

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Setor de Pós-Graduação

Ana Cândida de Mello Carvalho Mukai

A Constituição Federal de 1988 sob a ótica da Teoria Comunicacional do Direito: O cidadão como destinatário do texto constitucional e a linguagem técnica do Direito como potencial fonte de ruídos na comunicação constitucional

Mestrado em Direito

São Paulo

2011

Ana Cândida de Mello Carvalho Mukai

A Constituição Federal de 1988 sob a ótica da Teoria Comunicacional do Direito: O cidadão como destinatário do texto constitucional e a linguagem técnica do Direito como potencial fonte de ruídos na comunicação constitucional

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Paulo de Barros Carvalho.

São Paulo

2011

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**A Constituição Federal de 1988 sob a ótica da Teoria Comunicacional do
Direito: O cidadão como destinatário do texto constitucional e a linguagem
técnica do Direito como potencial fonte de ruídos na comunicação constitucional**

Ana Cândida de Mello Carvalho Mukai

ERRATA

1. Sumário:

1.1. No item 2.3.2, onde se lê “Os Sujeitos da Comunicação Normativa: Legislador Constituinte como Emissor e Cidadão Comum como Receptor”, deve-se ler “Os sujeitos da comunicação normativa”.

1.2. Após o item 4.2.4, deve ser incluído o item 4.3: “4.3. A linguagem técnica como potencial fonte de ruídos e a efetividade dos Direitos e Garantias Constitucionalmente previstos”.

2. Página 42:

2.1. Ao final do segundo parágrafo da página 42, deve-se acrescentar o seguinte trecho: “Os dois últimos subsistemas do processo de construção de sentido (S3 e S4) pressupõem a inteligibilidade do texto e somente serão percorridos se os ruídos ocasionados pela linguagem técnica do Direito não comprometerem tal inteligibilidade”.

2.2. O terceiro parágrafo da página deve ser excluído.

3. Página 62:

No título do item 2.3.2, onde se lê “Os Sujeitos da Comunicação Normativa: Legislador Constituinte como Emissor e Cidadão Comum como Receptor”, deve-se ler “Os sujeitos da comunicação normativa”.

4. Página 96:

4.1. Após o terceiro parágrafo, deve-se inserir o seguinte trecho: “A este sujeito denominou-se cidadão. Sua qualificação como “comum” se deu única e exclusivamente em razão da falta de domínio ou conhecimento da linguagem técnica do Direito”.

4.2. No parágrafo seguinte, que se inicia com o trecho “Reconhecer o povo como...”, onde se lê “povo”, deve-se ler “cidadão”.

5. Página 101:

5.1. No terceiro parágrafo, onde se lê “Acredita-se impossível o sucesso total da situação comunicação...”, deve-se ler “Acredita-se ser difícil o sucesso total da comunicação”. Na sequência da mesma frase, onde se lê “destinatário da Constituição Federal”, deve-se ler “cidadão comum”.

5.2. Entre o terceiro e o quarto Parágrafos, acrescentar o seguinte parágrafo: “Por outro lado, não é possível a substituição de todo e qualquer termo técnico jurídico do texto constitucional por linguagem natural. A simples apropriação da linguagem natural ou vulgar pelo Direito resulta inevitavelmente na especialização dessa linguagem, uma vez que permite a atribuição de novo sentido aos vocábulos.

6. Página 103:

O primeiro parágrafo desta página, que se inicia com o trecho “É importante fazer a seguinte ressalva:...” deve ser excluído, assim como o parágrafo seguinte, que se inicia com o trecho “Pode-se dizer, por isso...”.

7. Página 104:

Na terceira linha desta página, onde se lê “S2” deve-se ler “S3”.

8. Páginas 121 e 122:

Na página 122, o parágrafo que se inicia com “Outra discussão que demonstra...” deve ser excluído. O parágrafo seguinte, que se inicia com “Essa consiste, aliás, na grande...” deve ser deslocado para a página 121, após a transcrição da lição de Toshio Mukai.



Ana Cândida de Mello Carvalho Mukai

A Constituição Federal de 1988 sob a ótica da Teoria Comunicacional do Direito: O cidadão como destinatário do texto constitucional e a linguagem técnica do Direito como potencial fonte de ruídos na comunicação constitucional

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Paulo de Barros Carvalho.

Data da Aprovação: ___ / ___ / ___

Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho

Prof. Dr. Tácio Lacerda Gama

Prof. Dr. Robson Maia Lins

**Dedico este trabalho ao meu pai, com quem aprendi a
alegria do conhecimento, e à minha mãe, que me
ensinou o valor do trabalho.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Comissão de Bolsas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e à Capes – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pela bolsa concedida ao meu projeto de pesquisa, sem a qual este mestrado não teria sido possível;

Aos maravilhosos professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com quem tive o prazer e a honra de aprender e conviver durante os últimos anos, e que tanto contribuíram para a minha formação e o desenvolvimento desse trabalho:

À Professora Maria Garcia, por plantar em mim, durante o curso de Hermenêutica Constitucional e os muitos encontros do Grupo de Estudos, na época em que eu ainda era aluna-ouvinte do mestrado, a semente da filosofia da linguagem;

Ao Professor André Ramos Tavares, por incentivar meu projeto, ler minhas primeiras anotações, orientar os recortes iniciais da pesquisa, indicar bibliografia e me receber em várias ocasiões para discutir os rumos desse trabalho;

À Professora Clarice Von Oertzen de Araújo que, sendo tão humana, me ouviu e aconselhou tantas vezes, por me ajudar a ser mais objetiva diante dos obstáculos;

Ao Professor Tácio Lacerda Gama, pela contribuição que alterou significativamente a minha trajetória no curso de mestrado, a quem nunca serei capaz de agradecer o bastante;

Um agradecimento muito especial ao Professor Paulo de Barros Carvalho, a quem tanto admiro, por ter me acolhido como sua orientanda, me oferecido horas de seu precioso tempo e por ter pacientemente respeitado minhas limitações e dificuldades ao longo do processo de conceber, pesquisar, redigir e compreender esta dissertação. Foi uma honra ser sua aluna e orientanda;

À Claudia Elena Bonelli e à Carolina Caiado Lima, com quem tenho o orgulho de trabalhar, pelos ensinamentos diários e por tantas experiências compartilhadas;

Ao meu sogro, Toshio Mukai, por ser um entusiasta dos meus estudos e meu interlocutor constante para todos os assuntos que dizem respeito ao Direito;

A todos os meus amigos que, de uma forma ou outra, contribuíram para a realização deste projeto (amigas de Cássia, do Bitelli, do escritório do Dr. Toshio, amigos do Consulado Mineiro e aqueles que conheci durante o mestrado), em especial à Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes Nery, que incentivou meu sonho de cursar o mestrado e me ajudou a dar os primeiros passos para realizá-lo;

À minha querida mãe, que sofre mais do que eu diante dos desafios por mim enfrentados, por me dizer sempre que eu sou capaz de vencê-los, e por me amar além da minha compreensão;

Ao meu irmão, por ser hoje o adulto de quem tanto me orgulho, meu amigo e companheiro que enche a minha vida de alegria;

Ao Sergio, meu marido e amigo, família que escolhi ter, o meu agradecimento mais do que especial por ser o meu ponto de equilíbrio e o maior entusiasta de todos os meus projetos, sem exceção;

Aos meus padrinhos queridos, Didi e Dico, por estarem presentes nos momentos importantes, tristes e alegres, e pela amizade, carinho e preciosos conselhos de hoje e sempre;

À Ia e sua família tão linda, na casa de quem fui jantar tantas vezes após as aulas do mestrado, e em quem sempre encontrei apoio incondicional;

Ao tio Carlos e à tia Equinha, que foram os mais orgulhosos com a notícia de que eu cursaria a Faculdade de Direito, por terem me enviado, lá de Belo Horizonte, os primeiros livros da minha biblioteca jurídica;

À Deus, por colocar pessoas tão maravilhosas em meu caminho, sempre.

“Ei-la, a língua, em toda sua imensa riqueza. O instrumento mais perfeito que herdamos de nossos pais e em cujo aperfeiçoamento colaboraram incontáveis gerações desde a origem da humanidade, ou, talvez, até além dessa origem. Ela encerra em si toda a sabedoria da raça humana. Ela nos liga aos nossos próximos e, através das idades, aos nossos antepassados. Ela é, a um tempo, a mais antiga e a mais recente obra de arte, obra de arte majestosamente bela, porém sempre imperfeita. E cada um de nós pode trabalhar essa obra, contribuindo, embora modestamente, para aperfeiçoar-lhe a beleza. No íntimo sentimos que somos possuídos por ela, que não somos nós que a formulamos, mas que é ela que nos formula. Somos como que pequenos portões, pelos quais ela passa para depois continuar em seu avanço rumo ao desconhecido. Mas no momento de sua passagem pelo nosso pequeno portão, sentimos poder utilizá-la. Podemos reagrupar os elementos da língua, podemos formular e articular pensamentos. Graças a este nosso trabalho ela continuará enriquecida em seu avanço. Já agora, nesta introdução, aventuro-me a sugerir que se resume a isto nosso papel na estrutura do cosmos. Mas, pensando bem, formulando e articulando, não estamos sendo homens no sentido mais digno desta palavra? Não estamos, com esta atividade, preenchendo e, talvez, ultrapassando a condição humana?”

(FLUSSER, Vilém. Língua e Realidade, 2ª ed, 1ª reimpressão. São Paulo: Annablume, 2005, p. 37)

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa foi sintetizar as linhas mestras da Teoria Comunicacional do Direito, que encontra em Gregorio Robles seu autor mais relevante nos dias atuais, aplicando tal teoria à realidade do Direito Positivo brasileiro.

Vislumbrando-se o Direito como um sistema comunicacional, foi possível afirmar que o texto da Constituição Federal de 1988 é uma mensagem a ser comunicada a diversos destinatários (a exemplo dos magistrados, promotores, advogados, etc.), dentre eles o cidadão comum.

Levando-se em conta que a comunicação depende da concorrência de pelo menos seis elementos para se efetivar (Roman Jakobson), e que o texto constitucional é também destinado aos cidadãos comuns, questionou-se se a presença da linguagem técnica do Direito no texto constitucional não seria um fator de potenciais ruídos nessa comunicação (entendendo-se por ruídos toda e qualquer interferência capaz de atrapalhar a recepção da mensagem pelo seu destinatário).

A pesquisa foi ilustrada com três exemplos de termos típicos da linguagem técnica do Direito, identificados no texto da Constituição Federal de 1988 como potenciais causadores de ruídos na comunicação constitucional e, conseqüentemente, capazes de dificultar ou impedir a comunicação dos direitos e deveres constitucionais.

Discutiu-se, por fim, se a linguagem técnica do Direito, enquanto potencial fonte de ruídos, seria capaz de impactar na efetividade ou realização dos direitos e deveres constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Linguagem – Constituição Federal – Teoria Comunicacional do Direito.

ABSTRACT

The goal of the present research was to summarize the main ideas of the Communicational Theory of Law, whose most relevant author nowadays is Gregorio Robles, applying such theory to the reality of the Brazilian Legal System.

By overseeing Law as a communicational system, it was possible to affirm that the text of the Brazilian Federal Constitution is a message to be communicated to various addressees (for example judges, prosecutors, lawyers), amongst which is the common citizen, characterized as such due its lack of knowledge concerning the technical legal language.

Considering that communication depends on the concurrence of at least six elements in order to be completed (Roman Jakobson), and that the Constitution is also addressed to the common citizens, the research questioned whether the presence of the technical legal language in the constitutional text could be understood as a factor of potential noise in this communication (noise as any interference capable of disturbing the reception of the message by its addressee).

The research was illustrated with three examples of terms that are typical of the technical legal language, identified in the text of the Brazilian Federal Constitution in force as potential cause of noise in the constitutional communication and, consequently, capable of rendering difficult or impeding the communication of the constitutional rights and duties to the majority of its addressees.

At the end, the study discussed whether the technical legal language, as a potential source of communicational noise, could have an impact on the effectiveness or materialization of the constitutional rights and duties.

KEY WORDS: Language – Federal Constitution – Communicational Theory of Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 LINGUAGEM E DIREITO.....	17
1.1 Contexto Histórico: Círculo de Viena e Giro Lingüístico.....	17
1.2 Conhecimento e Linguagem.....	20
1.3 Palavras e Ações.....	23
1.4 Semiótica.....	26
1.5 Semiótica do Direito.....	39
2 TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO.....	44
2.1 Direito como Texto.....	48
2.2 Ordenamento e Sistema.....	50
2.3 Como se opera a Comunicação do Direito Positivo.....	53
2.3.1 <i>Texto Normativo como Mensagem.....</i>	<i>59</i>
2.3.2 <i>Os Sujeitos da Comunicação Normativa: Legislador Constituinte como Emissor e Cidadão Comum como Receptor.....</i>	<i>62</i>
2.3.3 <i>Sociedade Juridicamente Organizada como Contexto.....</i>	<i>65</i>
2.3.4 <i>Língua Portuguesa e Linguagem Técnica do Direito como Código.....</i>	<i>68</i>
2.3.5 <i>Contacto ou Canal do Texto Normativo.....</i>	<i>76</i>
3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO.....	78
3.1 Peculiaridades da Constituição Federal.....	79
3.2 Teoria comunicacional aplicada à Constituição Federal: Há comunicação direta entre o destinatário do texto constitucional e o legislador constituinte?.....	82
3.2.1 <i>Legislador constituinte como emissor do texto constitucional.....</i>	<i>87</i>
3.2.2 <i>O cidadão comum como destinatário do texto constitucional.....</i>	<i>93</i>

3.2.3 <i>Texto constitucional como mensagem</i>	96
3.2.4 <i>Linguagem técnica e imprescindibilidade do código comum</i>	100
3.2.5 <i>Contacto ou canal da mensagem constitucional – Diário Oficial da União</i>	105
4 O POTENCIAL DA LINGUAGEM TÉCNICA PARA GERAR RUÍDOS NA COMUNICAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE ILUSTRATIVA	107
4.1 Ruídos na Comunicação Constitucional	110
4.2 Termos técnico-jurídicos na Constituição Federal de 1988: uma análise ilustrativa	113
4.2.1. <i>Improbidade administrativa</i>	116
4.2.2. <i>Precatório</i>	123
4.2.3. <i>Habeas Data</i>	128
4.2.4. <i>Respostas às perguntas propostas</i>	133
CONCLUSÃO	143
BIBLIOGRAFIA	145

INTRODUÇÃO

O objetivo da pesquisa que ora se apresenta foi estudar a relação comunicacional travada entre o texto da Constituição Federal de 1988, enquanto mensagem, e o cidadão comum, enquanto destinatário desse texto, sob a ótica da Teoria Comunicacional do Direito, que tem em Gregorio Robles¹ seu autor mais importante atualmente.

A análise foi empreendida sob o ângulo da pragmática, porém não se adotou o ponto de vista do conflito (Tércio Sampaio Ferraz Junior) ou o da Teoria das Decisões Jurídicas (Gregorio Robles). O enfoque do trabalho é o ponto de vista do cidadão comum, enquanto destinatário do texto da Constituição Federal.

A afirmação acima demanda algumas explicações.

É certo que os destinatários da Constituição Federal são muitos: o legislador ordinário, que editará as leis integradoras das normas Constitucionais, complementando o ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal; o magistrado, que interpretará e aplicará as normas constitucionais aos casos concretos que lhe forem apresentados para julgamento; os membros do Poder Executivo, que deverão exercer suas funções conforme as competências constitucionalmente estabelecidas; o advogado, que interpreta e opera as normas constitucionais em defesa dos direitos de seus clientes; o cidadão comum, que vivenciará a norma constitucional em seu cotidiano, seja pleiteando informações a seu respeito junto a um órgão público, seja votando e elegendo seus governantes, seja trabalhando e gozando dos direitos que a Constituição lhe garante enquanto trabalhador.

Não obstante a constatação da multiplicidade de destinatários da Constituição Federal, um único destinatário foi eleito como o sujeito relevante para fins do presente estudo: o

¹ Professor Catedrático da Universidade de Palma de Majorca e “Académico de Número” da Real Academia de Ciencias Morales y Políticas da Espanha.

cidadão comum. E a caracterização desse cidadão comum se dá pela simples ausência de domínio ou conhecimento da linguagem jurídica ou linguagem técnica do Direito².

Tomou-se por premissa a definição de ordenamento jurídico como texto bruto adotada por Robles, o que deixou fora do objeto do estudo, por opção metodológica: (i) a interpretação constitucional; (ii) a construção de sentido a partir de todos os textos brutos que compõem o sistema jurídico, definido por Robles como texto interpretado. Assim, sempre que o estudo se referir ao texto constitucional, estará se referindo ao texto bruto, suporte fático ou enunciado prescritivo.

A pesquisa tem por enfoque um ‘momento’ específico do processo de construção de sentido do texto constitucional, processo tão bem caracterizado pela espiral hermenêutica proposta por Paulo de Barros Carvalho³. A pesquisa alcança, assim, apenas os subsistemas S1 (enunciados tomados no plano da expressão) e S2 (conjunto de conteúdos de significação dos enunciados prescritivos), não alcançando os subsistemas S3 (construção da norma propriamente dita) e S4 (organização das normas, estabelecendo seus vínculos de coordenação e subordinação).

Tal ocorre porque os dois últimos subsistemas da espiral hermenêutica pressupõem a inteligibilidade do texto pelo cidadão comum ora objeto de preocupação do presente estudo, e que ocorre (ou não) no subsistema S2, que por si só já caracteriza uma situação comunicacional, permitindo a análise ora realizada.

² A linguagem pode ser definida em diferentes níveis, conforme seu grau de precisão. No presente trabalho, buscou-se apenas distinguir dois desses níveis, a saber: (i) a linguagem natural ou vulgar; (ii) a linguagem jurídica, dotada de precisão e rigor terminológico e, por isso, aqui também chamada de linguagem técnica do Direito ou linguagem técnico-jurídica.

³ A espiral hermenêutica é a representação gráfica da teoria de Paulo de Barros Carvalho segundo a qual o texto jurídico-positivo é composto de quatro subsistemas: (S1) conjunto de enunciados tomados no plano da expressão; (S2) conjunto dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos; (S3) conjunto articulado das significações normativas, consistente na construção da norma propriamente dita; (S4) organização das normas, estabelecendo deus vínculos de coordenação e subordinação. (Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67-88).

Uma vez traçadas as bases teóricas da pesquisa, passou-se a analisar alguns exemplos de termos e expressões típicos da linguagem técnica do Direito presentes no texto da Constituição Federal de 1988 dotados de potencial para gerar ruídos na comunicação constitucional e, conseqüentemente, para dificultar ou impedir tal comunicação. Três termos ou expressões foram selecionados, a saber: improbidade administrativa; precatório; *habeas data*.

Esses termos e expressões foram analisados sob o ponto de vista da linguagem natural e da linguagem técnica, representada esta última por doutrina e jurisprudência selecionadas.

Tal análise teve por finalidade ilustrar o quanto a delimitação do significado técnico de tais termos e expressões gera discussões e controvérsias mesmo entre os juristas, magistrados, advogados, dentre outros, inobstante a familiaridade de tais profissionais com a linguagem técnica do Direito.

Pretendeu-se, nesse tópico do trabalho, responder a duas perguntas:

(i) Há uma relação comunicacional que tenha por receptor ou destinatário do texto constitucional o cidadão comum, assim entendido o cidadão que não domina ou conhece a linguagem jurídica ou linguagem técnica do Direito? Ou, ao contrário, o contato do cidadão comum com a mensagem veiculada pela Constituição Federal há de ser sempre mediado por juristas?

(ii) Caso se constate haver tal relação comunicacional, é possível afirmar que a adoção de linguagem técnica do Direito no texto constitucional caracteriza uma potencial fonte de ruídos nessa situação comunicacional, entendendo-se por ruídos toda e qualquer interferência capaz de atrapalhar a recepção da mensagem pelo seu destinatário?

À pergunta (i), respondeu-se afirmativamente, com base nos seguintes fundamentos:

(a) Toda a sociedade é destinatária da Constituição Federal, conforme assinala o próprio texto constitucional brasileiro, especificamente o art. 1º, inc. II e § único da

Constituição Federal. Portanto, o cidadão comum pode, sim, ser entendido como legítimo destinatário da Constituição Federal.

(b) A Constituição Federal, enquanto texto -- e texto normativo --, é mensagem objeto de comunicação, com base na Teoria Comunicacional de Gregorio Robles.

À pergunta (ii), respondeu-se afirmativamente sob o fundamento de que a linguagem da Constituição Federal é técnica, em contraposição à maioria dos cidadãos que compõem a sociedade brasileira, que desconhecem a linguagem jurídica. Esse desconhecimento os torna incapazes de compreender integralmente o texto constitucional e, conseqüentemente, vivenciá-lo, colocá-lo em prática.

Se a relação comunicacional pressupõe um código comum ao emissor e ao receptor ou destinatário da mensagem; e se, apesar de todos falarem a língua portuguesa, a grande massa de cidadãos comuns destinatários da Constituição Federal não domina a linguagem técnica do direito (o que é tomado aqui como dado); daí se extrai que tal comunicação poderá restar comprometida na prática.

É importante ressaltar que a falha do código comum caracterizada pela adoção de uma linguagem técnico-jurídica não é a única fonte de ruídos da comunicação constitucional, sendo várias as fontes de ruídos nessa situação comunicacional (a exemplo de outros problemas decorrentes do próprio código, como ambigüidade ou vagueza dos termos adotados, típica característica de textos constitucionais).

Daí a conclusão de que tais termos e expressões técnicos são potenciais fontes de ruídos na situação comunicacional estabelecida entre o Constituinte e o cidadão comum.

No último capítulo, buscou-se responder à uma terceira pergunta, formulada nos seguintes termos: Pode-se afirmar que a linguagem técnica do Direito, enquanto potencial fonte de ruídos, é capaz de impactar na efetividade dos direitos e deveres constitucionais?

A essa terceira pergunta respondeu-se também que sim. Apesar de o estudo ter permitido apenas a constatação do potencial dos termos e expressões técnicos utilizados no texto constitucional para causar ruídos na comunicação constitucional, verificou-se que a inteligibilidade da linguagem é pressuposto da comunicação.

Assim, caso o potencial de produção de ruídos identificado nos termos e expressões técnico-jurídicos utilizados no texto constitucional se concretize em uma dada situação comunicacional, a comunicação não se concretizará. Consequentemente, a realização dos direitos constitucionais envolvidos nessa situação comunicacional específica poderá ser dificultada ou até mesmo impedida.

