mérito finalístico de suas decisões.

Na busca da interpretação, os intérpretes da norma devem fazer uso dos instrumentais hermenêuticos referidos pela própria norma. Ao contrário do que pode pensar na sociedade em geral, existem critérios relevantes estabelecidos pela norma jurídica para que se obtenha o sentido da norma. Ocorre que esses critérios requerem também interpretação, razão pela qual expus ao longo deste ponto sobre a metalinguagem existente na construção da linguagem do direito. Por exemplo, como aplicar o princípio da equidade no caso de Marituba? O que é mais perigoso – absolver por espera de prova legalista e exata? Ou condenar com a certeza dos fatos e indícios irrefutáveis? Se há uma lei que define os pressupostos das provas legais, como violar tal lei e fundamentar uma condenação baseada em outros pressupostos? E tais outros pressupostos, sob alguma hipótese, podem suprimir a literalidade de uma lei?

Como é de se notar, o caminho a ser percorrido pelo intérprete é árduo, pois a finalidade é sempre a mesma, a justiça. Mas, os meios para seu alcance são tecidos a partir de um universo argumentativo de valores e ponderações que justifiquem a resposta final ao fato. Encontrar um atalho que realize as indicações da hermenêutica jurídica e que satisfaça as necessidades da sociedade quanto aos fatos de maior urgência é o ideal nesse caminho.

Quando se analisa a relação sujeito-objeto-linguagem, esbarra-se numa questão norteadora, que é também a desta pesquisa: o problema do fundamento e do sentido do discurso jurídico. Os juízes costumam jactar-se do fato de que primeiro decidem, chegam a uma conclusão, e só depois justificam ou fundamentam o que antes foi decidido. Com isso acreditam ter encontrado um caminho mais curto no processo de conhecimento. Através dele pensam poder ultrapassar o enorme espaço gnosiológico que tem angustiado o homem desde que o logos suplantou o mito, quer dizer, desde que o conhecimento jurídico começou a sobrepor-se ao senso comum e às crenças jusnaturalistas vivenciadas pelo homem. Isso é, inclusive, a base de um princípio diariamente invocado, a saber, do livre consentimento do magistrado. Assim, acreditam na possibilidade de alcançar uma cognição livre de intermediações. Sem perceberem, tornam-se reféns de uma crença metafísica, no interior da qual a linguagem nada mais é do que o veículo de conceitos que carregam o sentido das coisas. A linguagem, segundo essa concepção do imaginário da maior parte dos juristas, continua relegada a uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (o intérprete do direito) e um objeto (a realidade). Nesse contexto, eles continuam a trabalhar no universo da relação cognitiva sujeito-objeto, e por isso mesmo, a verdade torna-se o resultado de uma ajustada manipulação desse procedimento cognitivo, muitas vezes mascarado pelas diversas metodologias “hermenêuticas” que, mediante o uso das fórmulas jurídicas, procuram dar certeza do processo interpretativo.

2.4.2 A Atribuição de Sentido Como Meio de Aplicação; Por Que a Lei Parece Ser Sempre Deficiente?

Por que uma parcela considerável de juristas continua a utilizar uma hermenêutica “direcionada” e a pensar baseados em fórmulas jurídicas? Talvez porque seu sentido comum teórico continue assentado nos postulados da hermenêutica clássica, de cunho meramente reprodutivo. Trata-se de uma

hermenêutica que se traduz através de métodos de interpretação e sistemáticas lógicas de aplicação do direito, uma hermenêutica com “manual de instrução”, funcionando como se as palavras refletissem a essência das coisas, restando ao intérprete a mínima tarefa de “acessar/revelar” esse sentido unívoco. Sobre isso comenta Streck (2004, p.34), estudioso jurista e hermeneuta:

No plano do que se pode entender como senso comum teórico, tais questões aparecem de forma difusa, a partir de uma amálgama dos mais distintos métodos e “teorias” na sua maioria calçados em inconfessáveis procedimentos abstrato-classificatórios e lógico – subsuntivos, onde o papel da doutrina resume-se, no mais das vezes, na elaboração de um constructo de cunho conceptualizante, caudatário das decisões tribunalícias; já a jurisprudência passa a ser reproduzida a partir de ementários – transformados em “significantes primordiais – fundantes – que, exatamente pela pretensão de universalidade, escondem a singularidade dos casos.

Como se depreende nesse comentário, trata-se da organização de um conjunto de procedimentos metodológicos que buscam oferecer “garantias de objetividade” no processo interpretativo, no interior do qual a linguagem é relegada a uma mera instrumentalidade. Quando analisado o resultado disso, percebe-se que esse tipo de “procedimento metodológico” termina por encobrir, linguisticamente, os componentes materiais do domínio da norma, pois séria é a concepção de que se não houver coisas no mundo, as palavras ficam sem significado. Nesse aspecto, cumpre afirmar que existe um equívoco no sentido comum teórico recepcionado por juristas que assim continuam pensando e agindo. Eles inventam, criam o “mundo jurídico”, a partir de algo que Streck (2004, p.35) denomina de “uso reificante” da linguagem. Isso porque a crença nas palavras mantém a ilusão de que

estas são parte integrante (imanência) das coisas a conhecer ou, pelo menos, com isto podem postular a “adequação” do conceito ao real. Ainda sob essa análise, verifica-se que com a ajuda dos recursos linguísticos de que o intérprete dispõe, o máximo que pode fazer é proceder a decomposições arbitrárias ou à assimilação de realidade que, em sua estrutura interna, são muito dessemelhantes.

Nesse campo, os conceitos passam a ser coercitivos, amarrando o intérprete a categorias e pautas gerais, que nada mais são do que “conceitos coletivos indiferenciados”, utilizados pela linguagem corrente que acaba por recobrir/esconder as coisas nas suas singularidades.

Estabeleço essa crítica, baseando no registro do exame de vários textos antigos e contemporâneos tratando da interpretação jurídica no Brasil que apontam a permanência do fato de que é ainda dominante a ideia de que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma; fazer hermenêutica jurídica é procurar a significação dos conceitos jurídicos; enfim, interpretar é explicar, esclarecer, dar o

verdadeiro significado ao vocabulário; extrair da norma, tudo que nela se contém. Não é difícil perceber a prevalência do que aqui foi chamado de metafísica, a dicotomia sujeito-objeto. Boa parte dos autores que se enquadram nesse contexto sofreu influência da hermenêutica de cunho objetivista, baseada na forma metódica e disciplina da compreensão, em que a própria interpretação é produto de um processo que parte de uma abordagem objetivista-idealista.

De um modo ou de outro, é comum a interpretação reducionista, ou seja, aquela que está submetida ao processo de reprodução do sentido no campo metafísico da separação fato-direito, norma-realidade, ser-ente, texto-norma, uma vez que a interpretação fica restrita à simples análise semântica, determinativa da significação abstrato-ideal do conceito da norma, como se nesse conceito pudessem ser aprisionadas as “incidências fáticas”.

Mas será este um campo irreversível, onde não há o menor espaço para a chamada hermenêutica filosófica no direito, ou o entendimento de que a linguagem deixa de ser mero instrumento e veículo de conceitos e passa a ser condição de possibilidade? O que fazer se a fala autorizada parece não querer evoluir, superando a relação sujeito-objeto, para a relação sujeito-sujeito, e parece querer permanecer numa ordem ontológica?

A resposta a este questionamento encontra identidade nas palavras de Streck (2004, p.37) quando afirma, entre outras coisas, que o julgador não decide primeiro para só depois buscar a fundamentação; ao contrário, ele só deve decidir porque já encontrou o “fundamento”. Na verdade, aquilo que se coloca como fundamento é a própria explicação de um standard ou vetor de racionalidade de segundo nível, de caráter argumentativo.

Partilho do entendimento de que a denominada “fundamentação” é produto do modo-de-ser-no-mundo (utilizando aqui uma expressão de Gadamer), do intérprete que o fez compreender, no caso do juiz, por exemplo, o que o levou a decidir daquele modo. A fundamentação é anterior ao ato explicitativo, porque produto do processo compreensivo, que, por sua vez, é condição de possibilidade da interpretação. Assim, é preciso ter claro que a compreensão antecede a qualquer interpretação. Isto significa dizer que não é a interpretação que conduz a alguma coisa, mas, antes, é a compreensão que atua como condição anterior da possibilidade do ato interpretativo, que funciona como uma elaboração ou

explicitação do que já foi compreendido. A interpretação parte da compreensão, pois o contrário disso poderia levar ao abismo da dualidade metodológica sujeito-objeto.

No exemplo seguinte, citado por Heidegger (2002, p. 107), está um bom fundamento para essa análise:

quando olho para um lugar e vejo um fuzil, é porque antes disso eu já sei o que é uma arma. Sem isso a questão do sentido do fuzil não se apresentaria, ou seja, o fuzil não exsurgiria como fuzil. É evidente que num segundo momento, o julgador vai buscar explicitar o objeto já compreendido, mediante o aprimoramento do sentido que lhe foi antecipado. O que é notório, porém é que não é possível desdobrar o ato de interpretação em dois momentos: decisão e fundamentação, e muito menos em três como faz a hermenêutica clássica: primeiro o agente compreende – *subtillitas intelligendi*, depois interpreta – *subtillitas explicandi*, para só então aplicar – *subtillitas aplicandi*, já que os momentos ou as partes são integradas. Trata-se de um círculo dialético da hermenêutica.

Do mesmo modo que a tarefa intelectual denominada “fundamentação” tem sido a questão central da filosofia, tem sido esta também a preocupação dos juristas: a busca do fundamento de validade das normas e do sistema jurídico. O termo fundamento apresenta aqui o conceito de justificar uma norma de ação (um enunciado normativo), uma vez que a linguagem jurídica está constituída por enunciados normativos. É a busca de determinar o porquê de se participar na prática intersubjetiva, de uma comunidade que se constitui mediante um sistema normativo.

A justificativa para isso não pode ser tratada de maneira trivial, como se se tratasse somente de aplicar as regras lógicas de inferência de modo análogo ao que se faz com os enunciados das ciências físicas. Esta concepção dedutiva é criticada por Habermas (2004, p.119), para quem não cabe outra aceção plausível do termo fundamentação a não ser aquela que provoque o reconhecimento intersubjetivo de um enunciado com as condições procedimentais de um acordo racional. Para ele, somente é possível falar de consenso racional – como fundamento de validade de um enunciado normativo – se esse consenso for obtido em circunstâncias que possam satisfazer, ao menos, de modo aproximado, as condições de simetria e liberdade próprias de uma situação ideal de fala. Não há justificação válida de um enunciado que não seja pela via da argumentação. Este é um ponto sobre o qual o capítulo V se detém com maior acuidade.

Mas, qual a razão de ser tão difícil o alcance da aplicação da premissa de que todo enunciado se justifica pela via da argumentação? Em outras palavras, por que a atribuição de sentido como meio de aplicação da norma parece inacabada? Será que a norma, ao defrontar-se com uma situação concreta, será sempre obscurecida pelo método e com isso acontecerá o descomprometimento do intérprete com a

solução justa para o caso? A esse respeito resta assinalar que é preciso reconhecer o fato de que este é o terreno que a hermenêutica partilha com a retórica: o terreno dos argumentos persuasivos, e não dos argumentos logicamente concludentes. A propósito desta relação entre hermenêutica e retórica, ajusta-se bem a fala da promotora do caso Marituba através da peça de apelação. Nela, ela trata de rebater a sentença prolatada pelo juiz no caso. Sua ação retórica está muito bem utilizada, é uma ação de quem quer “vencer a luta”, é uma ação de quem quer anular definitivamente a força do julgador:

No caso em comento, não há como se punir o Ministério Público e a sociedade se o dono da ação penal não se quedou inerte. Ao contrário, desde o início da ação o Parquet pleiteou a diligência que não foi devidamente cumprida.

Caso o Ministério Público não houvesse pleiteado a juntada aos autos do documento em referência, poderia sofrer o ônus da absolvição das apeladas. Contudo, no presente caso não foi o que ocorreu. Nesse diapasão, a sentença absolutória é nula. Os próprios julgados utilizados pelo Juiz, como reforço à decisão recorrida, são cabais no sentido de que a sentença proferida antes da juntada aos autos do laudo definitivo é nula.

A força retórica utilizada se abriga desde a defesa que ela formula sobre o Ministério Público e na mesma condição ela formula defesa à sociedade, até a afirmação de que este não pode sofrer o ônus da absolvição das apeladas. Mas, qual seria realmente o ônus do MP? Será que o ônus todo não é da sociedade, como maior vítima do tráfico de drogas e suas consequências? É expressa a retórica! Entretanto, é essa retórica bem utilizada que oferecerá aos desembargadores que irão julgar a apelação, o caminho para as considerações hermenêuticas em torno do pedido. Ela utiliza uma retórica preliminar para com isso afirmar que a sentença do juiz é nula. Essa mão dupla de argumentação entre as instituições jurídicas, às vezes, funciona como uma luta de poder entre os próprios operadores do direito, como se um soubesse mais que o outro e precisasse mostrar que sabe. No caso de Marituba, fica muito clara essa luta.

É procedente comungar dos aspectos mencionados por Bourdieu que, ao fazer a exposição do campo jurídico, lembra que o conceito de campo é um campo de forças e não um campo consensualmente pacificado. É um ambiente que se estabelece como uma arena de luta, espaço no qual os lutadores têm em comum o efeito simbólico de suas ações. Diz ele que o campo judicial é o espaço social

organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas no debate juridicamente regulado entre profissionais, que atuam por procuração e que têm de comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico, quer dizer, as leis escritas e não escritas do campo – mesmo quando se trata daquelas que é preciso conhecer para vencer a letra da lei (Bourdieu, 2007, p.229).

Assim, através desse pensamento é possível esclarecer as situações que, por vezes, demandam discursos jurídicos diferentes para o mesmo fato. E quando o discurso tem origem naqueles que simbolizam a justiça institucionalizada, isso pode representar um aparente paradoxo, só descaracterizado pelo fato de tratar-se do campo jurídico, ou seja, um ambiente que tem por natureza a luta baseada nas circunstâncias e no *habitus*.

A utilização da força retórica por parte dos que frequentam o campo jurídico imprime às lutas travadas nesse espaço as dimensões que hoje ocorrem com a administração da justiça, visto que, para os que operam as leis, é comum agirem de acordo com as regras e convenções do campo jurídico. Em outra expressão, aqueles que entendem as regras do campo jurídico não têm problemas para adaptar-se a ele. É possível, então, afirmar com ponderação que entre juízes, promotores, advogados, técnicos da justiça, enfim operadores do direito, não há conflitos quando há divergência de discursos porque isso é próprio da existência do *habitus*. Contudo, não se pode dizer o mesmo quanto à divergência do discurso jurídico dos operadores do direito e sua recepção pelos usuários do direito, o povo. Regra geral, há uma defrontação pela falta de adaptação às regras do simbolismo jurídico e seu significado, e pela falta de alcance do discurso jurídico. Porém essa defrontação inicial aos poucos vai sendo acomodada pelo contexto favorável do campo jurídico, que limita os meios de realização das lutas dentro dele a partir da aceitação dos meios jurídicos. Entrar no jogo é aceitar o direito para resolver o conflito, é aceitar tacitamente a adoção de um modo de expressão e de discussão que implica a renúncia à violência física e às formas elementares de violência simbólica, como a injúria (Bourdieu, 2007, p.229). Logo, não é prematuro concluir a função que exercem o discurso, a argumentação e a retórica do direito na composição do *habitus* referido por ele.

Quando o intérprete procede à adequação da lei às necessidades conjunturais que cercam determinado caso, ele já compreendeu antes de interpretar

e não interpretou para compreender. Nesse sentido Gadamer (1992, p. 273) chama a atenção para o fato de que o que distingue uma práxis hermenêutica e sua disciplina do aprendizado de uma mera técnica, seja ela técnica social ou método crítico, é que, na hermenêutica, a consciência do sujeito que compreende sempre é co-determinada por um fator da história dos efeitos. Isso deflui do caráter de autocompreensão próprio da filosofia hermenêutica. Os argumentos, as fórmulas enunciativas e os métodos de interpretação têm em comum a pretensão de normatividade, a pretensão de assegurar ao intérprete que sua interpretação é “melhor do que a outra”, e que uma dada decisão é mais correta ou justa que a outra, e assim por diante. Ora, isto só seria possível se houvesse uma metodologia com condições de oferecer critérios definitivos de argumentação.

Prosseguindo na análise, é muito pertinente a expressão do professor Streck (2004, p.66):

não tenho medo de afirmar que os juristas temos de tomar especial cuidado, porque uma coisa é o processo de compreensão, manifestativo a partir do “como hermenêutico”, que nada tem a ver com os cânones e as técnicas argumentativas, uma vez que a compreensão não depende de “procedimentos”; outra coisa bem diferente é a explicação desse compreendido a partir dos diversos recursos linguísticos de que dispõe o sujeito/intérprete, a partir da desobjetificada e desobjetificadora relação sujeito-sujeito que o coloca no mundo”

Talvez o caminho para a desconstrução do que neste trabalho chamo de discurso metafísico-dogmático seja a construção de uma teoria do discurso que possa explicitar as condições pelas quais ocorre o processo da aplicação jurídica, mas esta não é uma tarefa de fácil execução. Afinal, para sair do campo das teorias procedimentais, da racionalidade meramente discursiva e entrar no campo ideal, é preciso iniciar uma luta, visto que o processo de compreensão (modo estruturante que nos coloca no mundo) é condição de possibilidade desse processo manifestativo – argumentativo – lógico, que já nasce estruturado, e que determina acentuadamente a chamada “eficiência” da lei. Daí a sábia conclusão de Gadamer (2002, p.375), ao dizer que sempre chegamos demasiadamente tarde quando tratamos de compreender e submeter a um método aquilo que realmente entendemos.

Preliminarmente, é bom ressaltar que quando um aplicador ou intérprete da lei procede à adequação da lei às necessidades conjunturais que cercam o caso concreto, a lei parece sempre “deficiente”. Não porque o seja por si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se direcionam ou intencionam as leis, a

realidade humana é sempre imprevisível e as leis são estandarizadas demais não permitindo uma mera ou simples aplicação das mesmas face às situações da realidade. Levando em conta as diferenças existentes entre o compreender (standard de racionalidade estruturante) e a explicitação do compreendido, que ocorre através de uma racionalidade discursiva – argumentativa, ainda as palavras de Gadamer (1992, p.442) são sábias:

A tarefa da hermenêutica não é desenvolver um procedimento da compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão. Mas essas condições não têm todas o modo de ser de um “procedimento” ou de um método, de tal modo que quem compreende poderia aplicá-los por si mesmo – essas condições têm de estar dadas.

Parece, então, que se chega ao ponto em que se desata o nó da controvérsia. Não é possível substituir o standard de racionalidade estruturante da compreensão pela mera racionalidade discursiva, de cunho argumentativo. O que é possível é esclarecer as condições nas quais ocorre a compreensão, e este é o lugar onde hermenêutica e retórica se encontram – as condições sob as quais exsurge a compreensão e sobre estes aspectos relevantes esta tese passará a tratar.

CAPÍTULO 3 - AS INFLUÊNCIAS DO DISCURSO JURÍDICO NA RELAÇÃO COMUNICADOR – ESTADO E RECEPTOR – INDIVÍDUO SOCIAL

OBJETIVO

Demonstrar como o discurso jurídico apresenta-se como meio de tensão social em razão das lacunas existentes entre o que é legal, e o que é necessário, e ainda, avaliar o nível de conflito que tal discurso produz na sociedade que o compreende ou que, simplesmente o aceita por razões diversas

3.1 COMO AS ESTRUTURAS POLÍTICAS DO ESTADO JUDICIALIZAM A ASSISTÊNCIA SOCIAL E O ACESSO À JUSTIÇA.

[...] Sinceramente, doutora, eu não tenho mais para quem apelar. A Justiça custa tempo demais! E nem sempre é justa. Comprei esta casinha e moro nela há mais de vinte anos, e nunca foi ninguém da justiça lá me dizer que eu pra me casar de novo, ou pra vender a casa, tivesse que dar a parte dos meus filhos, até porque eu criei sozinha todos os três quando o pai deles foi embora dois meses depois da casa mobiliada com a ajuda do meu falecido pai; as crianças eram muito pequenas, o mais velho tinha 10 anos e era doente; como a casa era grande e boa eu vendi e comprei esta menorzinha. Desde lá tudo que ganhei gastei com a educação deles. Agora que soube que o pai deles morreu no Acre, meu filho do meio me proíbe de casar de novo e quer me tomar a casa falando num tal de quinhão do herdeiro necessário que eu devo pagar pra cada um deles ainda da casa primeira que já não existe há anos. Como, se eu to viva? Fui lá na defensoria me informar, me disseram que eu tenho que pagar advogado senão vou perder a casa. Vim aqui neste escritório de Faculdade pra ver o que a sra. pode fazer por mim, como é que vou arranjar onde morar, na minha idade? É verdade que tá na lei que eu não podia vender a casa sem dar a parte deles, mesmo eles sendo pequenos naquela época e eu tendo vendido pra comprar uma casa menor e usar o dinheiro com a doença do mais velho? Me ajude, Dra! (Depoimento de dona D. S. L. no NPJ- FAP-Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade do Pará)

[...] Nunca pensei que para ser pai e dar carinho para minha própria filha, fosse depender de uma autorização da justiça. O que a mãe dessa criança está fazendo com ela é um crime. Ela só arranja advogado famoso, e aí eles escrevem um monte de coisa contra mim, dizem que eu sou taxista e por isso não tenho emprego fixo pra sustentar a menina; agora inventaram pro juiz que eu bebo, ele acreditou e me proibiu de ver minha filha; eu bebo como todo mundo, mas não sou um alcoólatra como diz lá no processo. Por isso, vim aqui na defensoria pra que vocês me ajudem a fazer o que o meu cliente que é advogado escreveu, ta aqui o papel... é... ação de regulamentação de direito de visita, porque se eu não conseguir ver minha filha, aí vou beber de desgosto como da outra vez que ela tirou uma foto

minha jogado e foi levar pro juiz. Mas, eu acredito na justiça desse país e meu direito de pai eu vou provar que ninguém tira, mesmo que seja com a polícia indo junto, eu só quero ver minha filha! (Entrevista concedida por H. H.C. A. na sede do NDPDH- Núcleo da Defensoria Pública de Direitos Humanos).

Uma questão relevante na análise proposta reside nas variáveis que envolvem as relações entre norma e vida. Estas podem e devem ser compreendidas a partir da ideia de espaço público e espaço privado. Nesse particular, a cidadania apresenta-se cambaleante, dilacerada e levada pela necessidade de sobrevivência, o que faz com que o cidadão, com o tempo, pareça articular uma certa resistência ao Estado. Embora a Carta Constitucional represente, em si, um grande avanço para a cidadania, a democracia e os direitos, há ainda um déficit considerável de cidadania. O regime democrático que se apresenta sob o discurso da igualdade, da inclusão social e da realização dos direitos humanos na implantação de um Estado democrático de direito é, em muitos aspectos, um discurso sem força institucionalizante das políticas públicas que implicam sua tradução.

A relação dos espaços público e privado ressalta o paradoxo da relação comunicador-Estado e receptor-indivíduo social. Num primeiro momento, o indivíduo, a partir da dificuldade de ver alcançados seus direitos, apresenta uma postura de “indiferença” ou conformismo diante da inércia da “lei”. Posteriormente, ele se convence de que a dificuldade na garantia de seus direitos pode estar na sua falta de conhecimento de direitos, e que isso só lhe será possível se ele passar a confiar no Estado e na Justiça. Quando falei com dona D.S.L. pela segunda vez, ela disse:

[...] logo no início pensei que meu caso estivesse perdido, depois que me interessei de falar com quem entendia desse negócio de justiça, que são os doutores como vocês, vi que posso até ter alguma sorte, o problema todo é que eu não procurei logo a ajuda da Defensoria, porque eu não sabia onde buscar ajuda sem dinheiro; mas, eu também tinha medo e vergonha de falar com a Dra. lá no juizado e ela me achar ignorante, por isso que minha vizinha veio comigo aqui nos primeiros dias, e hoje vejo que a justiça não é impossível como dizem.

Mas como se opera essa confiabilidade na justiça por parte da população?

Esta não é uma relação espontânea. Há uma profusão de medidas adotadas pelo Estado para assegurar o trinômio lei – justiça – cidadania que apenas se aproxima do desenho formulado pelas instituições que representam o Poder político do Estado. É a judicialização da justiça, isto é, o fato de que a obtenção da justiça e da garantia dos direitos só é conseguida através da recorrência às instâncias do judiciário, como se as necessidades do indivíduo e da coletividade pudessem ser

todas explicadas e resolvidas e só pudessem sê-lo a partir do judiciário e da aplicação de leis. Esta situação implica grave prejuízo para a sociedade. Além disso, transforma a justiça em objeto de disputa mercadológica, intermediado pela classe jurídica. Proliferam conflitos infundáveis que poderiam ser resolvidos de outra forma, se não houvesse a supervalorização do mercado judiciário em detrimento da valorização da sociedade. Há uma espécie de equívoco ao se confundir o judiciário com a justiça. Um país não pode passar mais tempo gerindo conflitos que produzindo trabalho.

É fato que a justiça não deve ser monopólio de um grupo, todos podem fazer justiça, principalmente a conciliatória. Entretanto, quando o Estado de direito apresenta-se como responsável pela efetivação dos direitos individuais e sociais a partir das estruturas “formais” de acesso à saúde, educação, saneamento, fornecimento de medicamento, apenas emblematizando aqui as necessidades públicas, acentua-se a comprovação de que o “direito” dos cidadãos depende das decisões judiciais proferidas em relação à coisa pública. Ao contrário de um modelo de democracia que se desenvolva pela construção do coletivo, na qual o Executivo faça justiça quando empregue bem as verbas, o Legislativo faça justiça quando elabore boas leis, o Ministério Público faça justiça quando fiscalize e não seja omissivo, a Igreja faça justiça quando congregue para os valores morais e espirituais, a Escola faça justiça quando cumpra seu papel de formação e inclusão, o que se verifica é uma democracia judicializada.

É o que se constata quanto a direitos mínimos, como o direito à terra e ao trabalho exigidos pelos Sem-Terra envolvidos em conflitos sociais judicializados. E isso se materializa através das teses jurídicas constantes das petições iniciais, contestações, manifestações ministeriais etc. sobre as quais a função da decisão judicial é a de dar eficácia executiva ao acesso à justiça. Essa perspectiva causa alguns temores. Afinal, é um contrasenso observar tantos “novos direitos” e a dificuldade, quando não a impossibilidade, de concretizá-los a partir do distanciamento de sua observância pelo judiciário. Bobbio (1996, p.43) a esse respeito diz que o difícil não é justificar os direitos, mas protegê-los, o que não é um problema filosófico, mas político.