Constatar o potencial da linguagem técnico-jurídica para produzir ruídos e concluir que esse, se concretizado, pode dificultar ou impedir a iniciativa dos cidadãos no sentido da realização dos direitos constitucionais, resulta em uma discussão acerca do que se denominou, para fins desse estudo, “efetividade”.

Não se deve, no entanto, confundir a efetividade tal qual discutida nesse trabalho (cujo sentido é o de realização de direitos), com eficácia, seja ela jurídica ou social. Estas últimas não se encaixam na presente discussão.

Por razões de recorte metodológico, o presente estudo não teve por objetivo constatar a existência efetiva dos ruídos decorrentes da linguagem técnica do Direito ou investigar se sua intensidade seria suficiente para impedir a comunicação do texto constitucional ao cidadão comum.

Tratando-se de uma pesquisa que se volta à análise do Direito, especificamente do Direito Positivo, seu objeto não poderia deixar de ser o próprio Direito. Ainda que seu fundamento teórico seja colhido, em certa medida, ora na filosofia, ora na lingüística, ora na semiótica.

Espera-se que a pesquisa seja capaz de demonstrar não apenas uma síntese das linhas mestras da Teoria Comunicacional do Direito mas, também, de aplicação dessa teoria à realidade do Direito Positivo brasileiro.

1 LINGUAGEM E DIREITO

1.1 Contexto Histórico: O Círculo de Viena e o Giro Lingüístico

Falar em Teoria Comunicacional do Direito sem antes contextualizar suas raízes seria, certamente, comprometer a plena compreensão dessa teoria. Em busca dessa contextualização, entendeu-se por bem, primeiramente, traçar um breve relato histórico acerca do surgimento da filosofia da linguagem.

A linguagem como centro da investigação filosófica e científica é algo extremamente recente na história do conhecimento humano, tendo surgido mais precisamente no Século XX.

Até então a teoria do conhecimento tinha por objeto de estudo a relação entre sujeito e objeto, partindo do objeto (ontologia), do sujeito (gnosilogia) ou da relação entre ambos. Nessa concepção, a linguagem era vista como o instrumento que ligava o sujeito cognoscente ao objeto do conhecimento.

A mudança de paradigma da teoria do conhecimento ficou conhecida como “giro lingüístico”, expressão que teria sido cunhada pelo filósofo Gustav Bergmann⁴. Com essa mudança de paradigma, a linguagem passa a ser considerada algo independente da experiência proporcionada pelo contato do ser cognoscente com o universo empírico, “convertendo-se em léxico capaz de criar tanto o ser cognoscente como a realidade”⁵.

Conforme ensina Dardo Scarvino, falar de um giro lingüístico em filosofia significa deixar de entender a linguagem como algo que estaria entre o sujeito e a realidade, passando a admitir que o mundo é a própria linguagem (Wittgenstein). O autor cita Martin Heidegger, para quem o homem não fala em linguagem, mas é a linguagem fala ao homem. Desse modo,

⁴ SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. Buenos Aires: Paidós, 1999, p. 12.

⁵ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 1.

conclui que, ao invés do homem dominar uma língua, é a língua que domina o pensamento e as práticas do homem⁶.

Para essa nova concepção, a linguagem é pressuposto da compreensão das coisas, e, portanto, do conhecimento, que já não aparece mais como a “relação entre sujeito e objeto, mas como relação entre linguagens, entre significações”⁷.

Também chamada de “Neopositivismo Lógico”, essa corrente de pensamento adquire força a partir da segunda década do Século XX em Viena, tendo por objeto de estudo uma Epistemologia Geral, preocupada com a análise dos princípios e objetivos do conhecimento científico, além dos resultados de sua aplicação.

Um grupo formado por cientistas, filósofos, físicos, sociólogos, matemáticos, lógicos, juristas, dentre outros, passou a se reunir frequentemente para discutir a natureza do conhecimento científico e acabou reduzindo a Filosofia à Epistemologia⁸ e, posteriormente, a Epistemologia à Semiótica (Teoria Geral dos Signos). Isso elevou a linguagem à categoria de principal instrumento do saber científico.

Os neopositivistas concluíram que a linguagem natural, por sua ambigüidade e vagueza, era incapaz de traduzir o conhecimento humano. Eis aí a origem da necessidade de se criar linguagens artificiais, nas quais os termos imprecisos fossem substituídos por novos vocábulos com sentido estipulado, ou fossem submetidos a um “processo de elucidação” (Rudolf Carnap).

Esse grupo de cientistas, integrado por Hans Hahn, Phillip Frank e Otto Neurath ficou conhecido como “Círculo de Viena” e seu reconhecimento tem por marco inicial o momento em que o grupo é integrado por Moritz Schlick.

⁶ SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. Buenos Aires: Paidós, 1999, p. 12.

⁷ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 1.

⁸ Epistemologia encontra sua origem na combinação das palavras gregas *episteme*, que significa conhecimento científico, e *logos*, que significa estudo, pensamento, reflexão.

Schlick havia chegado a Viena para exercer o magistério em 1922 e, no ano seguinte, passa a coordenar um seminário no seio do qual o famoso grupo se instaura e ganha força.

Rudolf Carnap, considerado um dos fundadores do movimento, também se juntou ao grupo, que se caracterizava pela extraordinária cooperação intelectual e pela postura aberta e anti-dogmática de seus membros. Estes, em homenagem a Schlick enquanto coordenador dos trabalhos, escreveram o manifesto “O Ponto de Vista Científico do Círculo de Viena”.

São muitos os precursores do Neopositivismo lógico mencionados no manifesto, dos quais três merecem destaque: David Hume, Gottlob Frege e Ernst Mach⁹.

Ludwing Wittgenstein não chegou a pertencer ao grupo. Não obstante, sua obra *Tractatus Logico-philosophicus* é considerada um marco decisivo na história do pensamento. A proposição 5.6 dessa obra, que afirma que “os limites da minha linguagem são os limites do meu mundo”, influenciou o grupo de modo tão incisivo que se chegou a afirmar que sem o *Tractatus* o Neopositivismo jamais teria alcançado a profundidade que alcançou.

No entanto, a identificação de Wittgenstein com o Neopositivismo lógico é polêmica. Muitas de suas proposições antagonizam algumas linhas gerais do pensamento neopositivista, apesar da sua influência sobre o Círculo de Viena ser inegável e de suas obras (*Tractatus Logico-philosophicus* e *Investigações Filosóficas*) constituírem um marco do movimento denominado “giro linguístico-pragmático”.

⁹ David Hume (1711-1776) é conhecido como o “pai espiritual do positivismo lógico”, devendo sua importância à elaboração da distinção entre *impressões* e *idéias* e a formulação do princípio segundo o qual do ser não se chega ao dever-ser, e vice-versa. Gottlob Frege (1838-1916) formulou a definição de número, demonstrando que a aritmética é reduzível à lógica; elaborou a distinção entre *sentido* e *referência*, afirmando que o que nos impele a avançar do sentido à referência é a busca da verdade; antecipou-se à concepção semântica de Tarski e compôs o primeiro sistema completo de Lógica Formal. Ernst Mach (1838-1916), por sua vez, era físico e concentrou seus estudos nos alicerces da física. Desenvolveu fortes argumentos anti-metafísicos e enfatizou a unidade da ciência. (Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 20-27).

1.2 Conhecimento e Linguagem

Assim como um retrospecto histórico da origem da filosofia da linguagem se faz relevante, a contextualização da presente pesquisa passa, ainda, pela identificação de seus pressupostos teóricos.

Um deles consiste na mudança de paradigma que permitiu que se deixasse de entender a linguagem como algo que intermediava o sujeito e a realidade, ou seja, se colocava entre ambos, permitindo que se passasse a admitir que a linguagem constrói a realidade.

A realidade empírica é apreendida pelo ser humano através da intuição sensível (tato, olfato, paladar, visão e audição). Isso faz do ser humano a figura central da construção do conhecimento, aquele que “transforma a circunstância em mundo”, nas palavras de Leonidas Hegenberg¹⁰.

Sem o ser humano e seu intelecto, seria impossível alcançar as instâncias cognoscitivas do saber¹¹. Para que se possa estudar o Direito sob a ótica da filosofia da linguagem, deve-se necessariamente tomar como premissas a análise do próprio conhecimento, das estruturas de consciência e dos objetos e estruturas lógico-abstratas, uma vez que o “direito observado como linguagem não sobrevive sem esses traços do conhecimento”¹².

Reduzir a complexidade do universo ao nosso redor é uma necessidade humana. Descobrir uma ordem para as coisas constitui “uma das ânsias fundamentais do espírito humano em sua tentativa de compreender, governar e modificar o mundo”¹³.

¹⁰ HEGENBERG, Leonidas. *Saber de e saber que: alicerces da racionalidade*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001, p. 25.

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 7.

¹² *Ibidem*, p. 7.

¹³ FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*, 2ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Annablume, 2005, p. 31.

Tal organização, de acordo com Vilém Flusser, se dá através de uma estruturação do conhecimento que pode ser desmembrada em duas estruturas distintas:

A primeira estrutura deve permitir a apreensão de cada fenômeno dentro do esquema geral, denominado sistema de referência (estrutura estática). Ao fixarmos o lugar do fenômeno, o tornamos apreensível. Esse esforço, segundo o autor, equivale a uma “catalogação do mundo”.

A segunda estrutura deve permitir a coordenação de cada fenômeno com os demais fenômenos, servindo de sistema de regras (estrutura dinâmica). A conexão de um fenômeno a outro o torna compreensível. Esse esforço equivale, portanto, a uma hierarquização do mundo em classes, de tal maneira que os fenômenos sejam dedutíveis uns dos outros.

Para Flusser, a estrutura do cosmos se identifica com a língua, sendo o conhecimento, a realidade e a verdade, aspectos daquela¹⁴.

Com base nisto, concluímos que apenas por meio da linguagem é possível o conhecimento, afirmação que nos remete à Proposição 5.6 do *Tractatus Logico-Philosophicus*, de Wittgenstein, já mencionada no capítulo anterior, segundo a qual “os limites da minha linguagem são os limites do meu mundo”.

Pode-se, ainda, citar Paulo de Barros Carvalho¹⁵, de acordo com quem “conheço determinado objeto na medida em que posso expedir enunciados sobre ele, de tal arte que o conhecimento se apresenta pela linguagem, mediante proposições descritivas ou indicativas”.

Conhecer algo pressupõe sempre um dualismo entre sujeito e objeto, que se relacionam dialeticamente, de tal maneira que um não existe sem o outro.

Na lição de Johannes Hessen¹⁶, para um sujeito, conhecer é sair para fora de sua própria esfera e invadir a esfera do objeto, recolhendo de tal objeto suas propriedades. “No

¹⁴ FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*, 2ª ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Annablume, 2005, p. 34.

¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 93.

sujeito, alguma coisa se altera em resultado da função do conhecimento. No sujeito surge algo que contém as propriedades do objecto, surge uma “imagem” do objecto”¹⁷.

E com o surgimento da imagem do objeto conhecido no sujeito cognoscente, teremos não mais dois, mas três elementos ou instâncias cognitivas: o sujeito, o objeto e a representação¹⁸.

O objeto nasce do discurso, do exercício dos atos de fala e, assim, não é possível conhecer algo fora do discurso que se refere a esse algo. Por isso a afirmação de Flusser de que a linguagem cria a realidade.

Entretanto, não há conhecimento sem sistema de referência. Conhecer ou compreender algo é conhecer a posição desse algo em relação a outros elementos ou coisas; e é exatamente por estarem inseridos em um determinado sistema de referência que os objetos adquirem significado. Por isso, é possível afirmar que o sistema de referência é condição sem a qual o conhecimento não existe.

Leonidas Hegenberg¹⁹ denomina *saber de* o ato pelo qual o ser humano atribui sentido às coisas ao seu redor, entendendo-as, sabendo-se valer delas em seu benefício, interpretando-as, ainda que de forma parcial e provisória. Já no estágio do *saber que* é possível identificar a existência de sistemas de referência gerados pelo homem, em sua ânsia classificadora, através de noções – ainda que imprecisas – de espaço e tempo.

O sistema de referência corresponde às vivências individuais de cada ser humano, sua experiências, a cultura na qual está inserido, seu momento histórico.

¹⁶ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 7ª ed. Coimbra: Sucessor, 1979, p. 27.

¹⁷ *Ibidem*, p. 27.

¹⁸ Por isso na lição de Alaôr Caffé Alves, conhecer é “o ato de tornar um objeto presente à percepção, à imaginação ou à inteligência de alguém...Esse processo cognitivo está fundado, portanto, em três elementos: a representação, o objeto representado e o sujeito que representa o referido objeto” (Cf. ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação – Elementos para o discurso jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 12).

¹⁹ HEGENBERG, Leonidas. *Saber de e saber que: alicerces da racionalidade*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 25.

É exatamente nesse contexto que cada indivíduo integrante de uma sociedade juridicamente organizada depende da linguagem para conhecer e vivenciar as normas postas pelo Direito Positivo.

1.3 Palavras e Ações

Uma das referências importantes da Teoria Comunicacional do Direito, fundamento teórico primordial da presente pesquisa, é a idéia desenvolvida por John Austin de que a palavra é usada para “fazer coisas”. Por isso, passa-se a uma breve análise do que consiste tal idéia e qual a sua importância para a teoria comunicacional que ora se estuda.

Para John Austin, a linguagem não possui apenas uma função descritiva, mas é também usada para realizar ações, razão pela qual propôs uma classificação entre “enunciados constatativos” e “enunciados performativos”²⁰.

O enunciado constatativo ou declarativo é utilizado para descrever uma situação de fato, possui função descritiva e submete-se a juízo de verdade/falsidade, de acordo com os critérios adotados, que podem ser os de correspondência, consenso, autoridade, dentre outros.

O enunciado performativo, por sua vez, não descreve situação alguma, mas realiza um ato, ato esse que não teria sido praticado sem que o enunciado performativo tivesse sido expedido. Nesses casos, realizar uma ação se confunde com proferir algumas palavras. Os exemplos clássicos são: casar, prometer, apostar, ordenar, desculpar.

Os enunciados performativos não se submetem à valência verdadeiro/falso e, uma vez que são empregados para realizar ações, foram classificados por Austin em “happy” e “unhappy”, de acordo com o sucesso ou insucesso da ação. Trata-se, na realidade, de verificação acerca do preenchimento, pelo emissor do ato de fala, de seis condições requeridas para a emissão do ato de fala, a saber:

²⁰ AUSTIN, John L. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução de Danilo Marcondes de Souza. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992, p. 22-23.

(A.1) deve existir um procedimento convencionalmente aceito. Tal procedimento deverá incluir certas pessoas que proferem certas palavras em certas circunstâncias;

(A.2) deve haver adequação entre as pessoas e as circunstâncias particulares ao procedimento invocado;

(B.1) o procedimento deve ser executado corretamente por todos os participantes;

(B.2) deve, ainda, ser executado de forma completa por todos os participantes;

(C.1) nos casos em que o procedimento visa à instauração de uma conduta por parte de alguns participantes, tais participantes devem ter, de fato, a intenção de se comportar de maneira adequada, e não de outro modo;

(C.2) os participantes devem realmente comportar-se dessa maneira.

Há uma diferença fundamental entre as quatro primeiras condições e as duas últimas, pois nas primeiras o descumprimento impede a própria realização do ato, enquanto nas últimas o ato chega a realizar-se, embora de modo abusivo²¹.

O ímpeto de diferenciar atos performativos e constatativos levou John Austin a formular a teoria dos atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários.

Para o autor, ato locucionário é o ato de dizer algo. Já o ato ilocucionário é “a realização de um ato ao dizer algo”²². Por fim, o ato perlocucionário é o efeito provocado no destinatário em decorrência do dizer algo, o resultado provocado pela ação de dizer algo²³. É importante ressaltar que se trata de três dimensões do mesmo ato de fala, e não de três atos de fala distintos.

Cabe, aqui, diferenciar a função de uma ação da ação propriamente dita. No exemplo de Tárek Moysés Moussalem, as frases “Pegue um copo d’água!” e “você poderia me fazer o favor de pegar um copo d’água?” representam, respectivamente, a ação de ordenar e a ação de pedir de forma polida, enquanto a função de ambas é “pegar água”²⁴.

Essa distinção adquire relevância porque resulta na diferença entre o ato ilocucionário e o ato proposicional. E o ato ilocucionário não se confunde com o sentido da ação

²¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 155.

²² AUSTIN, John L. *Quando dizer é fazer: palavras e ação*. Tradução de Danilo Marcondes de Souza. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992, p. 89.

²³ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 16-17.

²⁴ *Ibidem*, p. 18.

(proposição) construído a partir do proferimento, pois “a ação está ligada ao ato ilocucionário e sua função conectada ao ato proposicional”²⁵.

Transpondo a idéia do ato de fala para o Direito, tem-se que as prescrições de conduta do Direito Positivo são enunciados performativos e, portanto, atos de fala que realizam ações de ordenar ao prescrever condutas.

Não é mesmo difícil constatar que o Direito Positivo é ato de fala e que, portanto, as categorias aplicadas aos atos de fala servem, com as ressalvas necessárias, às normas jurídicas²⁶.

Há, entretanto, três diferenças básicas entre o ato performativo na linguagem natural e na linguagem do Direito:

(i) os efeitos: o ato performativo em linguagem jurídica tem um verdadeiro poder de ação sobre o real, e até mesmo de constituição do real;

(ii) o procedimento: enquanto na linguagem vulgar o procedimento para a emissão do ato de fala é convencionalmente estipulado, na linguagem do direito positivo o procedimento é normativamente estipulado;

(iii) a enunciação: na linguagem do direito, a enunciação confere força ilocucionária ao ato.

Na teoria comunicacional do Direito, Gregorio Robles constata que o texto jurídico “se configura pela força da decisão”²⁷. Para o autor, o texto jurídico tem origem em atos de fala especiais por ele denominados “decisões jurídicas”, que são aquelas decisões relativas aos processos de criação e aplicação do Direito²⁸.

Robles divide tais decisões em intra e extra-sistêmicas, admitindo, ainda, linguagens coadjuvantes que não expressam diretamente a decisão, mas acontecem em torno destas e auxiliam na sua produção.

No Direito, a função pragmática do ato de fala é prescrever, o que significa ordenar, regular, organizar. Daí que, no exemplo do próprio autor, “pode-se dizer que a Constituição é

²⁵ MOUSSALEM, Tárek Moysés. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Noeses, 2005, p. 19.

²⁶ Ibidem, p. 61.

²⁷ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Bauru: Manole, 2005, p. 32.

²⁸ Robles faz menção expressa às teorias do ato de fala de John L. Austin e J. Searle em: ROBLES, Gregorio. *O direito como Texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Bauru: Manole, 2005, p. 33.

norma. É, aliás, a norma mais importante do texto jurídico ou ordenamento, porquanto o constitui ou cria”²⁹. Essa questão será melhor desenvolvida no capítulo referente à Teoria Comunicacional.

1.4 Semiótica

O presente estudo colhe seus elementos de diversas outras ciências, a exemplo da filosofia, da lingüística, da semiótica. Não se pode, portanto, deixar de analisar brevemente o que é a semiótica e quais de seus elementos são relevantes para o estudo ora registrado.

Semiótica vem da raiz grega *semeion*, que quer dizer signo. A semiótica é, portanto, a ciência dos signos, e tem por objeto de estudo os fenômenos da representação. Pode-se afirmar que a semiótica, como ciência, estuda as representações verbais e, ainda, sistematiza todo e qualquer tipo de representação (entendida com tal a ação ou modo de comportamento do signo)³⁰.

Trata-se da ciência geral de todas as linguagens, que “tem por objeto de investigação todas as linguagens possíveis, ou seja, que tem por objetivo o exame dos modos de constituição de todo e qualquer fenômeno como fenômeno de produção de significação e de sentido”³¹.

Houve um momento em que a Semiótica que atualmente conhecemos como tal era dividida em duas ciências distintas: a semiologia, que tinha por objeto a vida dos signos em

²⁹ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Bauru: Manole, 2005, p. 33.

³⁰ ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. Fato e evento tributário: uma análise semiótica. In: SANTI, Eurico Marco Diniz de (coord.). *Curso de especialização em Direito Tributário – estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 335.

³¹ SANTAELLA, Lucia. *O que é semiótica*. São Paulo: Brasiliense, p. 13.

sociedade, criada por Saussure, um lingüista francês; e a semiótica, ciência que também tinha por objeto os signos dos mais variados sistemas, fundada por Charles Sanders Peirce, filósofo americano.

Nesse sentido, pode-se dizer que o Século XX testemunhou o nascimento de duas ciências da linguagem: a lingüística, ciência da linguagem verbal; e a semiótica, ciência de toda e qualquer linguagem.

A linguagem é o conjunto dos diversos modos de expressão, manifestação de sentido e comunicação social. Trata-se de gênero do qual a linguagem verbal articulada (língua) é espécie, englobando, ainda, a linguagem dos surdos-mudos, o sistema codificado da moda, da culinária, além de tantos outros.

Assim, conforme ensina Lucia Santaella, uma vez que todo fenômeno de cultura é também fenômeno de comunicação, e tais fenômenos só comunicam porque estão vertidos em linguagem, conclui-se que todo e qualquer fato cultural e prática social são práticas de produção de linguagem e de sentido³².

A unidade mínima da semiótica é o signo, que é seu objeto de análise. E signo ou *representâmen*, na definição de Charles Sanders Peirce³³, é

Aquilo que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém. Dirige-se a alguém, isto é, cria, na mente dessa pessoa, um signo equivalente, ou talvez um signo mais desenvolvido. Ao signo assim criado denomino *interpretante* do primeiro signo. O signo representa esse objeto não em todos os seus aspectos, mas com referência a um tipo de idéia que eu, por vezes, denominei *fundamento* do *representâmen* (CP 2.228).

Apesar de uma linguagem ser composta de signos, um mero conjunto de signos não forma necessariamente uma linguagem. Para que esta surja, será imprescindível que os signos

³² SANTAELLA, Lucia. *O que é semiótica*. São Paulo: Brasiliense, p. 12.

³³ PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*, 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 46.

estejam organizados de forma orgânica e tenham certa função própria como partes de linguagem.

Desse modo, linguagem é um sistema de signos que serve à comunicação entre os seres humanos, sendo o signo a unidade desse sistema.

O signo é elemento relacional de natureza triádica, composto por: suporte físico (palavra falada ou escrita), significação (idéia à qual o suporte físico nos remete) e significado (elemento do mundo exterior ou interior, de existência concreta ou imaginária, atual ou passada).

A denominação dos elementos do signo varia de autor para autor. Para Umberto Eco, significante, significado e referente; Para Charles Sanders Peirce, signo, interpretante e objeto; Para Charles Morris, veículo sígnico, designatum ou significatum e denotatum.

Para fins do presente estudo, adotaremos a denominação sugerida por sugerida por Edmund Husserl acima utilizada: suporte físico, significação e significado.

O signo, com suas três dimensões, pode ser representado através do triângulo semiótico abaixo demonstrado:

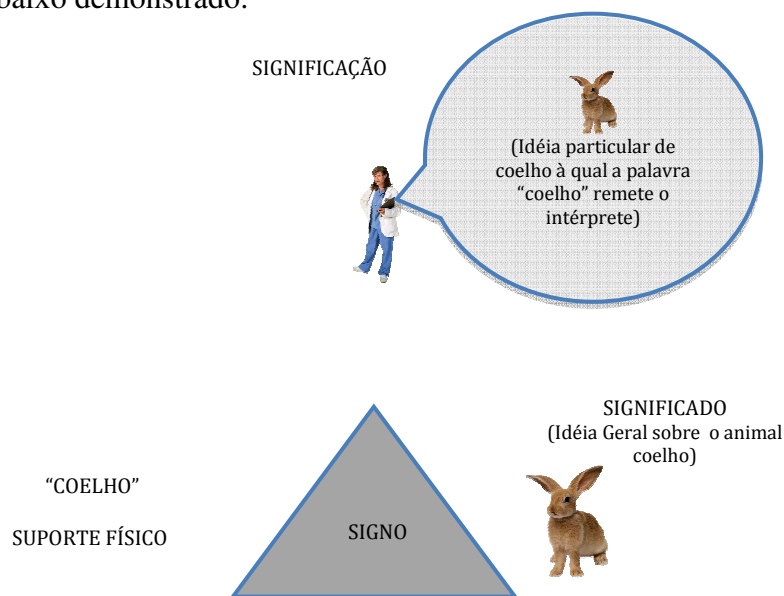


Figura 1. Estrutura triádica do signo.

A palavra “coelho”, escrita no papel ou falada, é o suporte físico do signo, e remete a uma idéia geral do animal coelho, que é seu significado. Mediante o contato com esse suporte físico, a imagem que surge na mente do intérprete é a significação, ou seja, sua idéia particular de coelho. Os três elementos são aspectos do mesmo signo, que é acessível ao intérprete através da experiência sensorial.

Exemplo interessante das três dimensões sîgnicas acima indicadas pode ser encontrado na arte. O artista norte-americano Joseph Kosuth, conhecido como o “pai da arte conceitual”, trabalhou com tais dimensões na obra “One and Three Chairs”, de 1969³⁴:



Figura 2. KOSUTH, Joseph. One and Three Chairs. 1965. MoMA, New York

Pela instalação de Kosuth, verifica-se claramente a diferença entre a cadeira enquanto objeto do mundo empírico (suporte físico), a imagem da cadeira (significado) e o sentido ou a significação a ela atribuída (definição do verbete cadeira no dicionário).

³⁴ Uma das obras de Joseph Kosuth esteve em exposição na 29ª Bienal de Arte de São Paulo em 2010. Em recente visita ao país, o artista concedeu uma entrevista (Casa Vogue, Edição nº 303 - Novembro 2010, Editora Globo Condé Nast, p. 102), na qual admite que criou a corrente artística denominada “conceitualismo” a partir das leituras que fez da obra de Wittgenstein.

As palavras são os signos que possuem a maior capacidade de representação do objeto. Assim, nas palavras de Émile Benveniste, “a faculdade simbólica do homem atinge a sua realização suprema na linguagem, que é a expressão simbólica por excelência; todos os outros sistemas de comunicação, gráficos, gestuais, visuais, etc, derivam dela e a supõem³⁵”.

Não obstante, não se pode ignorar que as palavras são apenas uma pequena parcela do signo que, na classificação de Charles Sanders Peirce, é gênero que pode ser dividido em três espécies:

(i) ícones, signos que possuem alguma similaridade com ou que procuram reproduzir o objeto que representam, a exemplo das esculturas, fotografias, etc;

(ii) índices, signos que mantêm alguma relação existencial ou física com o objeto representado, a exemplo das nuvens carregadas denotando chuva ou da fumaça denotando fogo;

(iii) símbolos, signos que têm relação convencional com os objeto representados; arbitrariamente construído e que não guarda, a principio, qualquer relação com o objeto do mundo que significa, a exemplo das palavras de um determinado idioma, produto de convenção originalmente arbitrária.

Na lição de Guibourg, Gigliani e Guarinoni³⁶, um fenômeno relacionável com outro fenômeno é um signo. Há signos naturais, que mantêm entre si uma relação de causa e efeito, e há, ainda, signos cujo vínculo é arbitrariamente estabelecido. Os signos desta última classe em particular são denominados *símbolos* e são signos artificiais intencionais, dependentes de alguma convenção tácita entre membros de um certo grupo³⁷.

³⁵ BENVENISTE, Émile. *Problemas de lingüística geral I*. Tradução de Maria da Glória Novak e Maria Luisa Néri. 4ª ed. Campinas: Pontes – Universidade Estadual de Campinas, 1995, p. 30.

³⁶ GUIBOURG, Ricardo A.; GIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 2000, p. 18.

³⁷ *Ibidem*, p. 18.

O signo, enquanto representação, estabelece uma relação com o objeto representado. A significação é “uma qualidade, uma característica substancial do signo, que em alguma dimensão reflete o objeto em sua especificidade”³⁸. Não se pode confundir a significação com uma pessoa ou com o intérprete ou com um dado pronto e acabado, como alguns autores fazem. Trata-se de um “processo relacional cognitivo, consubstanciado na idéia gerada pela associação entre o objeto e o signo”³⁹.

Tanto Peirce quanto Charles Morris distinguem a investigação semiótica em três planos, a saber: sintático (que estuda a relação dos signos entre si, como a gramática), semântico (que estuda a relação dos signos com a realidade que esses exprimem, a exemplo dos dicionários) e pragmático (relação do signo com os utentes da linguagem, ou seja, com emissor e destinatário, como o elogio feito pelo receptor com um sorriso irônico a uma terceira pessoa alheia à situação comunicacional).

E foi exatamente em Morris que Gregorio Robles buscou fundamento para elaborar a sua Teoria Comunicacional do Direito enquanto análise da linguagem dos juristas. Para Morris, a semiótica é uma “teoria dos signos”, e os signos podem ser observados sob três perspectivas distintas: pragmática, que investiga a linguagem em sua relação com seu emissor; semântica, que investiga como as expressões lingüísticas se relacionam com os objetos designados ou objetos de referência; e a sintática, que investiga as expressões lingüísticas em sua forma ou o modo pelo qual os signos se relacionam entre si do ponto de vista meramente formal. De modo bastante simplificado, se poderia afirmar que a pragmática tem por objeto o estudo do uso da linguagem, enquanto a semântica tem por enfoque o significado e a sintaxe, a forma⁴⁰.

³⁸ ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. Fato e evento tributário: uma análise semiótica. In: SANTI, Eurico Marco Diniz de (coord.). *Curso de especialização em Direito Tributário – estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 337.

³⁹ *Ibidem*, p. 337.

⁴⁰ ROBLES, Gregorio. *Introducción a la teoría del derecho*, 6ª edición. Barcelona: Debate, 2003, 211-212.

A comunicação acontece em um contexto de tal modo complexo que ao intérprete é necessário buscar o contexto do discurso como um todo e as intenções do emissor da mensagem. Uma vez que os propósitos do emissor adquirem relevância, a decodificação da mensagem ocorre especialmente no campo da pragmática.

Toda manifestação lingüística encerra múltiplas funções, ainda que haja uma função dominante, o que se afirma com fundamento em Irving Copi. É raro encontrar-se uma manifestação lingüística de função única, e a multiplicidade de funções em uma mesma manifestação lingüística dificulta a sua classificação. O critério de identificação a ser adotado leva em conta o efeito imediato ou função dominante da mensagem a ser decodificada pelo receptor.

Para Paulo de Barros Carvalho⁴¹, essas são as funções da linguagem:

(i) Linguagem descritiva ou informativa: tem por finalidade informar o receptor acerca de situações objetivas ou subjetivas que ocorrem no mundo existencial. É a linguagem própria da Ciência do Direito;

(ii) Linguagem expressiva de situações subjetivas: é aquela na qual o emissor exprime seus sentimentos. O exemplo típico é o da linguagem poética;

(iii) Linguagem prescritiva de condutas: tem por finalidade expressar ordens ou comandos, prescrições dirigidas ao comportamento das pessoas. Estão sujeitas aos valores lógicos de validade / não-validade, não estando sujeitas aos valores de verdade e falsidade. Trata-se da linguagem do Direito Positivo;

(iv) Linguagem interrogativa ou linguagem das perguntas: é aquela da qual se utiliza o ser humano diante de situações ou objetos desconhecidos, ou quando pretende obter uma ação do seu interlocutor. Por vezes, exige uma tomada de posição ou uma resposta do interlocutor e, por vezes, representa insegurança do emissor;

⁴¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 39-53.

(v) Linguagem operativa ou performativa: é o discurso utilizado para concretizar alguma ação. Emprega as elocuições de desempenho, na linguagem de Irving Copi, a exemplo de “casar”, “prometer”, “aceitar”, “declarar”, “aconselhar”;

(vi) Linguagem fática: trata-se da linguagem introdutória da comunicação, aquela usada para manter o contato já estabelecido ou para terminar a comunicação. Exemplos podem ser encontrados na comunicação telefônica, com as expressões “alô”, “está me ouvindo?”, “tchau”;

(vii) Linguagem propriamente persuasiva: é a linguagem animada pela intenção de persuadir, convencer, instigar. Trata-se de linguagem de caráter retórico e pode ser encontrada em todas as funções, em diferentes níveis de intensidade. É a linguagem do chamado “discurso judicial”;

(viii) Linguagem afásica: afasia é termo técnico utilizado para designar perturbações na comunicação verbal. Trata-se do conjunto de enunciados que alguém dirige contra a mensagem de outro, no intuito de obscurecê-la, confundi-la ou dificultar sua aceitação. É linguagem natural nos processos judiciais;

(ix) Linguagem fabuladora: é a linguagem que integra os textos fantasiosos ou fictícios, as novelas, filmes, fábulas infantis. É, ainda, a função da linguagem das ficções jurídicas. Estas são usadas pelo legislador das normas gerais e abstratas quando há a necessidade de esquematizar fatos e qualificar objetos em desacordo com a índole em que normalmente são tomados. E isso só é possível porque na prescritividade do Direito, o vetor semântico está preparado para incidir na realidade social, e não para coincidir com esta. As ficções jurídicas, assim como os demais enunciados da linguagem fabuladora estão sujeitos aos critérios de verdade / falsidade, embora a sua verificação não importe para os fins da mensagem;

(x) Metalinguagem: é aquela que focaliza o código, ou o próprio discurso em que se situa. Serve, por exemplo, para explicar, dentro do mesmo discurso uma expressão utilizada, através do uso das expressões “isto é”, “ou seja”, “em outros termos”.

Para Gregorio Robles, levando-se em conta a função pragmática imanente aos textos, é possível estabelecer-se uma classificação simples em:

(i) textos constatativos ou descritivos, cuja função pragmática é descrever ou constatar uma realidade, seja ela existente, que já tenha existido, que possa existir ou que seja puramente fictícia;

(ii) textos emotivos, que têm por função prioritária transmitir sentimentos; e

(iii) textos regulatórios ou diretivos, dentre os quais estão as regras e normas.

Robles expressamente reporta ter deixado de lado algumas funções, a exemplo dos textos interrogativos, pois entende que “a pergunta é prévia a todo texto ou, dito de outra forma: todo texto é a resposta a uma ou mais perguntas. Nesse sentido, qualquer texto é antecedido por outro texto de caráter interrogativo”⁴².

Apesar do autor localizar os textos legais na função diretiva ou regulatória, entende que “os textos legais não apenas nos ordenam determinadas condutas e nos concedem determinados direitos mas, ao mesmo tempo, nos informam sobre essas condutas e esses direitos, e sobre as condições em que os primeiros devem ser cumpridos e os segundos, reclamados.”⁴³.

Para Robles, ainda que a função informativa seja secundária nos textos legais, trata-se de função imprescindível, pois se o destinatário de uma norma não estiver informado sobre os

⁴² Tradução livre a partir do seguinte texto original: “La pregunta es previa a todo texto o, dicho de otra manera: todo texto es la respuesta a una o más preguntas. En este sentido, a cualquier texto le antecede otro texto de carácter interrogativo.” (Cf. ROBLES, Gregorio. *Comunicación, lenguaje y derecho: algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009, p. 43).

⁴³ Tradução livre a partir do seguinte texto original: “Los textos legales no sólo nos ordenan determinadas conductas y nos conceden determinados derechos sino que, al mismo tiempo, nos informan acerca de esas conductas y de esos derechos y acerca de las condiciones en que los primeros han de ser cumplidos y los segundos reclamados.” (Cf. ROBLES, Gregorio. *Comunicación, lenguaje y derecho: algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009, p. 47).

deveres jurídicos que tal norma lhe impõe, não poderá cumpri-la. O mesmo ocorrerá com os direitos subjetivos que a norma lhe garante, uma vez que, caso não esteja suficientemente informado sobre seu próprio direito, o sujeito de direito não poderá exercê-lo.

Assim, conhecer o Direito é condição prévia para o seu cumprimento, sendo exatamente essa a razão pela qual se fazem publicar as normas. Isso não significa que a função primordial das normas seja informar. Ao contrário, sua função essencial é orientar a ação humana. Prova disso é que a maioria dos ordenamentos jurídicos prevê que a *ignorantia iuris neminem excusat*⁴⁴.

Não há que se confundir função da linguagem (acima explicitada) com forma gramatical da linguagem. A forma em que a linguagem pode ser expressa é caracterizada pelo grau e modo de elaboração da mensagem, podendo ser classificada em seis tipos, conforme lição de Paulo de Barros Carvalho⁴⁵:

(i) Linguagem Natural: É o instrumento da comunicação inter-humana por excelência. Se caracteriza por ser espontaneamente desenvolvida, não encontrando limitações rígidas. Suas significações são imprecisas e não possui esquema rígido de formação sintática de enunciados. Por outro lado, seu esquema pragmático é bastante rico, pois seus interlocutores transmitem suas intenções livremente.

(ii) Linguagem Técnica: Formada por palavras e expressões de sentido determinado ou termos científicos, esta linguagem tem por finalidade transmitir informações imediatas acerca da funcionalidade do objeto. Exemplos são os manuais de manuseio de eletrodomésticos e eletroeletrônicos e as bulas de remédios. A linguagem técnica difere da linguagem científica porque aquela é limitada ao seu objeto e sistematicamente organizada.

⁴⁴ ROBLES, Gregorio. *Comunicación, lenguaje y derecho*: algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009, p. 47.

⁴⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 56-67.

(iii) Linguagem científica: É discurso artificial composto por linguagem natural, na qual os termos de significados imprecisos são substituídos por termos unívocos ou mais exatos à descrição do fenômeno descrito. Esse tipo de linguagem está permeado de questões epistemológicas como cortes metodológicos e delimitação do objeto de análise, que a caracterizam. Deve ter boa organização sintática e boa elaboração semântica. Sua dimensão pragmática é fraca, uma vez que a delimitação estrita dos campos semântico e sintático limitam o campo de manobras dos seus usuários.

(iv) Linguagem Filosófica: É aquela que incide em todas as regiões ônticas: natural ou física, metafísica, ideal e cultural, podendo seu objeto ser lingüístico ou extralingüístico. Tem por objeto o conhecimento vulgar, o conhecimento científico (*episteme*) mas, sobretudo, o próprio conhecimento. É o plano de indagação em que o enfoque zetético está mais presente.

(v) Linguagem Formalizada: É instrumento eficaz para exhibir relações de ordens distintas, tais como as relações matemáticas, físicas, econômicas, sociológicas, psicológicas ou jurídicas. As relações jurídicas, por sua vez, também podem se exprimir através da linguagem formalizada.

(vi) Linguagem artística: É o tipo de linguagem que revela valor estético. Ex. Literatura, prosa, verso, parecer do jurista especializado, sentença judicial. Não importa a função, pois esse não é o critério de identificação da linguagem artística, mas, sim, o senso estético, a busca do belo.

A distinção é extremamente relevante para a análise ora empreendida, uma vez que, através dela, torna-se possível afirmar que o Direito Positivo (normas gerais e abstratas e normas individuais e concretas) se encaixa no âmbito da linguagem técnica, já que nela preponderam os termos e expressões artificialmente construídos.

Permite, ainda, a afirmação de que a linguagem do Direito Positivo não poderia jamais ser considerada como discurso científico, uma vez que não é descritiva de objetos mas, sim, prescritiva de condutas intersubjetivas.

Da lingüística vieram quatro conceitos básicos trabalhados por Saussure na semiótica: a língua, a fala, a sincronia e a diacronia.

Para Saussure, o conceito de linguagem se dividia em duas partes: a língua (sistema de signos e de regras para seu uso que serve a uma comunidade lingüística) e a fala (ato individual através do qual a língua se manifesta, ato que a põe em ação).

O exame de uma língua admite dois enfoques: sincrônico e diacrônico. O sincrônico é estático e consiste na análise dos elementos que compõem uma língua aceita por determinada comunidade em determinado momento histórico (recorte temporal). Através da observação sincrônica podem ser compilados uma gramática e um dicionário.

O diacrônico, também chamado dinâmico, examina a evolução da língua através do tempo, com enfoque na mudança dos significados das palavras, no surgimento de novos vocábulos, na mudança das regras gramaticais. Por isso, permite destacar a relação da língua com a fala.

A importância de tais conceitos extrapola os limites da semiótica, uma vez que podem ser aplicados no estudo de qualquer sistema dinâmico.

Quando uma investigação tem por objeto uma linguagem, chamamos tal linguagem de objeto da investigação; a linguagem na qual os resultados da investigação são formulados é denominada metalinguagem. Na linguagem objeto há palavras que falam sobre coisas, enquanto na metalinguagem, as palavras falam sobre as próprias palavras.

As reflexões sobre a linguagem expressadas na mesma linguagem podem causar paradoxos, e daí a importância de se fazer tal distinção. As condições de verdade de uma proposição não podem estar no mesmo nível da linguagem objeto, pois isso causaria uma

auto-contradição; devem, isso sim, estar no nível da metalinguagem. Em tese, a cadeia de metalinguagens é infinita; na prática, três ou quatro níveis de metalinguagem já se mostram suficientes.

Nos sistemas normativos de linguagem, a exemplo do sistema do Direito, também é possível distinguir diferentes níveis de linguagem. As normas impositivas ou proibitivas de conduta são a linguagem objeto. Já a metalinguagem pode ser dividida em duas classes: metalinguagem prescritiva e metalinguagem descritiva.

A metalinguagem prescritiva consiste em normas que falam sobre normas e, por isso, são chamadas normas de segundo nível, a exemplo das normas que estabelecem métodos para a criação ou modificação de outras normas.

A metalinguagem descritiva, por sua vez, consiste em enunciados que descrevem as normas, encontrando seu exemplo clássico na Ciência do Direito.

Não obstante, a Ciência do Direito constitui linguagem científica que analisa a linguagem do Direito Positivo. Os problemas da Ciência do Direito podem ser analisados sob o enfoque zetético (ênfase na pergunta), para o qual todas as premissas podem ser questionadas indefinidamente, ou sob o enfoque dogmático, em que se firmam as premissas como pontos de partida inatacáveis.

Assim, sempre que uma investigação (de enfoque zetético ou dogmático) formar um sistema de proposições orientado a um fenômeno de fins cognoscitivos, ter-se-á uma teoria. Essa teoria somente constituirá Ciência se formar um conjunto de enunciados acerca de um determinado objeto e apresentar conclusões que se confirmem como verdadeiras.

A linguagem, na concepção dos neopositivistas, é instrumento primordial do saber científico. Por isso, em toda formulação lingüística, a boa composição sintática é elemento essencial, assim como o é a verificabilidade dos enunciados como critério semântico definidor da cientificidade ou não de um discurso.

Feito esse retrospecto das linhas mestras da semiótica, pode-se, então, passar ao estudo das especificidades da Semiótica do Direito, que ainda mais diretamente interessa como referencia Teórica da Teoria Comunicacional do Direito.

1.5 Semiótica do Direito

O Direito Positivo encontra, na norma, sua unidade mínima. Trata-se da expressão irreduzível de manifestação do deôntico, nas palavras de Paulo de Barros Carvalho⁴⁶.

Traçando-se um paralelo entre a norma e o signo, é possível verificar que os signos relacionam objetos a significados, enquanto as normas relacionam proposições, sendo a natureza relacional uma característica comum entre os signos e as normas. É, portanto, possível equiparar a lei, enquanto representação, ao signo.

A norma é o signo jurídico e seus aspectos principais são: a regulamentação das condutas, o poder vinculante, a relação que se estabelece entre antecedente e conseqüente e a imperatividade. O objeto que os signos jurídicos denotam é a conduta humana intersubjetiva.

Adquire relevância aqui a distinção entre texto bruto do Direito Positivo e norma. A primeira é a unidade lingüística do Direito Positivo, a materialidade ou suporte físico do signo jurídico. A segunda é a sua significação, o sentido construído pelo intérprete a partir do suporte físico (texto bruto), levando em conta a sua vivência cultural individual. Trata-se de sentido construído através de uma operação mental denominada por Paulo de Barros Carvalho como “percurso gerador de sentido”.

⁴⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

Na lição de Paulo de Barros Carvalho, “todo texto tem um plano de expressão, de natureza material, e um plano de conteúdo, por onde ingressa a subjetividade do agente para compor as significações da mensagem”⁴⁷. Assim, é a partir do contato com a literalidade do texto que o intérprete começa o processo de interpretação, seguindo com a construção dos conteúdos significativos para, enfim, ordená-los na forma estrutural de normas jurídicas, articulando-os para construir um domínio⁴⁸.