O Estado atua, assim, como comunicador através de suas estruturas políticas. Exerce um monopólio velado no acesso à assistência social e à justiça, quando induz a sociedade a crer que o acesso à justiça e às normas equivalem ao

acesso ao judiciário. Colocam a lei como superestrutura em todos os sentidos, quer seja pela criação de procedimentos técnicos para a compreensão dos fundamentos normativos nela contidos, quer seja pelo monopólio dos sentidos extraídos da norma, como se isso fosse privilégio dos juristas. Afinal, se o direito é de todos, por que a compreensão do discurso é de apenas alguns? Cria-se nesse processo de judicialização da assistência social e do acesso à justiça um monopólio perigoso, pois para o receptor – o indivíduo social, aumenta o déficit de cidadania. Uma boa visão da tensão provocada pela não compreensão do discurso judicializante pode ser observada através das palavras de um Defensor Público do NDPDH – Núcleo de Defensoria Pública de Direitos Humanos:

[...] Eles vêm aqui mil vezes e perguntam a mesma coisa, a gente explica, diz o que é para providenciar e eles não entendem! Alguns, inclusive, acham que as coisas tem que ser como eles acham que deva ser, ousam discordar da gente e dizem : ah, mas isso não é justo! Poxa! Nós estudamos pra isso, o cara nunca leu uma lei na vida e quer saber mais do que a gente! E o pior, não entende nada do que a gente explica sobre os processos e não vai entender nunca como funcionam as estruturas administrativas e judiciais; por isso aconselho todo mundo a não discutir, e sim obedecer [...]. (W. K.– defensor público).

Resta compreendido que a democracia não pressupõe um consenso já estabelecido, mas antes se caracteriza pelo enfrentamento argumentativo dos conflitos. O que deve estar claro, porém, é que a resposta ao conflito não é originária somente de uma estrutura judiciária, até porque o sistema jurídico é oneroso e deficiente, e o custo da cidadania está implícito nas próprias funções do Estado. O jurídico não pode e não deve ser apenas o judicial. O jurídico e o legal podem e devem se encontrar também no administrativo, no cultural, no social. Talvez a judicialização seja resultado das ações do discurso jurídico que se impõe como meio de dizer o direito em última ratio, e acaba por definir as configurações da vida coletiva, também, por estabelecer as garantias do Estado de direito.

3.2 A PLASTICIDADE DO DIREITO PARA OPERAR NORMAS GENÉRICAS E ABERTAS

O modelo “formalista” positivista, genericamente empregado pelo direito moderno, é fruto da própria necessidade de racionalização do poder pelo Estado. Desta sorte, as ações estatais são regidas por normas de conteúdo operacional, projetivo e coercitivo, voltadas para a sociedade. Assim, ela se desenvolve como um imenso organismo cujas partes exercem funções de modo ordenado. Nesse

contexto, focalizado na ação social, o Estado atuará imerso no princípio de racionalidade organizacional, pronto para efetuar em clima de mútua ponderação e decisões racionais, ações voltadas à solução de problemas, mais exatamente à solução de conflitos sociais. Tais ações, entretanto, serão executadas sob um protótipo de coordenação social, ou seja, será a autoridade exercida por meio de linhas de comando envolvidas num farto discurso democrático e liberal. Assim, um emissor (Estado) dita regras, ou ordens, e os receptores (cidadãos) as cumprem. Nesse processo, atos simples, convencionais, são transformados em sofisticados mecanismos de controle organizacional – esta é a chamada plasticidade do direito.

É a possibilidade de operar normas genéricas e abertas que torna isso factível. Verifica-se, então, que, obrigar alguém a fazer o que é devido, transforma-se em “sistema de retroalimentação – *feedback*”. Uma relação simples de respeitar, manter e cuidar do meio, em que se vive, converte-se em “política ambiental”, ou ainda, o releto fato das pessoas decidirem criar condições atrativas de realização de um trabalho, transforma-se em “convenção coletiva de trabalho de determinada categoria”.

Quando o direito opera normas genéricas, provoca sistemas ativos nas chamadas estruturas sociais, e tais sistemas se materializam através de um discurso normativo que se estende não apenas às complexidades políticas do Estado, mas também aos processos de comunicação, aprendizado, criação artística, produção intelectual e científica, atividade empresarial, representação política, enfim, vida e sociedade.

Mas como pode o direito operar normas genéricas e abertas?

Embora não seja claramente dito desta maneira pelo discurso oficial das estruturas estatais, existe uma organização burocrática adotada pelo sistema de justiça e esta está incorporada à estrutura e às funções do direito quando, por exemplo, se presume que todos obedecem aos comandos que recebem e que somente por esses comandos se deixam guiar. Funciona como se ninguém agisse por conta de suas crenças, convicções e emoções, e sim a partir de um modelo coletivo de ação; as relações da família (o tipo de regime de bens expresso na Constituição de 88); as relações comerciais e de consumo (o Código de Defesa do Consumidor define quem é o fornecedor e consumidor e quais os deveres de um e de outro) etc. O que importa é a racionalidade processual, seguir padrões gerais de comportamento em sociedade, Até porque, assim, o indivíduo se exime da

responsabilidade que decorre de ação ou omissão, visto que “obedeceu às normas gerais da atividade organizacional”; logo, se houve alguma falha, a falha foi do sistema, ou das leis que disciplinam a problemática. Isto se acentua ainda mais no mundo dos negócios no qual os atores, motivados por objetivos imediatos, delimitam suas condutas pelas normas, buscando com isso uma dupla face de ação organizacional. A isso Bauman (1999, p.8-13) chama de princípio da racionalidade instrumental relacionada a meios e recursos, a partir da qual moralidade (hábitos, costumes etc.), valores, normas e modelos sociais de conduta são considerados somente e quando “fazem sentido do ponto de vista empresarial”.

O procedimento básico nesse processo de “engenharia das normas” consiste em uma apresentação cuja ênfase está na eficiência das ações do Estado. É a capacidade de diligenciar sobre os conflitos, intervir e controlar as crises na condução dos processos sociais que legitima a operação de normas genéricas e abertas. É nesse momento que o indivíduo retrocede quanto à aversão inicial demonstrada; é nesse momento que os indivíduos atuam como receptores plenos do tal discurso que agora passa a convencer pelos “resultados”.

Habermas (1997, p. 98) aprofunda a busca de indicadores que delimitem a intensidade dessa crise da sociedade capitalista. Ele demonstra que em face de seus valores constitutivos e de suas práticas escravizadoras e alienantes em relação aos sujeitos que são incorporados ao seu sistema produtivo, o Estado produz um modelo de mercado pouco preocupado com seu custo social, e mais preocupado em legitimar suas práticas como verdades, razão pela qual o cidadão deve buscar o conhecimento de como funcionam essas práticas de legitimação para delas libertar-se.

Encarado desse ponto de vista, as normas são abertas, pois a plasticidade do direito encontra meios suficientes para filtrar seus conteúdos, não demonstrando destarte sua força de imperium. Mas, ainda assim, existe uma zona de conflito que será pungente em algumas circunstâncias da relação comunicador (Estado) receptor (indivíduo). É quando a plasticidade do direito para operar normas abertas e gerais encontra na sociedade a leitura de sua própria leitura, ou seja, quando os indivíduos, detectando as lacunas existentes entre o que é legal e o que é necessário, resolvem agir invocando a própria legalidade. É nesse ponto que ocorre a tensão entre a faticidade e a validade da norma.

De um lado a realidade social se constitui por práticas que se justificam por pretensões levantadas pelo momento de ocorrência das situações do mundo da vida. É o fato. Este toma lugar no interior de determinados contextos sociais cujo tempo é o aqui e o agora. De outro lado, estão os proferimentos pretendidos pela norma. É possível afirmar que estes descrevem uma validade social baseada em Standards exercitados pela expectativa que a norma busca estabilizar através da ameaça de sanção ou de simples restrições determinadas para aqueles que não a cumpre.

Por não entrarem, norma e fato, num processo de simultaneidade em relação às ocorrências é que ambos colidem. Visto que, mesmo quando uma norma descreve uma conduta a ser seguida por todos, e um fato nela previsto vem a ocorrer, o fato nunca está exatamente no mesmo tempo da norma, haja vista que o tempo no interior da norma é transcendente, ou seja, trata-se de um tempo “idealizado” e não vivido. É essa questão que Habermas (2003 p.39) nomeia de mundo da vida, no qual é necessário objetivar criticamente o mundo em que se vive para construir uma racionalidade que não esteja limitada por premissas subjetivistas, e sim buscando uma teoria crítica da modernidade que analise e encontre as causas de seus problemas.

Nessa zona de conflitos é que os indivíduos criam uma legalidade paralela. Eles reinventam a norma a favor de suas próprias necessidades. Essas tomadas de posição podem elevar os fatos sociais a pretensões de validade dependendo do contexto político valorativo dos que vivenciam tais fatos, mesmo que a norma não lhes confira a validade do standard para eles idealizado.

Por exemplo, quando determinada autoridade, considerando a falta de espaço nas cadeias, ou considerando as condições desumanas de habitação das prisões, concede indulto de natal, indulto do dia das mães, dos pais, etc. Em muitos casos, na verdade, o que ela está criando é uma fórmula de “esvaziar” as prisões para não ter que responder junto aos órgãos de defesa de direitos humanos por uma situação para a qual naquele momento a autoridade não pode prover a solução, visto que a solução dependeria de outras esferas de ação.

O que é possível fazer, então é utilizar a plasticidade do direito para operar normas abertas e, deste modo, resolver a equação “do aqui e do agora”.

Para a justiça existem os direitos do preso que devem ser respeitados, existe um standard a ser observado.

Os indivíduos fazem isso numa constante “engenharia social” quando acumulam e usam conhecimentos para avaliar situações e oferecer soluções para os problemas. Funciona como se estabelecessem uma ordem hierárquica de valores relativos aos meios e aos objetivos de sua intervenção. Nesse contexto, é importante efetuar um diagnóstico preciso da situação que originou o problema para não “errar” na intervenção.

Reinventar a norma significa manter-se dentro dos Standards previstos por ela. Por isso, a intervenção aqui referida diz respeito a possibilidade de moldar os fatos ao encontro da norma, mas não da norma tal qual ela foi idealizada em seu standard de origem, e sim das chamadas “brechas” ou “espaços não preenchidos” por ela. Essa abertura é possível comprovar, à guisa de exemplo, na maneira como o poder público lida com a remoção de “camelôs” de um espaço urbano para outro.

Ora, se a regra geral é a de que as vias públicas não podem ser obstruídas, quem o faz está violando a norma. Por que então o Estado é benevolente com esses infratores? Talvez porque paralelamente a esta norma existam outras de conhecimento de todos e especialmente dos camelôs (os interessados) que tornam flexível a aplicação desta, como é o caso do dever do Estado de prover políticas de emprego, assistência social, educação para o trabalho etc. Verifica-se, destarte, que a construção da validade pretendida pela norma distingue-se da validade social exigida pelos fatos.

É questão preponderante decidir se o procedimento proposto será preventivo, projetivo ou corretivo, porque, embora num primeiro momento, a lei ou o sistema legal não ofereçam a resposta ideal às necessidades, também não se deverá violá-lo frontalmente, sob pena de perda total do direito de demandar direitos.

Quando entrevistei uma advogada do CEDECA/Emaús (Centro de Defesa da Criança e do Adolescente) sobre a questão dos adolescentes que possuem muitas habilidades com os chamados “games” (jogos de computador) sugeri para ela que se criasse uma espécie de *lan house*¹ com propósitos educativos e voltados para a inclusão social de adolescentes infratores. Disse a ela que esta dinâmica de responsabilidade social poderia dar certo, uma vez que as empresas de informática poderiam ajudar com o maquinário e ao mesmo tempo obter resultados financeiros com essa política de inclusão social, pois os meninos do CEDECA/Emaús não se

¹ *Lan house* é um espaço reservado para o encontro de pessoas para acesso a Internet.

importariam de “prestar consultoria” aos “meninos que adentram as lojas de informática cheios de dúvidas quanto a que jogo comprar e seu funcionamento. Sugeri que o CEDECA/Emaús oferecesse “oficinas” de capacitação ao trabalho com os jogos, e isso atrairia muitos jovens, surgindo daí uma boa oportunidade para a inclusão dos “adolescentes infratores”.

A fala da advogada ilustra, neste caso, a forma preventiva com que são tratados os procedimentos legais para que não apresentem falhas na sua validade e fundamentação.

É necessário nesse formato de ação, preparar um plano que ofereça subsídios a um agir legitimado, mesmo que ainda não institucionalizado. As hipóteses para esse tipo de ação, os indivíduos tiram da própria plasticidade conforme aqui explicado, da “elasticidade” das normas e da generalidade delas.

O poder nessa perspectiva torna-se legítimo pela racionalidade do discurso jurídico que vai utilizando a metalinguagem do direito para tirar da norma, a contranorma, de sorte a manter-se sempre com uma fala institucionalizada. Isso ocorre a título de materialização do aqui exposto, quando direito e justiça, não raro, parecem não coincidir e ser mesmo contraditórios, sob o ponto de vista da opinião pública. Através desse processo de significação dos fatos, é que o Movimento dos Sem-Terra transformou-se em movimento social, ou ainda mais ilustrando esse processo semiótico, é o caso da justificativa para as modalidades de comportamento coletivo tomado pela sociologia como formas de “justiça popular”, o linchamento, por exemplo. Movimentos sociais são modos de conduta coletiva, orientados para a conformação da consciência social; são critérios para ação reproduzidos em ideologia, moral, religião, conceitos jurídicos, ciência, arte etc. Sua função é articular critérios com ação política, visando influir, manter ou transformar as relações materiais e ideológicas prevalentes na sociedade.

Os movimentos sociais têm origem exatamente no fluxo da contranorma que, posteriormente, poderá transformar-se em norma. Foi assim com alguns movimentos sociais já institucionalizados, como é o caso do movimento operário, consolidado pelos sindicatos e presente no art. 8º da Constituição Federal de 88. O mesmo se deu com o movimento estudantil, que ajudou a produzir normas como a lei da meia-passagem ou do uso da carteira de estudante para benefícios de meio ingresso nos espetáculos culturais, ou ainda, os movimentos ecológicos ambientalistas que, de certa forma, provocaram o surgimento do direito ambiental.

Sobre isso, Bobbio (1996. p. 20) relativiza a ideia política de Estado, ao dizer que o

Estado liberal é o pressuposto do Estado democrático, não obstante serem interdependentes nos modos de que: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.

3.3 A FLEXIBILIDADE DA AUTONOMIA LEGAL FACE À SUPREMACIA DAS CONDIÇÕES SOCIAIS.

A complexa relação que vincula de um lado, o ordenamento jurídico racional e de outro, a sociedade cujos valores temporariamente negam a racionalidade impessoal do direito e da justiça constitui determinado nível do conflito do discurso normativo. Essa constatação emerge da análise sobre o “sentimento de justiça” que informa as normas do direito. Existem processos e estruturas que atravancam ou contribuem para o funcionamento harmônico dos subsistemas sociais. Esses fatores, se combinados em suas muitas variáveis, explicam-se através da dualidade inerente à sociedade moderna que é a relação da autonomia legal com a supremacia exercida pelas condições sociais.

Se de uma margem, a linguagem dos códigos mostra-se densa, impenetrável, e o sentido da prática forense difícil de entender; de outra margem, a sociedade consegue flexibilizar essa autonomia legal mostrando-se indiferente ao direito, repudiando-o, revoltando-se contra ele, através de sua conduta “espontânea”, sob cuja perspectiva “a lógica do judiciário é irracional”.

Com efeito, a sociedade se situa sob um firmamento de regras, bem mais extenso e intrincado que qualquer ordenamento jurídico, mesmo considerando a atual condição da sociedade, em que as normas jurídicas são em maior número. Subsistem elementos interligados de legislação e costumes, anos de tradição, cultura, e expectativas que desafiam a capacidade da justiça de atender à demanda por “justiça como valor social”, sem a qual a sociedade moderna não pode sobreviver.

Há uma constatação de que o comportamento coletivo se manifesta para reparar “um mal” para o qual a norma existente parece não oferecer a resposta ideal. Faz-se, então, justiça a partir das condições sociais, que se sobrepõem ao aparato legal. Ao encontro dessa realidade é que toma corpo a opinião pública, fenômeno social inserido no contexto de estratégias de legitimação e

contralegitimação, visando mobilizar e manipular a vontade popular pela imposição de pontos de vista de determinadas pessoas ou grupos sobre os demais setores da sociedade. Esse é mais um mecanismo de realização do discurso normativo como meio de tensão social. Isto ocorre porque os indivíduos firmam seus direitos por intermédio de conflitos nos espaços públicos, nos quais demarcam suas posições, utilizando recursos institucionais pautados por instrumentos retirados do próprio discurso normativo. É a isso que neste trabalho chamo de “hermenêutica do conflito social”. Trata-se do poder que tem a sociedade de explicar os vazios deixados pela norma através dos instrumentais que retira da própria norma. É a capacidade que os sujeitos tem de explicar e fundamentar suas ações no contexto de validação social das decisões tomadas. As condições sociais são superiores à norma porque são a parte que projeta a norma no campo de aplicabilidade do direito como mediador da justiça. Essa é uma das razões do direito não se esgotar apenas na norma dogmatizada. Nisto consiste o fundamento do pluralismo jurídico que encontra outros viés de racionalidade, a cultura, os costumes, o fato social etc.

Assim sendo, as diversas esferas normativas (legislativo, administrativo e também as judiciárias), que cercam os receptores/o povo, expressam dentro de si a construção de direitos inerentes das necessidades dos direitos sociais, porque essas são superiores em relação à norma fechada. Ao final, as condições sociais exercem uma supremacia sobre a norma, forçando-a a uma flexibilização por parte dessas esferas, para atender às necessidades sociais.

Porém, isso não significa uma quebra da legalidade. Em outras palavras, isso só vem atestar que a verdadeira democracia não pode ficar impermeável aos conflitos. Bobbio (1996, p. 46) trata disso sob duas terminologias: a democracia ideal, e a democracia real. Diz ele que

a democracia real comporta elementos que obliteram o avanço de uma cidadania plena, como a sobrevalorização das representações de interesses sobre a representação política, a persistência das oligarquias, o poder invisível (corrupção, máfia), o cidadão não educado (desinteressado), o conhecimento tecnocrático, o aumento do aparato burocrático. Apesar disso, a democracia comporta os aspectos da tolerância política, a mudança de governantes pela via pacífica e a renovação gradual da sociedade por meio do livre debate das ideias e da mudança das mentalidades e do modo de viver: somente a democracia permite a formação e a expansão das revoluções silenciosas, como a transformação da relação entre os gêneros.

3.4 O MODELO DE APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS: A PONTE ENTRE POLÍTICAS NORMATIZADORAS, DISCURSO E EFICÁCIA GARANTISTA

Os conflitos entre sociedade e ordem jurídica raramente são tão grandes a ponto de ocorrer uma ruptura. O que garante isso é o modelo de aplicação dos princípios jurídicos os quais evoluem numa cadência propícia à instrumentalidade do discurso que se presta a equilibrar as “demandas normativas incompatíveis”. Por exemplo, quando um empresário insiste em vender produtos considerados da indústria “pirata”, mesmo sabendo que isso caracteriza crime contra a ordem econômica – orientando-se, nesse caso, segundo as regras de um sistema de ordem que parece tolerar a exploração de atividades ilícitas desde que “pareçam” lícitas, haja vista serem pautadas na necessidade. Essa ação não sugere que esteja sendo viabilizada uma “nova” ordem alternativa àquela a que o direito se refere. Ocorre apenas uma transição, uma passagem gradativa entre dois estados “válidos”. Um exemplo ocorre quando a sociedade compra e consome esses produtos se escondendo atrás dos fundamentos de que há uma necessidade imediata não satisfeita pelo Estado. Ou sob o argumento de que não é justo apenas os ricos terem acesso ao consumo de produtos que não teriam razões técnicas para ser tão caros, como é o caso das marcas e grifes, que só se explicam em seus preços leoninos, se analisadas as relações de hipervalorização da indústria do consumo, a partir da ideologia do poder de consumir, e não da capacidade real que envolve o custo – benefício dos produtos. Logo, se o “empresário” vende e a sociedade compra, como pode a ordem estatal agir na generalidade da aplicação da sanção, aprisionando a todos que praticam idêntico ato? Fazendo com que “metade” de certa comunidade responda pelo crime cometido? E se “todos” fazem isso, que “todos” sejam arrolados num inquérito? É nesse ponto que se apresenta o pluralismo jurídico, na busca da aplicação de princípios que possam viabilizar o equilíbrio entre a razão primordial das instituições legais, e a existência de segmentos sociais que não estão convencidos de que as instituições jurídicas realizem suas expectativas. Cittadino (1999, p.78) apresenta comentário procedente quanto ao exposto ao afirmar:

Diferentemente da modernidade, é possível apreender as sociedades tradicionais, enquanto coletividades “naturais”, como um todo homogêneo, pois ainda que seja possível analisá-las a partir de um ponto de vista

específico- religião, política, economia- todas estas noções se entrelaçam de tal forma que constituem uma realidade única, orgânica e integrada. O consenso aqui se confunde com a dimensão “natural” do agrupamento social. A sociedade democrática contemporânea não pode ser apreendida desta forma. A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas de mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio a heterogeneidade, do conflito e da diferença. Mas, é possível o estabelecimento de um consenso democrático frente a qualquer forma de pluralismo? Ou apenas um pluralismo “razoável” é compatível com a democracia? O pluralismo é algo que deve ser valorizado em si mesmo ou apenas constatado?

Com efeito, se “a razão primordial das instituições legais” é “proteger os direitos e os bens individuais frente a terceiros”, permitindo o acesso ordenado de todos e cada um a uma existência digna, e facilitando a interação harmoniosa entre as pessoas, pode ser razoável deduzir que muitos sintam que a “institucionalidade”, “a lei” os discrimina. Isto porque as dificuldades para usufruir tais garantias são insuperáveis – situação agravada quando a sociedade aceita “a hipocrisia de que nem todos têm direitos por igual”. De qualquer modo, essa percepção de desigualdade pode surgir do modo pelo qual a sociedade moderna avalia necessidades a partir da ordem organizativa e da eficiência econômica – a menos, é lógico, que a repartição desigual seja em benefício de todos (SANTOS, 2003). Por outro lado, o agravamento da situação social e econômica é o que permite concluir que não há uma ruptura, mas sim, uma transição entre sistemas de ordem ou superposição de espaços jurídicos. E que tais sistemas de ordem não se rompem ou não estão subsumidos pela supremacia das condições sociais, porque há uma ponte entre as políticas normatizadoras e a eficácia garantista que se ergue pelo discurso normativo institucionalizado. Ilustro a questão com a situação em que no ano de 2003, o presidente do Supremo Tribunal Federal criticou as propostas do governo para reformar a Previdência Social. Disse que o Executivo queria “derrubar o instituto do direito adquirido”, algo inadmissível a não ser que houvesse “uma revolução” do poder constitucional. Nesse sentido, insistiu em que contratos não são operações legais envolvendo apenas os interesses dos contratantes, mas “um” elo que estabelece de um lado, o valor do indivíduo como aquele que o cria; e, de outro lado, a sociedade, como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida. Desse modo, na ordem jurídica nacional-democrática, deve vigorar “a obrigação de respeitar o que foi estabelecido, não podendo o Estado “vir, de repente, e quebrar essa relação”.

Com efeito, a ordem jurídica só pode garantir direitos, não pode criá-los, tampouco extingui-los. A opinião pública brasileira, contudo, composta de blocos hegemônicos interessados em influenciar na criação de direitos, discordou do ministro: afirmou que as novas regras da Previdência não foram estabelecidas por causa da pretensão de regular relações “retroativamente, favorecendo quem já está integrado ao serviço público”. Insistiu que a questão deveria ser debatida, “respeitando balizas e regras do jogo”, mas buscando parâmetros para fechar a conta da Previdência “com honestidade de propósito maior e transparência”, pois “não adianta o Estado dizer que o déficit é de tantos bilhões e computar nesse déficit o que ele próprio deixou de recolher”².

Ato contínuo, o presidente do STF foi acusado de cometer “intolerável ingerência nos Poderes Executivo, Legislativo”, e os funcionários Públicos, de devorarem mais de 22% do PIB - Produto Interno Bruto com suas folhas de pagamento e aposentadorias. No Judiciário, lembrou a mídia, a média das aposentadorias é quatro vezes e meia maior que no setor privado: “Computada a qualidade do serviço público que se dá em troca, então, toma as feições de um assalto à mão armada”. Nesse momento, os advogados intervieram, acusando também: disseram que a imprensa era injusta, que “misturava conceitos” e “cerceava a liberdade de expressão” do ministro; tudo porque a imprensa queria se “aproximar do governo por conta das altas dívidas das empresas jornalísticas com a Previdência”³.

Ante o exposto, verifica-se que, na verdade, cabe aos tribunais decidir o que a lei é; assim fazendo, limitam-se à sua condição de autoridade legalmente competente, agem em nome das políticas normatizadoras. A opinião pública, por sua vez, deve se preocupar com o que a lei deve ou deveria ser, mas não tem competência para dizer que os magistrados estão “certos” ou “errados”; mas, apenas sugerir qual seria a melhor forma de julgar; agem em nome das condições sociais. O impasse só será resolvido, ou equilibrado, quando baseado na noção de justiça, o discurso formulado apresentar a diferença entre justiça como juízo de valor (subjetivo), e justiça como sistema positivo de valor (objetivo). Assim, os princípios jurídicos utilizados para pacificar a questão ergueram-se em torno do discurso jurídico de que apenas alguns se beneficiam de um bem que, de fato, é coletivo; as

² *O Estado de São Paulo*, 15 jan. 2003 (texto condensado).

³ *Jornal da Tarde*, 16 jan. 2003; *Consultor Jurídico*, 18 jan. 2003

condições de justiça para todos implicam vantagens que podem ser desfrutadas por uma maioria, sem que isso importe em prejuízo coletivo, que seria o que poderia ocorrer, caso a Previdência não fosse saneada em tempo. Conseqüentemente, a Previdência não é um sistema “justo” de distribuição de renda, se encarada a justiça sob o ponto de vista do valor subjetivo, mas, se observada a justiça como critério de norma geral de dar a cada um o que é seu, então, existe sim justiça na reforma que foi realizada. Desse modo, o modelo de aplicação dos dois princípios aqui referidos, serviram como eficácia garantista para a realização do direito posto.

CAPÍTULO 4 - O ESPAÇO PÚBLICO JUDICIAL: A TENSÃO ENTRE A FATICIDADE E A VALIDADE DAS NORMAS

OBJETIVO

Mostrar as várias teorias do discurso e da argumentação jurídica e sua atuação no controle social, e também, desenvolver pontos desta temática, a partir dos estudos em torno da ação comunicativa e dos trabalhos realizados no campo da argumentação jurídica.

4.1 A PARTICIPAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA ESFERA DEMOCRÁTICA PELA VIA DA AÇÃO COMUNICATIVA

De todas as formas de relação do indivíduo com o Estado, quer seja diretamente, quer seja indiretamente, é com o poder judiciário que o cidadão parece estabelecer uma relação de maior conflito. Várias são as razões que contribuem para esse diagnóstico. O indivíduo pode ter maior acesso, por exemplo, ao poder legislativo, porque, a partir do pacto federativo e do princípio da representatividade, os legisladores são os representantes do povo. Em tese, senadores, deputados, vereadores são a voz do povo. Essa relação ocorre até mesmo pela busca do poder de representar o povo, fazendo com que os legisladores busquem se aproximar dele, seja nos momentos de campanha política, quando ainda candidatos percorrem as cidades e interiores à caça de votos, seja após eleitos quando recebem as massas em seus gabinetes para cumprir compromissos de campanha, ou fazerem-se legitimados em suas ações como políticos que precisam de novas conquistas e novos espaços

Quadro semelhante se faz quando se trata da aproximação entre o indivíduo e o poder executivo. A relação acaba sendo consequência da própria sistemática de apresentação desse poder através das instituições que representam serviços como os de saúde, saneamento, educação, segurança etc. É inevitável, por exemplo, um cidadão ir a uma unidade de saúde, ou ainda a um porto, a um aeroporto, a uma delegacia, a um departamento de trânsito, ou a uma companhia de águas ao longo de sua vida. Essa realidade reforça a ideia de que os indivíduos estão, desde o nascimento, ligados ao Estado por necessidade, e em virtude da estrutura política de sua constituição.

Entretanto, tal regra geral de aproximação existente entre o indivíduo e o poder legislativo, ou entre o indivíduo e o poder executivo, não se aplica à relação existente entre o indivíduo e o poder judiciário. Com o poder judiciário, a ligação do cidadão se constitui de forma distanciada, ou pelo menos, na consciência do cidadão, essa relação não existe e pode não existir ao longo de uma vida inteira. Isso porque o cidadão vê no poder judiciário a representação de uma força mais que julgadora. Ele vê no poder judiciário a representação de muitas forças que se fazem em torno da justiça: punição, dinheiro, conhecimento, status, sorte, nível de instrução e a justiça como é, propriamente, ou como deveria ser. Ao entrevistar seu J.P.F., ele assim define essa realidade:

Quando a árvore caiu na mureta da minha casa e quebrou todo meu portão, destruiu o carro do meu filho que estava estacionado e matou meu cachorro que vigiava a propriedade, pensei que não fosse tão difícil conseguir meus direitos de cidadão porque dias antes a associação de moradores já tinha avisado à Secretaria do Meio Ambiente de que havia 3 mangueiras com a raiz podre e que providências tinham que ser tomadas. [...] Fui na Delegacia, na Defensoria, tudo parecia que iria ser rápido, mas quando o advogado entrou com a ação pedindo a indenização pelos prejuízos, a coisa começou a dar para trás. Os homens me mandavam de um juizado pro outro. O advogado só me dizia: “Calma, seu J.! O poder judiciário é assim mesmo. “Foi, aí, que eu pedi para falar com o juiz e me disseram que não era tão fácil como eu imaginava. [...] mas, Dra, eu só queria que ele me confirmasse se eu ia ou não ia conseguir a indenização, porque eu sou feirante e meu trabalho é de manhã, justo na hora de ficar esperando na justiça, e um dia de trabalho é pão que falta na mesa. (J.P.F. - feirante).

Na fala de seu J.P.F. está um relato diário do que ocorre nos espaços judiciais: o cidadão em meio à dúvida quanto a se vai ou não conseguir a justiça que já lhe foi dita existir para determinado caso. É fato, contudo, que o discurso jurídico que leva tal cidadão a procurar pelo poder competente para consolidar seus direitos, também é o discurso que o leva a desistir de tais direitos. Numa dialética necessária, observa-se que o mesmo Estado que deixa de fiscalizar as árvores quanto à sua resistência (através do órgão competente- SEMA). É também o Estado que parece “destruir” a esperança de justiça do cidadão.

Todavia existe outra análise que precisa ser proposta quando se trata do poder judiciário e como este se relaciona com o cidadão, e esta passa por uma abordagem mais específica, que é o que diz respeito ao acesso à justiça.

Numa ampla abordagem, o acesso à justiça tem o sentido de assistência jurídica em juízo e fora dele. Não deve ser apenas uma função atribuída ao poder

judiciário no âmbito dos tribunais; deve abranger não só os conflitos, mas alcançar os serviços de informação e de orientação por especialistas das várias áreas que perfazem o ordenamento jurídico existente, para com isso evitar que o cidadão se perca em direitos garantidos pela ordem vigente.

Assim, é de enfatizar-se que o acesso à justiça não deve se fazer somente como sinônimo de acesso ao judiciário e a suas instituições, mas sim, a um conjunto muito mais abrangente de direitos. Cesar (2002, p.49) coloca essa conceituação em evidência quando dispõe:

dentro de uma concepção axiológica de justiça, o acesso à lei não fica reduzido ao sinônimo de acesso ao judiciário e suas instituições, mas sim a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, não restritos ao ordenamento jurídico processual.

Essa apurada sintonia com outros mecanismos estruturais e organizados dentro dos espaços do saber local, talvez, seja uma das soluções para se evitar que o conflito se estabeleça, até mesmo evitando que o mesmo chegue aos degraus do poder judiciário. Essa fluência comunicativa entre os vários setores que compõem a estrutura do Estado é o que falta para que a tensão provocada pelo discurso que afasta o fato da norma seja diluída através da ação comunicativa, que na perspectiva de Habermas, é a instância na qual os cidadãos agem em conjunto e conversam entre si com vistas a formarem convicções comuns (Habermas, 1981, p.34).

Notadamente, o acesso à justiça é um direito fundamental do cidadão assegurado na Constituição, quer seja justiça como juízo de valor (sentido subjetivo), quer seja justiça como sistema positivo de valor (sentido objetivo). O discurso jurídico que assegura os meios de garantia do acesso à justiça é, assim, um discurso que envolve todos os poderes, e não apenas o poder judiciário. Mesmo porque a retórica jurídica que envolve esse discurso, quando não realizado, traz impactos muito sérios para a sociedade em geral, se considerados os altos custos de um processo tanto para o cidadão em particular quanto para a sociedade como um todo, que é quem custeia o oneroso aparato judicial. Outro impacto que vale considerar também é a desgastante demora na tramitação dos feitos, desde a saturação da relação do indivíduo com o Estado até as perdas dos direitos dos cidadãos que se veem massacrados pelas necessidades básicas, a exemplo, de perdas como uma simples aposentadoria, ou uma ínfima indenização por uma árvore caída por omissão do poder público. Ou ainda, um tratamento médico não

custeado pela Previdência e Assistência Social após 30 anos de contribuição aos cofres públicos, ou quando alguém paga por um crime que não cometeu após comprovada a falha do poder judiciário.

Outra consequência preocupante dessa retórica, materializada por discursos que não se realizam, é a constrangedora e desestimulante busca do cidadão por justiça nos Fóruns e nos Tribunais sobre um direito legitimamente efetivado e positivado pela Constituição, um direito fundamental, portanto. O fato é que, se o direito é líquido e certo, por que o sujeito tem que lutar por ele? Não seria função primeira do Estado garanti-los sem maiores conflitos?

A expressão “acesso à justiça” ganha um teor de difícil definição, mas deve levar a duas conclusões básicas, a saber: é o sistema pelo qual as pessoas reivindicam seus direitos, e é também um meio de resolver seus conflitos sob os auspícios do Estado. O sistema deve ser igualmente acessível a todos, devendo produzir resultados que sejam para o indivíduo em particular, e que seja socialmente justo – que promova a justiça social.

Apenas pela convergência dos significados de acesso à justiça, como acesso ao poder judiciário e acesso à justiça como uma ordem de valores que envolvem toda a estrutura de Estado, o chamado consenso comunicativo, é que será possível sanear esses espaços de conflito. Sobre isso, Habermas (1981, p.105) destaca o fato de que Estado e sociedade podem se complementar na construção de um único discurso, o discurso do consenso, pois é isso que fará com que todos saiam ganhadores. Ele diz que:

a soberania contemporânea precisa tornar-se fluida comunicativamente, fazendo-se valer através do poder de discursos públicos que nasçam de estruturas autônomas de público, e tomando corpo nas decisões democraticamente constituídas da formação de opinião e vontade. Assim, os procedimentos democráticos estabelecidos dentro do Estado democrático de direito permitiriam esperar resultados racionais, na medida em que a formação de opinião informal surja de estruturas autônomas do público.

Atualmente, muitos passos já foram dados em direção a esta necessária posição unânime quanto ao fato de que o acesso à justiça não pode se limitar a um direito à ordem jurídica. Ou seja, acesso à justiça não é apenas processo, ou a mera possibilidade de ingresso em juízo com ações para cá e para lá. Na verdade, o discurso que se reproduz pelo Estado e que tem absorvido a confiança de uma parte da sociedade, é o de que o acesso à justiça envolve a proteção a qualquer direito, sem restrições. Não basta apenas o acesso aos tribunais, mas sim, o garantismo

material desses direitos assegurados a todos, independentemente de condição social.

De algum modo o discurso jurídico vem sendo aprimorado na construção da esfera democrática pela ação comunicativa. Isto se verifica nas discussões sobre uma série de fatores que estão incluídos neste discurso: a estrutura da instituição do poder judiciário, que quer se democratizar, abrir-se ao cidadão, e trabalhar com meios legais adequados, que ensejem a agilização dos processos para que o cidadão seja logo atendido e ajudado em suas necessidades, a participação dos órgãos estatais ao orientarem e informarem sobre o direito de cada um, como é o caso da reformulação das atribuições da Defensoria Pública, e a cobrança de uma atuação avançada por parte do Estado que, realmente, esteja voltada para a solução dos conflitos, com uma nova mentalidade e visão de justiça.

A respeito do discurso do consenso a entrevista com um juiz da vara civil da capital do Pará, pode ser esclarecedora:

[...] A população mais desinformada é quem reclama mais da justiça pois não sabe por onde ir, porque basta observar as estatísticas e os números de atendimentos que diariamente se fazem aqui no fórum. Posso garantir que hoje as coisas mudaram ou estão mudando; a população já sabe seus direitos e quem busca esses direitos mais cedo ou mais tarde os têm alcançados. O discurso do poder judiciário está se atualizando porque o modelo de Estado que se adota hoje, é um modelo de Estado conciliador, portanto, mais do que nunca trabalhamos para a conciliação. Por isso que, às vezes, o cidadão sai daqui insatisfeito, porque nem sempre ele busca o verdadeiro direito. Inúmeras vezes, principalmente nas questões de família, o indivíduo quer vingar-se ou simplesmente sair ganhando, e se a gente não parte para a “briga” eles dizem que o judiciário não está se interessando pelo caso [...].
(R.S. Juiz de direito da capital Belém).

O discurso que torna possível essa aliança democrática precisa ser muito bem fundamentado de argumentações e convencimentos, porque há duplos ou múltiplos interesses em questão. Se por um lado o acesso à justiça não é apenas o acesso ao poder judiciário, boa parte da população não sabe, não pensa, e nem sente assim. Este é um ponto inicial de conflitos. Por exemplo, quando o cidadão não consegue atendimento médico em um hospital público para uma questão grave, e busca o Ministério Público para fazer valer seu direito e este atua em defesa do cidadão, o sujeito acha que foi atendido pelo poder judiciário. Se ele conseguir ter atendidas suas necessidades, ele não vai questionar ou se interessar por descobrir como agiu o Ministério Público, ou quem foi o promotor que o ajudou. Para o

cidadão comum “foi a justiça que mandou” ou foi “o juiz” que ordenou. Por outro lado, se ele não for bem sucedido em sua necessidade de atendimento, só existe uma fala, que é a de que o poder judiciário não vai bem. Na verdade, a população designa genericamente de justiça, a todos os organismos do judiciário. E a toda autoridade competente de quem ela obtém respostas, tende a chamar de juiz. Esse foi um dos pontos constantes observado nas entrevistas. Esta foi a razão pela qual identifiquei na relação do indivíduo com o Estado, um símbolo que se concentra no poder judiciário. As falas distintas colhidas nos fóruns de Castanhal, Ananindeua e Belém ilustram isto, bem como as expectativas da população quanto ao judiciário:

[...] O cara bateu meu carro por trás, acabou com a traseira; fiz logo a ocorrência na delegacia porque ele fugiu, mas eu tinha anotado a placa. Quando o delegado mandou seguir o inquérito pro juiz resolver a parada, ao invés de mandar o cara pagar o que me devia, ele ficou perguntando o que o cara fazia, se tinha seguro, porque tinha fugido. Ah! Dra, esse papo de mediação e arbitragem não dá certo não. Se o cara é o juiz e manda em tudo, ele tinha que mandar o cara pagar o prejuízo ali mesmo, e se não pagasse iria preso. Mas, a sra. Sabe como é o poder judiciário: os caras falam bonito, a gente não entende muito e eles acabam não fazendo a justiça. Pra mim, juiz tinha que ser igual a delegado, falar grosso e nada de querer conciliar tudo . C.S.A – usuário da justiça do fórum de Ananindeua – PA).

[...] no primeiro dia que eu falei com a defensora ela me garantiu que iria ter minha filha de volta; ela fez tudo direitinho, chamou meu ex-marido, chamou minha sogra, disse que eu tinha direito como mãe de ficar com a menina, e o pai deveria pagar a pensão para a criança, já que a família dele e ele tem muitas posses; mas aí, quando o caso chegou na mão do juiz, acho que eles compraram o advogado, ou o juiz não fez a parte dele. A verdade é que eu perdi a guarda, porque eles alegaram que eu sofria de depressão e isso não era bom para a menina; eu falei algumas coisas lá, mas fiquei com medo do juiz, que falava bonito e eu não entendia muita coisa. Não sofro nada de depressão, estou triste porque perdi minha filha pro meu ex-marido e minha sogra e por isso, acho que qualquer mãe ficaria deprimida[...]. D.A.S – usuária da justiça. Fórum – Belém-PA

[...] quando o juiz começou a falar, eu não sabia e respondi no meio da pergunta dele pro meu vizinho, mas assim calmamente; ele deu um berro e disse que só não mandaria me prender por desacato à autoridade porque eu estava grávida. Mas disse que ali só quem podia falar era ele. Eu não disse nada de mais Dra. Eu só disse que meu vizinho tinha invadido 3 metros do meu terreno e que eu podia provar com a escritura da minha propriedade, o que eu não sabia é que no poder judiciário o cidadão tem que ficar calado o tempo todo. No fim, eu acabei ganhando na primeira instância, mas o bandido do meu vizinho recorreu, por isso estou aqui de novo. (M.N.R.F – usuária da justiça – Fórum Castanhal –PA).

Nos três relatos vê-se que o foco nas questões de justiça é sempre o poder judiciário. Por isso é que o discurso do direito tem-se voltado para estabelecer a conexão entre os interesses, tanto de quem busca a justiça quanto de quem faz a justiça como profissão. E já é possível indicar uma das respostas ao questionamento sobre como o Estado atua no meio da tensão entre o fato e a norma: o poder judiciário vem-se reformulando e propondo maior aproximação com todo o sistema organizacional do Estado e, através de ações conjuntas, ainda que tímidas, vem formulando um discurso jurídico que busque afastar a desconfiança dos cidadãos frente às instituições públicas. Faz isso através das ações da chamada justiça solidária, justiça itinerante, e mais especificamente, através dos juizados especiais que são instalados fora dos ambientes dos fóruns, fazendo com que a população se sinta mais perto da justiça. O discurso jurídico tem-se voltado para o cidadão através de instrumentos mais populares como a televisão, as ações em praças públicas (ações de justiça solidária) e canais abertos de comunicação, apresentando com números de telefones disponíveis para que o cidadão possa ligar e informar-se.

Mas um real acesso a uma ordem jurídica justa passa pela reforma do judiciário. Este enfrenta problemas estruturais e históricos que interferem diretamente na questão da justiça. A morosidade na prestação jurisdicional não é um problema que se resolva com boa vontade, passa sobretudo por carências de recursos materiais e humanos, ausência de autonomia efetiva dos poderes e outros. Isto porque não é só o poder judiciário que promove o acesso à justiça, como já visto neste capítulo. Por outro lado, também a centralização geográfica das instalações do poder judiciário concorre para isto, muitas vezes, dificultando o acesso da pessoa que mora na periferia; e, principalmente, o corporativismo dos membros do judiciário e a ausência de um controle externo por parte da sociedade. Sobre este último fator, a sociedade tem muito a evoluir para melhor cobrar seus direitos. E, enquanto isto não ocorre, recebe um discurso jurídico para ela desenhado, de forma participativa porque o acolhe, mas de forma pouco consciente porque sobre ele pouco interfere, a ponto de mudar em profundidade o modelo de acesso à justiça ora realizado.

O quadro, entretanto, não é dos mais coletivamente inertes. Atualmente, a criação de juizados especiais foi de grande valia para se melhorar o acesso à justiça. Nesses espaços se solucionam conflitos de pequena monta ou de determinados casos menos graves, como o julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menos poder ofensivo. Tais juizados

especiais cíveis e criminais têm sido instrumentos agilizadores da prestação jurisdicional e um passo para a valorização da cidadania.

Em torno dessas novidades oferecidas à população com o surgimento da Lei 9099/95 que trata dos juizados especiais, é possível identificar uma conclusão secundária sobre o questionamento de como se estruturam as organizações responsáveis pela formulação de discurso que torna possível a aliança entre o Estado e a sociedade. É simples: embora elas não sejam capazes de resolver completamente o problema do acesso à justiça, apresentam ao povo razões para que este creia que isso está a caminho, através de um discurso aproximador e argumentativamente estratégico, capaz de convencer a sociedade, pelo menos num primeiro momento. Quando surgiu para o cidadão a lei que trata dos juizados especiais, o argumento maior utilizado foi o de que a justiça é do cidadão e em favor do cidadão. E que esses juizados devem ter como principal meta estimular uma solução pacífica do processo, usando o direito como meio de educação social do povo, facilitando o acesso dos menos favorecidos à solução de seus conflitos sociais pela via judicial.

Quando fiz um levantamento junto a um desses juizados e colhi algumas informações das pessoas, constatei um razoável nível de satisfação por parte delas. Contudo, o mais surpreendente foi detectar como a via da ação comunicativa tem sido o pano de fundo desses juizados. Isto decorre do fato de que eles direcionam ações para a pacificação dos conflitos através de mediações e arbitragens que tornam o processo mais célere e ágil, contribuindo para que o cidadão obtenha, mais rapidamente, a ajuda de que necessita. A participação do judiciário na esfera democrática sobre a qual trata este capítulo visa, exatamente, a mostrar como, através do discurso orientado pelo entendimento, ocorre o agir comunicativo disposto na tese habermasiana. Não se trata de afirmar que os indivíduos chegam a um consenso simplesmente por terem objetivos comuns. Trata antes, da situação na qual os participantes de determinadas relações sociais unem-se em torno da pretensa validade de suas ações de fala, ou constatarem dissensos, os quais eles, de comum acordo, levarão em conta no decorrer da ação mediadora do conflito. A validade pretendida pelos proferimentos dos envolvidos no processo da relação social é o que justifica o discurso e torna as ações com pretensões de verdade. Distingue-se, portanto, da mera validade social dos padrões provenientes dos atos de fala que não estejam no contexto e no nível do consenso comunicativo.

Um juizado especial, localizado no bairro do Jurunas - Belém, presta assistência jurisdicional no campo dos direitos do consumidor. Apenas no mês de Novembro de 2007 foram sentenciados 90 casos envolvendo consumidores de serviços de telefonia móvel contra uma empresa prestadora do serviço, todas tratando da mesma situação: o consumidor foi lesado na conta telefônica com impulsos contabilizados a maior.

Seu N. D. S. é funcionário do local, e assim manifestou-se:

[...] agora, até que a coisa melhorou pro lado dos pobres usuários de celular, porque as empresas viram que os juízes não “refrescaram” e começaram a respeitar o consumidor; mas, se a sra. ficar aqui um dia inteiro vai ver que parece que a mesma empresa atendeu às mesmas pessoas, porque o problema é o mesmo; a empresa mandando uma conta para o usuário que não usou o serviço da maneira que a empresa sugere na conta. (N.D.S. – funcionário público- Belém).

Há muitas razões para insatisfação nas relações entre os usuários e os serviços de telefonia. Porém, a resposta genérica proferida nos meios de composição desses conflitos, especialmente nos juzizados, é comumente o acordo entre as companhias telefônicas e os consumidores. Inúmeras variáveis podem explicar esse quadro: a pressa do consumidor em livrar-se do problema, a falta de tempo que consome as pessoas nos dias de hoje, fazendo com que elas escolham o caminho mais curto para suas pretensões; a falta de dinheiro para cobrir o trabalho de um profissional que possa garantir a ação. Mas, em geral, o acordo vem do próprio convencimento do consumidor, a partir da retórica construída através do discurso jurídico do consenso, no qual, ao litigante numa relação de consumo, é apresentada a força da mediação elaborada pelo Estado. Contribui, assim, para um discurso incisivo de convencimento do consumidor e mostra a este que ele só tem a perder não aceitando a composição pacífica do conflito. Por outro lado, a pretensão de validade do interesse das partes é o que conta como última ratio.

4.2 A CONEXÃO NECESSÁRIA ENTRE A FATICIDADE E A VALIDADE DA NORMA

Se por um lado afirma-se que o acesso à justiça não se faz apenas através do poder judiciário, e sim através de toda estrutura pública de realização da justiça, com o objetivo de integrar a esfera privada e a esfera pública, por outro lado afirma-se que as normas devem ser entendidas, vistas e praticadas como um caminho solucionador de acesso à justiça. Como diz Torres (2005, p.88):

não se pode esquecer que a maioria da população é simples e humilde, vive num ambiente em que é compreensível a existência de desacertos, conflitos, contrariedades, mas que o direito deve garantir a convivência pacífica, e que a justiça deve estar presente em todos os lugares. Por isso, esse sistema produz resultados e faz surgir alternativas de soluções de conflitos.

Tal constatação, porém, reveste-se de uma variedade de aparentes contradições porque é fácil comprovar certa largura entre o que está contido na linguagem normativa e seus aspectos de validade e o que a vida, os cidadãos, enfim a sociedade produz como fatos na forma de “mundo de vida”, como refere Habermas.

Sobre essa lacuna entre a vida em seu estado natural e a norma em sua apresentação formal, Dona C.M.C assim se expressa:

[...] Quando descobri que meus filhos vendiam petecas de crack já foi lá no Ministério Público, na presença do promotor, que me disse que eu como mãe deveria cuidar melhor dos meus filhos e não deixar eles irem para rua. Como que posso conseguir isso com meninos de 13 e 14 anos e eu com 9 lavagens para fora pra sustentar eles e os outros 3 menores? Bem que tentei um trabalho pra eles no mercadinho, mas o gerente falou que a lei proíbe trabalho infantil. Então, não tem vaga no colégio perto, não posso pagar transporte, e eles não podem trabalhar. O que eu vou fazer pra ocupar esses meninos ?. (C.M.C _ doméstica atendida pelo serviço de assistência social da FUNPAPA – Belém – PA).

A situação de Dona C.M.C, é a mesma de um sem-número de mulheres que trabalham, e não têm como dar assistência efetiva aos filhos. Essa é a faticidade, essa é a vida explodindo nas esquinas. Seria equivocado afirmar que para todo e qualquer fato haverá uma norma válida para a pronta utilização. Norma válida é aquela que cumpre com uma adequação ao ordenamento jurídico por ter sido criada pelo processo legislativo próprio. Mas, sem dúvida nenhuma, que o discurso jurídico predominante, é o de que o Estado tutela e protege a sociedade, e as normas jurídicas servem de instrumentos de controle social. Debaixo dessa análise, será possível avaliar as consequências da retórica jurídica nas relações sociais.

Inicialmente, detecta-se que a conexão necessária entre os fatos e a validade da norma não é expressa, não é visível, não é perceptível pelo cidadão mediano. Tanto que, num primeiro momento, a ideia que se tem é a de que o conflito existe porque a validade da norma não consegue alcançar os fatos; se os meninos não tem escolas porque não há vagas no bairro, por que não se abre uma exceção para que eles trabalhem? Seria esse um possível questionamento. Ou ainda, o que é melhor para o Estado, que os garotos trabalhem e ajudem a mãe ou que fiquem pelas ruas,

já que ela tem muito que trabalhar e também cuidar de outros três filhos? Ou ainda, se a Constituição estabelece o ensino até os 14 anos como obrigação do Estado, por que não se providenciam soluções pelo próprio Estado, estimando o número de alunos por bairro, ou talvez, providenciando meios que viabilizem transportes gratuitos para escolas mais distantes?

A distância entre a faticidade e a validade das normas é, em muito, mitigada pela retórica jurídica; tanto pela linguagem, quanto pelos símbolos que representam a justiça, assim como também pelo discurso do direito. Sobre isso diz Bourdieu (2007, p.213):

Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial. Mas, por mais que os juristas possam opor-se a respeito de textos cujo sentido nunca se impõe de maneira absolutamente imperativa, eles permanecem inseridos num corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas, que estão à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações. E a concorrência entre os intérpretes está limitada pelo fato de as decisões judiciais só poderem distinguir-se de simples atos de força política na medida em que se apresentem como resultado necessário de uma interpretação regulada de textos unanimemente reconhecidos [...] a justiça organiza segundo uma estrita hierarquia não só as instâncias judiciais e os seus poderes, portanto as suas decisões e as interpretações em que elas se apóiam, mas também as normas e as fontes que conferem a sua autoridade a essas decisões.