Gregorio Robles, ao fundamentar sua teoria comunicacional do direito, também estabelece essa distinção, denominando “ordenamento jurídico” o conjunto dos textos brutos ou suportes físicos dos signos jurídicos, e “sistema jurídico” o conjunto das normas construídas a partir da interpretação de tais textos, conforme se analisará de forma mais detalhada no próximo capítulo. Uma vez que a norma é o signo jurídico, também possui estrutura triádica, composta por (i) um suporte físico (enunciado prescritivo), (ii) um significado (conduta) e (iii) uma significação (norma), podendo ser representada da seguinte forma:

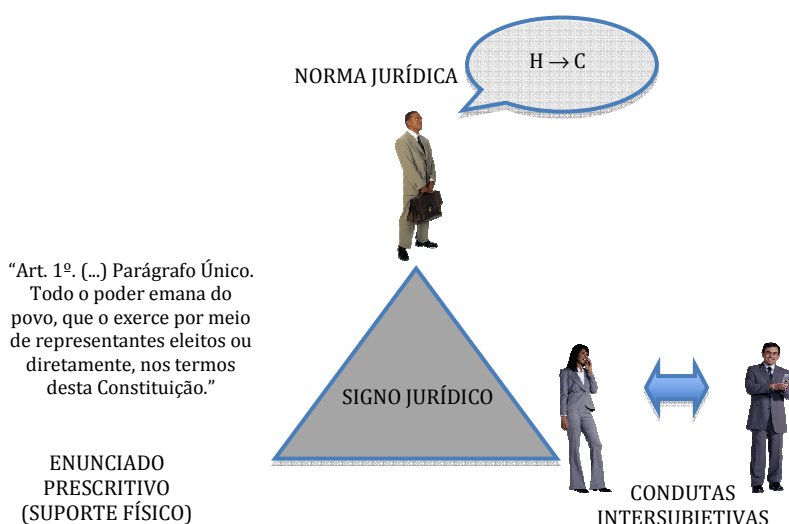


Figura 3. Estrutura triádica da norma jurídica.

⁴⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68.

⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68.

O enunciado prescritivo, que é o suporte físico ou texto bruto, escrito no papel e publicado no Diário Oficial, remete à conduta intersubjetiva que é o significado da norma. Mediante o contato com esse suporte físico, o intérprete constrói uma norma prescritiva de conduta em sua mente, que é a significação. Os três elementos são aspectos do mesmo signo jurídico, qual seja, o Direito Positivo, acessível ao intérprete através da experiência sensorial (leitura do texto da Constituição Federal, por exemplo).

A partir dessa diferenciação, é possível afirmar que o Direito está no intérprete. No entanto, essa centralidade do intérprete não deve ser entendida no sentido de que o Direito corresponde à vontade do intérprete, tampouco permite que o Direito seja situado no plano da subjetividade.

Para deixar isso claro, Lenio Streck afirma que, assim como não há mais espaço para se entender a linguagem como mero instrumento, tampouco há espaço para o arbítrio do sujeito enquanto intérprete⁴⁹. O intérprete não pode usar sua posição de “construtor do sentido” para atribuir aos textos legais um sentido arbitrário ou subjetivo. O limite da interpretação será sempre dado pelo próprio texto legal.

De acordo com a lição de Paulo de Barros Carvalho, a interpretação do Direito passa por quatro planos ou subsistemas distintos: o plano das formulações literais (S1), o plano de suas significações enquanto enunciados prescritivos (S2), o plano das normas jurídicas, “como unidades de sentido obtidas mediante o grupamento de significações que obedecem a determinado esquema formal (implicação)” (S3), e o plano da forma superior do sistema, “que estabelece os vínculos de coordenação e subordinação entre as normas jurídicas criadas no plano anterior”⁵⁰ (S4).

⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 8ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009, p. 179-180.

⁵⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68.

Nesse sentido, não é difícil constatar a enorme quantidade de obstáculos existentes no processo de construção de sentido diante de todo o empenho necessário à composição dessas estruturas normativas em linguagem.

O percurso da construção do sentido normativo apontado pelo autor no trecho acima transcrito pode ser desmembrado, então, nos quatro planos ou subsistemas denominados “S1”, “S2”, “S3” e “S4”. Dentro de tal percurso, o enfoque do presente estudo está precisamente nos planos S1 (plano da literalidade do texto legal) e S2 (conjunto dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos).

Como se está a analisar a situação comunicacional envolvendo o cidadão comum enquanto destinatário da Constituição Federal de 1988, não se pode supor a continuidade do percurso gerador de sentido até os planos S3 (conjunto articulado das significações normativas – sistema de normas jurídicas *stricto sensu*), tampouco S4 (estabelecimento dos vínculos de coordenação e subordinação entre as regras jurídicas). Isso porque tais planos pressupõem o conhecimento da totalidade dos textos legais do ordenamento, além de suas relações de hierarquia, sendo que somente a partir dessas operações se poderia contextualizar os conteúdos de sentido obtidos em “S1” e “S2”, e tal pressuposto somente é aplicável aos juristas, que dominam o repertório do Direito.

Dúvida que se colocou desde o início desse estudo, diante da impossibilidade do cidadão comum percorrer todos os planos do percurso gerador de sentido, é se a ele poderia ser atribuída a qualidade de destinatário direto da Constituição Federal, ou se sua relação com os textos constitucionais deveria sempre ser mediada por um jurista.

A conclusão é que, não obstante as dificuldades apresentadas, todos os membros da sociedade brasileira são, sim, intérpretes da Constituição Federal e de todos os demais textos do Direito Positivo, conforme abaixo se aprofundará.

E a conclusão não poderia ser diferente, pois se assim não ocorresse, o cumprimento das condutas prescritas pelo sistema jurídico brasileiro não seria possível. Uma análise mais detalhada da questão será empreendida nos próximos capítulos.

Como o objetivo desse estudo é analisar a inteligibilidade do texto constitucional pelos cidadãos comuns (não-juristas), o ponto de partida é o texto bruto da Constituição Federal de 1988 e sua preocupação é verificar se a comunicação entre o Constituinte e tal cidadão de fato ocorre.

Para tanto, buscou-se na Teoria Comunicacional do Direito os instrumentos necessários.

2 TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO

Com fundamento no Giro Lingüístico e nas premissas estabelecidas pelo Círculo de Viena, acima recapituladas, Gregorio Robles desenvolve, desde seus primeiros escritos, a teoria comunicacional do direito.

Apesar das inúmeras contribuições de autores importantes, Gregorio Robles é o grande nome da Teoria Comunicacional do Direito, conforme afirma Paulo de Barros Carvalho em prefácio à obra de Robles intitulada “O Direito Como Texto”⁵¹. A obra jurídico-filosófica de Robles, desde o início, investiga o direito enquanto sistema de comunicação, tomando suas unidades como ações comunicativas e estudando-as sob a perspectiva do emitente, da mensagem, do meio e do receptor, em um processo dialético comunicativo⁵².

Como o próprio Gregorio Robles explica, a Teoria Comunicacional do Direito “abandona a concepção da ciência jurídica como uma ciência descritiva de uma realidade que vem dada de antemão. Abandona, igualmente, a concepção de uma ciência não-valorativa.”⁵³

Duas teses são os pilares de tal teoria: primeiramente, a tese de que a ciência jurídica é uma ciência construtiva (e não descritiva), uma vez que as normas não estão prontas no ordenamento, mas são inseridas no sistema à medida que são construídas; o segundo pilar reside na tese segundo a qual a ciência jurídica é uma ciência prática.

⁵¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Prefácio à obra: ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: Quatro Estudos de Teoria Comunicacional do Direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005, p. vii.

⁵² *Ibidem*, p. vii.

⁵³ Tradução livre a partir do seguinte original: “Abandona la concepción de la ciencia jurídica como una ciencia descriptivista de una realidad que viene dada de antemano. Se abandona igualmente la concepción de una ciencia no valorativa.” (Cf. ROBLES, Gregorio. *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Volumen I. Segunda Edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2008, p. 139).

Uma vez construído o sistema, é por meio da ciência jurídica que as normas de sentido completo são construídas, normas estas que refletem o ordenamento e, ao mesmo tempo, o completam⁵⁴.

A teoria comunicacional concebe o Direito como um sistema de comunicação cuja função pragmática é organizar a convivência humana mediante a regulação das ações⁵⁵, não se resumindo a um comando coativo da conduta humana em sociedade, tampouco a simples meio de controle social ou de ideal de justiça.

Para Robles, o direito se manifesta como um sistema de comunicação capaz de possibilitar a organização da vida dos homens e permitir o intercâmbio e a regulação das ações. Assim, “como sistema de comunicação, o direito é linguagem, ou, em outras palavras, o direito é *texto*”⁵⁶.

A constatação de que o Direito é texto não implica na afirmação de que o Direito seja apenas texto, tampouco negar que possa ser outra coisa além de texto. Significa apenas afirmar que é impossível negar que o Direito seja texto e que o texto jurídico, por sua vez, seja um texto prescritivo cujo “sentido intrínseco é dirigir, orientar ou regular as ações humanas”⁵⁷.

Antes de estudar mais aprofundadamente cada uma das premissas estabelecidas por Robles no desenvolvimento da sua teoria, é imprescindível estudar a estrutura imaginada pelo autor para tal teoria.

O autor divide-a em três teorias distintas, baseando-se nos níveis de análise semiótica: Teoria da Decisão Jurídica (pragmática), Teoria da Dogmática Jurídica (semântica) e Teoria

⁵⁴ ROBLES, Gregorio. *Teoría del derecho*. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho. Volumen I. Segunda Edición. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2008, p. 139.

⁵⁵ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 1.

⁵⁶ *Ibidem*, p. xii.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 29.

da Estrutura Formal do Direito (sintática), divisão esta que pode ser representada da seguinte forma⁵⁸:

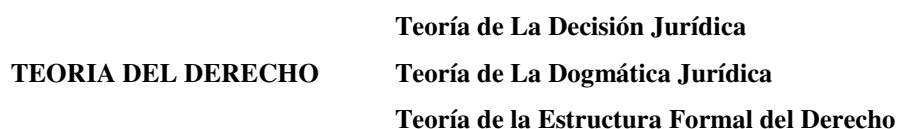


Figura 4. Estrutura da Teoria do Direito para Gregorio Robles.

A Teoria da Decisão Jurídica tem por objeto as decisões relativas ao Direito nos seus processos de criação e aplicação. Robles divide tais decisões em dois tipos: decisões intra-sistêmicas e decisões extra-sistêmicas. Paralelamente a essas decisões, identifica linguagens coadjuvantes que não expressam diretamente a decisão, mas acontecem em torno destas e auxiliam na sua produção.

A decisão extra-sistêmica é aquela tomada pelo poder constituinte que cria a ordem jurídica ou, no mínimo, os elementos essenciais de uma ordem jurídica. Sua linguagem coadjuvante é composta pelas discussões públicas de partidos políticos, sindicatos, movimentos sociais, etc, em torno da idoneidade da decisão constitucional. Trata-se da decisão na qual o presente estudo encontra seu enfoque.

A decisão intra-sistêmica, também denominada por Robles de decisão propriamente jurídica, é aquela produzida pelo legislador ordinário, juízes, funcionários e cidadãos, já no interior da ordem jurídica estabelecida pela decisão extra-sistêmica. Sua linguagem coadjuvante é formada pela participação do advogado, do fiscal, do assessor jurídico, etc, para a tomada de decisão intra-sistêmica.

Essa divisão pode ser esquematizada conforme o quadro abaixo:

⁵⁸ ROBLES, Gregorio. *Introducción a la teoría del derecho*, 6ª Edición. Barcelona: Debate, 2003, p. 214.

DIREITO	Decisão Jurídica	Linguagem Coadjuvante
	Decisão Extra-sistêmica (ou decisão do legislador constituente)	Discussão Pública de partidos políticos, sindicatos, movimentos sociais, etc, em torno da idoneidade da decisão constitucional
	Decisão Intra-sistêmica (do legislador ordinário, do juiz, do funcionário, do cidadão)	Participação do advogado, do fiscal, do assessor jurídico, etc, para a tomada de decisões intra-sistêmicas

Figura 5. Teoria da Decisão Jurídica de Gregorio Robles.

Com base no quadro acima, é possível verificar que as decisões jurídicas emanam de várias espécies de emissor.

Na comunicação efetivada pelo Direito Positivo, sempre haverá, de um lado, um universo de emissores das decisões jurídicas e, de outro, um universo de receptores da mensagem contida nessas decisões.

O conjunto de emissores das decisões extra-sistêmicas é formado pelos legisladores constituintes, foco primordial da situação comunicacional que ora se estuda.

No conjunto de emissores das decisões jurídicas intra-sistêmicas teremos: (i) o Poder Legislativo; (ii) o Poder Judiciário; e o (iii) Poder Executivo, todos emitindo enunciados normativos.

Para Robles⁵⁹, a Teoria da Decisão Jurídica tem por objeto o estudo de todos os processos de decisão e suas respectivas linguagens. Entretanto, a fim de simplificar, pode-se falar no estudo de três sub-teorias distintas, quais sejam:

(i) Teoria da Legislação, que tem por objeto a decisão legislativa (tanto extra quanto intra-sistêmica, isto é, Constituição e lei ordinária, além de fenômenos normativos similares);

⁵⁹ ROBLES, Gregorio. *Introducción a la teoría del derecho*, 6ª edición. Barcelona, Debate, 2003, p. 214-215.

(ii) Teoria da Decisão Judicial;

(iii) Teoria da Retórica Jurídica, que tem por objeto a análise da linguagem de convicção, tanto no nível extra-sistêmico (partidos políticos, etc), quanto intra-sistêmico (advogado, fiscal, etc).

Pode-se afirmar, com isto, que os três atores principais da Teoria da Decisão são: o legislador, na teoria da legislação; o juiz, na teoria da decisão; e o advogado, na teoria da argumentação. Tais atores se comportarão, no âmbito do sistema comunicacional, como os emissores das decisões jurídicas.

Tem-se, assim, que as premissas mais relevantes adotadas por Robles no desenvolvimento de sua Teoria Comunicacional do Direito e que possuem um impacto direto na análise ora empreendida são: (i) a constatação de que o Direito é texto; (ii) a constatação de que ordenamento e sistema são coisas distintas. Esse será o objeto de investigação dos dois próximos subtítulos.

2.1 Direito como Texto

Composto por normas, escritas ou não, “o Direito, no seu particularíssimo modo de existir, manifesta-se necessariamente na forma de linguagem. E linguagem é texto”⁶⁰.

Para sustentar essa afirmação, Robles⁶¹ escreve que a prova mais concreta de que Direito é texto consiste em que todo ordenamento jurídico pode ser escrito ou convertido em

⁶⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Prefácio à obra de ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. viii.

⁶¹ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 2.

palavras, mesmo as normas consuetudinárias. Assim, “o direito é *linguagem* no sentido de que sua forma de expressão consubstancial é a linguagem verbalizada suscetível de ser escrita”⁶².

Linguagem é “qualquer meio sistemático de comunicar idéias ou sentimentos através de signos convencionais, sonoros, gráficos, gestuais etc”⁶³. Do ponto de vista da lógica, “é sistema formal de símbolos estabelecidos em função de axiomas, regras e leis que estruturam um enunciado”⁶⁴.

O Direito, enquanto texto, serve primordialmente à comunicação das prescrições normativas ao destinatário da norma e aos seus aplicadores⁶⁵.

A análise do Direito enquanto fato comunicacional é algo bastante recente na história do pensamento jurídico⁶⁶. Essa concepção tem por marco teórico a filosofia da linguagem e combina os métodos analítico e hermenêutico para elaborar uma nova Teoria do Direito na qual as normas são vistas como mensagens produzidas pela autoridade competente e, “animadas pelo tom da juridicidade”, dirigidas a orientar o comportamento das pessoas a fim de refletir os valores presentes na sociedade⁶⁷.

O direito é, assim, “fenômeno de comunicação”, não se resumindo a um comando coativo das condutas humanas, tampouco a mero meio de controle social ou ideal de justiça. “Como sistema de comunicação, o direito é linguagem, ou, em outras palavras, o direito é *texto*”⁶⁸.

⁶² ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. São Paulo: Manole, 2005, p. 2.

⁶³ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.183.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 1.183.

⁶⁵ ROBLES, Gregorio. *op. cit.*, p. 2.

⁶⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Prefácio à obra de ROBLES, Gregorio. *op. cit.*, p. vii.

⁶⁷ *Ibidem*, p. vii.

⁶⁸ ROBLES, Gregorio. *Op. cit.*, p. xii.

Para Paulo de Barros Carvalho⁶⁹, “travar contacto com o Direito é deparar-se, invariavelmente, com a linguagem, seja no tópico do direito posto, como no estrato das proposições descritivas da Ciência”. “Há quem afirme que é muito pouco para a dignidade do direito reduzi-lo a uma simples questão de palavras. Falta, aos críticos, talvez, a lembrança do majestoso início do Evangelho de João: “no início era o Verbo”. Falta-lhes a lembrança de que pela palavra se cria o mundo. Nada menos”⁷⁰.

Tomando-se a sociedade, e por consequência o Direito, como um sistema comunicacional, teremos o Direito Positivo como mensagem, emitida pelo legislador constituinte (emissor) e dirigida a toda a sociedade (receptor).

A comunicação completa da mensagem jurídica dependerá, assim como toda e qualquer comunicação, além da presença do emissor e do destinatário ou receptor, da presença de outros quatro elementos, a saber: o contexto, o canal, o código e a conexão psicológica entre emissor e receptor, sendo que estes dois últimos deverão necessariamente ser comuns ao remetente e ao destinatário, conforme se estudará abaixo.

2.2 Ordenamento e Sistema

Para fins do presente estudo, adotou-se a visão da Teoria Comunicacional do Direito de ordenamento jurídico enquanto texto bruto. A compreensão dessa premissa demanda algumas considerações, que se passa a tecer.

⁶⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. Prefácio à obra de ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 9.

⁷⁰ ROBLES, Gregorio. Op. cit., p. 48.

O sistema jurídico tem uma finalidade, uma “intenção imanente” (palavras de Robles), que consiste em organizar a vida em sociedade, dirigir a ação humana. O sistema jurídico é, pois, “um sistema comunicacional prescriptivo, já que transmite mensagens cuja função intrínseca é orientar ou direcionar, direta ou indiretamente, as ações mencionadas.”⁷¹

A noção de sistema passa pela idéia de conjunto de elementos e relações estabelecidas entre esses elementos. Para Lourival Vilanova, “falamos de sistema onde se encontrem elementos e relações e uma forma dentro de cujo âmbito, elementos e relações se verifiquem”⁷².

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior, o conceito de sistema, em sentido amplo, alude à idéia de uma totalidade construída, formada por várias partes, enquanto em sentido específico, remete a ordem e organização. Somado à idéia de *cosmos*, originária da filosofia grega, o sistema aparece como uma ‘totalidade bem ordenada’. Ademais, ao ligar tais idéias ao conceito de *techne*, os estóicos definiram-nos como *sistema* de conceitos, configurando-a como *suma*. Para o autor, seus elementos são o *repertório* e suas relações são a *estrutura*⁷³.

Com fundamento nessa lição, tomar-se-á, aqui, sistema como o conjunto de elementos coordenados entre si⁷⁴, ligados por uma certa referência.

A Sociedade, enquanto conjunto organizado de relações, é um sistema. É, ainda, um sistema de comunicação, pois se caracteriza por atos de transmissão, recebimento e compreensão de informações (cf. Vilém Flusser).

Enquanto um grande sistema comunicacional, a sociedade se subdividir-se-á em uma diversidade de subsistemas, dentre os quais se encontra o sistema do Direito Positivo.

⁷¹ Tradução livre a partir do seguinte original: “Un sistema comunicacional prescriptivo, ya que transmite mensajes cuya función intrínseca es orientar o dirigir, directa o indirectamente, las acciones mencionadas.” (Cf. ROBLES, Gregorio. *Introducción a la teoría del derecho*, 6ª edición. Barcelona, Debate, 2003, p. 201).

⁷² VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 173.

⁷³ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: RT, 1976, p. 9.

⁷⁴ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 2.

Para a Teoria Comunicacional do Direito, distinção essencial é aquela estabelecida entre ordenamento jurídico e sistema jurídico.

Para Robles, enquanto ordenamento é o texto jurídico bruto (“tal como se sale de las prensas del *Boletín Oficial del Estado*”), o sistema é o texto jurídico “elaborado”, resultado da interpretação.

O sistema jurídico é, desse modo, o “produto final” da ciência jurídica, que se renova incessantemente e que configura o Direito vigente: “É o resultado do trabalho paciente da ciência do direito, cujo objeto é um ordenamento jurídico determinado.”⁷⁵

No direito moderno, todo fenômeno comunicativo está ligado, direta ou indiretamente, com essa dualidade entre ordenamento jurídico e sistema, na concepção acima apontada⁷⁶.

Embora na teoria de Robles haja uma distinção entre ordenamento e sistema, tais conceitos não são vistos isoladamente. Ao contrário, o texto bruto e o texto interpretado se alimentam reciprocamente ao longo do tempo, em uma espiral hermenêutica. Entre ordenamento e sistema há uma relação intertextual, uma vez que o sistema reflete e completa o ordenamento. Nesse sentido, sistema é uma versão mais ampla e coerente de ordenamento.

Tais limites, não obstante, são extremamente relevantes para o recorte metodológico dessa pesquisa, cujo enfoque é o ordenamento jurídico, mais especificamente o texto bruto da Constituição Federal de 1988.

⁷⁵ Tradução livre a partir do seguinte original: “Es el resultado de la labor paciente de la ciencia del derecho, cuyo objecto es un ordenamiento jurídico determinado.” (Cf. ROBLES, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*: ensayo de teoría comunicacional del derecho. Cizur Menor: Editorial Arazandi, 2007, p. 31-32).

⁷⁶ ROBLES, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas*: ensayo de teoría comunicacional del derecho. Cizur Menor: Editorial Arazandi, 2007, p. 31-32.

2.3 Como se opera a comunicação do Direito Positivo

A mudança de paradigma proporcionada pela filosofia da linguagem traz a comunicação para o centro das discussões travadas pelos mais diversos ramos do conhecimento. A comunicação transformou-se, desse modo, em uma espécie de problemática recorrente e obsessiva das sociedades contemporâneas, nas quais filósofos, gestores, juristas e engenheiros, teólogos e jornalistas a debatem permanentemente. Nunca se falou tanto em comunicação como nessa sociedade que, nas palavras de Lucien Sfez, já não sabe se comunicar consigo própria⁷⁷.

“A Comunicação é central para a vida da nossa cultura: sem ela, toda e qualquer cultura morrerá. Conseqüentemente, o estudo da comunicação implica o estudo da cultura na qual ela se integra”⁷⁸.