Ao afirmar que a distância entre a faticidade e a validade da norma é mitigada pela força de discurso, entendo que isto ocorre porque a construção do discurso jurídico se faz a partir da integração dos vários elementos que compõem o campo jurídico. Mas, acima de tudo, se faz, a partir da ação comunicativa, a coerência linguística de influência psicológica e estratégica que leva em conta o entendimento como mecanismo de coordenação das ações do Estado que fala e do cidadão cuja fala se faz refletir através da fala do Estado. O que quero dizer, é que o texto da norma não é o tudo do qual se fala. O texto é apenas um instrumento simbólico que abre caminho para um universo interpretativo do qual se extrairá a norma e sua validade. É só desta maneira que é possível fazer a tão necessária conexão entre faticidade e validade, entre o que a sociedade faz e o que a norma prevê como disciplina voltada para este fazer.

Assim, quando dona C.M.C for convencida, através do aparato público judicial de argumentação das razões do Estado para que seus filhos não trabalhem enquanto crianças, ou quando a ela for dito que há sim escola para seus filhos, basta que ela procure o Ministério Público, e uma ordem será dada para que os mesmos sejam matriculados, ou talvez, de que ela pode buscar ajuda nos órgãos

públicos de assistência social, podendo fazer parte de programas voltados para sua carência (a exemplo; bolsa família, bolsa escola, vale leite etc.), identifica-se, então, a instrumentalidade do consenso trazida pela riqueza da construção argumentativa que formula o consenso sobre o qual expus ao tratar da ação comunicativa, de Habermas.

4.3 O FUNDAMENTO E A LEGITIMIDADE NA VISÃO DE HABERMAS

Ao iniciar este ponto, farei algumas considerações em torno do conceito de direito subjetivo e, ao mesmo tempo, em torno do conceito de justiça, pois estes dois são relevantes para a discussão da problemática da validade e da fundamentação das normas.

O Direito subjetivo corresponde ao direito que o sujeito tem de demandar no âmbito da ordem vigente seus direitos. O direito subjetivo estabelece os limites no interior dos quais um sujeito está justificado a empregar livremente a sua vontade (Habermas, 2003, p. 113). Os direitos subjetivos asseguram as liberdades de ação iguais para todos os indivíduos ou pessoas jurídicas tidas como portadoras de direito.

No art. 4º da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão, de 1789, é possível ler o seguinte: “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica a um outro. O exercício dos direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo de iguais direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis”. Deste documento de validade universal se depreende que, embora os homens tenham total liberdade de ação, essa totalidade encontra limites na liberdade do outro. Inicialmente, a conclusão é a de que os direitos subjetivos encontram outros direitos subjetivos. Logo, o direito de um começa onde termina o direito do outro. Por outro lado, se a liberdade consiste em fazer tudo o que não prejudica o outro, como aferir o que se torna prejudicial ao outro? Ou, como tratar de direitos subjetivos que possam ser resguardados dentro dos limites de cada indivíduo, mas ao mesmo tempo satisfazendo a uma ordem coletiva? Essas questões vão ao encontro da determinação de um conceito de justiça que possa explicar como dar a cada um o que lhe é devido.

Ao estabelecer o primeiro princípio da justiça, Rawls (1971, p. 81) escreveu a seguinte máxima: “Todos devem ter o mesmo direito ao sistema mais abrangente

possível de iguais liberdades fundamentais”. Se a justiça se faz a partir do atendimento de cada indivíduo no exercício de seu direito subjetivo, sob o conceito legal de justiça todos teriam os mesmos direitos. Sob essa análise, para a sociedade funcionar, o direito teria que se construir sob um pluralismo, que pudesse atender a cada um e a todos ao mesmo tempo; esta possibilidade leva à conclusão de que, definitivamente, estar-se-ia diante de uma utopia, se o individual não cedesse lugar ao coletivo. É a necessidade coletiva que faz com que os indivíduos cedam e pactuem limites à atuação do direito subjetivo. Somente sob essa concepção de dar prioridade ao coletivo é possível atingir um formato de justiça.

A coletividade é quem, desse modo, deve apontar as decisões que, majoritariamente, identifiquem a justiça concebida para determinada sociedade e relacionada ao campo jurídico, conforme descrito por Bourdieu. Em meio a esse contexto, o discurso, a linguagem, a retórica utilizada pelo direito constituem-se em instrumento mediador essencial.

Ao considerar o papel do discurso como instrumento mediador das políticas normatizadoras e sua eficácia em garantir o mínimo existencial, procuro trazer a lume uma questão central: como se estabelecem as ligações entre os interesses de quem formula o discurso e os interesses de quem recebe o discurso? Ou como se estruturam as organizações responsáveis pela formulação do discurso que torna possível essa aliança? Como o poder institucionalizante se aproxima do sujeito institucionalizado? Infere-se ser esta uma interação ensejada pelo discurso, porque somente a argumentação discursiva permite a aproximação razoável de polos, aparentemente tão antagônicos, mas que implicam um consenso. Resta apenas definir o que é este consenso.

Nesse contexto se apresentam as ponderações de Habermas sobre verdade e validade no campo da linguagem. A verdade é uma expectativa de validade que se revela fundada no curso de um processo de argumentação discursiva. Habermas defende que uma afirmação verdadeira é aquela em torno da qual se produz um consenso razoável, no contexto de um discurso teórico. E uma afirmação válida é aquela que se justifica à base de um consenso razoável, no contexto de um discurso prático. Ele constrói uma teoria crítica da sociedade a partir de uma pragmática linguística formuladora de sua concepção de racionalidade. É assim que ele apresenta a fundamentação do direito no âmbito da teoria do agir comunicativo relacionando tal fundamentação ao que ele chama de mundo da vida, que consiste

no processo de entendimento no qual diferentes pessoas se entendem a partir de um pano de fundo comum sobre algo no mundo objetivo dos fatos, no mundo social das normas de ação e no mundo subjetivo das vivências (Habermas, 1981, p. 182).

A base da teoria da ação comunicativa é responder à questão sobre como podem os homens libertar-se das situações de alienação e despolitização, tornando-se capazes de participar da gestão de um compartilhamento comunicativo do poder. Ele afirma que um dos meios de emancipação desse estado de dependência das forças da estrutura estatal é através da via comunicativa. Em outras palavras, para a superação desses grilhões institucionais e sociais que impedem os homens de construir sua própria história, é necessário conhecer e apropriar-se dos meios de elaboração dos processos de validade e verdade que conduzem o poder político. Habermas propõe a mudança de paradigma – que se fundaria não mais na perspectiva da transferência de poder político do cidadão para instâncias representativas oficiais. Mas sim, no fato de o cidadão assumir o poder político pela própria cidadania, tornando-se um sujeito do conhecimento, agindo como interlocutor intersubjetivo que forma e dá sentido à própria existência. O cerne da questão para ele está no uso da racionalidade, na realização das condições comunicativas que orientem ações com pretensões de verdade e de validade, com o auxílio das possibilidades e virtualidades que a linguagem oferece.

O agir comunicativo envolve ações ou suposições materializadas pela fala dos indivíduos nos grupos na busca de um consenso, mesmo que para isso, esses atores apresentem suposições contrafactuais. Ou seja, que orientem seu agir por pretensões de validade do que dizem, e nem sempre pela concretude dos fatos. Essa construção de validade se solidifica a partir de uma ordem social, pois se o que o indivíduo busca é bom para todos, está aí o consenso que pode transformar essas pretensões de validade em verdades normativas. Isto porque o que os sujeitos buscam no consenso do agir comunicativo, só é viável de realização no contexto de fatos que sejam de interesse coletivo.

Numa preliminar, pode-se concluir que a tensão entre a faticidade e a validade, embutidas no processo comunicativo, depende do modo como os indivíduos estão socializados comunicativamente; se afastados de uma busca do consenso, a tensão será maior; se aproximados de um consenso provocado pelo agir comunicativo, a tensão será menor. Ou mesmo, pode não existir tensão, pois

esta será estabilizada de maneira estratégica pela integração social realizada por intermédio do direito positivo instrumentalizado pelo discurso.

Assim, outro ponto levantado nesta tese já é possível concluir, qual seja, se as leis são formuladas por homens do povo na qualidade de representantes do povo, como podem elas ter um aparato linguístico de tão difícil alcance pelo cidadão comum? A resposta se faz na observação do fato de que, quando as vontades ou necessidades dos indivíduos são discutidas no plano coletivo dentro do universo legislativo, elas são coordenadas num plano de ações estratégicas que possam e devam representar o entrelaçamento das necessidades de todos os cidadãos. E isto, ainda que sob padrões de apresentação diversos, mas debaixo da mesma ordem social. Nesse contexto a linguagem é utilizada como o médium para a consecução de tais ações. O médium exercido pelos instrumentais da linguagem vai influenciar a fala dos indivíduos contida nas leis, porque vai neutralizar as vontades individuais convertendo-as num discurso geral de consenso. É como se as forças ilocucionárias das ações de cada indivíduo assumissem um papel coordenador de várias ações que se traduzem pela norma positivada, a quem cabe exteriorizar o consenso existente no interior das múltiplas vontades. É nisso que consiste o fundamento e a legitimidade. Os indivíduos negociam interpretações comuns das situações que lhes são comuns e buscam harmonizá-las entre si, através de planos constituídos pelo entendimento. O consenso, porém, não é algo originado das essências ilocucionárias¹, quer dizer, o consenso não se estabelece pelo mero encontro de ideias provocadas por um grupo social que tende a se relacionar com base em explicações lógicas ou conceituais. Mas sim, o consenso é trabalhado pelo direito positivo no momento em que este desenha condutas a serem seguidas pelos indivíduos e essas são tipificadas nas leis. O direito positivo atua na organização interna dos consensos, produzindo conceitos de validade que serão assimilados a processos fáticos de consciência.

No trecho extraído de um processo do TJE-PA é possível destacar como as condições comunicativas da prática da argumentação contribuem para a estabilidade das pretensões de validade tendo como fundamento a utilização do direito positivado, e o poder ilocucionário dos atores (proc. n.2008.1000.799-9).

¹ Expressão usada para indicar que o que foi dito pelo falante foi por ele realizado. As forças ilocucionárias são manifestas pelo poder de verbalizar e realizar aquilo que se verbaliza.

Trata-se de uma decisão interlocutória (decisão no curso de uma ação), referente a uma questão que tem exigido das autoridades administrativas e judiciais uma resposta urgente: A superlotação das cadeias públicas. O processo, que apresento para análise, envolve a superlotação e a necessidade de reforma e ampliação da carceragem de uma seccional urbana. O Ministério Público havia ajuizado uma ação civil pública exigindo que se interditassem as celas da seccional urbana em razão do elevado índice de insalubridade atestado pelo CPC- Renato Chaves no qual os peritos haviam concluído que a carceragem não apresentava condições de manter custodiados presos em suas instalações, devido à superlotação carcerária ali custodiada e as condições de iluminação, ventilação natural, hidrosanitárias e elétricas, representando riscos consideráveis à saúde dos detentos e sua integridade física. O MP expediu ofício à SUSIPE- Superintendência do Sistema Penal, solicitando que os presos provisórios de justiça fossem transferidos para locais adequados, até que a referida seccional urbana fosse ampliada e reformada. A SUSIPE relatou a impossibilidade de transferência dos presos em razão da insuficiência de vagas nas casas penais do Estado. Na análise da ação civil pública o juiz proferiu a seguinte decisão interlocutória²:

Os fatos narrados não se mostram inéditos perante o Poder Judiciário. Esta vara da fazenda pública já foi alvo de outras apreciações, onde as insuficiências do Poder Público, no tocante ao cumprimento das determinações constitucionais referentes aos direitos fundamentais, foram questionadas.

Por tal razão, torna-se necessário, e até mesmo imprescindível, salientar que este juízo fixou três premissas em julgamentos anteriores, referentes à questão do cumprimento estatal de seus deveres constitucionais relativos à saúde.

A primeira premissa, no sentido de que a saúde é um direito fundamental do cidadão, por força da indivisibilidade dos direitos humanos, conforme expressamente manifestado nas Conferências Mundiais de Teerã (1968) e Viena (1993), oportunidade em que os direitos humanos foram reafirmados como integrantes de um núcleo indivisível e universal.

A própria Constituição Federal de 1988 é clara nesse aspecto, ao fixar que o rol previsto no art. 5º não é exaustivo, estabelecendo, no parágrafo 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do

² Decisão no curso da ação processual.

regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, tendo o legislador constituinte estabelecido no art. 1º os princípios que fundamentam nosso Estado Democrático de Direito, nele incluindo a cidadania e a dignidade da pessoa humana, naturalmente nos é fornecida a lógica interpretação de que a saúde, enquanto elemento integrador da compreensão de uma vida digna, caracteriza-se como direito fundamental para o alcance da cidadania.

Esse é, indiscutivelmente, o entendimento da política perseguida pelo Estado Brasileiro, tendo em vista que, durante a Conferência Mundial de Viena, “a Delegação do Brasil observou que os direitos humanos têm impacto, uns no exercício de outros, e recordou a ‘simultaneidade da adesão’ do país aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, a revelar ‘a interrelação e a indivisibilidade que atribuímos a tais direitos” (TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos, vol. I, 2ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 288/289. O autor se reporta ao discurso proferido pelo Exmo. Sr. Mauricio Correa, Ministro da Justiça e Chefe da Delegação Brasileira, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, 1993).

Ainda sobre a dignidade, ressalte-se que como condição indissociável da própria existência humana, não deve ser negligenciada pelo Poder Público na tônica da punição taliônica, desprezando-se o direito dos presos. Nesse sentido, a doutrina de Ingo W. Sarlet (2004, p. 43-44):

Alem disso, como já frisado, não se devesse olvidar que a dignidade – ao menos de acordo com o que parece ser a opinião largamente majoritária – independe das circunstâncias concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos. Assim, mesmo que se possa compreender a dignidade da pessoa humana – na esteira do que lembra Jose Afonso da Silva – como forma de comportamento (admitindo-se, pois, atos dignos e indignos), ainda assim, exatamente por constituir – no sentido aqui acolhido – atributo intrínseco da pessoa humana e expressar o seu valor absoluto, e que a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de desconsideração” (Grifo nosso).

A segunda premissa, no sentido de que o acesso a bens coletivos, como a saúde, deve ser pautado a regras pertinentes à justiça distributiva, razão pela qual é absolutamente plausível afirmar que o direito em questão deve ser assegurado de forma intransigente a todos os componentes do grupo social, sobretudo aos que se

encontram com o direito de liberdade cerceado por determinação judicial. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Argüição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao STF. Inoponibilidade do arbítrio estatal a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da 'clausula da reserva do possível'. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Viabilidade instrumental da argüição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)". Informativo 345 do STF (ADPF 45) (Grife nosso).

A terceira premissa, no sentido de que, em se tratando de direito fundamental, a garantia da saúde e, portanto, da vida digna, constitui-se dever inadiável do Estado, concluindo-se que nenhuma legislação infra-constitucional pode estabelecer qualquer sorte de vedação à concessão de medidas de urgência contra o Poder Público, quando a discussão recai sobrejamente sobre o gozo efetivo dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, deve ser prestigiado o princípio de indeclinabilidade da jurisdição e afastada a impossibilidade de concessão de tutelas de urgência por flagrante inconstitucionalidade, que o juízo ora reconhece pelo controle difuso.

Analisando a documentação acostada, verifica-se com larga folga que a carceragem da Seccional Urbana apresenta estado de deterioração lastimável. A proliferação de doenças, decorrente não apenas da superlotação, mas também das condições indevidas mencionadas no laudo do CPC "Renato Chaves", e suporte suficiente para atendimento do pleito liminar, ressaltando-se que os magistrados das duas varas envolvidas constantemente se empenham em agilizar os processos de presos provisórios, com o fito de minimizar a caótica situação da Seccional.

De outra monta, verifica-se que os detentos não podem esperar pelo desfecho desta demanda, tornando-se medida imprescindível a transferência para resguardar-lhes a saúde e os direitos de tratamento digno assegurados na Lei de Execução Penal. Nesse diapasão, a própria letra Constitucional lhe assegura essa garantia, ao estabelecer no art. 5º, LXXVIII, a duração razoável do processo.

A liminar postulada encontra nos autos muito bem delineados os pressupostos para sua concessão. A razoabilidade do direito pelas premissas anteriormente narradas, estipulando-se que o direito fundamental à saúde exige prestações positivas do Estado, não havendo qualquer justificativa plausível para o

seu inadimplemento. O perigo da demora é nítido, tendo em vista os plenos riscos à saúde dos presos em hipótese de retardamento da transferência.

Posto isto, concedo a liminar postulada, e determino a imediata transferência dos presos que se encontram custodiados na Seccional Urbana e a interdição da cela dessa unidade policial, pelo prazo necessário à reforma e ampliação da carceragem, período no qual as autoridades policiais, em hipóteses de prisões provisórias, deverão encaminhar os presos para delegacias em que houver disponibilidade de vagas, comunicando-se necessariamente os juízes criminais sobre o local de custódia dos presos, fixando-se o prazo de 72 horas para o cumprimento da transferência, sob pena de incidência de multa no valor de R\$ 10.000,00, por dia de descumprimento da decisão, na forma do art. 461, § 4º do CPC, valor a ser revertido em prol do Fundo Penitenciário Estadual.

Após a intimação do teor da decisão, proceda-se à citação do Estado do Pará por precatória para, querendo, oferecer contestação à presente, com sua prerrogativa processual de prazo em quádruplo, ex vi do disposto no art. 188 do CPC.

Expeça-se carta precatória à comarca de Belém para cumprimento da citação”.

No posicionamento adotado pelo juiz, detecta-se que o mesmo busca aproximar sua decisão do consenso coletivo. Ele busca aproximar sua decisão da razoabilidade que a sociedade espera ver praticada nos casos em que é necessário oferecer um mínimo de condições humanas, mesmo àqueles considerados criminosos, esse é um valor dito por todos os cidadãos através da Constituição vigente que serve de regra para todos, e que foi elaborada “pelo povo” num dos mais marcantes episódios democráticos da história do Brasil. Isto vai sendo construído através da maneira de expor as razões que o levam a proteger a dignidade dos presos. Ele invoca valores e direitos considerados sagrados pela sociedade; saúde, cidadania, dignidade da pessoa humana, etc, tais valores expressos na Constituição foram “ditos” pelo poder constituinte originário e devem ser sempre reiterados pelo poder constituinte derivado.

Não se deve esquecer que o preso tem mãe, pai, filhos, companheira, parentes, amigos, enfim, é gente. A sociedade, mesmo nos momentos de maior revolta com a criminalidade, mostra-se solidária quanto à preservação dos direitos humanos. Por compaixão, por valores cristãos, por identificar-se com as

problemáticas sociais que estão no contexto de ocorrência da marginalidade, ou simplesmente, por conviver muito próximo das condições sociais que enfrentam aqueles mais necessitados à margem do processo de cidadania, o fato é que o povo “entende” o povo. Quero dizer que, por entender o cenário social desfavorável aos mais necessitados, o povo diz sim a qualquer medida que implique proteção dos “menores socialmente”, e isto também provoca o consenso.

4.4 UMA REANÁLISE DO CONSENSO A PARTIR DA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA

Com efeito, o reconhecimento e o respeito por todas as formas de compromisso social com o interesse comum; ou com as necessidades públicas, ou seja, com aquilo que traduz o social, deve ser intensificado porque coloca em jogo as identidades sociais e exerce o efeito de legitimar os valores e as diversidades de crenças, além de significar poder e autoridade.

Esse desiderato pode vir de um acordo razoável originado nas concepções ou princípios que se situam no consenso. Porém, outro não será o meio para o consenso, senão a construção democrática dos elementos que deverão ser selecionados como parte integrante da singularidade do discurso resultante das diversas concepções que se ajustam para a razoabilidade do que, em última análise, prevalece como o melhor para todos os cidadãos.

O que quero demonstrar com o dito anterior é que, se os sujeitos pactuam a tolerância e o direito se faz baseado no pluralismo como argumento essencial para o ajuste das forças que fazem o discurso jurídico transformar-se num discurso que envolva uma vontade geral, essa tarefa por si só, à primeira vista, poderia ser utópica, visto que num discurso normativo cabem muitas vontades. Não obstante tal constatação, dependendo dos fundamentos valorativos que delimitem o que seja a vontade geral, isto pode ser alcançado. Sim, pode ser alcançado pela reanálise do que se define como consenso.

Uma coisa é crer que nas ações que elaboram as identidades sociais, configuradas por diversidade de valores e formas de vida, a singularidade e a uniformidade das falas sociais possa emergir sem incompatibilidades. Outra coisa é supor que através da tolerância que envolve a construção democrática seja possível juntar argumentos que justifiquem, concepções, princípios e diversidade de mundos plurais que possam ser por todos compreendidos como essenciais à sobrevivência da validade social que envolve a ordem normativa para que com isso se estabeleça

a justiça social. Este é o consenso que entendo como parte da fala que aproxima as ruas das cortes.

Assim, verifica-se que o consenso tratado através do agir comunicativo pode ensejar críticas, se ele for apresentado debaixo de uma perspectiva reducionista de quem analisa as diversidades sociais como possíveis de serem estruturadas e organizadas através de uma conjuntura argumentativa proveniente da linguagem do entendimento pacífico e padronizado pelo discurso jurídico baseado apenas no sistema de elaboração das normas no Estado Democrático de Direito, ou seja, o consenso das ficções jurídicas, dos estereótipos, e dos mitos do direito. Neste ponto, discordo da tese habermasiana, se for concebida de maneira superficial. Concebida apenas no raso de alguns questionamentos que envolvem a linguagem como meio de apresentação do direito e da sociedade.

Existem, porém, outros questionamentos mais profundos. Dentre tais questionamentos, destaca-se o fato de que o Estado brasileiro vive um pluralismo jurídico resultante das várias concepções que subsistem nas falas das ruas, e nas falas das cortes. Constata-se, também, que esse mesmo pluralismo tem contribuído para que os sujeitos partilhem categorias de entendimento tecnicamente orientado para o consenso, porque é daí que podem surgir os resultados benéficos à realização da justiça.

Defendo, então, que o consenso se dá a partir da construção democrática no que diz respeito às prioridades que envolvem a validação social. Isso se revela pela participação dos sujeitos nas novas formas de vida. Num primeiro momento, isto se verifica pelos ganhos advindos do conhecimento e da tecnologia que tem transformado a vida num diário veloz de necessidades, e isso se tem convertido em um verdadeiro desafio à sobrevivência. Tal quadro força o surgimento de novas habilidades e exige das camadas mais pobres a consciência política de se fazer existir, de se fazer representar. Senão, como explicar a relação das massas com o uso e a apropriação da comunicação eletrônica, por exemplo?

Num segundo momento, isto se demonstra pela representatividade que os cidadãos exercem na construção do discurso jurídico que precisa ser justificado e cuja fundamentação e argumentação não podem deixar de fora os sujeitos para quem se direciona o direito. Esse é um fato que tem alterado a rotina do direito institucionalizado pelo Estado.

As recentes mudanças na estrutura do poder judiciário, com as exigências formuladas pelo Conselho Nacional de Justiça, à guisa de reiterar esta afirmação, dentre outras ocorrências são, de certa forma, o resultado do consenso construído pela via democrática. Não apenas o poder judiciário retrata esta questão, mas também os outros poderes vêm-se modificando, ainda que lentamente, a partir das pressões exercidas por grupos sociais que se vêm se organizando e *forçando* tais entidades ao cumprimento das normas constitucionais.

Esse panorama social torna-se possível pelo discurso jurídico direcionado a todos direta ou indiretamente, e pela retórica jurídica que se faz necessária na mediação dos conflitos sociais.

Daí porque defendo que sobre este consenso descansa o pensamento habermasiano de que a formação racional da vontade – ou a formação discursiva da vontade – não significa simplesmente a aceitação de uma negociação ou equilíbrio entre interesses particulares concorrentes, pois, nesta hipótese, a racionalidade comunicativa estaria vinculada à eticidade de um mundo concreto. A formação racional da vontade pressupõe um exercício público de discussão comunicativa, em que os participantes fixam a moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado (Habermas, 1989,p.116).

CAPÍTULO 5 - OS COMPONENTES DO DISCURSO JURÍDICO COMO MECANISMO DE NEUTRALIZAÇÃO, DOMINAÇÃO E DELIMITAÇÃO NORMATIVA

OBJETIVO

Analisar os meios de representação da justiça, fundamentados na linguagem institucionalizada e demonstrar como a tensão existente entre a faticidade e a validade das normas evolui de acordo com a racionalidade da argumentação e com a força semiótica valorativa utilizada pelo discurso normativo.

5.1 O DISCURSO JURÍDICO COMO DELIMITADOR DE VALORES SOCIAIS.

Pela exposição até aqui formulada, restou evidente que a linguagem técnica ou de estrutura específica utilizada pelo discurso jurídico reveste-se de um alto grau de representação, acompanhada de uma semiótica capaz de revelar algumas variáveis construídas pelo saber local¹. Constatou-se, também, a existência de um corpus lexicológico, onde se encontram valores estruturais específicos, apuráveis em contextos nos quais o direito se apresenta de maneira técnica e pouco acessível aos sujeitos para quem ele é direcionado.

A delimitação desse corpus passa por uma experiência histórica, social e ideológica das mais profundas, pois não se trata apenas da composição de palavras, mas sim de uma junção semiótica de vários elementos com efeito de modificar, criar, extinguir a ordem existente. Através de uma linguagem técnica, apoiada no contexto retórico que envolve os símbolos da justiça, os juristas pretendem e vão buscar concretizar um ambiente social que confirme a atmosfera de inabalável precisão e univocidade do sistema legal. Desse modo, os juristas criam, através da linguagem técnica, um discurso pragmaticamente despreocupado com as incertezas comunicacionais e promovem um discurso epistêmico de pretensões ideológicas, do qual decorrem sérios componentes políticos, e, assim, operam com normas que esculpem os valores sociais a serem seguidos em determinado momento.

Examinando a atual constituição brasileira, verifica-se a força do discurso jurídico como delimitador dos valores sociais em grande parte de seu texto. Aliás,

¹ Geertz (2008) afirma que assim como outros conhecimentos (ciência, religião, arte etc.) o direito também é um “conhecimento local”, a ser analisado e pensado a partir do modo como se relaciona com a vida social que ele constrói. Existem várias culturas e sentidos de justiça que convivem lado a lado configurando o pluralismo jurídico.

poder-se-ia afirmar que a “dimensão comunitária” que caracteriza a carta magna evidencia um dos principais valores invocados como regra na sociedade brasileira – que é a democracia participativa –, meio pelo qual os cidadãos atuam como construtores do ordenamento social vigente.

Sobre o envolvimento da iniciativa popular na formulação do aparato normativo que rege a sociedade, Cittadino (1999, p. 48) assim expressa:

Não há dúvida de que a principal característica “comunitária” do texto constitucional se encontra precisamente na ideia de “comunidade de intérpretes” que pressupõe, por um lado, uma concepção de “constituição aberta” e, por outro, a adoção de diversos e novos institutos que asseguram a determinados intérpretes informais da constituição a capacidade para deflagrar processos de controle, especialmente judiciais.

O compromisso valorativo do qual se reveste o texto constitucional se revela desde a apresentação dos direitos fundamentais sobre os quais a via interpretativa de análise será condicionante de sua aplicabilidade, até a fixação de padrões legais fechados, como é o caso da fixação de idade mínima para determinados cargos políticos.

Tal dimensão axiológica não é, entretanto, meramente retórica. Muito embora os critérios interpretativos a serem adotados para elucidação do texto constitucional nem sempre sejam dos mais fáceis, exigindo o que Ferraz (1978) chama de “ponderação de valores”. Ou seja, face ao procedimento hermenêutico de captação do sentido do conteúdo das normas, o que exige compreensão valorativa, é necessário analisar e pesar qual o valor ou quais os valores predominantes. Essa dialética que envolve os valores do discurso jurídico é diariamente mal compreendida e mal aceita pelo povo quando busca as cortes para solução dos conflitos.

Em março de 2007, dona E.S.C. recorreu à justiça do Pará propondo ação de investigação de paternidade em que exigia comprovação definitiva da paternidade de sua filha, menor de seis anos. O suposto pai da criança negou-se a proceder ao exame de DNA, alegando que quando procurou a mãe da menina pela primeira vez para resolver a questão amistosamente, a mesma negara-se ao exame de DNA, o que provocou no mesmo dúvida. Por essa razão, ele ingressou com uma ação negatória de paternidade, e seu advogado deixou claro na contestação que havia nas alegações da mãe muitas falhas, e que estas só seriam resolvidas por meio do juiz no caso. (processo n. 2008.1.078.703-4.)

Na resposta formulada pelo Tribunal, houve o entendimento de que o cumprimento dos princípios fundamentais equivale a uma realização de valores, e o sistema de direitos fundamentais e direitos sociais elencados na Constituição Federal evidenciam essa intenção dos legisladores (constituintes) de assegurar o mínimo de direitos relativos à pessoa humana, na busca da dignidade que garante a primazia do bom e do bem na comunidade social.

Quando indico, neste trabalho, a Constituição como a maior expressão do discurso jurídico que delimita valores sociais, fundamento a afirmação no fato de que Constituição, como norma, com o *status* de lei maior exige da comunidade de intérpretes que trabalham em sua aplicação e por sua aplicação, um conjunto de aptidões internas e externas. Delas, o conhecimento jurídico, a prática e a experiência jurídica, a tradição jurídica, não são elementos capazes de superar os valores sociais que tendem a ser interpretados como valores jurídicos, pois como já afirmado anteriormente nesta tese, os fatos são construídos socialmente, e assim também o é o direito.

Como meio de ilustrar a indicação do texto constitucional como expressão máxima do discurso jurídico delimitador dos valores sociais, é possível fazer uso da faculdade que o povo tem, a partir de sua lei maior, de invocar os institutos que asseguram os processos de controle judicial. Por exemplo:

a) No mandado de segurança coletivo, que pode ser impetrado por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída em defesa dos interesses de seus membros e associados. (art. 5º, LXX).

b) Na ação popular, em que qualquer cidadão é parte legítima para postular a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. (art. 5º, LXXIII).

c) Na denúncia de irregularidades ou ilegalidades formulada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato ao Tribunal de Contas da União (art. 74, § 2º)

d) No mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania (art. 5º, LXXI).

Ressalta-se que esses instrumentos dão acesso ao povo ao controle e à participação na interpretação dos direitos assegurados pela própria constituição.

Trata-se de um constitucionalismo comunitário, conforme o pensamento de Cittadino (1999). É por essas aberturas valorativas elaboradas na lei maior que os direitos dos cidadãos a ações positivas do Estado (os atos estatais de imposição de norma) se tornam direitos em sentido amplo. Em outras palavras, os direitos que são impostos pelas normas contidas no texto constitucional tornam-se muitos direitos (direito em sentido amplo) após a análise e aplicabilidade axiológicas a eles conferidos. E é nesse sentido que me refiro aqui à comunidade de intérpretes da Constituição – o povo, já que os cidadãos e as associações possuem legitimidade, assegurada pela própria carta máxima, para deflagrar processos judiciais perante juízes e tribunais, com o objetivo de tornar efetivas as normas constitucionais protetoras dos direitos sociais fundamentais, evitando, assim, as omissões dos poderes públicos.

Mas, a constituição é apenas a regra suprema de onde se extrai os princípios gerais que ensejarão aos intérpretes a apropriação de valores dentro do campo jurídico (Bourdieu, 2007). Existem outros espaços dentro do chamado campo jurídico que também disseminam valores através do discurso jurídico. Muito embora os valores extraídos a partir da Constituição apresentem uma carga de legitimidade inquestionável, nos valores advindos de outras fontes essa legitimidade deve ser conquistada, construída a partir de outras variáveis como as necessidades, a faticidade, o consenso, etc.

Sobre essas últimas variáveis, em entrevista concedida pelo juiz R.M.S, ele assim expressa:

Na função de julgador de problemas trazidos pelo povo diariamente à minha análise, não tenho como fugir da lei. Mas a lei é apenas a inspiração obrigatória, uma vez que a lei é para todos e deve ser cumprida. O que busco mesmo é, em minhas decisões, atender às necessidades urgentes daquele momento, sempre salvaguardando o preceito legal, porém atendendo ao clamor dos valores da justiça que devem ser, a meu ver os valores sociais. (R.M.S. juiz da Vara de Família do TJE-Pa).

Note-se que o magistrado fala em valores da justiça como sendo os valores sociais, o que condiz com meu ponto de vista de que o discurso jurídico funciona como verdadeiro filtro de valores. Isto porque, quando se trata de discussão axiológica sobre determinado fato, ao ajustar o que diz a lei ao que carrega o fato, o filtro necessário será sempre o dos princípios valorados naquela ocasião, que é o que legitimará a resposta formulada à situação. Noutro dizer, a realização da justiça se confirma pela força legitimadora do discurso, cujo valor lhe seja confirmado como

justo valor. Caso contrário, a decisão judicial poderá padecer da desconfiança por parte dos que dela necessitam, além do descrédito ético por parte da sociedade em geral.

Nesse mesmo sentido interpretativo, na fala de um líder sindical com sindicato localizado em Belém, esta via dupla que compreende os valores sociais e os valores de justiça é destacada. Ressalte-se que tal sindicato, todos os anos, entra em rota de colisão com a população, pois trata-se de um sindicato de trabalhadores do setor de transporte, o qual representa muito para toda a cidade uma vez que sem os coletivos na rua, a cidade praticamente para. Eis o que ele diz sobre o consenso originado do que aqui chamo de filtro valorativo:

Todos os anos é assim, Dra. Eles sabem que vamos fazer greve, mas esperam a greve para tentar nos colocar em choque com a população; depois eles entram em negociação com a gente e aí é a Justiça do Trabalho que acaba tendo que decidir por todo mundo: pelo sindicato, pela população, e pelos donos de ônibus. Não seria tudo mais tranqüilo para todo mundo, se eles logo entendessem nossa situação e fossem justos desde o início? Pra que ir pra justiça? Talvez porque lá eles pareçam bonzinhos para a população e consigam mostrar a necessidade de aumentar as passagens, sem parecer que sejam empresários querendo só prejudicar a população. (Líder sindical do setor de transportes – Belém-Pará).

É nítido na fala de líder sindical a existência de muitas variáveis que perfazem a fixação dos preços de passagens nos coletivos. Durante a entrevista pude perceber algo além da mera luta sindical na busca dos interesses da categoria. Percebi que há uma seara política de relacionamento social que congrega as vontades dos trabalhadores, dos empresários, do poder executivo municipal, e do povo, que é o usuário dos serviços. Tal constatação vem das afirmações do líder, quando deixa crer que tudo poderia ser resolvido tão somente entre trabalhador e empregador. Entretanto, levar essas diferenças aos tribunais é o que fortalece as decisões tomadas, em razão da existência dessas diferenças, e acaba fortalecendo todo mundo, menos o povo, pois este é apenas convencido e compelido a aceitar.

O discurso de que a luta que culmina na greve é justa se legitima, quando a greve passa a ser objeto de análise pelo TRT; e este atua como árbitro da situação, e ao mesmo tempo como protetor de interesses de todos. Mas, como proteger interesses de categorias tão distintas como empresários, trabalhadores, e povo? Apenas pelo filtro valorativo dos princípios constitucionais que envolvem os chamados serviços de utilidade pública. E o princípio da supremacia do interesse

público. Além de outros princípios que disciplinam o consenso como é o princípio da razoabilidade, e o princípio do equilíbrio de interesses.

Desse modo, verifica-se o peso da argumentação invocada pelas autoridades da Justiça do Trabalho que pautam suas decisões na razoabilidade e equidade, quando determinam os índices de aumento para empregados e possibilitam aos empresários (empregadores) utilizar isso como fundamento para, através das planilhas apresentadas em reuniões com o poder executivo municipal, demonstrar a necessidade de aumento nas passagens para fazer jus aos custos dos serviços. E assim, dá-se o consenso. Categorias distintas são convencidas da necessidade de cada um ceder para que o valor maior seja preservado – a paz e a continuidade das atividades que dependem de transporte público. Quase tudo nos tempos atuais depende disso.

Os valores sociais delimitados pelo discurso jurídico não seguem uma trajetória absoluta de realização. O que afirmo é que tais valores, quando trazidos à sociedade pela utilização do arcabouço argumentativo da norma, são traduzidos por muitas versões da linguagem do direito – trata-se de uma retórica rica de argumentação jurídica e elementos ideológicos, além da dimensão da moralidade, sobre os quais passo a analisar.

5.2 A JUSTIÇA DE ACORDO COM O DIREITO – A TENSÃO ENTRE OS DIVERSOS REQUISITOS DA RACIONALIDADE DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E AS DEDUÇÕES IDEOLÓGICAS

Não é de hoje que tratar do caráter valorativo que envolve o ordenamento jurídico passa por uma pertinente abordagem sobre a eficácia dos princípios e de como estes são posicionados na judicialização dos fatos pela lei. Não é objetivo nesta tese explorar ou exaurir a temática dos princípios no direito; mas, pela relação que estes têm como um dos fundamentos do objeto da tese, é prudente conferir algumas linhas a este fim. Bonavides (2002, p. 48) afirma que os princípios são o oxigênio das constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e, auferem a valoração da ordem normativa.

Debaixo dessa reflexão, é possível questionar: será que os responsáveis pelas decisões nos tribunais e nas esferas onde se produz o direito estão inteiramente subordinados às normas e aos princípios inseridos na lei? Ou esses juízes e operadores se apoiam em outros contextos éticos e tentam, por alguma

outra forma, compensar a distância que há entre a realidade das normas e a soberania popular? Ou ainda, será que os princípios que servem de base ou proposições para as normas, realmente expressam os valores ou preferências compartilhados pelo povo?

Pode-se afirmar que os princípios atuam como requisitos de formulação da racionalidade que envolve o discurso jurídico.

Num momento da história da argumentação jurídica, os princípios atuavam apenas como uma espécie, entre as existentes em diversos campos do direito e correspondendo a verdades fundantes do ordenamento jurídico aplicáveis nas hipóteses de lacuna da lei. Constata-se que, a partir do pós-guerra, os princípios assumiram lugar de destaque na teoria do direito e da filosofia jurídica, constituindo-se em verdadeiras normas, cujo grau de indeterminação impõe uma concreção, via interpretação, sem a qual não é possível aplicar as normas aos casos concretos. Os princípios no direito funcionam como normas dotadas de alto grau de generalidade e, ao mesmo tempo, como normas dirigidas aos órgãos de aplicação. Servem, assim, ao preenchimento de espaços valorativos nem sempre alcançados pelas normas, emprestando-lhes caráter de racionalidade na situação em que lhes serve de fundamento epistêmico e ético. Neste sentido, Alexy (1993, p. 170) elaborou excelente teoria na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Nela ele defende que os princípios são normas que determinam a realização de algo em sua maior amplitude possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, constituindo-se assim em “mandatos de otimização”.

Nas situações em que se coloca a justiça em xeque atinge-se também o direito, pois este último tem por finalidade a primeira. Pois bem, nesse caso, o que confere a ideia de solução satisfatória das questões é o poder de argumentação do direito. Ou seja, as questões jurídicas passam pela determinação daquele que possui os melhores argumentos, o que somente é possível através de um discurso estruturado a partir de regras racionais.

Entretanto, os diversos requisitos de racionalidade que permeiam a argumentação jurídica encontram-se quase sempre debaixo de tensão e o que pode dirimir essa tensão é, dentre outros instrumentos, a perfeita aplicabilidade principiológica que como já afirmado neste trabalho, vai funcionar como norma geral.

Numa ação proposta junto à 7ª Vara de Família da capital (proc. n. 2008.1.078.703-4), o militar da marinha do Brasil, J.C.C., apresentou contestação

aos termos da ação de alimentos proposta em seu desfavor, alegou dúvidas quanto à paternidade e alegou ainda que, embora tivesse registrado a menor em seu nome, só fez isto por ter sido coagido pela mãe da criança que ameaçou “fazer escândalo” na Marinha do Brasil, o que inviabilizaria a promoção de J.C.C. ao posto de Sargento. Pela elaboração argumentativa apresentada pelos advogados da mãe da menor nas alegações finais, penso ser de bom valor transpor para este espaço a peça constante das alegações finais, para com isso demonstrar como se constrói a racionalidade da argumentação jurídica, a partir de inúmeros componentes. Eis um trecho da peça:

[...] A.G.C. representada por sua mãe, Sra. E.S.C., já devidamente qualificadas nos autos do processo em epígrafe, em que e requerido J.C.C., vem perante V. Exa., por seu advogado ao final assinado, apresentar ALEGAÇÕES FINAIS, na forma do dissertado adiante:

Os pleitos da Requerente devem ser acolhidos em sua integralidade, posto que garantidos pela lei, pelas provas juntadas aos autos, bem como pelos fatos esposados na contestação e no depoimento das partes, senão vejamos:

Sustentou a Requerente, por intermédio de sua mãe, que “é filha do requerido”, na forma da certidão de nascimento colacionada nos autos, documento este que se constitui em ato jurídico perfeito, protegido pelo ordenamento jurídico pátrio, em particular o art. 5º, XXXVI, da CF.

Ponderou que por ser “menor impúbere, necessita do auxílio de seu pai para suprimento de suas necessidades, justamente quando o seu crescimento autoriza despesas que fogem do poder aquisitivo de sua mãe, pois, atualmente com quase 6 anos de idade, [...] precisa aumentar sua alimentação e cuidados diversos, para que possa desenvolver-se com saúde”. Por isto, ocorriam - e ocorrem - “despesas com alimentação mais nutritiva, roupas maiores, dado o seu crescimento constante, material de higiene e limpeza, aquisição de móveis adequados para locomoção e repouso da menor, remédios, despesas médicas e outras características de uma criança na faixa etária que apresenta”; somado ao fato de que a mesma “Já freqüenta a escola [...], está em dias com as suas vacinas, seu estado de saúde e bom, embora tenha problemas com a dentição, [...], mas se alimenta e tem atividades físicas regulares”.

Como forma de custear tais despesas relatou a Requerente, “que por determinação judicial (processo 2003.1.008.659-8), porém, em razão da ausência da

Requerente, por razões de saúde [...], na audiência realizada em 11. 06. 2008, a referida lide foi arquivada, na forma do artigo 7º da Lei 5.478/1968..." Informou que sua mãe, embora labutasse, não possui meios adequados para suprir, sozinha, as necessidades de sua filha", ao passo que o requerido era pessoa portadora de renda mensal fixa, com emprego definido desempenhando atividades na Marinha do Brasil".

Todos os fatos arrolados anteriormente estão devidamente comprovados nos autos, com documentos, recibos e comprovantes de várias despesas, além daqueles que se encontram juntados nos autos do processo 2003.1.008.659-8, apensado a esta demanda, além da confissão das partes, em depoimento prestado perante esse Juízo.

O Requerido, por sua vez, restringiu sua defesa na negativa de paternidade da Requerente, a partir de meras "dúvidas", em razão da "relutância, da representante legal da autora em realizar o exame de DNA", o que o levou, ingressar "com ação para declarar a nulidade do registro de nascimento", posto que feito sob coação, conforme mencionado na demanda que ajuizara, bem como a partir do fato de que "teve com a representante da menor envolvimento sexual efêmero, resumindo-se a um único encontro".

Asseverou que, embora "a presente demanda esteja fundada em documento legítimo, registro de nascimento, no qual o requerido consta como pai, devem ser analisadas as circunstâncias em que o registro foi efetuado, bem como o fato de que ele estar sendo questionado em ação autônoma, para arbitramento de alimentos, como forma de não serem cometidas injustiças".

Encerrou afirmando que constituiu família, contraiu matrimônio, sua esposa esta grávida, mudou-se para Belém e reside em casa alugada. Toda estas despesas, segundo o Requerente, comprometeriam grande parte de seus vencimentos, daí o pedido para fixação dos alimentos provisórios em 15%.

Elenca pedidos que, na prática, só o primeiro se refere a esta demanda, os demais, por força dos artigos 128 e 459 do CPC, sequer podem ser analisados.

Todos os argumentos apresentados na defesa merecem ser rechaçados.

Com efeito, tenham sido poucos os encontros amorosos entre representante da Requerente e o Requerido, já faz parte do be-a-bá da Medicina, que não é necessário um conjunto sistemático de relações sexuais - se é que estas, atualmente, dada a modernidade das terapias reprodutivas, são necessárias- para

que haja a concepção de um ser humano. Portanto, a continência, a eventualidade e a raridade do ato amoroso não são razões para que a paternidade seja negada.

No tocante à suposta coação sofrida pelo Requerido, que o teria levado, em tese, a registrar a requerente em seu nome, a afirmação é incoerente, a partir do dito pelo mesmo, em seu depoimento prestado perante esse Juízo.

E que o requerido disse que possuía 35 anos de idade, o ensino médio completo e que está na Marinha há 15 anos.

Se efetuarmos um cotejo entre os fatos listados acima e, por exemplo, a sua idade e escolaridade e a idade da criança - que nasceu em 12.09.2002 -, veremos que quando esta nasceu o pai, considerando a data de hoje - 30.09.2008 - somava 29 anos de idade, portanto, o mesmo já era bem maduro e com conhecimento suficiente para não ser compelido a praticar atos contrários à sua vontade.[...]

Convém destacar sobre este caso, as palavras que colhi em entrevista concedida pela mãe da menor aqui referida para, objetivamente, demonstrar a tensão provocada pelos requisitos da racionalidade da argumentação jurídica, quando analiso a justiça, de acordo com o direito:

Essa é a segunda vez que estou entrando com ação, porque na primeira vez a juíza concedeu pensão provisória, só que ele (o pai) entrou com ação negando a paternidade e aí na audiência pra resolver isso eu faltei porque estava muito doente; daí o processo foi arquivado e a juíza cancelou o pagamento da pensão; só que desta vez, o juiz que analisou o caso me garantiu tudo o que minha filha precisa, que é o plano de saúde da Marinha, e o dinheiro da comida e da escola. (E.S.C., mãe da menor requerente).

Este é o texto no processo no. 2008.1.078703-4 que retrata a contraposição e a tensão entre os argumentos da racionalidade do discurso elaborado pelo advogado da requerente:

[...] Diante da urgência e de incontestável necessidade da Requerente à prestação alimentar e da possibilidade de perder. o que já vinha usufruindo (alimentos provisórios e atendimento médico através da Marinha do Brasil), a partir das determinações emanadas do processo n° 2003.1.008.659-8, tramitante pela MM. 13ª Vara Cível dessa Comarca, por não ter meios adequados de prover sua subsistência, pois sua mãe não tem condições de suportar sozinha as despesas com seu sustento, necessário se faz a intervenção estatal, a fim de que liminarmente

profira o arbitramento de alimentos provisórios, fixados a base de 30% (trinta por cento) sobre os vencimentos líquidos do Requerido.

Este pleito se respalda nos seguintes fundamentos jurídicos:

DO DIREITO

A Lei 5.478/1968 assegura possibilidade jurídica à pretensão ora deduzida em Juízo, ou seja, fixação de "quantum" monetário que virá suprir as necessidades alimentares da Requerente, retirando esta prestação dos vencimentos mensais percebidos por seu pai - requerido.

O Art. 2º do citado Diploma Legal, arrola entre os requisitos para formulação do pedido em Juízo, a exposição da necessidade e o parentesco, ou a obrigação alimentar, requisitos estes totalmente preenchidos pela Requerente, pois é inegável que uma criança de quase 6 (seis) anos de idade é totalmente incapaz de, por si só, prover seu sustento sem o auxílio de seus responsáveis. O parentesco, igualmente, está configurado pela certidão juntada aos autos da Certidão de Nascimento, que tem o pai como declarante [...]

Convém chamar atenção para o fato de que na peça de contestação elaborada pelo suposto pai, J.C.C., através de seus advogados, está refletida a fraqueza argumentativa o discurso jurídico, pelo que haverá um custo muito alto, uma vez que a falta de "racionalidade" nos argumentos dos advogados facilitarão o convencimento do magistrado que decidirá a questão. Transcrevo parte da peça de contestação do pai negante:

[...] Em verdade Excelência, ao contrário do advogado pela autora, o requerido não deixou de pagar alimentos por mera liberalidade, mas sim devido ao conteúdo da decisão proferida em audiência, conforme ata de audiência do dia 11 06.2008. Processo nº. 2003.1. 008.659-8.

Ademais, as dúvidas quanto à paternidade do requerido vêm se acentuando, devido à relutância da representante legal da autora em realizar o exame de DNA.

Devido a este comportamento da mesma, o que só se confirmou com sua ausência em audiência, o requerido ingressou com ação para declarar a nulidade do registro de nascimento, haja vista que o mesmo foi feito mediante coação conforme mencionado na referida demanda, processo nº 2008 1 093520-3.

Deve ser levado em consideração que o requerido teve com a representante da menor envolvimento sexual efêmero, resumindo-se a um único encontro [...].

Por que é possível afirmar a carência de racionalidade nesta argumentação? Porque primeiro, ao fazer menção à decisão anterior na qual foi cancelada a concessão dos alimentos, o advogado já atesta certa culpa do suposto pai, ainda que, posteriormente, revista essa culpa pela própria justiça. Por segundo, ao falar da incerteza quanto à paternidade baseado na relutância da mãe da menor em fazer o teste de DNA, poder-se-ia dizer que não há necessidade disso haja vista a existência de um registro de nascimento no qual o sujeito referido consta como pai. E em terceiro, porque qualquer envolvimento sexual pode ensejar uma gravidez, independente da frequência ou repetição de tal ato. E em conclusiva análise da justiça e do direito e da tensão daí decorrente, vê-se que o advogado do suposto pai poderia ter lançado mão de vasta jurisprudência que pudesse contribuir para a fundamentação da racionalidade do discurso jurídico argumentativo apresentado.

Ao iniciar este ponto da análise tratando do papel dos princípios na construção da racionalidade da argumentação jurídica, aponto para dois questionamentos que já podem ser respondidos à luz do caso ora analisado.

A priori, os responsáveis pelas decisões judiciais subordinam-se aos princípios e, de toda maneira, vão extrair tais princípios das leis que embasam suas decisões. O que pretendo afirmar é que, no percurso da elaboração do discurso argumentativo, normas e princípios estão inseridos nas leis, mas nem sempre de maneira expressa. As vezes o aplicador do direito deverá extrair das leis os princípios. É a isso que chamo no tópico 5.2 de deduções ideológicas, isto é, o resultado do filtro formulado pelo aplicador do direito a partir do confronto do fato com a lei e a necessidade de uma solução que venha a ser revestida de verdade e validade, portanto, que venha a ser legitimada pela própria lei utilizada como parâmetro.

Na peça de alegações finais formulada pelos advogados da requerente no processo nº 2008.1.078.703-4 e analisada neste mesmo item, isso assim se transcreve:

[...] No tocante ao fato de que o Requerido teria constituído família nesta Capital, pagar aluguel, entre outros, os mesmos não merecem prevalecer. É que o Requerido não trouxe nenhuma prova destas alegações, tais como certidão de casamento - já que contraiu matrimônio -, atestado da gravidez de sua mulher, contrato de aluguel de imóvel que residiria, ou qualquer outro documento idôneo que sustentasse suas teses de defesa.

Exa., o artigo 333, I, do CPC atribui ao réu o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, do qual o requerente não se desincumbiu, pelas razões expostas acima. Neste sentido, as alegações supra não podem servir de base para redução dos alimentos deferidos liminarmente por esse Juízo. Aliás, o Requerido sequer fez prova da suposta coação sofrida por seu superior militar; não poderia também fazê-lo de fatos que não representam a realidade dos fatos.

Exa., o artigo 227 da Constituição Federal atribui responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao acesso à cultura, à dignidade, ao respeito à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão [...].

No acompanhamento que fiz deste processo, verifiquei que a sentença final do juiz da 7ª Vara foi em favor da menor, e o mesmo fundamentou sua decisão no princípio da presunção da verdade inerente à justiça e ao direito, no princípio da verdade jurídica (visto que havia um registro de nascimento comprobatório da paternidade), e baseando-se em vários dispositivos do Código Civil, e do Código de Processo Civil. Também valeu-se, em boa parte, dos conceitos de dignidade da pessoa humana, Estado e proteção à criança, convivência familiar comunitária e outros meios necessários ao bom desenvolvimento de um indivíduo.

Este tipo de decisão oferece uma resposta ao segundo questionamento formulado no início deste item da tese, ou seja, o de que – embora nem sempre – há certo número de juízes e aplicadores do direito que procuram, e devem procurar se apoiar, em outros meios que possam garantir a soberania popular quando a lei ou as normas se afastam da realidade. Este é, como defende Dworkin (2002, p. 16), o momento em que as decisões judiciais se baseiam em argumentos de princípios que são compatíveis com os princípios democráticos. Entretanto, coube ao juiz do caso acima buscar elementos da realidade fática que não se achavam, ainda, absolutamente positivados, com vistas a preencher a lacuna existente entre esta e a norma. Enfatize-se que a argumentação poderia ter ficado fragilizada se o juiz não tivesse apresentado os fundamentos extraídos da validade social, e do mundo da vida (Habermas, 1997) que tivessem possibilitado o encontro necessário entre a realidade fática e o universo normativo. Resta definir o que fazer quando esse

discurso da racionalidade (na aproximação da norma ao fato), que envolve a argumentação jurídica se torna um obstáculo à realização do próprio direito e isso faço a seguir.