O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa assim define comunicação:

Comunicação. *S. f.* (sXV) Ato ou efeito de comunicar(-se). **1.** Ação de transmitir uma mensagem e, eventualmente, receber outra mensagem como resposta <a c. entre uma base terrestre e um míssil><a ciência tenta manter c. com os golfinhos> **1.1.** COMN processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre uma fonte emissora e um destinatário receptor, no qual as informações, transmitidas por intermédio de recursos físicos (fala, audição, visão etc) ou de aparelhos e dispositivos técnicos, são codificadas na fonte e decodificadas no destino com o uso de sistemas convencionados de signos ou símbolos sonoros, escritos, iconográficos, gestuais etc. [...] **16.** LING intercâmbio que se processa, por meio de um código linguístico, entre um emissor, que produz um enunciado, e um interlocutor ao qual esse enunciado é dirigido.⁷⁹

⁷⁷ MESQUITA, Mario. *Percepções contemporâneas do poder dos media*. Estudos de direito da comunicação. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 2002, p. 106.

⁷⁸ FISKE, John. *Introdução ao estudo da comunicação*, 3ª ed. Tradução de Maria Gabriela Rocha Alves. Porto: Edições Asa, 1997, p. 14.

⁷⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 508-509.

O Dicionário de Comunicação de Carlos Alberto Rabaça e Gustavo Barbosa define comunicação como o “conjunto dos conhecimentos lingüísticos, psicológicos, antropológicos, sociológicos, filosóficos, cibernéticos etc., relativos aos processos de comunicação.”⁸⁰

A palavra comunicação encontra sua origem no verbo latino *communicare*, cujo significado seria “tornar comum”, “partilhar”, “repartir”, “trocar opiniões”, “conferenciar”. Nesse sentido, implica participação, interação, troca de mensagens, emissão ou recebimento de novas informações.

Em consulta ao verbete “comunicação” do Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano⁸¹, encontrou-se o seguinte:

Filósofos e Sociólogos utilizam hoje esse termo para designar o caráter específico das relações humanas que são ou podem ser relações de participação recíproca ou de compreensão. Portanto, esse termo vem a ser sinônimo de “coexistência” ou de “vida com os outros” e indica o conjunto dos modos específicos que a coexistência humana pode assumir, contanto que se trate de modos “humanos”, isto é, nos quais reste certa possibilidade de participação e de compreensão. (...) Os homens formam uma comunidade porque se comunicam, porque podem participar reciprocamente dos seus modos de ser, que assim adquirem novos e imprevisíveis significados. Essa participação diz que uma relação de C.⁸² não é um simples contato físico ou um embate de forças. (...) A comunicação enquanto característica específica das relações humanas delimita a esfera dessas relações àquelas em que pode estar presente certo grau de livre participação.

Apenas a título de complemento, podemos afirmar, com Castanheira Neves, que comunicar é transmitir algo de um a outro, através de certo meio, constituindo um particular comum entre esses “um e outro”, caso a comunicação tenha sucesso. Há, ainda, a possibilidade de se abrir entre esses “um e outro” uma ruptura, caso a comunicação falhe⁸³.

⁸⁰ BARBOSA, Gustavo; RABAÇA, Carlos Alberto. *Dicionário de comunicação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 155.

⁸¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª versão brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti - 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 188.

⁸² Para não repetir o verbete “comunicação”, o autor utiliza-se da abreviação “C.”.

⁸³ NEVES, A. Castanheira. *Uma perspectiva de consideração da comunicação e o poder* – ou a inelutável decadência eufórica – estudos de Direito da Comunicação, Instituto Jurídico da Comunicação. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002, p. 90-91.

Embora o termo comunicação seja ambíguo, como quase todos os termos idiomáticos conhecidos, em sua acepção mais geral, designa qualquer processo de intercâmbio de uma mensagem entre um emissor e um receptor⁸⁴. Trata-se de “interação social através de mensagens”, conforme definição geral dada por John Fiske⁸⁵.

O modelo de comunicação atualmente predominante é o modelo desenvolvido por Roman Jakobson, segundo o qual o ato de comunicação verbal se caracteriza enquanto processo lingüístico em razão da presença de seis elementos ou fatores, a saber:

(i) um remetente (ou emissor), que é a fonte da mensagem, o ponto de onde a mensagem parte. Trata-se de “sujeito imprescindível para o desencadear comunicativo”⁸⁶, “aquele que comporta as informações a serem transmitidas”⁸⁷;

(ii) um destinatário (ou receptor), que é “a pessoa que recebe a mensagem, o destinatário da informação”⁸⁸. O processo comunicacional exige que a mensagem tenha um destino distinto do emissor, podendo tal destinatário ser um único sujeito, um grupo de pessoas determinado ou indeterminado;

(iii) uma mensagem ou informação transmitida. “Chamamos mensagem o que o transmissor transmite e o receptor recebe. A mensagem é o elo de ligação dos dois pontos do circuito; é objeto da comunicação humana e a sua finalidade”⁸⁹;

(iv) um contacto (ou canal), composto por: (iv.1) um canal físico por meio do qual a mensagem será transmitida, que nada mais é do que a via pela qual a mensagem chegará ao seu destinatário ou o “componente que serve para interligar emissor e receptor da

⁸⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 165-166.

⁸⁵ FISKE, John. *Introdução ao estudo da comunicação*, 3ª ed. Tradução de Maria Gabriela Rocha Alves. Porto: Edições Asa, 1997, p. 14.

⁸⁶ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 59.

⁸⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 167.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 167.

⁸⁹ PENTEADO, José Roberto Whitaker. *A técnica da comunicação humana*, 11ª ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1991, p. 5.

mensagem”⁹⁰. Trata-se de “todo suporte material que veicula uma mensagem de um emissor a um receptor através do espaço e do tempo”⁹¹; e (iv.2) uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que é o que permite que ambos entrem e permaneçam em comunicação;

(v) um código ou repertório que seja comum ao emissor e ao receptor (o idioma, por exemplo). Trata-se do “conjunto de signos e regras de combinações próprias a um sistema de sinais, conhecido e utilizado por um grupo de indivíduos ou, em outras palavras, é o quadro das regras de formação (morfologia) e de transformação (sintaxe) de signos”⁹²;

(vi) um contexto, que é o “meio envolvente e a realidade que circunscrevem o fenômeno observado”⁹³. “Consiste no conjunto de condições de uso da língua, envolvendo, simultaneamente, o comportamento do emissor e do receptor, bem como o quadro situacional em que se dá a transmissão da mensagem, interferindo na significação de um enunciado”⁹⁴.

Jakobson⁹⁵ assim descreve o processo comunicacional:

O remetente envia uma mensagem ao destinatário. Para ser eficaz, a mensagem requer um contexto a que se refere (ou “referente”, em outra nomenclatura algo ambígua), apreensível pelo destinatário, e que seja verbal ou suscetível de verbalização; um código total ou parcialmente comum ao remetente e ao destinatário (ou, em outras palavras, o codificador e ao decodificador da mensagem); e, finalmente, um contacto, um canal físico e uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que os capacite a ambos a entrarem e permanecerem em comunicação.

Os seis fatores “inalienavelmente envolvidos” na comunicação verbal são esquematizados por Jakobson da seguinte forma:

⁹⁰ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 60.

⁹¹ ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 44.

⁹² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 167.

⁹³ *Ibidem*, p. 167.

⁹⁴ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 60-61.

⁹⁵ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*, 21ª ed. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 123.

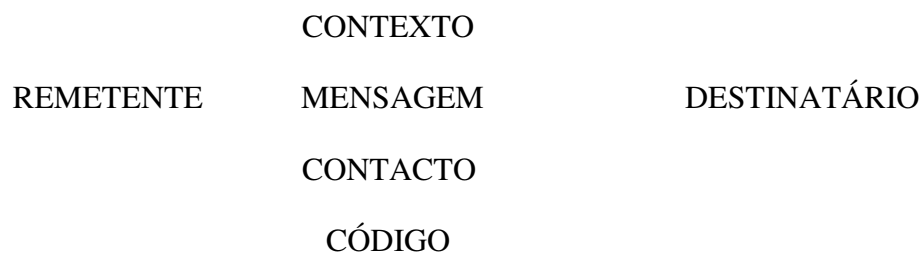


Figura 6. Elementos da comunicação para Roman Jakobson.

Vale, aqui, reforçar que o que Jakobson chama de ‘contacto’ é não apenas o canal físico ou via pela qual a mensagem é transmitida, mas, ainda, a conexão psicológica entre o remetente e o destinatário da mensagem “que os capacite a ambos a entrarem e permanecerem em comunicação”⁹⁶, ou seja, a disposição do emissor em emití-la e a do receptor em recebê-la e compreendê-la⁹⁷.

Ao considerarmos a conexão psicológica como um séPaulo de Barros Carvalho, diferentemente de Jakobson, considerou a conexão psicológica entre o emissor e o receptor como elemento distinto do Canal, e não parte desse. Para o autor, a conexão psicológica, por ele definida como a “concentração subjetiva do emissor e receptor na expedição e na recepção

⁹⁶ JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*, 21ª ed. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 123.

⁹⁷ Nesse sentido, é o registro de Nicola Abbagnano: “Hoje, de fato, por C. em sentido geral entende-se – sobretudo na esteira do lingüista e filólogo russo R. Jakobson – a passagem de sinais através de um canal que vai de um emissor a um receptor. De acordo com essa definição, em todo evento comunicativo podem ser identificados seis elementos: um emissor (quem emite a mensagem), um receptor (o destinatário), um código (o procedimento de construção da mensagem; por exemplo, uma língua), um canal (o meio de transmissão; por exemplo, a voz, a escrita), um contexto (o conjunto de conhecimentos que um emissor e receptor têm em comum) e um contato (entre emissor e receptor). O sinal pode consistir num gesto, num símbolo, numa palavra, num algarismo, num impulso elétrico, etc.; donde a vasta gama de significados que pode ter a C. Enquanto as relações entre máquinas a recepção da mensagem não suscita nenhum problema, visto que emissor e receptor têm sempre o mesmo código, na C. entre seres humanos o código do emissor pode ser diferente do receptor [...]”. (Dicionário de Filosofia. Tradução da 1ª versão brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti - 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 188).

da mensagem”⁹⁸, passou a constituir um sétimo elemento ou função do ato de comunicação, ao lado das outras seis identificadas por Jakobson.

Ao considerarmos a conexão psicológica como o um sétimo elemento do ato de comunicação, esse pode ser representado da seguinte forma:

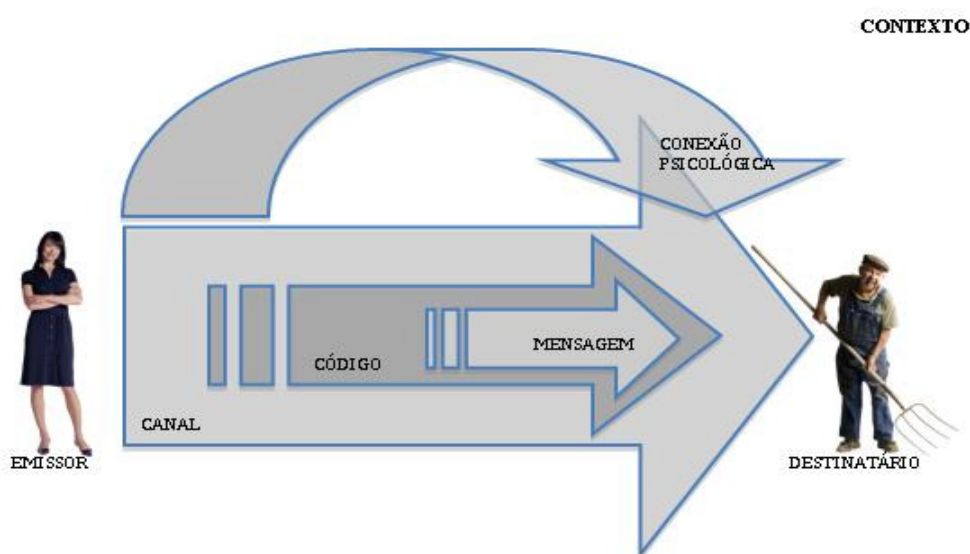


Figura 7. Representação dos elementos da comunicação normativa.

Dentre todos os elementos da comunicação, é o código que define a linguagem que utilizamos e estabelece a sua estrutura. Tanto a linguagem natural (um idioma) quanto a gestual, a onomatopéica, dentre outras, são parte de algum processo de comunicação humana.

Em cada processo de comunicação aparece uma mensagem composta por uma série de signos, que possuem uma significação. A significação é, assim, a relação entre o signo e o fenômeno cuja representação o signo traz à nossa mente.

Todo ato humano é ou pode ser veículo transmissor de uma significação, mas o que caracteriza a linguagem é a sua intencionalidade, a escolha deliberada dos signos que a

⁹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 167.

compõem (símbolos). Assim, a linguagem tem por objeto a comunicação através do significado.

Portanto, é possível concluir que significação é a relação dos signos com os fenômenos que sugerem; significado é a relação dos símbolos com aquilo que simbolizam. E se a significação pode ser natural ou artificial, o significado é sempre artificial, intencional e mais ou menos convencional.

Para que a comunicação ocorra, é imprescindível que todos os seus elementos estejam presentes. “Faltando qualquer desses elementos, não se completa o processo de Comunicação”⁹⁹. Tanto é assim que Jakobson, ao explicar os fatores constitutivos de todo ato comunicacional, afirma que todos eles deverão estar *inalienavelmente* envolvidos na comunicação¹⁰⁰.

Identificados os elementos envolvidos na comunicação de modo geral, passa-se à análise de cada um deles.

2.3.1 *Texto normativo como mensagem*

O Direito Positivo é um conjunto estruturado de signos voltado à região ôntica das condutas intersubjetivas. Tem por finalidade organizar a vida em sociedade, dirigir a ação humana.

Norma, do ponto de vista da Teoria Comunicacional, é “uma proposição lingüística, pertencente a um sistema de proposições que expressa um ordenamento jurídico, dirigida (por

⁹⁹ PENTEADO, José Roberto Whitaker. *A técnica da comunicação humana*, 11ª ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1991, p. 5.

¹⁰⁰ JAKOBSON, Roman. *Lingüística e comunicação*, 21ª ed. Tradução de Izidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 123.

seu sentido) direta ou indiretamente a orientar a ação humana”¹⁰¹. Assim, “o sentido intrínseco de toda norma jurídica (...) só pode ser o de dirigir, orientar, regular a ação humana, *direta ou indiretamente*”¹⁰².

Conforme já acima explicitado, mensagem é o conteúdo da comunicação, aquilo que se quer transmitir ao receptor ou destinatário. “Constitui um grupo finito de elementos, retirados de um repertório e dispostos em forma seqüencial, conforme padrões de organização sintática previamente estabelecidos pelo próprio código (ortografia, sintaxe, lógica, gramática)”¹⁰³.

Não se produz uma mensagem, porém, com “uma soma dos fonemas que constituem as palavras, mas pela conjugação de conteúdos que convencionalmente se atribui aos signos lingüísticos, variáveis conforme o contexto em que se inserem e a valoração dos intérpretes”¹⁰⁴.

Assim, para que se possa transpor a idéia de mensagem para o fenômeno jurídico, necessário vislumbrar, desde já, a diferenciação feita por Riccardo Guastini, em sua clássica obra “Das Fontes às Normas”¹⁰⁵, entre “texto normativo” ou “disposição” e “norma”, posteriormente adotada por muitos autores:

Entendo por ‘interpretação (jurídica)’ a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo. Chamo ‘texto normativo’ qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa e, por isso, identificável *prima facie* como fonte do direito dentro de um sistema jurídico dado. (...) (1) chamo ‘disposição’ qualquer enunciado que faça parte de um documento normativo, ou seja, qualquer enunciado do discurso das fontes; (2) chamo ‘norma’ todo enunciado que constitua o sentido ou significado atribuído (por qualquer um) a uma disposição (ou a um fragmento de disposição, ou a uma combinação de disposições, ou a uma combinação de fragmentos de disposições). Em outros termos, pode-se também dizer assim: a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado.

¹⁰¹ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Bauru: Manole, 2005, p. 11.

¹⁰² *Ibidem*, p. 29.

¹⁰³ ARAÚJO, Clarive Von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 45.

¹⁰⁴ TOMÉ, Fabiana del Padre. *A prova no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 60.

¹⁰⁵ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-26.

Inspirado na doutrina de Guastini, Paulo de Barros Carvalho¹⁰⁶ ensina que os *enunciados prescritivos*, usados na função pragmática de prescrever condutas são diferentes das *normas jurídicas*, significações construídas a partir dos textos do Direito Positivo “estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas”¹⁰⁷.

Lourival Vilanova¹⁰⁸ denomina essa “composição” da norma jurídica por meio da interpretação dos textos legislativos de “reescritura formalizada”, dizendo que

Resulta de uma abstração lógica que põe entre parênteses, por irrelevantes para a abstração lógica, a linguagem do direito positivo, que varia com os idiomas e as peculiaridades culturais que se refletem na linguagem, os conteúdos de significação das normas, e suas referências semânticas (a fatos naturais e a condutas humanas). E mais, os contextos históricos e sociológicos (econômicos, políticos, ideológicos) dentro dos quais um sistema jurídico surge e se desenvolve.

Assim, são os enunciados prescritivos ou textos brutos, na denominação de Robles, que constituirão a mensagem jurídica para fins do presente estudo. A norma jurídica somente surgirá com o perfazimento ou com a compleição do ato comunicacional, após o destinatário da mensagem tê-la compreendido e interpretado de modo a poder optar pelo cumprimento/descumprimento de seu comando. O presente estudo, portanto, não chegará a discutir a norma. Seu recorte metodológico o centre apenas do momento da comunicação

¹⁰⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 129.

¹⁰⁷ Também adotaram a diferenciação estabelecida por Guastini – razão pela qual seus textos podem auxiliar na compreensão de tal distinção – André Ramos Tavares e Clarice Von Oertzen de Araújo, respectivamente: “Admite-se que o processo interpretativo não é apenas cognitivo, mas fundamentalmente volitivo, criativo (VIOLA, ZACCARIA, 2001:119). Passa-se a falar, conscientemente, em produção de norma (GUASTINI, 2005:28), em *atribuição* (cf. BASTOS, 2002:37) e não *descoberta* de um significado (preexistente) do enunciado lingüístico. O teor literal do enunciado normativo constante da fonte formal é considerado apenas a “ponta do iceberg” (MÜLLER, 2000:53). Nessa linha, serão adotados os conceitos de Guastini, evitando-se perigos decorrentes de uma terminologia não explicitada” (TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006, p. 60.); “Norma e texto legislativo são coisas diferentes. Para adquirir o estatuto de norma, o texto legislado deve ser reorganizado, numa operação de interpretação, a qual irá evidenciar ou demonstrar que as normas têm a natureza estrutural de um sintagma ou de uma combinação, na medida em que se apresentam sob uma forma sintática constante e invariável” (ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 34).

¹⁰⁸ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 85 e 93.

propriamente dita, congelado ou paralisado ficticiamente para permitir a análise de seus elementos de maneira isolada.

A efetividade ou não de tal comunicação, suas conseqüências, o agir do cidadão a partir de tal comunicação e a produção de linguagem competente ou não como resultado dessa, caracterizando novo enunciado do Direito Positivo e levando o intérprete novamente para o subsistema S1 da espiral hermenêutica: nada disso foi ou será objeto de análise no presente estudo.

2.3.2 Os sujeitos da comunicação normativa: legislador constituinte como emissor e cidadão comum como receptor

A comunicação pressupõe, sempre, a presença de um emissor e de um receptor. Os emissores podem ser vários, assim como os receptores também podem ser numerosos, mas esses elementos não poderão estar ausentes num ato comunicacional, sob pena desse não se completar.

Não há, assim, comunicação individual. A “troca de informações” de um sujeito com ele mesmo pode até ser admitida no âmbito da psicologia, enquanto método de auto-conhecimento (Freud), introspecção, consciência. Não será, no entanto, considerada comunicação¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Conforme nos ensina José Roberto Whitaker Pentead, “Auren Uris admite a “autocomunicação” e considera a Psicanálise de Freud como esforço terapêutico no sentido de fazer com que a criatura humana estabeleça comunicação com ela própria. A teoria de Uris ressuscita a velha introspecção grega, sob denominação mais atual. Trata-se da auto-análise, parte do processo da Comunicação humana, que não se confunde com o todo” (Cf. *A técnica da comunicação humana*, 11ª ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1991, p. 5). Fabiana Del Padre Tomé entende ser possível a emissão de mensagens de um indivíduo para ele mesmo (“não obstante um sujeito possa emitir mensagens a si próprio – falando consigo mesmo ou escrevendo para si em um diário ou

Nesse sentido, José Roberto Whitaker Penteado afirma que, “no processo da Comunicação humana intervêm, necessariamente, dois elementos: 1) o transmissor. 2) o receptor. Ninguém se comunica consigo mesmo”¹¹⁰.

O autor bem ilustra essa afirmação com o exemplo do faroleiro, que apenas se comunica se e quando o fecho de luz (transmissor) atinge o navio que passa (receptor). Enquanto o fecho de luz não for percebido a bordo de algum navio, não existirá comunicação.

Esse fecho de luz, estendendo-se pelo oceano, é o que certos autores denominam “comunicação unilateral”. Não se considerará, aqui, tal hipótese como comunicação humana. Se um indivíduo fala e ninguém ouve, o processo da Comunicação não se completou: há apenas *expressão*, um primeiro passo no processo. Falta à expressão o essencial, a *transmissão*, cuja definição pressupõe sempre dois elementos: o transmissor e o receptor.

A comunicação humana exige a participação de, no mínimo, duas pessoas. Tércio Sampaio Ferraz Junior¹¹¹, em sua obra “Direito, Retórica e Comunicação”, assim escreve, adotando o ponto de vista da teoria da comunicação:

A comunicação social ocorre entre dois comunicadores, que são ao mesmo tempo emissores e receptores. A esta relação, nos parece, se refere Miguel Reale, ao reconhecer na “bilateralidade” uma qualidade de toda ação humana social. (...) Em princípio, sendo o discurso jurídico uma ação social, ele é, nestes termos, uma relação “bilateral” entre outras.

Analisar a comunicação normativa com base na Teoria do Direito de Gregorio Robles (por ele dividida em Teoria da Decisão Jurídica – pragmática, Teoria da Dogmática Jurídica – semântica e Teoria da Estrutura Formal do Direito – sintática), significa empreender uma

lembrete”), mas propõe que “o processo de comunicação em sentido próprio requer que a mensagem tenha um destino distinto do emissor” (Cf. *A prova no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p 59).

¹¹⁰ PENTEADO, José Roberto Whitaker. *A técnica da comunicação humana*, 11ª ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1991, p. 4-5.