5.3 A RETÓRICA JURÍDICA E OS OBSTÁCULOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS.

A retórica do direito envolve um universo de ações articuladas dentro do universo jurídico como parte essencial da manutenção da sociedade em seus limites de organização, sobrevivência e progresso material. No campo jurídico esse universo revela-se através de inúmeras variáveis, como os procedimentos enfáticos adotados pelas instituições judiciais, a arte de bem argumentar, comum aos juristas, a pomposidade dos ritos adotados pelas cortes, o discurso ornamentado proferido pelos operadores das normas, a linguagem específica das leis e a interpretação semiótica do chamado ordenamento jurídico.

Todos esses elementos exercem forte dominação sobre as condutas realizadas pelos sujeitos em convivência. Mas, além disso, esses elementos determinam a vida das pessoas, pois tudo o que se faz depende dos papéis que as pessoas ocupam na sociedade; solteiros, ou casados, ricos ou pobres, letrados ou iletrados, titulados ou não titulados, nacionais ou estrangeiros, eleitores ou não cidadãos (sob o conceito político). Ou seja, desde as meras questões do dia a dia como dirigir um automóvel até as questões complexas como doar um órgão a quem necessita. Em todas elas a pessoa está sujeito às normas. É a deferência ao Estado de direito que produz a segurança, a soberania, a cidadania, etc. Assim, nada mais comum ou natural que a consciência dos cidadãos quanto à importância e à necessidade do direito. Entretanto, conforme irei abordar neste ponto do trabalho, essa realidade não é matéria pacífica.

Nem sempre as decisões judiciais, ou as soluções oferecidas às questões levadas pelo povo às cortes atendem aos cidadãos sujeitos de direito. Os registros diários mostram isso, principalmente quando a postura dos governantes institui controles que violam o exercício da autonomia por parte de determinados grupos sociais como associações, sociedades, ongs, igrejas, sindicatos etc. Para algumas pessoas do povo, o sistema jurídico funciona como um selo de cunho hermético no qual se atesta o caráter fechado da linguagem legal. Inicialmente destaquei expressamente, a firme crença no caráter fechado do sistema jurídico, e expus relatos convictos das pessoas arroladas nas entrevistas, demonstrando que na

própria lei e nas diferentes doutrinas do direito explicitam-se regras que, ao fim e ao cabo, levam a um enclausuramento destas no sistema, uma vez que o discurso normativo não preenche as variáveis dos conflitos.

A afirmação de que o direito se utiliza de seu formalismo para ocultar as dificuldades originadas do próprio direito, é uma variável perigosa e deve ser melhor explicitada, haja vista que a linguagem da lei não deixa de ser uma variedade da linguagem natural.

Na teoria jurídica tradicional, a linguagem da lei é vista por seus produtores como uma linguagem técnica que, sem formalizações concretas, fala de uma linguagem ideologicamente formal. A linguagem da teoria jurídica é outra variedade da linguagem natural que, além de cumprir importantes funções políticas e ideológicas, opera com um nível de significação prescrita encoberto nos próprios textos legais. No que se pode verificar, a linguagem da lei e da teoria jurídica são a mesma linguagem, apenas articuladas por emissores diferentes. É desses elementos que se extrai a riqueza da retórica jurídica; nisso consiste a força do direito, referida por Bourdieu (2007).

Mas essa é uma corda que pode esticar para os dois lados: tanto para o lado do Estado que formula o direito ou impõe o direito, quanto para o lado do cidadão que vive o direito. Nem sempre o esticar da corda traduz um movimento equilibrado. Às vezes converte-se em medição de forças opostas. É quando se percebe que a rica retórica que deveria servir aos indivíduos na interpretação dos conflitos pelas normas, faz um movimento contrário, apresentando-se como obstáculo à realização dos direitos. (BOURDIEU, 2007 p. 213)

Neste contexto parece evidente estar-se diante de uma crise de paradigma do direito e da dogmática que compõe sua retórica. Isso provoca um questionamento acerca dos obstáculos que impedem a realização dos direitos em sociedade. Clève (1988) afirma que a dogmática jurídica é constituinte do saber jurídico instrumental e auxiliar da solução dos conflitos, individuais e coletivos, de interesses e que não há direito sem doutrina (discurso) e, portanto, sem dogmática².

Se esta afirmação é verdade, então, é também razoável afirmar que o discurso jurídico, instrumentalizador do direito, é um importante fator impeditivo do

² Clève afirma que a dogmática jurídica carece de uma revisão em seu conteúdo epistemológico, como jurista ele defende que se retorne, antes de tudo, à função do direito nas sociedades contemporâneas (1988, p.44).

exercício do direito no Estado democrático de direito no país e, portanto, da realização da função social do direito – traduzindo-se em uma espécie de dificuldade ou obstáculo significativo. Por que se chega a esta conclusão? Porque a retórica da qual se reveste o direito, em sua generalidade, chega ao cidadão sob diversas vertentes, e de algum modo é por ele mal compreendida.

Do trabalho de campo realizado, constatei as insatisfações referidas pelos usuários do direito ao indicarem os obstáculos à realização dos direitos; e eles se revelam de formas variadas:

a) A discrepância entre o discurso da legalidade e as ações praticadas pelas autoridades que se dizem fiscais da lei. Sobre isso um profissional da área de saúde assim reportou: *[...] me revoltei quando vi que o mesmo sujeito que autuou meu consultório por falta de recolhimento de uma taxa, era o mesmo que vi dando propina a um guarda de trânsito na estrada para Salinas, ali, na cara de todo mundo [...]* (M.J.M, médico).

b) A longa espera que envolve os órgãos públicos, mesmo quando o sujeito pode contratar advogado particular. Esse foi um dos fatores mencionados em 100% das entrevistas.

c) A desorganização da justiça gratuita e a falta de compromisso dos agentes públicos. Sobre este ponto, o que percebi é que o Estado garante o acesso à justiça, mas alguns funcionários dos órgãos vinculados à prestação jurisdicional não se interessam em resolver ou ajudar a resolver as questões trazidas pelo povo necessitado. E ficam mandando as pessoas de um lado para o outro e até postergando atendimentos em nome da administração de suas próprias inércias e do descompromisso ético e profissional para com suas funções e cargos. Durante a análise é que me apercebi do temor e da insegurança de uma doméstica (e não é um caso singular mas bastante comum), na Defensoria Pública:

[...] já faz 3 meses que ando pra cá e pra lá para conseguir tirar meu filho do pai dele que é traficante, não consegui nada ainda. Toda vez marcam outro dia; ou o doutor está doente. E desse jeito já perdi duas casas de família por faltar ao serviço, essa patroa me deixa sair, mas exige que eu compense no domingo e que eu limpe a casa da sogra dela também [...] eu tenho outro filho para dar de comer, o jeito é aceitar[...]

d) A falta de clareza no que os doutores da lei explicam e a dificuldade de entender o que está nos documentos processuais – Esse quesito foi um dos mais mencionados pela população entrevistada, tanto os de pouca ou quase nenhuma

escolaridade, quanto os de boa escolaridade. Estes últimos, em alguns momentos, não queriam deixar transparecer a dificuldade, mas ao longo da conversa acabaram mencionando enfaticamente a expressão “a linguagem é meio técnica” e [...] *temos que tentar saber do que eles estão falando nos processos; geralmente a gente imagina, mas não tem certeza [...]*

e) As intimações obscuras “no papel”. As notificações enviadas aos cidadãos apenas mencionam o artigo da lei no qual se baseiam. Isso faz com que algumas pessoas não compareçam ao chamado da justiça e percam direitos e prazos ou se compliquem diante dos fatos processuais. Esse é um dos pontos que considero de maior complexidade na retórica jurídica. A incapacidade do cidadão comum de vislumbrar a importância de atender a uma intimação ou notificação, ou solicitação por parte das instituições públicas. No todo desse contexto, verifica-se a dificuldade inicial de interpretar a intimação, ou seja, o sujeito não sabe que está sendo chamado, mesmo lendo o próprio “chamado”. Ou quando sabe que o chamado é para ele, e tenta procurar a lei na Internet ou noutro meio de informação, no geral não vê relação entre a lei e ele, ou o que ele faz, por não conseguir interpretar a linguagem contida na norma encontrada; são muitas as razões que levam o cidadão a não comparecer a justiça após “chamado”, o mais forte deles é ter que deixar o trabalho em hora imprópria, outros são: não ter com quem deixar os filhos, não ter dinheiro para a condução. Ter medo de ir sozinho, não ver consequências em não ir, já que considera não ter feito nada de errado, etc.

f) O despreparo técnico de alguns agentes do Estado. Esse ponto foi muito citado, especialmente, pelas pessoas de maior escolaridade. Em casos específicos, foi surpreendente constatar relatos como este feito por um técnico de informática:

[...] Quando falei pro delegado que meu patrão me obrigava a “mexer” e alterar os dados na máquina registradora da farmácia, ele disse pra eu não me preocupar que o crime não era meu, era de meu patrão e quis me convencer disso, com seus artigos. Sei que não precisa ser doutor da lei pra saber que isso é fraude. E eu fazendo o que ele manda, to enrolado também! Meu pai me ensinou isso desde moleque, Dra.! Um delegado me orientar desse modo, é brincadeira!]. (K.P.F técnico de informática – Belém).

g) A falta de pessoal (profissionais) para a demanda diária de usuários da justiça no Estado – esse ponto foi relativamente narrado por todos os entrevistados. Alguns começaram culpando o Estado, que não contrata gente suficiente, ou exige mais empenho dos que trabalham na administração pública. Outros se mostravam

solidários com a quantidade de trabalho que eles viam, diariamente, ser realizada pelos operários do direito, e a maioria falava sobre o poder judiciário e o acúmulo de processos pelos juízes.

h) A falta de informação e educação processual: este foi o ponto mais intrigante detectado em minha análise, porque muitos foram os entrevistados que criticavam o discurso jurídico em todos os meios de expressão, porém se fixavam no PROCESSO, que a meu ver, o entrevistado queria chamar de instâncias e procedimentos. Para mim ficou clara a dificuldade no sentido de entender como funciona a justiça. Que órgão faz o quê? Em geral, um processo obedece a uma sequencia normatizada de procedimentos, e o conhecimento desse trâmite é monopólio só daqueles poucos que, especificamente, trabalham nos vários órgãos. Porém o mais interessado e envolvido, que é o cidadão, não tem noção clara da trajetória e dos ritos processuais. Isso acaba por causar nele muita descrença e desconfiança na missão da justiça do Estado.

i) As decisões judiciais equivocadas e injustas. Esse foi um ponto de muita tensão na hora das respostas formuladas pelos entrevistados nos diversos níveis de escolaridade. Os de menor grau de instrução diziam que os juízes não sabem lidar com os problemas dos pobres, “não entendem” os fatos porque nunca viram isso na vida, por isso decidem pelo que “está escrito” nos autos, sem querer conhecer a realidade das ruas, e que são injustos. Os mais instruídos referiam-se à falta de adaptação do processo e da linguagem do direito aos novos tempos; reclamavam dos juízes ficarem reclusos em seus gabinetes e não terem experiências no campo em relação aos fatos para julgá-los, limitando-se às doutrinas estudadas nos livros. Para eles, poucos são os juízes que julgam com visão, enxergando a sociedade pelas janelas dos “castelos da justiça”.

j) O *stress* e a pressão sofrida pelos juízes. Esse ponto me impressionou bastante pois, ao contrário do que a generalidade das pesquisas mostra, a população ainda que remotamente, parece estar solidária com as condições sociais e administrativas e com as dificuldades pelas quais passa o sistema judicial, a partir do momento que começam a freqüentar os diversos órgãos da justiça. Nesse aspecto, um bom número de entrevistados observou que a lentidão da prestação jurisdicional não pode ser atribuída só aos juízes, como o fazem alguns órgãos superiores dos poderes executivo e legislativo, e até mesmo algumas instâncias do próprio poder judiciário. Para tais setores superiores, o bom juiz, o juiz exemplar, é

aquele que julga o maior número de processos por dia, por hora, por ano. Por serem pressionados, eles não têm o tempo necessário à formação da convicção que o julgador deve ter na prolação de uma decisão. Esse é um fator que também contribui para as decisões injustas e equivocadas. Alguns dos entrevistados enfatizaram o fato de que existem fatores humanos que envolvem os juízes, em especial a quantidade de processos diariamente acumulados, no caso do Estado do Pará. Mas também outras: a dificuldade de deslocamento para as comarcas do interior, e as condições de permanência nessas comarcas, as ameaças sofridas contra suas vidas e de suas famílias (nas áreas agrárias de conflito, sobremaneira); a contraposição dos discursos entre os vários setores da justiça e da política; o temor de comprometerem uma promoção em razão de decisões que venham a ferir outros interesses locais etc.

Ainda outros fatores foram indicados, entretanto, conforme mencionado alhures, optei pela seleção dos fatores que se repetiram em pelo menos 50% dos entrevistados.

No reexame dos fatores elencados, percebi o espelho da crise da modernidade e pós-modernidade jurídica e a glosa de percepção desta pelos usuários da justiça. A margem de influência dos elementos da retórica jurídica para a não realização dos direitos demandados é plural. Ora essa retórica se materializa pelo discurso mal compreendido em suas funções de persuasão, de transformação dos fatos e valores em ferramentas de gerência dos conflitos, de cambiamento de focos do conflitos em outros focos, de manipulação dos valores pela invocação de princípios normativos balizadores de condutas idealizadas pelo Estado; ora essa retórica se materializa pela teatralidade que envolve a semiótica jurídica; em outras palavras, a fala do direito se afasta do cidadão comum e o poder simbólico da suntuosidade das cortes prevalece sobre a realidade fática das ruas. E, por fim, a própria metalinguagem contida na aproximação dessas duas variáveis que é a fala do direito através da ideologia promulgada pelo Estado constitucionalizado.

5.4 DAS CORTES ÀS RUAS: A DIFÍCIL CONSTRUÇÃO DA FALA QUE REALIZA O DIREITO

A evidência dos aspectos que demonstram existir uma crise de paradigma no direito e na dogmática que compõe o discurso jurídico é relevante para a concretização dos objetivos desta tese. Ela obriga que se retome a seguinte indagação: face à assimetria comprovada entre o discurso institucionalizado e

proferido pelas cortes, e a realidade fática que permeia os conflitos originados da convivência social, ou na mesma conotação, face à assimetria existente entre a fala das ruas e a fala dos tribunais, como o discurso jurídico poderá aproximar-se das massas? Qual a solução para que essa abrangente retórica da qual se reveste o direito atinja os objetivos positivos que permeiam sua construção?

Antes de passar a essa análise, é primordial colocar em linha três premissas significativamente relevantes para as prováveis respostas a esses questionamentos, e que fizeram parte do corpo epistemológico deste estudo.

A primeira delas é a de que o direito se faz pela linguagem jurídica, pois ela é seu meio de expressão. É a linguagem que cria e expressa os conceitos estabelecidos na norma. É a linguagem que congrega a significação de base do complexo sistema jurídico. Ela se compõe de conceitos, definições, funções, signos.

A segunda é a de que o direito se faz pelo discurso, haja vista ser o discurso jurídico o responsável pelo encaminhamento do sentido da linguagem. É o discurso que molda o sentido prescritivo da linguagem. Ademais, é o discurso jurídico que instrumentaliza o conteúdo da linguagem normativa, uma vez que, através do discurso, cria-se a metalinguagem no campo jurídico.

Para melhor situar essas duas premissas evitando equívocos no campo interpretativo desta análise, afirma-se que linguagem e discurso possuem natureza semântica diferente. A linguagem é o texto e suas variáveis (escrito, falado, estereotipado, simbolizado, iconizado, etc.). O discurso é a realidade da linguagem no que se extrai de seu texto. Daí porque muitas vezes fiz alusão nesta tese às diferenças que envolvem norma e texto, e daí porque inseri estes elementos numa perspectiva semiótica de observação.

Ainda uma terceira premissa é a de que o direito se faz pela argumentação jurídica, assim entendida, as técnicas de desenvolvimento do raciocínio lógico jurídico, bem como os processos de persuasão. As teorias da argumentação jurídica, em geral, dirigem-se a um ponto comum; a fundamentação e a racionalidade do direito. A argumentação jurídica está assentada no alicerce da racionalidade que determina a legalidade e a legitimidade da elaboração normativa. Partindo da distinção cunhada por essas premissas, verifica-se que elas são importantes componentes da retórica jurídica, cuja definição elaborei no item 5.3.

Em meio a tais ponderações, aponto agora um novo elemento que transita entre as premissas indicadas: a fala do direito. Esta, ao estabelecer o ponto de

transição entre o direito achado nas ruas e o direito proclamado pelas cortes, envolve algumas hipóteses sobre a problemática levantada.

O que vem, então, a ser a fala do direito? É a experiência jurídica enquanto distribuída no intercâmbio dos interesses e das práticas sociais. A fala do direito é a concretização dos conteúdos e valores jurídicos. Isso pode ocorrer de forma positiva, com o cumprimento das leis, ou de forma negativa, com infrações cometidas às leis. A verdade é que tal fala se encontra relacionada com os usos sociais e a dinâmica dos tribunais.

Como reverso, a retórica jurídica envolve a formalização da língua e da linguagem do direito. É o mundo dos conceitos abstratos ou dos conceitos determinados, dos esquemas teatralizados, do verbalismo rebuscado e da processualística do espetáculo. Mas, é também o mundo da linguagem normativa que tem, por exigência característica, as expressões mandatórias, diretivas, minadas do dever ser. É também o mundo de expressão do campo jurídico em toda sua dimensão, visto que leva ao trabalho de sua racionalização a que o sistema das normas jurídicas está continuamente sujeito.

Ora, sendo a fala do direito a concretização dos conteúdos e valores jurídicos, ela é também a concretização da norma, pois as normas são a juridicização das necessidades de organização da vida. E se a fala do direito pode ocorrer de forma positiva, através do atendimento às prescrições legais, e de forma negativa pela revelia aos ditames legais, pode-se concluir que a fala do direito serve como fator decodificador da tensão entre a sociedade e as cortes, pelo fato de ser resultado das demandas entre os usos sociais e a dinâmica dos tribunais. Em outras palavras, trata-se de uma fala viva, real, uma fala cuja realização não absorve apenas as imposições estatais positivadas, os mandamentos formulados através das bulas do poder institucionalizado. Realiza-se também pelas violações contra esses conteúdos idealizados e manipulados pela retórica.

É uma fala cujo processo de realização está no intercâmbio dos interesses e das práticas sociais. Ao mesmo tempo que formula o direito que se quer, identifica e trabalha o direito que se tem. É a fala do quase-equilíbrio.

Torna-se razoável explicar como evolui esta fala. Passo à análise. Há uma incapacidade histórica do aparato que compõe a justiça para lidar com os problemas decorrentes de uma sociedade tão díspar como a brasileira.

Ressalvados os problemas já mencionados de lentidão da justiça e outros, o judiciário e as demais instâncias de administração da justiça (Ministério Público, Advocacia de Estado, Defensoria Pública, Polícia e outros) conseguem enfrentar os problemas de rotina, os problemas estandardizados, desde que tecnicamente enquadráveis nos procedimentos legais; e sobre estes não há muitos conflitos, pois a própria sociedade civil recepciona as decisões tomadas por estes órgãos como justas e necessárias.

Entretanto, quando ocorrem situações envolvendo questões macrosociais, transindividuais e político-sociais, por exemplo, tais entidades mostram-se hesitantes ou ineficazes em suas decisões. Afinal, como emitir um mandado judicial de desocupação de terras ocupadas por quem nada tem a perder, porque não tem nada de seu? Qual a equação eficaz capaz de resolver a questão: respeito ao direito à propriedade ou respeito ao cumprimento da função social da propriedade? Ou, seria melhor garantir a preservação e proteção ao meio ambiente face ao inexorável progresso e às novas tecnologias que se multiplicam e devoram matérias-primas? Se se falar na esfera mais privatista dos direitos, como proibir que as crianças trabalhem, se não há quem garanta políticas de educação e inclusão que livrem essas crianças da provável criminalidade que pode ser resultante de uma vida nas ruas?

Diante disso, as instâncias da administração da justiça buscam no chamado sentido comum teórico dos juristas as respostas. E elas são, em geral, baseadas em conteúdos de leis que não atendem aos fatos. A partir daí, criam o que o jus-filósofo Streck (2007, p.92) chama de interpretações despistadoras, criadas com o objetivo de estabelecer os limites do sentido e o sentido dos limites do processo hermenêutico. Consequentemente, estabelece-se um enorme hiato que separa os problemas sociais dos conteúdos dos textos jurídicos.

Tais problemas são, desta maneira, deslocados pelo discurso para uma zona de ocultamento das condições de produção do sentido do discurso. Esta metalinguagem leva a explicar e a aplicar a norma com base em elementos técnicos que omitem a prioridade dos atendimentos às condições sociais. Isto é, as autoridades formulam suas decisões, sem atentar para os fundamentos internormativos (aquele que respondem pelos elementos fáticos). Valem-se apenas dos fundamentos normativos de razoável aplicabilidade, isto é, aqueles que são determinados pela força positiva da lei.

De certo modo, o discurso dogmático transforma-se em uma imagem, na tentativa ilusória de expressar a realidade social de forma imediata. O discurso transforma-se num texto sem sujeito. Este fenômeno é denominado de “fetichização do discurso jurídico” porque, através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma-lei-em-si, abstraída das condições que a engendraram, como se sua condição de lei lhe conferisse uma propriedade natural. É a não transparência dos fundamentos de interpretação significativa dos casos fetichizados que levará o usuário do direito ao descumprimento das decisões; ou então, à busca de novos olhares interpretativos. É nesse ponto que está a dinâmica do direito e a construção da fala do direito, visto que, da revelia dos cidadãos, ergue-se um novo discurso que se mostra por inúmeras variáveis (Sercovich, 1977, p. 88).

Segundo Streck, a fetichização ocorre quando os tribunais apreciam os recursos e suas respostas reformam decisões já prolatadas. Da mesma forma, quando mantidas as mesmas decisões, estas obrigarão à demonstração da devida transparência do fundamento internormativo (isto é, qual a base social que sustenta a decisão do magistrado). Ela ocorre também noutras esferas de relações jurídicas (nos tratos, acordos, pactos, convenções etc), através de movimentos sociais, mediações, acordos e lutas que levam a composição das vontades.

Há um longo trajeto na elaboração da fala do direito, pois o fenômeno de aproximação da concretização de valores e conteúdos jurídicos positivos e negativos e os usos sociais não é instantâneo. Trata-se de uma fala cuja construção submetese parcialmente aos elementos interlocutórios da retórica jurídica, apenas no que esta tem de discurso, linguagem e argumentação.

Desse modo, a fala do direito poderá converter-se na fala que realiza o direito. Se a produção de sentido interpretativo feita pelos juristas não for guardada sob hermético segredo; ou se diante da fetichização do direito, os sujeitos reagirem com os recursos do trinômio linguagem-discurso-argumentação e emprestando da retórica jurídica seu próprio antídoto. Neste sentido, remeto ao item 3.2 desta tese que trata dos meios de justificação da norma, ou das circunstâncias de racionalidade do discurso a fim de torná-lo legítimo. Dentre as possibilidades dialéticas de utilização da plasticidade do direito está o fato de que os cidadãos poderão valer-se de normas abertas para demandar do ordenamento institucionalizado aquilo que for conveniente à validade social das normas. O que quero dizer com isso é que um dos meios mais relevantes para que se alcance o equilíbrio entre a fala das ruas e a fala

das cortes é o interesse dos sujeitos pelo sistema normativo, não pelo sistema normativo fechado como ele se apresenta, mas pelo sistema normativo cuja plasticidade contribui para que os sujeitos possam desvendá-lo através da consciência de participar dos processos de discussão da norma no caminho de sua elaboração, e mais do que isso, por pressionar, através dos meios competentes ditos pelo próprio discurso jurídico, para que se faça cumprir os princípios fundamentais exarados na Constituição Federal.

A importância da realização dessa fala está relacionada aos meios de estruturação de um discurso que possa, bilateralmente, ser lido nas ruas e nas cortes. Relaciona-se tal fala, também, à produção de uma linguagem que seja capaz de revelar o direito formulado para o cidadão comum.

Neste ponto, retomo uma das questões relevantes, que consiste em identificar como ou quais os meios de saída para que a fala do direito se realize. Ou para que o hiato existente entre norma e fato seja composto dentro de uma linguagem jurídica universalizada de forma deontológica. Surgem, então, algumas vias de comprovação das hipóteses lançadas, as quais passo a expor.

Em primeiro lugar, está a utilização dos princípios jurídicos como condição fundamentada na concretização do direito que se aproxima dos fatos. Concebendo-se as normas jurídicas como regras, estas, em geral, convergem para um sistema estático fechado e positivista no qual o poder de aplicação não oferece larga margem de decisão face aos *hard cases*³.

Neste sentido, os princípios funcionam como uma chamada à flexibilidade de decisões sobre o mesmo caso. Noutras palavras, os princípios jurídicos atuam como normas de um grau de generalidade relativamente alto, ao contrário das leis (regras) que são dotadas de menor generalidade. Segundo Dworkin (2001,p.42), as regras são aplicadas na maneira “do tudo ou nada”, ou seja, se uma regra é válida, deve ser aplicada da maneira como se preceitua, nem mais, nem menos. Já com os princípios não ocorre esse hermetismo. Os princípios têm a força normativa que ordena que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades do fato.

Assim, face aos casos controversos, quando o aplicador ou operador do direito não está diante da chance de optar por uma decisão universal, ou uma

³ Expressão utilizada por Dworkin para indicar as questões macrossociais para as quais os juízes não têm uma resposta imediata. São os casos controversos.

decisão precisa que defina um caso, resta a ele lançar-se ao normativismo principiológico. Diz-se do normativismo que vem da utilização de proposições normativas de base valorativa que funcionam como regras gerais, e que oferecem ao intérprete a largura argumentativa necessária ao direcionamento de soluções dos casos concretos.