¹¹¹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: Subsídios para uma Pragmática do Discurso Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 63.

análise pragmática e, portanto, uma análise localizada no âmbito da Teoria das Decisões Jurídicas.

Na Teoria das Decisões Jurídicas, conforme acima já explicitado, Gregorio Robles identifica dois tipos de decisões: (i) decisões extra-sistêmicas (poder constituinte que cria a ordem jurídica); e (ii) decisões intra-sistêmicas ou decisão propriamente jurídica (produzidas já no interior da ordem jurídica estabelecida pela decisão extra-sistêmica). Identifica, paralelamente a tais decisões, linguagens coadjuvantes que não expressam diretamente a decisão, mas acontecem em torno dessas e auxiliam na sua produção.

Robles¹¹² subdivide a Teoria da Decisão Jurídica (que tem por objeto o estudo de todos os processos de decisão e suas respectivas linguagens) em três subteorias distintas, quais sejam:

(i) Teoria da Legislação, que tem por objeto a decisão legislativa (tanto extra quanto intra-sistêmica, isto é, Constituição e lei ordinária, além de fenômenos normativos similares);

(ii) Teoria da Decisão Judicial;

(iii) Teoria da Retórica Jurídica, que tem por objeto a análise da linguagem de convicção, tanto no nível extra-sistêmico (partidos políticos, etc), quanto intra-sistêmico (advogado, fiscal, etc).

As decisões jurídicas emanam, assim, de várias espécies de emissores, podendo estes ser identificados em três grupos principais: o legislador constituinte (decisão extra-sistêmica) e o legislador ordinário (decisão intra-sistêmica) no âmbito da Teoria da Legislação; o juiz, na Teoria da Decisão; e o advogado, na Teoria da Argumentação.

E são exatamente esses sujeitos que se comportarão, no âmbito do ato comunicacional normativo, como os emissores das decisões jurídicas consubstanciadas em mensagens.

¹¹² ROBLES, Gregorio. *Introducción a la Teoría del Derecho*, 6ª edición. Barcelona, Debate, 2003, p. 214-215.

Por outro lado, enquanto receptores das normas jurídicas, teremos os destinatários destas, grupo que será formado, por vezes, por integrantes de um grupo social específico ou, outras vezes, por todo e qualquer membro da sociedade juridicamente organizada.

2.3.3 *Sociedade juridicamente organizada como contexto*

Toda comunicação ocorre no âmbito de uma circunstância específica, que condiciona não apenas a seleção das palavras pelo emissor, como também a recepção e a interpretação da mensagem pelo receptor.

A mesma mensagem, transmitida pelo mesmo emissor e recebida pelo mesmo receptor em momentos ou em lugares distintos caracterizam atos comunicacionais igualmente distintos, embora quase todos os seus elementos sejam idênticos. Isso ocorre porque o sentido atribuído à mensagem pelo receptor em cada um desses contextos poderá ser diverso.

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior, não é possível que uma situação comunicativa se manifeste no vácuo, havendo um conjunto de articulações complexas que a circundam e, pois, um limite passível de ser identificado. Referido limite possui um aspecto externo, dotado de uma complexidade maior (mundo circundante), e um aspecto interno, que é redutor de tal complexidade (estrutura do discurso). “O conjunto das ações sociais constitui o seu “mundo circundante” e, pois, o limite externo da sua situação comunicativa”¹¹³.

O que o autor denomina ‘limites internos e externos’ da situação comunicativa pode ser comparado ao contexto da situação comunicacional.

¹¹³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 62-63.

Para Nicola Abbagnano¹¹⁴, contexto é

Conjunto dos elementos que condicionam, de um modo qualquer, o significado de um enunciado. O C. é definido por Ogden e Richards do seguinte modo: “C. é o conjunto de entidades (coisas ou eventos) correlacionadas de certo modo; cada uma dessas entidades tem tal caráter que outros conjuntos de entidades podem ter os mesmos caracteres e estar ligados pela mesma relação; recorrem quase uniformemente (*The Meaning of the Meaning*, 10ª ed., 1952, p. 58). Essa definição parece obscura, mas fica mais clara graças à explicação que se segue: Um C. literário é um grupo de palavras, incidentes, idéias etc. que em dada ocasião acompanha ou circunda aquilo que dizemos ter um C., enquanto C. *determinante* é um grupo dessa espécie que não só ocorre repetidamente, mas é tal que pelo menos um de seus membros é determinado, quando os outros são dados” (*ibid.*, p. 58, n. 1). Em outros autores, é chamado de C. o conjunto de pressupostos que possibilitam apreender o sentido de um enunciado. Diz S. K. Langer: “O nome de uma pessoa, como todos sabem, traz à mente certo número de acontecimentos de que ela tomou parte. Em outros termos, uma palavra mnemônica estabelece um C. no qual ela se nos apresenta; e nós a usamos ingenuamente, esperando que seja compreendida com seu C.” (*Philosophy in a New Key*, Penguin Books, cap. V, p. 110). Em todo caso, é o conjunto lingüístico de que o enunciado faz parte e que condiciona seu significado (de modos e em graus que podem ser muito diferentes).

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, trata-se do “meio envolvente e a realidade que circunscrevem o fenômeno observado”. Pode-se afirmar que consiste no conjunto de condições de uso da língua e envolve, ao mesmo tempo, o comportamento do emissor e do receptor, além da situação em que se dá a transmissão da mensagem, com interferência na significação de um enunciado¹¹⁵.

Todo ato de comunicação se produz em uma determinada situação, denominada por Robles de “situação comunicacional” e composta por quatro sub-situações, a saber: (i) a situação do emissor; (ii) a situação do receptor; (iii) a circunstância em que a mensagem é emitida e recebida; e (iv) a circunstância em que a mensagem há de ser aplicada, caso isso ocorra¹¹⁶.

¹¹⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª versão brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti - 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 233.

¹¹⁵ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 60-61.

¹¹⁶ Nas palavras do autor: “Todo acto de comunicación se produce en una determinada situación, a la cual la llamaremos situación comunicacional. Ésta se decompone a su vez en cuatro situaciones o, mejor dicho, sub-situaciones: la situación del emisor, la del receptor, la circunstancia en que es emitido y recibido el mensaje y la circunstancia en que ha de ser aplicado (en los supuestos en que haya que aplicarlo)” (ROBLES, Gregorio).

A situação comunicacional imaginada por Robles é exatamente o que Jakobson denomina contexto, pois caracteriza a circunstância na qual a comunicação ocorre. De modo geral, todo processo comunicacional implica, necessariamente, uma atividade de interpretação pelo receptor, que precisa apropriar-se da mensagem, incorporá-la ao seu próprio acervo de experiências significativas.

Essa atividade interpretativa pressupõe diversas condições, dentre as quais pode-se identificar as seguintes: acertar, na interpretação, a situação na qual o emissor emite sua mensagem, a situação na qual o receptor a recebe, a situação na qual a mensagem será colocada em prática. É aqui, então, que aparece o elemento situacional¹¹⁷.

A importância do contexto ou situação comunicacional – para usar a denominação de Robles – reside no seu poder de influenciar a interpretação do Direito Positivo. A situação comunicacional é um fator pragmático decisivo para a construção hermenêutica do ato comunicacional, pois é no âmbito da realidade empírica que todo o processo comunicacional se insere e adquire seu sentido. O mesmo ato comunicacional tomado fora da situação vital na qual ocorreu provavelmente adquiriria sentido muito diferente daquele que teria dentro de sua situação vital¹¹⁸.

Com base nas lições acima, é possível afirmar que, no que diz respeito à comunicação normativa, esta tem por contexto externo ou amplo a sociedade juridicamente organizada e toda a cultura vigente no momento e no espaço no qual a comunicação normativa ocorre.

É possível, ainda, identificar-se os contextos restritos da comunicação normativa, aqueles relacionados com a situação em que o emissor emite a mensagem jurídica, com que o receptor a recebe, com que esta é efetivada na prática ou aplicada.

Comunicación, lenguaje y derecho: algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009, p. 53).

¹¹⁷ ROBLES, Gregorio. *Comunicación, lenguaje y derecho: algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho.* Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009, p. 52-53.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 53.

As discussões que antecedem a aprovação de uma lei em uma casa legislativa e de todas as possíveis influências trazidas ao debate pelos membros de tal casa são ilustrativas da influência do contexto na comunicação.

A formação eclética dos membros da Câmara dos Deputados, por exemplo, traz uma enorme gama de possíveis influências, uma vez que seus membros são originários das mais diversas regiões do Brasil, cada uma delas dotada de fortes características sócio-culturais.

Como conseqüência, o comparecimento ou não de tais membros e a manifestação de opiniões por parte desses nos debates legislativos refletem sua cultura e formação, como também influem no resultado, na redação e composição dos enunciados normativos dela resultantes.

“Para a realidade jurídica, a comunicação estará sempre envolvida em um contexto social e cultural; as interações humanas constituem o contexto que interessa ao Direito como sistema de regulamentação de condutas”¹¹⁹.

Assim, de modo geral, é possível afirmar-se que o contexto da comunicação normativa é a sociedade juridicamente organizada, na qual estão inseridos os emissores da decisão jurídica e seus destinatários.

2.3.4 *Língua portuguesa e linguagem técnica do Direito como código*

O código pode ser entendido como a língua na qual a mensagem é formulada, mas a ela não se limita. Muito ao contrário, envolve uma série de convenções não-verbais, que

¹¹⁹ ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 57.

podem ser ilustradas com os seguintes exemplos: postura, vestimentas, gestos, contato físico, semáforos, etc.

Na definição de John Fiske¹²⁰,

Os códigos são, de facto, sistemas em que os signos se organizam. Esses sistemas regem-se por regras que são aceites por todos os membros de uma comunidade que usa esse código. Tal significa que o estudo dos códigos realçam frequentemente a dimensão *social* da comunicação (grifos do original).

Para Paulo de Barros Carvalho, código ou repertório é “o conjunto de signos e regras de combinações próprias a um sistema de sinais, conhecido e utilizado por um grupo de indivíduos ou, em outras palavras, é o quadro das regras de formação (morfologia) e de transformação (sintaxe) dos signos”¹²¹.

O conceito de código ou repertório adquire relevância uma vez que a mensagem normativa somente adquire sentido à medida que esse lhe é atribuído pelo receptor, tal sentido sofrerá os influxos das experiências culturais e individuais do receptor de tal mensagem, além das influências do contexto¹²².

Ao tratar dos elementos ou fatores fundamentais da comunicação, Roman Jakobson¹²³ assim escreveu acerca da importância do código:

Mas o problema essencial para a análise do discurso é o do código comum ao emissor e ao receptor e subjacente à troca de mensagens. Qualquer comunicação seria impossível na ausência de um certo repertório de ‘possibilidades preconcebidas’ ou de representações ‘pré-fabricadas’. (...) Desde há muito esses dois aspectos complementares são familiares às teorias lingüísticas e lógicas da linguagem, tanto aqui quanto alhures; é a mesma dicotomia que encontramos sob

¹²⁰ FISKE, John. *Introdução ao estudo da comunicação*, 3ª ed. Tradução de Maria Gabriela Rocha Alves. Porto: Edições Asa, 1997, p. 91.

¹²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 167.

¹²² Nas palavras de Clarice Von Oertzen de Araújo: “O conceito de repertório é importante para os fenômenos jurídicos porque a existência de um repertório de experiências, seja ele social ou individual, atua no sentido de influir nos hábitos de conduta, estando incluídos entre tais hábitos a obediência ou desobediência às prescrições normativas” (Cf. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 48).

¹²³ JAKOBSON, Roman. Apud: ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 47.

denominações diversas tais como *langue-parole* (língua-fala), Sistema Lingüístico Enunciado, *Legisigns-Sinsigns*, *Type-Token* (tipo-caso particular), *Sign-design*, *Sign-event* etc. (modelo semiótico-processo semiótico mas devo confessar que os conceitos de código e mensagem são muito mais claros, muito menos ambíguos, muito mais operacionais do que tudo o que nos oferece a teoria tradicional da linguagem para exprimir essa dicotomia.

Ao analisar o Direito sob o ponto de vista da Semiótica, Clarice Von Oertzen de Araújo¹²⁴ afirma que “a língua ou vernáculo funciona, no modelo comunicativo que estamos examinando, como o código comum a ambos os comunicadores, ainda que ambos não possuam a mesma desenvoltura na articulação da linguagem”. Mais à frente, a autora nos traz a definição de repertório de Lucrécia D’Alessio Ferrara:

Lucrécia D’Alessio Ferrara define o repertório como “a memória em que indivíduos, famílias, grupo, povos ou civilizações guardam as interpretações ou juízos perceptivos: uma extensão diádica de experiência ou de sentimentos da experiência. Entre a experiência de hoje e o juízo perceptivo da experiência de ontem, registra-se uma tensão entre ações no tempo, uma tensão entre o presente e o passado. [Ainda] De certa forma, um repertório é a inteligibilidade da ação através do hábito, mas não é propriamente uma norma ou lei inferida de modo dedutivo, lógico e controlado. (...) Os hábitos de um repertório cultural e informacional contêm, à maneira dos juízos perceptivos, certa generalidade dedutiva, certa terceiridade, embora degenerada¹²⁵”.

Conforme lição de Jakobson, o processo de comunicação normal funciona com um codificador e um decodificador. O decodificador recebe a mensagem e, conhecendo o código, embora a mensagem seja nova para ele, consegue interpretá-la. Assim, “é a partir do código que o receptor compreende a mensagem”¹²⁶.

Para a comunicação normativa estabelecida pelo sistema jurídico brasileiro, o código adotado é a língua portuguesa. E sem ela, o Direito não estará apto a se comunicar com os seus destinatários, sejam eles juristas ou não juristas, na ordem jurídica ora analisada.

¹²⁴ ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 47.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 48.

¹²⁶ JAKOBSON, Roman. *Lingüística e comunicação*, 21ª ed. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 23.

Ilustrativo da impossibilidade de existência de comunicação normativa fora do código adotado é o exemplo trazido por Fabiana del Padre Tomé¹²⁷:

Além daquele contato entre remetente e destinatário, é preciso que ambos compartilhem um código comum. Se alguém transmite mensagem na língua japonesa para um sujeito que desconhece esse idioma, a comunicação não se opera. Por isso, o sistema jurídico brasileiro adota a língua portuguesa como código, mais especificamente sua modalidade escrita, ou, excepcionalmente, suscetível de ser escrita.

Não obstante isso, verifica-se que dominar a língua portuguesa não é suficiente para que se alcance a inteligibilidade dos enunciados normativos. O Direito (em sentido amplo, referindo-se tanto ao Direito Positivo quanto à Ciência do Direito) se caracteriza por uma linguagem bastante peculiar e técnica, cuja compreensão exige mais do que simplesmente dominar o código da língua portuguesa.

O código da mensagem normativa, por isso, é um código especializado, uma sub-classe da classe “língua portuguesa”, na qual predominam os termos técnicos.

Robles¹²⁸ admite que a língua que empregam referidos textos é a natural (ou vulgar), e por isso pode-se afirmar que a linguagem jurídica compõe parte da linguagem natural. Diante da leitura de qualquer texto de direito encontrará o leitor um bom número de tecnicismos, termos cujo significado lhe escapa caso não tenha, anteriormente, procurado informar-se e, ainda assim, muitas vezes não lhe restará alternativa senão procurar auxílio de um especialista, o jurista que, após longos anos de estudo, passou a dominar a matéria (ou, pelo menos, assim se supõe).

¹²⁷ TOMÉ, Fabiana del Padre. *A prova no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 60.

¹²⁸ O texto original do autor que consubstancia tais idéias é o seguinte: “La lengua que emplean dichos textos es la ordinaria, y por eso puede afirmarse que el lenguaje jurídico forma parte del lenguaje ordinario. Sin embargo, ante la lectura de cualquier texto de derecho enseguida encontrará el lector un buen número de tecnicismos, de términos cuyo significado se le escapa si previamente no ha tenido la precaución de informarse, y aún así muchas veces no le quedará otro remedio que acudir al especialista, o sea, al jurista que, tras largos años de estudio, ha llegado a dominar una materia (o al menos, eso se supone). Además, no sólo son las palabras jurídicas las que sorprenden al lector de un texto de derecho; también se extrañará el modo de razonar que esos textos comportan. Encontrará, en definitiva, que el mundo jurídico está dominado por el *leguaje de los juristas*” (grifos do autor) (ROBLES, Gregorio. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas: Ensayo de Teoría Comunicacional del Derecho*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2007, p. 50-51).

Além disso, não apenas os termos jurídicos surpreendem o leitor de um texto de direito, mas também se estranhará o modo de raciocínio de tais textos, verificando-se que o mundo jurídico está dominado pela linguagem dos juristas.

Alguns lingüistas se preocuparam em classificar e distinguir os diversos tipos de códigos. Um exemplo disso é a classificação trabalhada por Basil Bernstein, que dividiu os códigos em (i) códigos elaborados e (ii) códigos restritos. Analisando tal classificação, John Fiske¹²⁹ relata que o autor que a concebeu constatou a existência de diferenças fundamentais entre a fala das crianças da classe trabalhadora e da classe média, tendo afirmado que o primeiro grupo de crianças tendia a utilizar um código restrito, enquanto o segundo tendia a usar um código elaborado.

A classificação de Bernstein é bastante controversa e recebeu muitas críticas em razão de ter o autor ligado o tipo de código utilizado com a classe social do utente de tal código, assim como ao sistema educativo em que tal utente está inserido.

Posteriormente, no entanto, Bernstein concluiu que a classe social não é o fator determinante do código usado. Este é definido pelo tipo de relações sociais existentes entre os utentes. Em uma comunidade fechada e tradicional, há uma tendência de uso de códigos restritos, a exemplo da classe trabalhadora. Outros exemplos citados pelo autor como exemplos de comunidades fechadas são algumas instituições da classe média, como a profissão de advogado e um colégio de rapazes, sempre que cada uma dessas comunidades usar seu próprio tipo de código restrito¹³⁰.

Em um primeiro momento, entendeu-se que a classificação referida por John Fiske poderia fornecer elementos para uma verificação da possível restrição à inteligibilidade de tais

¹²⁹ FISKE, John. *Introdução ao estudo da comunicação*, 3ª ed. Tradução de Maria Gabriela Rocha Alves. Porto: Edições Asa, 1997, p. 99.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 99.

mensagens por seus destinatários gerada pela tecnicidade do código utilizado nas mensagens normativas.

Entretanto, ao analisar as características atribuídas por Fiske a cada uma dessas categorias de linguagem, foi possível concluir que, apesar dele ter atribuído à “profissão de advogado” (Juristas em sentido amplo, para Robles) o uso de um código restrito, tal código não caracteriza a linguagem do Direito Positivo.

Não é o caso de se fazer uma análise exaustiva nesse sentido. Breves comentários sobre algumas dessas características já servirão para demonstrar a razão pela qual se descartou essa teoria como instrumento teórico para a verificação da tecnicidade do código normativo e, portanto, de classificação desse código.

Uma das características apontadas por Fiske para o código restrito é a de que o código restrito tende a ser oral e, por isso, se aproxima mais dos códigos indiciais, característicos das comunicações não-verbais¹³¹. O código do Direito, ao contrário, é predominantemente escrito, embora possa se manifestar verbalmente em menor escala; sua natureza é icônica¹³², e não-indicial, razões pelas quais não se encaixa na classe do código restrito.

Além disso, o código restrito exprime o concreto, o específico, o aqui e agora, enquanto os elaborados exprimem abstrações, generalidades. Mais uma vez fica difícil identificar o código restrito com o código das mensagens normativas, já que este último refere-se tanto ao concreto (a exemplo da sentença judicial), quanto ao abstrato (a exemplo dos enunciados constitucionais).

A conclusão é de que a classificação apontada realmente não reflete o código normativo, devendo ser descartada para os fins do estudo ora empreendido.

¹³¹ Em contraposição ao código elaborado, que pode ser escrito ou falado e, portanto, serve melhor às mensagens simbólicas, representativas.

¹³² Paulo de Barros Carvalho diferencia evento (ocorrência do mundo empírico) e fato (relato do evento), assim como o faz Tércio Sampaio Ferraz Junior. Esta diferenciação está em Charles Sanders Peirce, que distingue a “experiência bruta” dos “fatos semióticos”.

Outra diferenciação trazida por John Fiske¹³³, ao contrário, pode ser bastante útil à análise do código usado na comunicação normativa. Trata-se da distinção entre códigos de grande difusão e códigos de pequena difusão:

Os códigos de grande e pequena difusão definem-se pela natureza do auditório. Um código de grande difusão é aquele que é partilhado por membros de um grande público: tem de ter em conta um certo grau de heterogeneidade. Um código de pequena difusão, por seu lado, destina-se a um auditório específico, muitas vezes definido pelos códigos que usa.

O código predominante no Direito, não há dúvidas, se localiza dentre os códigos de pequena difusão. Trata-se de linguagem técnica, especializada, que inclusive lhe confere a característica de ciência autônoma.

Os códigos de pequena difusão se destinam a um público limitado e bem definido, geralmente um público que decidiu aprender, por alguma razão, tais códigos. Distinguem-se dos códigos restritos, apesar de ambos só poderem ser compreendidos por um público reduzido, pois não se apóiam numa experiência comunitária compartilhada, mas numa experiência educativa ou intelectual comum. São individualistas, orientados para o indivíduo e não-comunitários. Em seu âmbito, o comunicador é visto como aquele que sabe mais, vê e sente de maneira diferente do seu público¹³⁴.

Diante disso, é possível classificar o Direito como um código de pequena difusão, na qual o comunicador sabe mais, ou vê e sente mais do que o seu público, especificamente no que tange à linguagem técnica utilizada pelos legisladores, juízes, juristas, enfim, todos os emissores de “decisão jurídica”, no conceito de Robles.

Exatamente nesse sentido é a afirmação de Robles de que os textos do direito são dirigidos aos juristas e, portanto, elaborados em uma linguagem de juristas, para juristas.

¹³³ FISKE, John. *Introdução ao estudo da comunicação*, 3ª ed. Tradução de Maria Gabriela Rocha Alves. Porto: Edições Asa, 1997, p. 103.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 107.

Tal afirmação gera uma distorção, pois remete à conclusão de que os direitos são – e assim devem mesmo ser – somente acessíveis a uma classe especial e especializada de conhecedores de um código também especializado, que deverá sempre intermediar a comunicação normativa entre legisladores (em sentido amplo) e os destinatários finais da norma.