Nesta seara, é preciso formular decisões que se apresentem em vários graus, ou que sejam graduadas de acordo com o campo fático e os valores sociais. Sobre isso repousa o pensamento de Alexy (1989), para quem princípios podem ser equiparados a valores.

Uma concepção sobre valores, segundo ele, traz uma referência não em nível do dever ser (deontológico), mas em nível do que pode ou não ser considerado como bem (ALEXY, 1998, p. 48). Os valores têm essa característica de possibilitar qualificação. Isto permite classificar, medir, comparar. Assim, vale dizer que há valores positivos, negativos, neutros, etc. Mas apesar disso, não se pode afirmar que os princípios são idênticos aos valores. Os princípios, como normas, apontam para o que se considera devido, enquanto que os valores apontam para o que pode ser considerado melhor.

Considerando-se que os princípios são proposições normativas cujo grau de flexibilidade permite a adequação, a ponderação ou balanceamento, é nesse sentido que vislumbro neles uma saída para os conflitos não vencidos pelas leis (regras). Sob a égide dos princípios, o aplicador do direito pode colher dos casos concretos suas variáveis abstratas e concretas e estabelecer uma ordem de aplicação de quantos princípios jurídicos forem necessários. Isto pode, inclusive, ser feito numa ordem de prioridades.

A função do intérprete e aplicador do direito não é outra, senão, reconstruir racionalmente a ordem vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido. Rompe-se, de algum modo, a busca do sentido da lei, para embasar a justificativa e o fundamento de resposta ao fato. Em outras palavras, cabe ao intérprete do direito se orientar pelo substrato ético-social, construindo um direito cuja racionalidade e validade tenham por base as essências fáticas axiológicas. Por exemplo, na decisão interlocutória formulada com o objetivo de fechar, provisoriamente, uma seccional urbana, o juiz fez uso desse subsidio valorativo e ponderou isso através da argumentação principiológica, assim expressa:

Assim, tendo o legislador constituinte estabelecido no art. 1º os princípios que fundamentam nosso Estado Democrático de Direito, nele incluindo a cidadania e a dignidade da pessoa humana, naturalmente nos é fornecida a lógica interpretação de que a saúde, enquanto elemento integrador da compreensão de uma vida digna, caracteriza-se como direito fundamental para o alcance da cidadania.

Nessa análise dos princípios como veículos que trafegam entre as ruas e as cortes, destaco mais uma razão para reconhecimento desta pertinência à hipótese aqui trabalhada: os princípios afastam a possibilidade de uma única resposta “correta” aos fatos ou conflitos. Isto porque os princípios jurídicos são subsidiados pela natureza moral dos fatos, e tal natureza se altera de acordo com o contexto. Os princípios não se apresentam sob forma de uma lista, ou um catálogo, nos quais se procura o objeto e aí são encontrados. Não! Os princípios são o resultado das relações sociais e suas condições fáticas. Portanto, os princípios são moldados pelas camadas sociais, e ao mesmo tempo, funcionam na modelagem das condutas esperadas quando servem de fundamento à aplicação do direito.

Destarte, quando os princípios seguem determinações de universalidade a partir de formulações valorativas que se traduzem numa linha argumentativa aplicada aos casos concretos, é possível construir uma fala que realize o direito porque se tornam mais transparentes e ajustáveis às decisões sobre os hard cases (casos controversos).

Por fim, resta evidente que a utilização dos princípios jurídicos como elementos preenchedores das lacunas deixadas pelas normas e como forma de simetria do fato à norma, deve observar as seguintes diretrizes:

Os princípios exigem a criação de um sistema de prioridades – já que na situação de aplicabilidade de vários princípios a um mesmo caso, a solução pode estar na fixação de prioridades que indiquem o princípio prioritário.

Os princípios envolvem ponderação – Face a uma possível colisão de princípios, as ponderações afastam os choques e equilibram a necessidade normativa.

Princípios envolvem uma hierarquia – esta constatação dá-se pelo fato dos princípios serem subsidiados por valores, e sempre haverá valores mais evidentes, e valores menos evidentes.

Em segundo lugar, como vetor de redução da distância entre o discurso jurídico e a sociedade, está a mediação. Esta surge como um horizonte novo que se abre à aplicação das normas.

A natureza positivista da qual se reveste a norma pode ser flexibilizada sem perder sua essência. Isto ocorre através de um processo argumentativo transparente e cuja fundamentação seja baseada na internormatividade, ou seja, na função do texto, do discurso e dos valores sociais que determinam sua teleologia. Os novos direitos, ou os novos meios de solução dos hard cases apontam para compor a resolução dos conflitos pela mediação dos conflitos.

Neste propósito, afirma-se que há uma busca pela desjudicialização das questões macrossociais e transindividuais. Estas devem ser verificadas para além do sistema jurídico-normativo. Deve-se estabelecer uma tentativa que envolva toda a sociedade numa proposta de viabilização das problemáticas pela participação das partes numa associação retórica que congregue as diferentes vontades. E na qual haja concessões mútuas para que seja preservada a supremacia do interesse coletivo. É, ao encontro desta perspectiva, que alguns órgãos da administração institucionalizada já propagam tais políticas. Os tribunais de pequenas causas, os núcleos de mediação e arbitragem, os núcleos de atendimento ao cidadão, e até os mutirões de cidadania que se instalam por um dia ou horas em pontos estratégicos de uma comunidade como meios de acesso à justiça podem ter um importante papel nessa tarefa como órgãos mediadores dos conflitos.

Sobre isso, ouvi de dois operários, numa área de atendimento em forma de mutirão, a seguinte declaração que confirma a mediação como um caminho possível ao preenchimento dos espaços deixados pela processualística ineficaz:

[...] meu sonho sempre foi poder usar o nome do meu pai de sangue e dizer aos meus filhos que não fui um rejeitado; mas como já tenho 41 anos, lá na justiça a defensora me disse que o reconhecimento de paternidade iria demorar porque a prioridade era das crianças sem pai. Aqui Dra., bastou o meu pai ser chamado na frente do promotor e ele voluntariamente confirmou que era meu pai, e já saí com minha nova certidão, e agora sou um homem feliz. Foi bom pra todo mundo, e ainda se evitou um constrangimento pra meu pai que é da igreja [...] (C.D.S Operário de construção civil- Icoaraci).

Nesse depoimento, pude perceber que o que levava seu C.D.S aos tribunais não era exatamente alguma vantagem material, e sim uma questão moral que para ele tinha se transformado num conflito – o fato de não poder dizer à sociedade e aos filhos quem era seu pai. Esse conflito o levou a uma fila de usuários da justiça, o que

poderia ser facilmente resolvido não fosse o pronto discurso da demora processual e dos ritos judiciais proferidos pela defensora que anteriormente atendeu esse cidadão.

Outro depoimento importante foi o do seu F.G.F:

[...] Essa é a quarta vez que sou atendido bem. Todas as vezes que tive que recorrer aos meus direitos, eu esperei as ações de cidadania, é que aqui as pessoas parecem falar de um jeito que a gente entende tudo, além do que quando elas chamam os cabras envolvidos numa questão, eles nunca dão logo razão pra um ou pra outro [...] eles sempre convencem a gente de que o acordo é a melhor saída [...] e sabe que acho que é isso mesmo [...] (Operário metalúrgico de Belém).

Na pesquisa para confirmar essa hipótese esse foi um ponto que considerei de maior relevância, como revisão da tão criticada retórica jurídica. Tal fato deve-se à constatação de que a retórica do discurso, quando comprometido com a ética e os objetivos de concretização da justiça, contribui duplamente para o direito e a democracia. Ele se alinha com aquilo por Habermas definido, como consenso, e que preferi chamar de fala que realiza o direito. Em qualquer processo de mediação e composição de conflitos, é necessário que os atores envolvidos submetam-se a concessões mútuas, e à certeza de que não há perdedores, e sim cidadãos em coletividade. Isto só é possível quando o discurso aplicado é capaz de convencer e transformar os atores em adeptos dos valores de justiça utilizados na fundamentação das decisões para que elas sejam válidas.

Finalmente, indico como uma via de redução da distância que perfaz o discurso jurídico e seus interlocutores, o reexame da retórica jurídica no que diz respeito aos elementos que compõem a processualística de acesso à intertextualidade e internormatividade do direito.

Melhor esclarecendo: para tornar a linguagem, o discurso, a argumentação acessível aos cidadãos é necessário destituir esse trinômio de todos os mitos da linguagem jurídica, e de todos os estereótipos do direito, inicialmente.

O mito da linguagem jurídica é uma inflexão dentro do mundo jurídico com o objetivo de intencionalmente fixar um valor como inabalável. O mito possui caráter imperativo de verdade, de conceitos irrefutáveis. Assim, “interesse público”, “ampla defesa”, “serviço público” são linguagens mitologizadas. Tornam-se modelos de existência de causalidade artificial, mas impõem um domínio sobre a natureza do direito, e isso pode ser um perigo para a realização do direito nas ruas.

Isto ocorre porque os consumidores do mito ou sujeitos de direito percebem o mito, não a partir da história que transforma o real em discurso, mas o percebem já naturalizado, por isso o consomem inocentemente, desconhecendo sua força semiótica.

Os estereótipos se mostram como outra forma de poluição da processualística dos órgãos da justiça, porque são palavras que carregam elevada carga emotiva e que, por apresentarem carências em suas significações de base, necessitam de um contexto a fim de construir seu sentido designativo. É comum na formação dos discursos prescritivos e persuasivos de conteúdos axiológicos e ideológicos, a utilização de estereótipos. É um recurso frequente quando se busca articular argumentos que sejam aceitos como válidos. À guisa de exemplo, as expressões jurídicas como “ abuso de poder” e “ legítima defesa” são estereotipadas, pois à margem de um ato de valoração, não apresentam uma denotação clara. Face à necessidade de se determinar quando alguém que tem poder (institucionalizado) abusa dele, requer do aplicador do direito a produção de definições que autorizem novas definições, definições persuasivas, portanto.

Observe-se nas palavras contidas na decisão interlocutória sobre o caso da reforma de uma seccional urbana no Pará como isto ocorre:

“De outra monta, verifica-se que os detentos não podem esperar pelo desfecho desta demanda, tornando-se medida imprescindível a transferência para resguardar-lhes a saúde e os direitos de tratamento digno assegurados na Lei de Execução Penal. Nesse diapasão, a própria letra Constitucional lhe assegura essa garantia, ao estabelecer no art. 5º, LXXVIII, a duração razoável do processo.”

No pronunciamento do magistrado, verifica-se que a utilização dos estereótipos é presente quando ele invoca o tratamento digno ao preso, afinal, em que consiste o tratamento digno quando se trata das prisões brasileiras? Será que a Lei de Execuções Penais define isso? O uso de estereótipos, pode dificultar ao cidadão comum o acesso à compreensão do processo retórico utilizado pelos operadores do direito uma vez que ele, por não ter a dimensão desse universo retórico, exige do Estado “o que está na lei”.

Uma expressão estereotipada tem como objetivo precípua influenciar e determinar opiniões. Por serem termos com carga conotativa provocadora de associações fortes, a simples evocação determina uma opinião. Desse modo,

estereotipar um conceito jurídico, resulta em “pronta entrega” de significações de controle social.

Ademais, nunca é tarde mencionar que o reexame da retórica aqui proposto deve levar, também, à fixação da transparência nos processos de justificação e validade das normas, para que isso contenha a clareza que os cidadãos requerem. Se as normas, segundo Habermas (2004, p77), são justificadas a partir de uma pretensão de correção (com referência ao justo), devem poder contar com a aceitação racional daqueles que serão seus afetados. Aos atores sociais só restam dois caminhos: concordar mutuamente sobre as pretensões de validade de seus atos de linguagem; ou levantar pontos em que haja discordância, problematizando-os. Esses pressupostos da ação comunicativa, sem embargos de outras causas, são parte do que vislumbro como meio de aproveitamento da retórica positiva, aquela que aproveita princípios, consenso, argumento, para promover a universalização do discurso jurídico que realize uma fala do direito diferente da atual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme expus nas exposições precedentes, são muitas e significativas as possibilidades teóricas que se pode formular em torno da construção da argumentação e das interpretações jurídicas. E são igualmente abundantes e ricas as interpretações que se pode conferir às consequências dessas estruturas no meio social. Daí porque esta tese se limitou a alguns aspectos específicos dessa temática. Restam, portanto, inúmeras questões relevantes que, embora esta tese possa ter suscitado, face à já mencionada complexidade e riqueza da temática, fogem ao âmbito e ao objetivo da mesma. Mas podem servir como meio de questionamento, reflexão e análise para pesquisas futuras.

O que fica claro, de imediato, é que a linguagem, o discurso e a argumentação do direito podem se instaurar como obstáculos entre a sociedade e a Justiça. Eles atuam não apenas no círculo organizacional da justiça propriamente dita, mas em fase ainda anterior a este círculo, isto é, antes mesmo que a pessoa acesse os recursos da justiça em seu benefício. Isto porque eles agem como elementos inibidores para a pessoa que tenta percorrer o intrincado caminho que a conduziria e que poderia abrir para ela as portas que dão acesso à justiça. Assim, eles atuam dentro e mesmo fora, já que antes mesmo do acesso à esfera da justiça. Esta é questão das mais intrigantes e estranhas, uma vez que o direito existe para atender às necessidades do cidadão e da sociedade.

Esse estranhamento é ainda maior quando se afirma que o direito se constrói em atualizações semiológicas efetivas ou com pretensão de efetividade. E isto inclui tanto o âmbito da interpretação validada politicamente em cada caso, do sentido aplicado, efetivado, quanto o âmbito da vida sóciopolítica. É mais fácil constatar sua existência do que modificar este cenário do direito na sociedade.

É igualmente evidente que a práxis dos fatos clama por soluções, visto que há sujeitos neles envolvidos, e tais sujeitos se encontram em permanentes conflitos, próprios das relações humanas subjacentes ao meio social e para os quais o direito não está apetrechado para enfrentar. E este desajuste não diz respeito apenas ao que concerne ao seu conteúdo, visto que ele se organiza muito mais lentamente que a dinâmica da sociedade atual (tema não analisado nesta tese), mas igualmente pela própria linguagem na qual ele se exerce. E, se a linguagem do direito é

considerada hermética e incompreensível pelos cidadãos comuns; se é questionada como obstaculizante ao exercício do direito e à realização dos direitos dos cidadãos, pelas novas linhas de abordagem da sociologia e antropologia jurídicas; se é também considerada por essas ciências como formas de dominação e de poder, além de servir como reserva de mercado profissional, por outro lado, ela é considerada como indispensável e mesmo como motivo de orgulho pela quase totalidade dos membros que integram as categorias profissionais que militam no campo do direito. Daí porque a linguagem do direito vem-se tornando, cada vez mais, um objeto de estudo de determinadas ciências e questionada mais amplamente como um elemento de tensão da vida social.

Mas é evidente também que, apesar disso, a sociedade vai engendrando soluções para seus problemas, e essas soluções, com frequência, passam ao largo ou excedem a esfera do direito. É com base nas formas extradireito instituído que os movimentos sociais propõem, por exemplo, formas de ocupação da terra, tanto na cidade como no campo; e é da mesma forma que inúmeras comunidades agem na vida brasileira. Estas soluções que a sociedade vai engendrando, tendo em vista que o acesso ao direito é restrito (e nisto a linguagem tem um papel importante), que o direito está distanciado da realidade cotidiana, colocam em questão, ou melhor, em crise, a ideia do monismo jurídico vigente nas sociedades ocidentais, segundo o qual o direito seria a única fonte legítima de ordenamento jurídico da sociedade ocidental moderna.

Cabe questionar se na estrutura que o Estado desenha e faz configurar o chamado ordenamento jurídico há lugar para outras estruturas linguísticas provenientes da pluralidade de interpretações normativas com pretensões diversas de validade. É isto que coloca em depoimento diariamente a sociedade, quando reclama da ausência de um sistema jurídico linguisticamente compreensível e socialmente acessível, como a vida brasileira requer. Essas são características que deveria ter um sistema jurídico que se encontra fundamentado numa constituição democrática e aberta ao cidadão, como a constituição brasileira ao se considerar uma “Constituição Cidadã”.

Desde algumas décadas a sociologia jurídica e a antropologia jurídica vêm demonstrando que a sociedade busca soluções alternativas fora da esfera jurídica, justamente pelas dificuldades de acesso e de compreensão do direito pela maior parte dos cidadãos. Daí porque essas duas ciências vêm demonstrando que o

direito objetivado é apenas uma das modalidades existentes de ordenamento jurídico da vida social, mas não a única. Talvez Malinowski (2003) tenha sido um dos primeiros a fazê-lo, quando em sua obra *Crime e costume na sociedade selvagem* demonstrou que as sociedades sem Estado e sem ordenamento jurídico escrito são portadoras de uma ordem jurídica própria, muito eficiente, no que concerne à sua capacidade de regular a vida cotidiana da sociedade. Ao mesmo tipo de conclusão têm chegado os antropólogos brasileiros ao estudarem os grupos indígenas. Estes grupos, mesmo sem linguagem escrita, possuem um ordenamento jurídico claro, facilmente compreensível e acessível a todos os cidadãos do grupo e transmitido oralmente, em linguagem simples e objetiva.

A compreensão das normas sociais parece não depender do tamanho da comunidade ou da sociedade. A própria análise do vocabulário do direito deixa claro isso, quando se observa que inúmeros termos mantidos em latim poderiam ser claramente transpostos para a linguagem corrente e dicionarizada da língua portuguesa. E quando a literatura brasileira e a linguagem da informação utilizada pelos jornais, revistas, informativos de televisão e outros veículos são capazes de abordar e de explicar às massas questões extremamente complexas que ocorrem ou fazem parte da vida brasileira.

Ao mesmo tempo que numerosos sociólogos e antropólogos¹ vêm colocando a linguagem do direito como importante elemento de restrição ao acesso à justiça e ao exercício do direito, eles têm tratado, insistentemente, sobre a existência de um pluralismo jurídico na sociedade brasileira, que é negado ou ignorado, sistematicamente, pelo Estado e pelo direito instituído.

Foi com base nesses pontos que considerei importante explicitar como o dogmatismo jurídico e sua pretensa pureza lógica podem ser contestados quando trazemos à lume a tensão provocada pelo vazio existente entre o fato e a norma, no que concerne a sua validade normativa.

Observei, contudo, a necessidade de um capítulo inicial que elucidasse alguns itens fundamentais no campo da semiótica ou semiologia jurídica. No meu entendimento, falar das significações do discurso e suas complexas variáveis de oposição, sem demonstrar de onde vêm os elementos constitutivos da ambiência dos signos seria, talvez, um trabalho incompleto na sua essência lógica. Isto porque

¹ Como Santos; Glissen (1986); Shirley (1987); Rouland (2003), para citar apenas alguns dos mais conhecidos.

à frente havia o desafio de investigar, como a lacuna existente entre o direito buscado e não alcançado pelos cidadãos, assim como o direito institucionalizado nos espaços da administração da justiça pode ser vitimado pela influente relação originada na linguagem, no discurso, na argumentação, e na fala do direito, se estes componentes não forem efetivamente decodificados por seus usuários – o povo.

Assim, foram elaboradas as primeiras linhas explicativas de como a linguagem, a partir dos signos, evolui e toma lugar como instrumento viabilizador das relações sociais. Para isso, fez-se necessário um aporte teórico cujo marco não poderia ser outro, senão as considerações com base em Saussure (**data**). Isto porque, apesar de toda construção literária tendo como alvo os elementos da língua, da linguagem, da fala, do discurso, e tudo mais que envolve a comunicação humana, as premissas saussureanas mostram-se ainda válidas e cabíveis para um sem-número de situações.

Ao confrontar a existência de interpretações normativas com pretensões diversas de validade com o positivismo normativo sóciopolítico, já validado e efetivado pelas estruturas de Estado, admite-se que, mesmo aí, não há apenas um direito, mas diversos direitos possíveis e validáveis. Uma linha de pesquisadores relativamente numerosa, localizada especialmente em universidades, vem desenvolvendo estudos e divulgando amplamente (inclusive via Internet, em sites especializados e revistas científicas em edição digital), o que vêm chamando de *o direito das ruas* e *o direito achado nas ruas*, ou ainda expressões similares que procuram chamar a atenção para o pluralismo jurídico presente em numerosas situações na sociedade brasileira, como resposta ou tentativa de substituir o direito positivado, dadas as características que este último apresenta.

Admite-se ainda, que os direitos validados, por vezes, conflitam entre si tornando inaceitável o chamado purismo das teorias jurídicas dogmáticas. Estas teorias estão marcadas pela ausência de flexibilidade capaz de albergar em seus sistemas a existência de tais conflitos, atentando mesmo, contra uma estrutura de vida em sociedade já consolidada pelas práticas adotadas em comunidade. Neste ponto da tese, abordei brevemente a pluralidade de padrões culturais e suas consequências para a formação do campo jurídico.

Logo, não se pode olvidar o referencial historiográfico do direito como ciência dinâmica. O direito é um complexo de relações construídas pelos seres humanos em sua prática cotidiana. Cultural, sim, semiótico por consequência. Afinal, a linguagem,

o meio de expressão do direito, é que sobrepõe uma dualidade sujeito/realidade onde o externo ganha uma versão ideologicamente trabalhada.

Ter oferecido um espaço neste trabalho dedicado a analisar a influência da cultura para as formulações sociais indicativas de normas foi muito importante para concluir que, muitas vezes, um fato ganha destaque no meio social por influência dos bens culturais. Falo dos bens culturais como emanados da subjetividade humana, e por isso, enriquecidos de todas as experiências valorativas historicamente acumuladas. Por exemplo, pude perceber através das entrevistas, o quanto estar atento (“atenado”, na linguagem popular), ao que a sociedade tem chamado de cidadania é importante para que o indivíduo seja recebido no grupo como alguém cujas opiniões políticas interessam. O sujeito “atenado” é o sujeito de confiança do grupo.

Foi fala recorrente nas entrevistas, o fato de alguém ter buscado a justiça porque a vizinha, o colega de trabalho, etc. informaram que havia direitos a serem exigidos de A ou B, num conflito ou questão. Essa “vizinha”, ou esse “colega de trabalho” é alguém que já alcançou, no meio em que vive, a designação de culto. E nesse sentido, preciso falar da relação do discurso jurídico que faz parte do conjunto de elementos que define os bens culturais. Observei, com muito cuidado nas entrevistas, que as pessoas ao invocarem certos direitos, sempre tinham como referencial um caso visto na TV. Às vezes seus referenciais eram campanhas institucionalizadas, outras vezes, campanhas populares. Uma senhora de idade que invocava o direito à proteção por parte de sua família, esbravejava indignada alegando que o Estatuto do Idoso conferia a ela esse direito.

Pude concluir nessa análise, que um bem de cultura torna-se um *factum*, como feito e acontecido que condiciona o “fazer” sucessivo da sociedade, havendo, pois, uma contínua dialética assinalada entre o discurso das massas e as influências exercidas pelos discursos políticos institucionalizados (inclusive o discurso jurídico), sobre elas. Mas, nesse diálogo, as massas modificam dialeticamente o bem cultural, convertendo-o numa nova síntese, mais adequada ao seu modo de vida. Esta situação reforça e consolida o hiato entre o fazer cotidiano da sociedade e o direito que se exercita através de um discurso jurídico próprio e distanciado dela.

Existe, porém, dentro deste conjunto de criações e práticas consolidadas pela sociedade ou por segmentos dela, uma espécie de objetividade relativa que resulta do fato de que, ao longo do processo cultural, há valores que adquirem a força de

invariantes axiológicas, sendo respeitadas como se fossem inatas, tal como ocorre com os valores universais. Isto ocorre também no campo jurídico e este envolve e é inseparável da linguagem jurídica. De certa forma, é este conjunto o responsável por atribuir à norma um escalão altíssimo de comprometimento com a manutenção da ordem social, sem atentar para o fato de que ele não atinge as numerosas camadas populares da sociedade.

Estes valores culturais universais são traduzidos atualmente, dentre outros níveis, nos valores que reputam a preservação ecológica, a manutenção da família como instituição social, ainda que sob novos conceitos de família, a composição da paz entre povos, e destacadamente, o respeito aos direitos humanos. Mas é preciso entender que as pessoas vivem conforme os costumes e valores de sua sociedade e estes, muitas vezes, pouco ou nada têm a ver com a norma jurídica objetivada, traduzida na linguagem do direito.

Este descompasso, entretanto, nem sempre e não somente tem um efeito perverso. São os fatos novos e os novos padrões culturais que impulsionam o direito e o fazem mudar. Entretanto, este impulso se reflete mais sobre o conteúdo do direito do que sobre a linguagem do direito. Ainda assim, ele vem evidenciando a necessidade de novas linguagens, que superem a tecnicidade do direito, sua existência ritualística e sua retórica incompreensível às massas. As Câmaras de Conciliação, os Juizados de Pequenas Causas e outras soluções adotadas mais recentemente no direito brasileiro são uma demonstração da tentativa de aproximação desses extremos – direito positivado e massas populares. É possível, e espera-se, que este processo resulte na construção de uma metalinguagem que atenda aos interesses localizados na arena que é o campo jurídico, e que possa alcançar a existência do direito como um bem cultural cada vez mais acessível às massas.

De forma tímida, porém sob boas perspectivas, observei que o discurso jurídico defendido por significativa parte das estruturas políticas do Estado Democrático de Direito, tem sofrido constantes críticas quanto à sua racionalidade e fundamentação, e que isto tem provocado uma reanálise das variáveis que servem como instrumento de legitimação normativa dentro do próprio campo jurídico. Este fato é relevante porque importa dirimir as contradições entre o sistema de racionalidade jurídica e a forma como a mesma ganha vida no plano da concreção. Em outras palavras, não basta a existência de um preceito constitucional voltado

para o cidadão. É necessário que os responsáveis pela interpretação e pela construção argumentativa em torno dele o tornem claro e acessível aos seus destinatários.

Falar em racionalidade jurídica pressupõe esclarecer também quais os fundamentos que baseiam a juridicização de determinados fatos, para que os mesmos sejam abrangidos pelo sistema de normas impostas ao povo. Mas, para que isso aconteça, o espaço público deverá estar preparado para administrar as normas que produz e para tornar válidas as conexões entre estas e os fatos. Mas, também do lado dos sujeitos destinatários das normas, há necessidade de mudanças; eles precisam evoluir politicamente de forma a forçar uma compreensão integradora. Caso contrário, permanecerá o que neste trabalho foi identificado como tensão social.

Entretanto a despeito do envolvimento dos sujeitos de direito na composição de seus papéis no campo jurídico, isto é, na participação efetivada destes nas ações e decisões tornadas possíveis pelo espaço democrático que compreende a escolha dos legisladores ou representantes do povo na elaboração das normas, há ainda muito a ser feito. Mas esta não é uma perspectiva remota. A sociedade vem evoluindo politicamente de forma visível, na construção do processo democrático no que diz respeito ao acompanhamento de quem faz as normas.

Isto pode ser comprovado, por exemplo, na observância dos últimos escândalos que levaram ao afastamento de alguns políticos e a realidade de um impeachment na história do país. No Estado do Pará, houve nos últimos dois anos o afastamento de alguns políticos por práticas ímprobas. É fato o afastamento de vários prefeitos e gestores públicos por conduta ilícita. Nos casos relatados, a denúncia partiu de ações do povo.

Um outro problema grave que detectei, ao realizar este trabalho, foi a descrença dos cidadãos e seu afastamento das chamadas esferas judiciais. Embora a população brasileira tenha crescido vigorosamente nas últimas décadas e tenha caminhado para uma progressiva politização, os cidadãos parecem apresentar um afastamento das cortes (ou pelo menos manifestam isto). Se isto é verdadeiro para os cidadãos, isoladamente, o mesmo não se aplica aos movimentos sociais. Estes, ao contrário, têm recorrido cada vez mais aos tribunais para fazer valer os seus direitos. Ter tido a oportunidade de evidenciar isto é o que possibilita afirmar o quanto o discurso jurídico, a fala do direito, e a retórica jurídica exercem um poder

de neutralização, de dominação, e como, de certa forma, produzem o afastamento do cidadão de algumas garantias insculpidas no conjunto de direitos dispostos nas leis.

Essa afirmação vem do fato de que, embora determinados direitos existam para os cidadãos e estejam consignados em leis (por exemplo, o direito à segurança pública), os mesmos não o buscam. Em alguns casos porque não acreditam na justiça, noutros pelo descrédito nas instituições públicas, noutros por acomodação, face à morosidade das decisões; e talvez, na maioria dos casos, por desconhecimento ou incompreensão do direito a eles apresentado. E por isso fragilizam-se.

Ainda quando sabem da existência de direitos e por isto recorrem aos tribunais, não conseguem entender as respostas oferecidas pela justiça aos seus anseios e necessidades, pela impossibilidade de decodificar os signos “camuflados” nos processos, nas sentenças, nas decisões administrativas, etc. Salvo quando se encontram acompanhados de um advogado por eles contratado, o que se torna difícil e pouco frequente nas camadas populares.

Consoante estas constatações, observei que nos casos em que o cidadão busca os órgãos da administração da justiça, por vezes é desencorajado a prosseguir em seus objetivos. Isto é inerente às características do próprio sistema burocrático que, como mecanismo de “esvaziamento das demandas”, vale-se de um discurso de convencimento, facilitado por uma linguagem rebuscada que provoca no usuário da justiça insegurança ou descrença quanto à liquidez e possível efetivação de seus direitos. Esse mecanismo de esvaziamento das demandas é resultado da ação de agentes que se encontram nos primeiros escalões burocráticos com os quais se defronta o indivíduo no recurso à justiça. Há falta de ajuda para que o cidadão possa colocar corretamente sua demanda, escrevê-la numa linguagem aceitável juridicamente, fazer sua demanda de forma enquadrável nos dispositivos legais, adicionar ao pedido os anexos necessários para comprovar e fortalecer o pleito, formalizar o documento burocraticamente, apresentar-se no órgão pertinente à sua questão e na secção competente, e outras exigências, são elementos mais que suficientes para desestimular a pessoa comum a recorrer à justiça. Este discurso de neutralização, em geral tem pouco valor quando se trata de um movimento social organizado. É quando o povo mostra a força que, individualmente, não sabe que tem. E neste caso, o Estado é compelido a agir, e daí pode surgir uma

situação de confronto, com um discurso de dominação por parte do Estado, mas também tem sido cada vez mais frequente um acordo entre as partes, embora nem sempre o acordo satisfaça a parte mais fraca – o movimento social.

Quando enfrentei essa problemática ao longo do trabalho, articulei várias respostas. A mais imediata é a de que é necessário repensar o sistema de racionalidade que dirige as ações dos agentes da justiça, no que diz respeito à linguagem utilizada por eles no trato com o povo, assim também como em seu discurso em geral. O discurso e o diálogo com o público precisam ser ajustados à ideia e ao fato de que o direito forma um componente importante do sistema de instituições sociais. Por isso, mais do que técnicos ou agentes da justiça, eles são agentes da sociedade, e por ela existem as funções que exercem, nos cargos que ocupam, sendo o diálogo compreensível o elemento comunicador entre eles e o destinatário final.

Neste sentido, cumpre aditar a informação de que já está em execução, desde a criação da Escola de Governo no Estado (pelo menos no caso do Pará), uma série de ações visando à atualização e à capacitação de pessoal. Trata-se de dotar o servidor público de uma capacitação ética muito mais do que técnica. No que diz respeito, especificamente, às ações do poder judiciário como foi mostrado no trabalho, tem havido um esforço do judiciário, que se expressa através de recomendações institucionalizadas pelo Conselho Nacional de Justiça–CNJ, no sentido de exigir maior celeridade e eficácia por parte dos magistrados e operadores do direito.

É fato, também, que o CNJ tem desenvolvido tentativas de equilibrar a desproporção existente nos fóruns, envolvendo o número de casos a serem julgados e as necessidades de respostas a tais casos. É evidente que o trabalho do poder judiciário não afeta diretamente a demanda no campo jurídico, no sentido de reduzi-la, até porque boa parte delas têm suas raízes plantadas na histórica desigualdade social que se perpetua no país; e também porque, embora haja um desestímulo da população quanto a acessar os canais da justiça, por outro lado, o crescimento da população brasileira e as inúmeras possibilidades de recursos que a legislação e a prática jurídica permitem, levam a um acúmulo de processos nos tribunais, daí a referida desproporção. Desta forma, as recomendações e determinações do CNJ têm-se relevado insuficientes para equacionar o problema. Quanto aos estados, muitos têm empreendido ações visando a uma maior organização na distribuição de

pessoal pelas localidades interioranas, na tentativa de fazer chegar até esses locais a justiça, de acordo com o que dispõe o direito vigente. Ainda assim, os serviços da justiça concentram-se prioritariamente nas capitais e nas cidades brasileiras de porte médio.

No rol desses esforços referi-me anteriormente às ações da justiça itinerante, tal qual ela tem sido formatada no caso do Estado do Pará, visando a dar assistência às comarcas mais distantes. Se o acesso à justiça é difícil em todos os estados brasileiros, ele se agrava no caso dos estados amazônicos, face ao modelo geopolítico da região que compreende uma imensa área de municípios que precisam da justiça institucionalizada, distribuídos num espaço geográfico muito amplo e com grande dificuldade de transporte e comunicação. Daí porque, mais que nos outros casos, o modelo de distribuição de órgãos da justiça precisa ser repensado com base na situação muito peculiar que caracteriza a região amazônica.

É preciso frisar, porém, que mesmo que todos estes problemas estruturais sejam razoavelmente equacionados. As demandas sociais do direito só serão alcançadas se as razões de justificação e fundamentação das proposições argumentativas que os sujeitos de direito utilizarem para as suas interações *no mundo da vida* estiverem pautadas numa linguagem realmente dialógica com o público alvo e em sintonia com a produção e o exercício do direito que se exerce através das estruturas do Estado.

Como assinala Michelman (2009), é preciso fazer uma “leitura moral da Constituição”. Isto é absolutamente inseparável daquilo que se pode designar como “visão substantiva da democracia constitucional”. Ao encontro desta vertente analítica, filio-me ao pensamento de Dworkin (1985), para quem o fundamental é o que o direito constitucional prescreve – proibição de normas discriminatórias, proteção contra arbitrariedades do poder público, direitos e liberdades que assegurem a autonomia privada, etc. – e não um amontoado de normas e formalismos procedimentais vazios na sua capacidade de mitigação das necessidades do povo.

Esta é uma forte razão para que se atribua força à chamada “comunidade de princípios” do direito, ou seja, a possibilidade de que, face ao pluralismo dos fatos da sociedade contemporânea, possam os indivíduos ter uma base de princípios comuns, que os governem (Dworkin, 1998, p. 340). Esta base de princípios deve ser

inspirada na democracia, nos direitos humanos, na legalidade e na legitimidade das normas.

Outra resposta que inferi sobre as lacunas provenientes do afastamento da norma do fato, baseia-se na proposição do agir comunicativo de Habermas, cuja noção se firma na aplicação da linguagem e outras formas de comunicação, governadas pelo ideal do discurso verdadeiramente racional.

A ação comunicativa é contrastada com a manipulação, porque se sustenta na norma, de acordo com o que é racionalmente garantido. É o ideal do consenso que vem da compreensão dos mecanismos de vivência das experiências e necessidades do grupo em manter a ordem.

Logicamente que, cogitar a existência de uma norma universal racionalmente garantista, só será possível se esta norma universal for uma norma que ressalte seu caráter ético, e que este seja o elemento básico da norma e não sua linguagem, já que, como já explicitado nesta tese, o conteúdo normativo do direito é constantemente afetado por várias interpretações e por várias linguagens. Além disso, é preciso que esta norma ética leve em conta e assimile muitas das críticas pertinentes que a moderna metalinguagem jurídica tem estabelecido sobre o discurso do direito.

Neste entender, a ação comunicativa pode ser uma saída, visto que o sistema jurídico não é fechado. Embora todo comportamento esperado da sociedade esteja supostamente e deonticamente nele determinado, na verdade, há uma infinidade de respostas aos fatos, que o direito ainda não comporta, face à rapidez com que hoje ocorrem as mudanças no comportamento social. Contudo, se a sociedade é dinâmica, o direito também o é, embora seu ritmo não consiga acompanhar de pronto as mudanças sociais. Apesar desse descompasso entre ambos, Habermas acredita que o direito apresenta a possibilidade de assimilar, gradativamente as demandas sociais, a partir do diálogo entre as partes interessadas.

O sistema jurídico é aberto e incompleto, e está assentado em três subsistemas isomórficos: o das normas, o dos fatos, e o dos valores. Quando estes três subsistemas apresentam inadequação, e eles sempre apresentam, surge o conflito. São as lacunas provenientes das modificações sociais que se formam, e que o direito, através das normas, busca equilibrar. É neste ponto que a ação comunicativa pode apontar uma resposta. Face às inúmeras diferenças comportamentais e culturais existentes na vida social, a sociedade tem, ainda assim,

a possibilidade de optar por se reunir em torno de uma racionalidade baseada numa ética discursiva, nos moldes propostos por Habermas.

Destaquei e reforço que a ação comunicativa como aporte teórico deste trabalho não se assenta na premissa reducionista de achar que haverá uma comunidade de seres humanos que realmente agirá tratando o outro sempre como um fim e não como meio, como entendem alguns. Em outras palavras, não aponto o consenso como uma regra espiritual dos sujeitos. Entendo o consenso possível, desde que baseado numa nova racionalidade, mais integradora e mais compreensiva e tolerante quanto às diferenças entre as pessoas e suas culturas. Esta é uma forma de consenso baseado em pré-requisitos mínimos que a sociedade requer para viver uma vida ética, visto que a partir das necessidades coletivas, os sujeitos precisam reunir forças para vencer as grandes necessidades sociais. Foi possível observar essa expectativa nas condutas dos atores sociais investigados, tanto nas ruas quanto nas cortes.

E a título de ratificação do ora dito, indico as várias situações relatadas na pesquisa, e que serviram de objeto de ação civil pública. A ação civil pública é um signo que traduz esta racionalidade que fundamenta formalmente as atitudes coletivas. O próprio Ministério Público, quando atua como guardião da sociedade, converte-se em agente voltado para a consolidação das vontades e dos interesses coletivos.

Portanto um modo de entender a “ética discursiva” é pensar nela como um “caminho do meio”, no qual a filosofia predominante seja a de participação, valiosa e distintiva dos cidadãos na aplicação e na vivência da justiça. Formulada esta para eles, tendo a norma como mero instrumental, ao qual se pode recorrer, quando e se necessário. Isto, talvez, afaste a necessidade constante de uma “corte suprema de apelação para poder alcançar a justiça.

Assim, resta-me reiterar a abordagem concebida ao longo do trabalho no tocante à crítica aos modelos jurídicos vigentes, comprovando, em certo grau, o conteúdo emancipatório que a comunicação possibilita. Ocupei-me das configurações de sentido (universo de significações discursivas e extradiscursivas: conceitos, definições, mitos, traduções, estereótipos) que instituem práticas transformadoras do imaginário e da realidade jurídico-social (da lei, do poder e da subjetividade). Procurei problematizar os sentidos instituídos pelas práticas jurídicas

adequando-as às significações do direito, traduzidas em sua verdadeira linguagem. A linguagem que se aproxima da realidade das ruas e do cidadão.

Creio que é impossível falar do direito sem uma referência à sua compreensão sógnica. Entretanto, a autocompreensão dos juristas e operadores do direito à luz desta necessidade ainda é imatura. É importante, contudo, insistir nisso. Se as cortes buscarem uma compreensão heterônoma das significações do direito atribuídas pelo seu corpo linguístico, como fundamentação das significações do direito na sociedade, talvez o quadro do direito que se quer possa apresentar a validade e a eficácia que dele a sociedade espera e requer.

Penso que às cortes cabe colmatar as lacunas existentes entre os fatos ocorridos na sociedade e aproximar tais fatos da máxima interpretação que possa garantir a justiça. Para isso, a linguagem e o discurso jurídico, assim como a fala do direito e sua retórica devem condicionar a natureza axiológica das várias soluções possíveis, voltadas inteiramente para os cidadãos comuns - os sujeitos que “autorizam” o sistema jurídico.

Por outro lado, os cidadãos precisam participar mais como sujeitos, como protagonistas do *mundo da vida*. E devem fazer isso para exigir seus direitos e para conferir uma feição mais pragmática ao sistema normativo. Devem utilizar suas interações no mundo da vida para se aproximar das cortes e pressioná-las no sentido da construção de um discurso jurídico que admita a clareza, os valores, a coletividade, e a eficácia da argumentação que se desenvolve na processualística que materializa as decisões, sob a forma que a sociedade em geral espera.

Em que pese todo o exposto neste estudo, não considero ter encontrado nenhuma doutrina que ofereça as coordenadas básicas que levem a uma resposta sobre o futuro da linguagem, do discurso e da retórica jurídica. Por isso considero que o exposto aqui é uma aporia, uma questão aberta, uma vez que a questão possibilita várias respostas, conforme as premissas que se adote ou a posição ideológica que se tenha. Porém, uma dessas respostas possíveis parece-me óbvia: o direito deve ser traduzível de forma a tornar-se passível de apropriação pelo cidadão comum e não apenas por segmentos restritos e privilegiados da sociedade, pois é para ele que é definida sua existência. Esta é a linguagem exigida ao direito. Este é o meu discurso. Esta é a minha fala.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1989.
- _____. *Theorie der juristischen argumentation*. Frankfurt: M. Surkamp, 1994
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- ARISTÓTELES. Nicomachean ethics/rethoric. In: _____. *The works of Aristotle*. Tradução de Benjamin Jowett. Chicago: University of Chicago, 1962. v. 2
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 2000.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Ed. Ponce, 2000
- AUSTIN, John L. *Sentido e percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- BAKHTIN, Mikhail. *Le Marxisme et la philosophie du langage*. Paris: Minuit, 1977.
- BARROS, Diana. *Semiótica e discurso coletivo*. São Paulo: Cutrix, 1997.
- BARTHES, Roland. *Aula*. Tradução de Perrone-Moisés. São Paulo: Cultrix, 1992.
- _____. *Elementos de semiologia*. São Paulo: Cultrix, 1989.
- _____. *Mitologias*. São Paulo: Difel, 1978.
- BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro, Zahar, 1999.
- BOBBIO, Norberto. Ciência del derecho y análisis del lenguaje. In: _____. *Contribución a la teoría del derecho*. Valência: F. Torres, 1980.
- _____. Problemas da teoria do discurso. *Revista do Direito Brasileiro*, Brasília: UnB, n. 1, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas*. São Paulo: USP, 1996.
- _____. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- _____. *Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico*. São Paulo: EDUNESP, 2004.
- BOURDIEU, P.; BOLTANSKI, L. L'ê fetichisme de la langue. In: ACTES de la recherche em sciences sociales, 4. Paris: Ed. Minuit, 1975.
- CAPILONGO, Celso. *Representação política e ordem jurídica: os dilemas da democracia liberal*. São Paulo: EDUSP, 1982.
- CESAR, Alexandre. *Acesso à Justiça e Cidadania*. Cuiabá: Editora UFMTE, 2002.
- CHALHUB, Samira. *A metalinguagem*. São Paulo: Ática, 1986.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- CLÈVE, Clèmerson M. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- COMPARATO, Fábio K. *Para viver a democracia*. São Paulo: Bomlivro, 1989.

COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *A matter of principles*: Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Los derechos en serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 1991.

EPSTEIN, Isaac. *O signo*. São Paulo: Ática, 1985.

FERRAZ, Tércio. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FOCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: PUCRJ, 1973.

_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

GADAMER, Hans- Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Ed. Sígueme, 1997. 2 v.

GAMA, Guilherme Calmon. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2003.

GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

_____. O saber local: fatos e leis em perspectiva comparativa. In: _____. *O saber local: novos ensaios de antropologia interpretativa*. 10. Ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *O Saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: EDUNESP, 1991.

GLISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986

GREIMAS, Algirdas Julien. *Sémantique structurale*. Paris: Larousse, 1966.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1997.

_____. Pós-modernismo, pós-positivismo e o direito como filosofia. In: OLIVEIRA JR., José Alcebíades de (Org.). *O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1996.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1-2.

_____. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Barcelona: Paidós, 1991.

_____. *Faticidad y validez*. Madrid: Trotta, 1998.

_____. *Mudança estrutural na esfera pública*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 2003.

_____. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. *Teoría de la acción comunicativa: crítica de la razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Madri: Taurus. 1987/2003. v. 1-2.

_____. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Gabriel Cohl e Álvaro de Vita. *Lua Nova, Revista de Cultura e Política*, n. 36, 1995.

_____. *Verdade e justificação*. São Paulo: Loyola, 2004b.

HEIDEGGER, Martin. *Ensaio e conferências*. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. Sobre a essência da verdade. Tradução e Notas de Ernildo Stein. In: CONFERÊNCIAS e Escritos Filosóficos. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

JAKOBSON, Roman. *Linguística y Poética*. Madrid: Ed. Cátedra, 1988

_____. *Linguística e comunicação*. Tradução de Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1986.

JUNG, C. *El hombre y sus símbolos*. Madrid: Aguilar, 1974. p. 20.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1985.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. Brasília: Martins Fontes/UNB, 1990.

LANGER, Suzanne. *Comunicação e linguagem*. Rio de Janeiro: Eldorado, 1976.

LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Tradução de Eliana M. Souza. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

LEITE, Ilka Boaventura. *Laudos periciais antropológicos em debate*. Florianópolis: NUER/ABA, 2005.

LEVI-STRAUSS. Claude. *Antropologie structurale*. Paris: Plon Paris, 1958.

_____. *Antropologia estrutural*. São Paulo: Cosac Naif, 2008. v. 1.

_____. *O pensamento Selvagem*. Campinas: Papyrus, 2002.

LOUREIRO, Violeta R. *A Amazônia no século XXI: novas formas de desenvolvimento*. São Paulo: Empório do Livro, 2009.

- _____. *Estado, bandidos e heróis: utopia e luta na Amazônia*. Belém: CEJUP, 2001.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo e Presença, 1999.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Argonautas do pacífico ocidental*. 2. ed. São Paulo: Abril, 1978.
- _____. *Crime e costume na sociedade selvagem*. Brasília: EDUNB, 2003
- MAMEDE, Gladston. *Semiologia e direito*. Belo Horizonte: Editorial 786, 1995;
- MARTINET, André. *Elementos de linguística geral*. Lisboa: Martins Fontes, 1978.
- MELLO, Cleyson M. *Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade*. Niterói: Impetus, 2004.
- MENDES, Antonio Celso. *Direito, linguagem e estrutura simbólica*. Curitiba: Champagnat, 1994
- MICHELMAN, Frank. Democracy and positive liberty. *Boston review*. Disponível em: <<http://www.polisci.mit.edu/bostonreview/BR21.5/michelman.html>>. Acesso em: 20 jul. 2009.
- MINAYO, Maria Cecília; DESLANDES, Suely Ferreira; GOMES Romeu. (Org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*, Petrópolis: Vozes, 2008.
- MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Teria da argumentação jurídica e nova retórica*: Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- NUNES, Luiz Antonio. *O Código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- OLIVEIRA, Manfredo de A. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loiola, 2006.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes. 1996.
- PIERCE, Charles. *Collected papers: hartshorne and weiss; and bulks*. Cambridge: Harvard University Press, 1958.
- _____. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SILVA, Plácido. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Forense Universitária, 1987.
- RAWLS, John. *A Theory of justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RICOEUR, Paul. *Le juste*. Paris: Seuil, 1995.
- ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003
- SANTOS, Boaventura Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.
- _____. *Carta Maior*. 31 jan. 2003. Disponível em: <http://cartamaior.uol.com.br>. Acesso em: 20 jun. 2009.
- _____. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José E.(Org). *Direito e justiça*. São Paulo: Ática, 1988. p. 39-63.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 11, n. 30, fev. 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2004.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 1981.

SERCOVICH, Armando. *El discurso, el psiquismo y el registro imaginário*. Buenos Aires: Nueva Vision, 1977.

SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987

STRECK, Lenio Luis. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2001.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. O espaço público e os Intérpretes da constituição. *Direito, Estado e Sociedade*; Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, Rio de Janeiro, n. 7, jul/dez, 2005.

TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

TOURAINÉ, Alain. *La voix et le regard*. Paris: Seuil, 1978.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudência*. Tradução de Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madri: Taurus, 1986

WARAT, Luis Alberto. *A ciência do direito e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas, 1986.

_____. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

_____. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Fabris, 1984.

_____. *Semiótica y derecho*. Buenos Aires: Eikón, 1974.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1985.

ANEXO I – ROTEIRO DE ENTREVISTAS**Recursos metodológicos utilizados na pesquisa (questionários e roteiros de entrevistas)**Categoria do informante: Operadores do Direito

1. Nome do informante: _____.
2. Idade: _____.
3. Sexo () M () F
4. Naturalidade: _____.
5. Estado Civil: _____.
6. Nível de Escolaridade: () Graduação
() Especialização
() Mestrado
() Doutorado
7. Função pública que ocupa _____.
8. Você identifica alguma dificuldade na comunicação e no discurso jurídico utilizado nas peças processuais no que se refere ao entendimento destas pelos cidadãos do povo para os quais elas se destinam?

9. Você já leu documentos oficiais (jurídicos) que você como profissional teve alguma dúvida sobre os objetivos, a clareza, e o sentido contido na mensagem?
() sim
() não
Em caso afirmativo, pode relatar genericamente?

10. Em sua prática diária nos setores público e privado em que atua, que impressão ou reação você observa nas pessoas ao tomarem ciência de seus processos através da leitura dos “despachos finais”?

Categoria do Informante: Cidadãos usuários da justiça.

1. Nome do informante _____.
2. Idade _____.
3. Sexo () Masc () Fem
4. Naturalidade: _____
5. Estado Civil: _____
6. Escolaridade: () ensino fundamental
() ensino médio
() ensino superior
() pós-graduação
7. Qual sua profissão?
8. Você já está esclarecido sobre seu processo aqui neste setor?
9. Encontrou alguma dificuldade nas informações recebidas pela pessoa que o atendeu?
10. Você lê sempre o que está contido nos documentos recebidos e apresentados a você? Você compreende o que os despachos querem dizer?
11. Você pede ajuda de alguém quando recebe documentos para leitura e tomada de conhecimento sobre seu caso?
12. Você entende bem seu advogado?

Questionário

Questionário aplicado no núcleo de defesa dos direitos humanos – NDDH – da defensoria pública do Pará parceria DP – FAP.

Objetivo – Pesquisar o perfil sociocultural dos cidadãos que buscam auxílio na justiça gratuita oferecida pelo núcleo e seus graus de entendimento sobre as orientações recebidas no espaço da Defensoria de Direitos Humanos. Portanto, solicitamos sua colaboração, respondendo atenciosamente às seguintes questões:

1. Sexo () Masc () Fem

2. Idade: entre 18 e 25 anos
 entre 26 e 35 anos
 entre 36 e 50 anos
 mais de 50 anos
3. Estado civil: solteiro
 casado
 viúvo (a)
 separado
 outros
4. Residência: em Belém
 em outro município
5. Nível de escolaridade: ensino fundamental
 ensino médio
 ensino técnico
 supletivo
 outros
6. Exerce alguma atividade remunerada? Sim não
7. Qual sua ocupação? _____.
8. Qual o tipo de atividade de que você mais participa?
 sociais (clubes e festas)
 artísticas e culturais (cinema, comunidade, escola)
 político-partidária (encontros de bairro, comunidade)
 religiosa (igrejas, congregações, centros, templos)
 outras
9. Que meios de comunicação você mais utiliza?
 jornais revistas
 TV internet
 rádio outros
10. Você já conhecia ou tinha visitado algum espaço da justiça?
 Sim
 não
- QUAIS:
 tribunais
 ministério público

- defensoria pública
 - secretarias
 - juizados especiais ligados a faculdades de direito
 - delegacia de polícia
 - PROCON
 - outros
11. Você está conseguindo resolver a questão para a qual buscou a ajuda do NDDH?
- sim não
12. Você consegue entender os processos e os procedimentos que envolvem o seu caso quando o defensor fala com você?
- sim não
13. A linguagem que o defensor usa para falar sobre seu caso é clara para você?
- sim não
14. Você acha que o direito e a justiça foram feitos e direcionados para cidadãos como você?
- sim não
15. Você costuma ler o que o defensor mostra para você nos documentos do seu processo?
- sim não
16. Você tem “vergonha” de pedir para falar com o defensor?
- sim não
17. Você já deixou de vir aqui alguma vez em que foi marcado pra você vir?
- sim não
18. Teve algum desentendimento ou discussão com alguém aqui dentro por não ter entendido seu caso?
- sim não
19. Acredita que vai ter êxito na busca da justiça?
- sim não
20. Já indicou esse ou outro serviço de justiça para alguma pessoa de sua casa, seu trabalho, ou outros conhecidos?
- sim não