Não se poderia deixar de comentar, aqui, o disposto no artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Se todo cidadão é destinatário da Constituição Federal e não pode invocar o seu desconhecimento para deixar de cumpri-la, precisa, minimamente, tomar conhecimento do seu conteúdo para que possa decidir cumpri-la ou descumpri-la, exercer ou não os direitos ali garantidos.

É exatamente esse o problema que inspira Pierre Legendre a afirmar, em tom extremamente crítico, que “o Direito se encontra em um campo afastado, mantido a uma boa distância, (...) mais ou menos ignorado fora dos limites de seu muro, dentro do qual se entretêm os juristas, mestres de uma língua política reservada e da qual ninguém mais possui a chave”¹³⁵.

O código da mensagem normativa, exatamente por ser muito próprio e técnico, pode se tornar um instrumento de restrição e isolamento, o que é contrário ao princípio democrático que rege toda a ordem jurídica ora analisada.

¹³⁵ Tradução livre a partir do seguinte texto original: “Le droit se trouve dans un champ éloigné, tenu à bonne distance, (...) plus ou moins ignoré hors de l’enclos où s’entretinennent les juristes, maîtres d’une langue politique réservée et dont personne, par hypothèse, n’a la clé (...)”. LEGENDRE, Pierre. *Le Jouis du Pouvoir: Traité de la Bureaucratie Patriote*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1992, p. 154.

2.3.5 *Contacto ou canal do texto normativo*

O sexto e último elemento ou função identificado por Jakobson consiste no contacto ou canal. Esse elemento, para Jakobson, é composto por: (iv.1) um canal físico através do qual a mensagem será transmitida; e (iv.2) uma conexão psicológica entre o remetente e o destinatário, que é o que permite que ambos entrem e permaneçam em comunicação.

Tratando-se de uma mensagem normativa, o canal físico pelo qual esta transita é a linguagem escrita, o texto impresso. Não bastasse isso, os textos do Direito Positivo devem, como regra, ser publicados em jornais oficiais das três esferas de poder, denominados Diários Oficiais, para que adquiram validade e, através da publicidade, existência para o universo jurídico¹³⁶.

A partir daí, é possível identificar, no Direito Positivo tal como visto nesse estudo, uma infinidade de canais aptos a transmitir os textos normativos. Alguns exemplos que podem ser citados: o formulário do fiscal, as proclamas de casamento, o diário oficial de cada esfera de governo, além de muitos outros.

Verifica-se, assim, que a publicação no Diário Oficial é apenas um dos canais ou contactos possíveis da comunicação normativa, por vezes eleito como o mais apropriado pela própria ordem jurídica vigente para a transmissão de alguns tipos de enunciados normativos.

Quanto à conexão psicológica, vale ressaltar que, para Paulo de Barros Carvalho, essa seria um elemento ou função independente do canal ou contacto. Pode ser identificada com a ligação necessária entre o remetente e o destinatário para que ambos entrem e permaneçam em comunicação.

¹³⁶ No sentido de pertinencialidade ao sistema.

É, por exemplo, a busca, no diário oficial (para ficarmos próximos ao meio físico pelo qual a mensagem normativa se comunica), pelo industrial, de nova regra que possa vir a lhe impor obrigação até então inexistente na prática de suas atividades industriais.

Outro exemplo que poderia ilustrar a conexão psicológica do destinatário: Se um consumidor, ao ser atendido em um estabelecimento comercial, sentir-se lesado e decidir procurar no Código de Defesa do Consumidor uma regra que o respalde, estará, ao ler os dispositivos de tal diploma legal, em conexão psicológica com o legislador de tais textos, o que permitirá que esse elemento ou função da comunicação se cumpra.

Assim, além do emissor, receptor, mensagem, contexto e código, também o canal ou contacto é elemento imprescindível à consecução da comunicação normativa.

Verificou-se, ainda, que o contacto, no âmbito da comunicação normativa, pode ser composto: (i) pela publicação do texto normativo em vários canais, tais como as proclamas de casamento, o formulário do fiscal, a publicação no Diário Oficial, dentre outros; e (ii) pela disposição do legislador em transmitir a mensagem normativa e, de outro, a disposição do seu destinatário em recebê-la e compreendê-la, atribuindo-lhe sentido.

3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO

Uma vez analisados um a um dos elementos da comunicação geral, necessário se faz analisar, primeiramente, as peculiaridades da Constituição enquanto diploma que cria uma nova ordem jurídica, estabelecendo diretrizes para a criação e funcionamento desse ordenamento, princípios que deverão reger toda a convivência da sociedade entre si e com o Estado que a representa.

Feita essa análise, passar-se-á à aplicação da Teoria Comunicacional do Direito à Constituição Federal de 1988.

Parte dessa aplicação consiste na análise da Constituição Federal como mensagem normativa. Exatamente em razão das peculiaridades desse diploma normativo é que se decidiu retomar a análise já acima empreendida dos elementos que formam e caracterizam a situação comunicacional normativa, dessa vez tendo por enfoque a Carta Magna.

Nesse trecho serão analisados apenas aqueles elementos ou funções que particularizam a comunicação constitucional, dentre os quais:

- (i) o legislador constituinte enquanto emissor;
- (ii) todo e qualquer cidadão, enquanto destinatária do texto constitucional;
- (iii) o texto enquanto mensagem ou “decisão constitucional” (Robles); e, por fim,
- (iv) o código e a imprescindibilidade de que esse seja comum ao emissor e ao destinatário, sob a ótica da linguagem técnica em contraposição à linguagem natural ou vulgar.

3.1 Peculiaridades da Constituição Federal

A Constituição é o diploma que funda, inicia e estabelece a ordem jurídica, criando os direitos e deveres mais fundamentais de todos os sujeitos integrantes dessa ordem, organizando o funcionamento do Estado e determinando as bases de sua estrutura política.

Para Celso Bastos¹³⁷, “se perguntarmos qual o objeto fundamental com que se defronta uma Constituição encontraremos uma só resposta: a regulação jurídica do poder”.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹³⁸, constituição é o “pacto social propriamente dito”¹³⁹ ou “pacto fundamental” do Estado, fonte de suas instituições e responsável por resguardar a liberdade e os direitos do homem.

A Constituição é norma jurídica. Tal afirmativa, embora pareça óbvia no contexto atual, nem sempre o foi. Com exceção da experiência norte-americana, onde a constituição já surge como norma jurídica vinculante, inclusive, do legislador, a concepção prevalecente no “mundo constitucionalizado” até meados do Século XX era a de que as constituições eram proclamações políticas importantes, mas não autênticas normas jurídicas, o que as impedia de ser aplicadas de forma direta pelos juízes e de gerar direitos subjetivos para os cidadãos¹⁴⁰.

Normas jurídicas, nessa época, eram apenas as leis, que imperavam absolutas na regulação da vida social, regida basicamente pelos códigos civis que, por sua vez, eram fundamentados na proteção da propriedade e da autonomia da vontade - valores herdados da Revolução Francesa.

¹³⁷ BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 17.

¹³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 17.

¹³⁹ Refere-se o autor, aqui, à teoria do Contrato Social, de Jean-Jacques Rousseau (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: RT, 2002).

¹⁴⁰ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *Revista de Direito do Estado* - nº 2, Ano 1 (abril / junho 2006). p. 86. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Esses valores foram inicialmente refletidos pelo Código Civil francês de 1804¹⁴¹, marco importante da história do Direito que influenciou grande parte dos ordenamentos jurídicos do mundo¹⁴². Durante muito tempo, foi o Código Civil que serviu de parâmetro de interpretação para as demais normas, ocupando o lugar da Constituição no centro dos ordenamentos jurídicos.

Historicamente, a mudança se concretizou com o final da 2ª guerra mundial, quando surge na Europa o denominado “constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália”¹⁴³.

As principais referências do que se pode chamar de re-constitucionalização foram: a Constituição Alemã de 1949, também chamada de Lei Fundamental de Bonn; a instalação do Tribunal Constitucional Alemão em 1951; e, posteriormente, a Constituição italiana de 1947 e a instalação da Corte Constitucional desse país, em 1956. No Brasil, o marco da mudança de paradigma do Código Civil para a Constituição veio com a Constituição Federal de 1988.

Filosoficamente, a contraposição entre o jusnaturalismo e o positivismo fez surgir uma concepção intermediária, denominada por alguns autores de “pós-positivismo”¹⁴⁴, termo que de acordo com Luís Roberto Barroso¹⁴⁵ é resultante da

[...] confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.

¹⁴¹ Marco inicial do positivismo, com papel histórico importantíssimo.

¹⁴² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O Novo Regime das Relações Contratuais. 4ª ed. p. 46. São Paulo: RT, 2002.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Neconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 15, nº 58. IBDC. São Paulo: RT, 2007, p. 131.

¹⁴⁴ Alguns autores que podem ser pesquisados sobre o tema: Robert Alexy, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977 e John Rawls, *A Theory of Justice*, 1980.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 132-133.

Diante disso, Barroso defende que o Direito Constitucional passa por uma nova fase, o “neoconstitucionalismo”¹⁴⁶, que nada mais é do que o reconhecimento da centralidade da norma constitucional dentro do ordenamento jurídico e da irradiação de seus preceitos e princípios por todo o ordenamento de tal modo que as demais normas devem ser elaboradas e analisadas do ponto de vista da sua consonância ou não com as normas constitucionais¹⁴⁷.

A mudança de paradigma assim caracterizada, coloca a Constituição no centro dos ordenamentos jurídicos, como diploma de maior importância para os cidadãos, diploma este que passa a ter o papel de consubstanciar os seus direitos e deveres mais básicos, sua expressão de cidadania¹⁴⁸ e de democracia, o que, por si só, já justificaria de forma suficiente o interesse pelo presente estudo.

Estudar a linguagem da constituição tomando a inteligibilidade desta pelo povo¹⁴⁹ como pressuposto do exercício dos direitos e deveres nela consubstanciados é, de certa forma,

¹⁴⁶ Toshio Mukai nos traz uma outra visão: “De alguns tempos para cá, diversos autores, aqui e alhures, têm observado o surgimento de um modelo de Constituição muito diferente da Constituição que teve influência largamente no mundo todo, ou seja, da Constituição de Weimar, que foi a responsável pela implantação, em diversos países, do Estado Social de Direito. Segundo se verifica em alguns estudos respeitáveis sobre o Direito Constitucional, esse Estado teria voltado a ser, segundo alguns, novamente, um Estado Liberal de Direito, na onda de um neoliberalismo que corre nos trilhos da denominada globalização. Porém, no âmbito dos especialistas em Direito Constitucional, tem se falado num Neoconstitucionalismo, que não tem correspondência total com o neoliberalismo”. (MUKAI, Toshio. Neoconstitucionalismo e Direito Administrativo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins R. (Coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 835-861).

¹⁴⁷ Luís Roberto Barroso nos traz o seguinte conceito de Neoconstitucionalismo: “Em suma: o Neoconstitucionalismo ou novo Direito Constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinaladas, (i) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que integram a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional – Desse conjunto de fenômenos resultou um processo profundo de constitucionalização do direito.” (Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 15, nº 58. IBDC. São Paulo: RT, 2007, p. 140-141).

¹⁴⁸ Para ilustrar a definição de cidadania: “(...) a quintessência da liberdade, o ápice das possibilidades do agir individual, o aspecto eminentemente político da liberdade.” (Cf. GARCIA, Maria. *Desobediência civil*. Direito Fundamental. São Paulo: RT, 1994).

¹⁴⁹ Para aprofundamento do tema, cf.: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 2ª ed. Max Limonad, 2000.

estudar e perquirir acerca da própria efetividade da cidadania e do Estado Democrático de Direito¹⁵⁰.

Estabelecidas essas idéias básicas acerca da Constituição, pode-se, então, passar à análise desta enquanto mensagem normativa do ponto de vista da teoria comunicacional.

3.2 Teoria comunicacional aplicada à Constituição Federal: Há comunicação direta entre o destinatário do texto constitucional e o legislador constituinte?

Como ponto de partida para essa análise, escolheu-se a preciosa lição de Paulo de Barros Carvalho¹⁵¹ abaixo transcrita que, ao tratar da incidência de uma norma e o surgimento de uma relação jurídica a partir desta, leva em conta o processo comunicativo estabelecido nesse momento:

Imaginemos o que se passa com o destinatário (S'') de uma comunicação jurídico-normativa. Ao compreender o teor do que lhe foi comunicado, forma-se em sua mente a representação mental da mensagem, vale dizer: se ocorrer o fato F, deve-ser a conduta C, obrigatória, de S'' em face de S'. (...) Composta a representação mental na cabeça do destinatário da regra jurídica, há que existir uma tomada de posição de sua parte, manifestada num ato de vontade, que pode apontar tanto para o cumprimento como para o descumprimento do que lhe foi juridicamente imputado. Esse ato volitivo quebra o percurso do deontico, de tal sorte que nos encontraremos, a partir dele, diante do ser da conduta. (...) O trajeto é cuidadosamente observado

¹⁵⁰ Para Canotilho e Vital Moreira: “Este conceito – que é seguramente um dos “conceitos-chave” da CRP – é bastante complexo, e as suas duas componentes – ou seja, a componente do Estado de Direito e a componente do Estado Democrático – não podem ser separadas uma da outra. O Estado de Direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é Estado de direito e só sendo-o é que é democrático. Esta ligação material das duas componentes não impede a consideração específica de cada uma delas, mas o sentido de uma não pode ficar condicionado e ser qualificado em função do sentido da outra. (...) Na sua vertente de Estado de direito, o princípio do Estado de direito democrático, mais do que constitutivo de preceitos jurídicos, é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional, que densificam a idéia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança”. CANOTILHO, J.J. Gomes. MOREIRA, Vital. *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, Artigos 1º a 107. 1ª ed. p. 204/205. São Paulo: RT, 2007.

¹⁵¹ CARVALHO, Paulo de Barros. A Visão Semiótica do Direito. In: *Revista da APG – Associação de Pós-Graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo* - Especial de Direito, p. 8 a 9. Março de 1997.

pelo legislador, no momento da edição normativa, interessado que está em obter a eficácia social do comando produzido, e que sua arte consistirá em mobilizar os sentimentos e emoções do receptor, ajustando à sua ideologia os valores que a norma necessariamente carrega como objeto cultural que é, tudo para motivar sua vontade e direcioná-la à satisfação do que foi estipulado. (...) Para que se dê a mencionada representação mental, é necessário que o destinatário compreenda a comunicação que lhe foi passada (...). (...) O esforço de compreensão da norma pressupõe intenso labor semântico e pragmático, na medida em que, ao captar efetivamente a mensagem legislada, terá o receptor de conhecer os objetos a que se referem os signos empregados pelo legislador, bem como o modo como ele os utilizou ao saturar com conteúdos significativos as variáveis do esquema sintático da regra. Eis a concepção semiótica pronta para descrever a incidência da norma e o surgimento da correspondente relação jurídica.

Vale ressaltar, no entanto, que a comunicação normativa na presente pesquisa é tomada não no sentido de incidência preconizado pelo autor, mas afirmando a existência de uma comunicação normativa antes mesmo da incidência do texto normativo, especificamente o texto constitucional.

O recorte que se fez para esse estudo, conforme acima já explicitado, tem por enfoque o momento em que o destinatário da norma trava contato com o texto normativo a fim de nele pautar sua conduta. Nosso enfoque, portanto, é momento anterior à incidência normativa no sentido que lhe é atribuído por Paulo de Barros Carvalho.

Partindo do trecho acima transcrito, no entanto, é possível verificar-se a imprescindibilidade da compreensão do texto normativo pelo seu destinatário para que este, de forma consciente, possa interpretá-lo e tomar a decisão de cumprir ou descumprir seu comando.

O Direito Positivo se manifesta através de uma linguagem técnica, “assim entendida toda aquela que se assenta no discurso natural, aproveitando, em quantidade considerável, palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao patrimônio das comunicações científicas”¹⁵².

¹⁵² CARVALHO, Paulo de Barros. *Interpretação e Linguagem. Concessão e Delegação de Serviço Público*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 10, p. 81, Apud ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. p. 20. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

É incontestável que o Direito Positivo possui uma linguagem própria, linguagem que, inclusive, lhe permite ser reconhecido como uma ciência autônoma.

Ao trazer para o âmbito do presente estudo as idéias de Robles, passa-se a entender a Constituição Federal como uma “mensagem normativa” dirigida ao povo e que deve ser compreendida para que seja possível fazer uma opção entre agir de acordo ou em atendimento às prescrições nela contidas ou não. Isso porque não se pode negar a prescritividade do texto constitucional, o que significa que este está dotado de uma “função pragmática determinada que o converte num conjunto de mensagens cujo sentido intrínseco é dirigir, orientar ou regular as ações humanas”¹⁵³.

A linguagem da Constituição – e por que não a do Direito como um todo – deve ser inteligível a toda a sociedade e, por isso, alguns autores defendem que não tal linguagem não poderia ser técnica: “Em certo sentido, pode-se afirmar que a constituição não tolera o vocabulário técnico”¹⁵⁴.

Uma vez que contém comandos normativos tão essenciais, que deverão ser compreendidos e cumpridos por toda uma sociedade, de fato não deveria utilizar-se de código tão restrito. Isso porque um código demasiadamente técnico ou uma linguagem hermética distancia -- e pode até mesmo isolar -- a Constituição Federal do seu destinatário final.

O que se nota é que, ao invés de aproximar-se da linguagem natural, para que todos possam compreendê-la, o código da Constituição é, muitas vezes, hermético, inteligível apenas a um grupo restrito e privilegiado de intérpretes que lhe podem atribuir sentido, uma vez que os conceitos e a linguagem técnica lhe são familiares.

¹⁵³ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Bauru: Manole, 2005, p. 29.

¹⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 112.

Nesse sentido, a importância de uma linguagem própria do Direito mostra, em contrapartida, desvantagens que caracterizam, sob certo aspecto, ameaças à cidadania e ao Estado Democrático de Direito.

Em um Estado Democrático de Direito, não se pode negar ao povo a inteligibilidade de seus direitos e deveres, sob pena de negar-lhes a efetividade destes direitos e a própria Democracia.

Por isso, a linguagem do direito deve se aproximar o máximo possível da linguagem natural, para que a lei seja inteligível ao máximo possível de destinatários.

Conforme bem explicitou Celso Bastos¹⁵⁵,

O que se pretende realçar é a mais íntima e natural vinculação povo-constituição, veiculada por um vocabulário que é muito mais a encarnação de valores e hábitos comunitários do que mesmo a expressão de refinadas técnicas de comunicação normativa. Valores e hábitos, aliás, que serão tanto mais preservados quanto revelados sob a roupagem filológica com que o povo costuma paramentá-los.

Conforme já afirmado anteriormente, não existe norma jurídica senão a norma jurídica interpretada. Pois bem: de acordo com essa afirmativa, tem-se que a função da interpretação seria a de dar vida à norma, atribuir-lhe sentido.

Afirma Eric Landowski¹⁵⁶:

Como os juristas sabem, a significação de um texto de lei, de um regulamento ou de uma circular, de um acórdão ou mesmo dos termos de um contrato, está longe de ser sempre clara, imediata e unívoca.

Daí o recurso, de parte de tantos magistrados como dos advogados e dos autores da doutrina, às técnicas de interpretação do direito, umas tradicionais, de inspiração exegética, outras mais modernas, procedentes, em geral, de um intento científico mais acentuado.

¹⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 113.

¹⁵⁶ LANDOWSKI, Eric. *A sociedade refletida*. São Paulo: Educ/Pontes, 1992, p. 59.

Por outro lado, uma vez que o sentido do texto normativo lhe é atribuído pelo intérprete, este poderá variar conforme a formação, contexto cultural, etc, de cada intérprete, gerando “zonas do sistema mais ou menos claras ou mais ou menos difusas, e até mesmo algumas sobre as quais não se pode obter um mínimo consenso”, tornando-se, muitas vezes, causa de insegurança jurídica.

Para que a insegurança jurídica seja combatida ou, ao menos, reduzida, deve-se ter em mente que o limite da interpretação da norma é sempre o texto legal: “A letra da lei é o ponto de partida de sua interpretação e, mais adiante, consistirá no limite da mesma”¹⁵⁷.

A interpretação e a compreensão da realidade (referimo-nos especialmente à realidade social) não constituem apenas um dever individual, mas também coletivo. Existe uma interpretação individual da realidade e uma interpretação coletiva ou social da mesma¹⁵⁸.

Sendo a Constituição o estatuto instituidor das normas de maior importância para um Estado democraticamente constituído, pois disciplina o Poder, seu exercício e os direitos fundamentais do povo, é exatamente no âmbito desta que a interpretação jurídica adquire função da maior relevância.

Aliás, acredita-se que

O direito só pode ter implantação social quando seus destinatários – que são todos os membros de determinada sociedade – podem entender seus conteúdos verbalizados. O direito existe como fenômeno social real na medida em que os membros da sociedade acatam suas normas, o que evidentemente requer sua prévia produção verbalizada (alguém tem que emitir a mensagem: a autoridade) e a prévia compreensão desta (os membros da sociedade devem estar dispostos a entender)¹⁵⁹.

¹⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 110.

¹⁵⁸ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto*: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Bauru: Manole, 2005, p. 51.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 78.

Coloca-se, assim, a questão central do presente estudo: verificar se a mensagem constitucional pode ser compreendida pelo povo, seu destinatário, para que este possa optar por cumprir os comandos constitucionais ou não.

Para tanto, é necessário analisar cada um dos elementos ou fatores que caracterizam a comunicação da Constituição Federal de 1988 enquanto processo lingüístico, o que será feito nos capítulos seguintes.

3.2.1 *Legislador constituinte como emissor do texto constitucional*

Como o objeto do presente estudo é a Constituição Federal, sua investigação se centra na Teoria da Decisão Jurídica (e, portanto, não na Teoria da Dogmática, tampouco na Teoria da Estrutura Formal do Direito) e, especificamente dentro dessa, na Teoria da Legislação.

O emissor que diretamente interessa à investigação empreendida é o legislador constituinte, reunido em assembléia (Assembléia Constituinte) para debater e aprovar, mediante desempenho de função ou poder especialmente outorgado para a elaboração do novo texto Constitucional, denominado Poder Constituinte. E por ocupar posição de supremacia na ordem jurídica, a criação da Constituição se dá através de caminhos próprios.

Apesar de não ser essa a posição que se adotou nesse trabalho, uma vez que o enfoque, aqui, é particularíssimo, é importante mencionar que atualmente a idéia de um poder constituinte “dominado” ou localizado em específicas coordenadas de tempo e espaço e cuja

manifestação se limitaria à Assembléia Constituinte, não mais reflete a realidade da maioria dos Estados constitucionais¹⁶⁰.

Nesses Estados, situações como as decisões da Justiça Constitucional (também denominadas mutações constitucionais informais) são clara manifestação de poder constituinte, o que justifica a afirmação de García de Enterría segundo a qual o Tribunal Constitucional é um poder constituinte permanente¹⁶¹.

No âmbito do presente trabalho, o recorte metodológico escolhido implica na escolha do texto constitucional propriamente dito como mensagem veiculada na situação comunicacional relevante, especificamente o texto da Constituição Federal de 1988. Conseqüentemente, o emissor da mensagem constitucional é, por decorrência lógica, tão-somente o legislador constituinte reunido em Assembléia Constituinte.

Uma vez que a situação comunicacional do Tribunal Constitucional, para os fins do enfoque ora adotado, não é objeto de estudo dessa pesquisa, o conceito de poder constituinte só pode ser aquele localizado no tempo e no espaço, que se exaure no momento em que há a aprovação e promulgação do texto da Constituição Federal.

Poder Constituinte é, desse modo, o poder ou função especialmente atribuída a um grupo de legisladores, em um dado momento político e histórico, para elaborar o texto constitucional. Não se trata de uma função outorgada de modo permanente, mas de função outorgada de maneira especial e extraordinária em decorrência de acontecimentos históricos e políticos caracterizados, conforme dito acima, pela necessidade de se impor uma ordem jurídica onde esta ainda não existe ou em razão da ordem jurídica até então vigente estar em crise e precisar ser substituída por uma nova ordem.

¹⁶⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 52-53.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 53. Para aprofundamento da discussão, cf. TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Uma nova Constituição e, portanto, uma nova ordem constitucional, nasce de momentos de profundas mudanças e crises sociais, econômicas ou políticas muito graves, ou diante do surgimento de um novo Estado assim organizado.

A convocação da Assembléia Constituinte pode ocorrer em dois momentos distintos da vida política de um Estado: (i) quando um Estado cria sua primeira constituição, instituindo sua primeira ordem jurídica; (ii) quando as normas constitucionais vigentes já não são suficientes para manter a ordem social. Essas duas situações fazem surgir o Poder Constituinte que, “do estado da virtualidade ou latência”, nas palavras de Celso Bastos¹⁶², darão início ao processo de elaboração de normas constitucionais.

Daí a lição de Seabra Fagundes de acordo com a qual o poder constituinte, manifestação mais alta da vontade coletiva, cria ou reconstrói o Estado, através da Constituição¹⁶³.

É importante notar a diferença que Manoel Gonçalves Ferreira Filho estabelece entre o titular do Poder Constituinte e seu agente¹⁶⁴. Para o autor, o agente é o homem ou conjunto de homens que, em nome do titular do Poder Constituinte, estabelece a Constituição do Estado, a exemplo da Assembléia Constituinte (ente coletivo). O titular do poder constituinte é o povo.

A Constituição elaborada por esse agente vale exatamente porque conta com a aceitação do titular de tal poder, aceitação esta que poderá ser:

(i) prévia, quando o agente for designado pelo titular para estabelecer a Constituição, a exemplo da eleição de uma Assembléia Constituinte. Nesse caso, a aceitação é considerada presumida;

(ii) *a posteriori*:

¹⁶² BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

¹⁶³ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 3.

¹⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24.

(ii.a) expressa, quando estiver sujeita à aprovação direta do povo, a exemplo do *referendum*;

(iii) tácita, quando for posta em prática e sua eficácia decorrer de sua aplicação reiterada.

Duas conseqüências importantes surgem da diferenciação entre agente e titular do poder constituinte.

A primeira é a de que, enquanto o poder conferido ao agente se exaure com a conclusão da elaboração do texto constitucional, a do titular permanece. E é exatamente da manutenção deste poder nas mãos do titular que, de tempos em tempos, uma nova convocação constituinte pode surgir.

Outra decorrência dessa diferença é que o resultado da atividade do agente está sempre sujeita a uma condição de eficácia, o que ocorre com a sua efetiva aplicação e cumprimento também pelo povo.

Adota-se, para fins deste trabalho, o termo legislador constituinte com o sentido de “agente do poder constituinte”, adotando-se a distinção proposta por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Para a análise da Constituição Federal de 1988 sob a ótica da teoria comunicacional, o reconhecimento do povo como titular do poder constituinte adquirirá especial relevância, conforme se verá adiante.

A idéia de que a Constituição resulta de um poder distinto daqueles por ela própria estabelecidos surge na época moderna, juntamente com a idéia de constituição escrita¹⁶⁵.

Para alguns autores, o poder constituinte possui natureza jurídica¹⁶⁶; outros autores reconhecem apenas a sua facticidade histórica, suscetível de ser estudada não pelos juristas,

¹⁶⁵ Seu marco é o panfleto “Qu’est-ce que le tiers état?”, de Siéyès, que pela primeira vez a afirma.

¹⁶⁶ A exemplo de TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

mas pelos cientistas políticos, sociólogos, dentre outros¹⁶⁷. Há, no entanto, uma contradição em não se reconhecer a este poder, do qual surgirá todo o novo ordenamento jurídico, caráter igualmente jurídico¹⁶⁸.

À medida em que se confere supremacia às normas constitucionais, colocando-se estas em posição de superioridade com relação às demais e outorgando-lhe a função de constituir o Estado e atribuir e limitar competências em seu âmbito, verifica-se que o reconhecimento de um poder capaz de estabelecer as regras constitucionais é uma decorrência lógica.

A legitimidade decorre, em primeira instância, da regularidade da convocação da Assembléia Constituinte e do contexto em que ela se dá. Traçando-se um paralelo com os atos infraconstitucionais, estes são verificáveis a partir de sua constitucionalidade ou não, enquanto os atos constitucionais são verificáveis do ponto de vista de sua legitimidade.

A legitimidade constitucional não se restringe à legitimidade do legislador-constituente, da convocação da Assembléia Constituinte. A identificação e correspondência entre os valores da constituição com os do povo que se submeterá à sua ordem é também condição de sua legitimidade.

Assim, não obstante a relevância da legitimidade formal de uma constituição, esta não é suficiente para que uma ordem constitucional seja instaurada e mantida. Tal ordem “possui uma dimensão mais profunda, a única que a torna intrinsecamente válida”¹⁶⁹, que é a identificação do povo submetido a tal ordem com os valores jurídicos nela consubstanciados. Nesse sentido, é possível, inclusive, defender-se uma efetividade jurídica que se impõe através dos valores¹⁷⁰.

¹⁶⁷ A exemplo de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Poder Constituinte. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 4, p. 69; SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México, 1959, p. 298.

¹⁶⁸ BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique*, t. 4, 2^{ème} edición. Paris: LGDJ, 1969, p. 185; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51 e p. 59.

¹⁶⁹ BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*, 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

¹⁷⁰ “Uma constituição será então legítima, ou seja, ‘algo mais que uma relação fática e instável de dominação’, valendo como ‘ordenação conforme ao direito’, quando ‘constitui’ o Estado em conformidade com as ideias

Retornando ao Poder Constituinte outorgado aos legisladores que redigirão a Constituição, três são as suas características essenciais: (i) é inicial, porque não há outro que se lhe sobreponha; (ii) é autônomo, pois uma vez convocado a elaborar uma nova constituição, caberá ao legislador constituinte decidir qual a idéia de direito vigente naquele território, naquele momento histórico, sendo que tal decisão moldará todo o ordenamento a ser construído a partir dessa Constituição; (iii) é incondicionado, uma vez que não se subordina a qualquer regra anterior que se lhe imponha forma ou conteúdo.

No caso da Constituição Federal de 1988, a assembléia que a elaborou foi composta por 487 (quatrocentos e oitenta e sete) deputados e 49 (quarenta e nove) senadores eleitos em novembro de 1986, estes eleitos com poderes constituintes especiais. Além destes, havia 23 (vinte e três) senadores eleitos em novembro de 1982, estes, portanto, sem poderes para elaborar a constituição.

Isso não quer dizer, como bem ressalta José Afonso da Silva, que a Constituição de 1988 não seja legítima¹⁷¹. Sua legitimidade decorre não apenas da constatação de que a grande maioria dos legisladores que participaram da sua elaboração detinham poderes constituintes (legitimidade formal), mas especialmente do consentimento e da participação popular que marcaram todo o processo (legitimidade material).

De fato, a eleição para o legislativo já estava marcada para ocorrer em 15.11.1986. O que se fez, talvez por ser essa a possibilidade politicamente viável à época, foi editar a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, através da qual se transformou todo o Congresso Nacional a ser eleito em um Congresso Constituinte¹⁷².

Por força dessa Emenda Constitucional, os membros da Câmara dos Deputados e do

geralmente difundidas numa comunidade” (Cf. PINTO, Luzia Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed. 1994, p. 20-21).

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 24.

¹⁷² As Constituições brasileiras de 1891 e 1946 foram redigidas, da mesma forma que a Constituição de 1988, por Congressos Constituintes, na mesma sistemática adotada com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 1985.

Senado Federal se reuniram unicameralmente no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional, presididos pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, cuja incumbência foi a de instalar e dirigir a sessão de eleição do Presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

O fato de a Assembléia Constituinte não ter sido convocada de forma exclusiva, sem vínculos com os Poderes Legislativos regularmente constituídos e que compõem o Congresso Nacional, pode ser apontado como outra impropriedade formal do processo constituinte que antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 1988. Isso, no entanto, não macula a legitimidade da Constituição, tampouco do seu processo de elaboração e promulgação¹⁷³.

Apesar do foco de Robles estar na emissão de decisão jurídica, e da classificação por ele empreendida das teorias e sub-teorias se dar em função de quem seja o emissor das decisões jurídicas, interessa à presente investigação, em especial, o receptor da decisão jurídica, sobre o qual trataremos no capítulo a seguir.

3.2.2 *O cidadão comum como destinatário do texto constitucional*

Conforme acima já afirmado, para que exista comunicação, é imprescindível a presença de dois indivíduos, no mínimo: o emissor da mensagem e o seu receptor. Sem a presença de um deles, não se efetiva a comunicação, havendo apenas a intenção de comunicar, mas não se chegando a transmitir qualquer mensagem.

E ninguém mais autorizado pela própria ordem constitucional para ser o destinatário da comunicação envolvendo o texto comunicacional do que o cidadão. Assim, “qualquer um é

¹⁷³ Neste sentido, cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 25.

participe na vida constitucional de seu Estado, e, nessa medida, pode transformar-se em curador da Constituição”¹⁷⁴.

E quando se afirma qualquer um, quer-se dizer que de fato cada cidadão deverá ser considerado como um eventual protetor da Constituição¹⁷⁵. Daí a necessidade de se reconhecer no cidadão um intérprete autorizado da Constituição, o que conseqüentemente confere relevância à preocupação da presente pesquisa com a inteligibilidade do código ou linguagem na qual a Constituição Federal é redigida.

Tendo em vista o papel inaugural e fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, é imprescindível reconhecer em todos aqueles que vivem nessa sociedade e, portanto, vivem a Constituição, seus legítimos intérpretes¹⁷⁶. Quem vive a norma acaba por interpretá-la¹⁷⁷.

A interpretação constitucional pelos juízes e juristas, ainda que extremamente relevante, não constitui a única interpretação. Ao contrário, os cidadãos constituem força produtiva de interpretação e atuam, pelo menos, como pré-intérpretes do texto normativo constitucional¹⁷⁸.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 afirma a república brasileira como Estado Democrático e como Estado Democrático de Direito, respectivamente, em seu Preâmbulo e em seu Artigo 1º, respectivamente:

¹⁷⁴ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 72.

¹⁷⁵ SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. 2ª ed. Tradução: Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998, p. 55. Apud TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 74.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Em prefácio à obra *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 9.

¹⁷⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 13.

¹⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 9.

Nós, **representantes do povo brasileiro**, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança [...].
A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos: [...].

Afirma, ainda, ser o povo o detentor do poder:

Art. 1º. Parágrafo Único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição

Aqui, também, encontra-se o princípio democrático, instrumento de realização dos valores e da vontade popular, além do princípio da soberania popular, ambos princípios basilares do Estado e da ordem constitucional brasileira.

A democracia expressa em nosso texto constitucional “não é um mero conceito político abstrato e estático, mas um *processo* de afirmação do povo”¹⁷⁹ e dos seus direitos fundamentais conquistados ao longo da história. Por isso diz-se da democracia que constitui um “processo de convivência”, o que denota sua historicidade. Além de ser uma relação de poder político, é um modo de vida que remonta a relações sociais de respeito, tolerância¹⁸⁰ e, conseqüentemente, composição de vontades.

Se a democracia é afirmação do povo e seus valores, não há que se falar em democracia sem um governo que atue em nome do povo, através do povo e, o que é mais importante, para e em benefício do povo¹⁸¹. O termo democracia deriva etimologicamente de “povo”, razão pela qual Estados democráticos denominam-se governos do povo e se justificam pela premissa de que, em última instância, o povo estaria governando¹⁸².

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 42.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 42.

¹⁸¹ Essa idéia de democracia tem fundamento na concepção de Abraham Lincoln segundo a qual democracia como regime político é *governo do povo, pelo povo e para o povo*.

¹⁸² MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 2ª ed. Max Limonad, 2000.

Pode-se afirmar, então, que o povo é a figura central da democracia. É legítimo, por isso, formular a seguinte pergunta: quem é o povo para a Constituição Federal de 1988?

Em resposta, pode-se afirmar que o povo expressamente referido na Constituição Federal brasileira é, ao mesmo tempo, cada um dos indivíduos que vivem sob o manto da ordem jurídica nacional, individualmente considerado, titular de direitos subjetivos; e estes mesmos indivíduos em sua dimensão coletiva, enquanto sujeitos sociais.

Assim, podemos afirmar que o sujeito da situação comunicacional cuja mensagem é a Constituição Federal é o povo enquanto indivíduo isoladamente considerado e, também, enquanto sujeito social, o grupo de sujeitos, a sociedade como um todo¹⁸³.

Reconhecer o povo como legítimo intérprete da Constituição constitui o primeiro passo para aproximar a Constituição da vida da sociedade e, por conseguinte, torná-la um real e efetivo instrumento de democracia.

Esse reconhecimento permite uma maior participação da sociedade na vida política e pública em geral, pois a partir daí integrar-se-ão o texto constitucional à vida, ao dia-a-dia da sociedade, fazendo com que esta se aproxime do seu verdadeiro sentido de expressão dos valores sociais.

3.2.3 *Texto constitucional como mensagem*

Não obstante o texto constitucional regular, sem dúvida, situações profundamente políticas, pode-se afirmar, com Raúl Canosa Usera, que se trata de diploma dotado de inquestionável caráter jurídico¹⁸⁴.

¹⁸³ ROBLES, Gregorio. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Bauru: Manole, 2005, p. 51.

Algumas características da Constituição justificam a preocupação com a inteligibilidade de seu texto pelo povo, pelo cidadão comum, colocando-a no centro da preocupação que moveu a presente pesquisa. A fim de identificar que características são essas, deve-se, primeiro, estabelecer o que se entende por Constituição. Adotou-se, aqui, o único conceito possível para que se possa ser coerente com a estrutura adotada pela Constituição Federal de 1988: o conceito formal de Constituição.

Segundo tal conceito, constituição é “o conjunto de normas legislativas que se distinguem das não-constitucionais em razão de serem produzidas por um processo legislativo mais dificultoso, vale dizer, um processo formativo mais árduo e solene”¹⁸⁵. Reúnem, em geral, “as normas que dão essência ou substância ao Estado”¹⁸⁶, quais sejam, aquelas que se referem: à estrutura do Estado; à forma de governo; às competências dos órgãos integrantes do Estado; mas, também, à posição do cidadão nesse Estado e aos seus direitos humanos, individuais e sociais.

Pode-se afirmar, com Celso Bastos, que a Constituição brasileira, por seu um diploma escrito, adota como conceito mais importante o conceito de constituição formal, segundo o qual tudo o que dela consta recebe o mesmo tratamento de supremacia sobre toda a ordem jurídica, sendo “leis hierarquicamente superiores e que dão validade e fundamento para todo o restante do ordenamento jurídico”¹⁸⁷. Por isso, irrelevante se torna a discussão sobre se todas as regras contidas na Constituição Brasileira são “substancialmente”¹⁸⁸ constitucionais ou não.

¹⁸⁴ USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y formula politica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 55.

¹⁸⁵ BATOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 43.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 45.

¹⁸⁸ Cf. conceito de constituição substancial em TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 87-88.

Daí a primeira peculiaridade da Constituição que justifica a preocupação com a inteligibilidade de seu texto pelo cidadão comum: o caráter fundante ou inicial que esse texto tem para a ordem jurídica de um Estado. Celso Bastos denomina tal característica de “inicialidade fundante das normas constitucionais”, reconhecendo em tais normas o fundamento de validade último de todas as demais normas do ordenamento jurídico¹⁸⁹.

Decorrente dessa primeira peculiaridade é a superioridade ou supremacia da Constituição sobre as demais normas constitucionais, que decorre do próprio conceito de Constituição ora adotado. Enquanto as regras infra-constitucionais buscam seu fundamento de validade em outras regras legais que lhes sejam hierarquicamente superiores ou na própria Constituição, esta última não precisa de fundamento legal algum¹⁹⁰. É essa supremacia que confere à Constituição “o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravier seu sentido”¹⁹¹.

Conforme já explicitado acima, tal idéia de Constituição como diploma supremo na ordem jurídica de um Estado, assim como o conceito de Estado Constitucional e os Tribunais Constitucionais, é conceito bastante recente na história do Direito, tendo surgido e se consolidado na Europa, em especial depois da 1ª Guerra Mundial (década de 1920).

A terceira peculiaridade do texto constitucional é natureza predominantemente principiológica e esquemática de seus comandos. Em razão dessa qualidade, as regras insculpidas no texto constitucional apresentam maior abertura semântica e maior grau de

¹⁸⁹ BASTOS, Celso. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 52-53.

¹⁹⁰ A “norma hipotética fundamental” à qual se refere Hans Kelsen e que seria o fundamento de validade da Constituição é norma de natureza lógica e, conseqüentemente, não positivada. Integra, assim, o Direito, mas não integra o Direito Positivo, conforme bem explica Celso Bastos em nota de rodapé de sua obra *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 51.

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.

abstração. Seus “vocábulos são, em sua maior parte, de significação imprecisa, o que reforça a idéia da presença abundante de princípios no texto constitucional”¹⁹².

Isso não quer dizer que o texto constitucional seja composto apenas por normas principiológicas, sendo imperioso reconhecer que parte dele é composta por regras de conduta, cuja composição dúplice prevê um fato, a ele atribuindo uma conseqüência jurídica¹⁹³.

A quarta peculiaridade do texto constitucional enquanto mensagem é a presença de normas programáticas, que preconizam valores a serem preservados pela ordem jurídica, assim como fins sociais a serem alcançados.

Diante disso, verifica-se que o texto Constitucional enquanto mensagem de uma situação constitucional já possui peculiaridades suficientes para dificultar sua imediata inteligibilidade. Parte dessas dificuldades está relacionada à presença de valores e princípios, além de dispositivos que apontam fins a serem alcançados pela ordem jurídica.

A abertura semântica que caracteriza os termos utilizados na redação de tais dispositivos caracteriza, sem sombra de dúvida, ruídos na comunicação que os tem por mensagem. Apesar disso, por necessidade de recorte metodológico, o enfoque dessa pesquisa é outra modalidade de ruído: aquele resultante da linguagem técnica no texto constitucional, que se passará a abordar no capítulo seguinte.

¹⁹² BASTOS, Celso. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 59.

¹⁹³ Neste mesmo sentido, a lição de Luís Roberto Barroso: “Existe, por certo, na Constituição certa quantidade de normas dessa natureza, prescrevendo comportamentos e gerando direitos e obrigações” (Cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 109).

3.2.4 Linguagem técnica e imprescindibilidade do código comum

A linguagem pode ser dividida em diferentes níveis, de acordo com o grau de precisão lingüística buscado pelo seu utente na situação comunicacional¹⁹⁴. Para a análise ora empreendida, basta a distinção entre a linguagem natural ou vulgar, aquela empregada no cotidiano das pessoas, e a linguagem técnica do Direito, que é marcada por maior precisão e rigor terminológico.

A preocupação que moveu a presente pesquisa desde a sua concepção foi uma preocupação diretamente ligada à restritividade ou não do código utilizado na formulação do texto da Constituição Federal de 1988.

Uma vez que se trata do diploma fundante da ordem jurídica vigente, no qual estão consubstanciados os direitos e deveres mais fundamentais da sociedade brasileira nesse momento histórico e jurídico, a efetiva comunicação de sua mensagem é problema da maior importância.

Defende-se, aqui, com apoio na lição de Luis Roberto Barroso, que “as normas constitucionais devem estruturar-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados”¹⁹⁵.

É fato que a maioria dos autores que fazem Ciência do Direito Constitucional no Brasil falam sobre a proximidade entre a linguagem constitucional e a linguagem natural, ao menos numa perspectiva ideal. Nesse sentido, afirma André Ramos Tavares que “é preciso

¹⁹⁴ VANOYE, Francis. Usos da linguagem: problemas e técnica na produção oral e escrita. São Paulo: Martins Fontes, 1987, Apud MOUSSALEM, Tárek. *Fontes do Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006, p. 7.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovarm 2009, p. 86.

constatar que há proximidade entre a linguagem comum e a linguagem constitucional, importando saber qual é exatamente essa proximidade”¹⁹⁶.

Na prática, o que se verifica é que há uma “sucessiva incorporação que cada Constituição realiza da linguagem jurídica de seu tempo. Esta incorporação, e correlato abandono, portanto, de termos vulgares, constitui um dos fenômenos mais visíveis da atual etapa constitucional”¹⁹⁷. “As constituições se enchem de palavras técnicas que constituem um dos suportes mais importantes sobre o qual se apóia uma regra jurídica”¹⁹⁸.

Celso Bastos defende que a Constituição não tolera o vocabulário técnico¹⁹⁹. Pode-se ponderar, por outro lado, que o uso da linguagem técnica favorece a interpretação do Direito, à medida em que evita equívocos em sua compreensão²⁰⁰.

Não há dúvidas de que a linguagem técnica é sempre mais precisa, o que não quer dizer que seu uso deva ser indiscriminadamente adotado. Acredita-se impossível o sucesso total da situação comunicação envolvendo o texto constitucional como mensagem e o destinatário da Constituição Federal como receptor sem que se adote a linguagem natural como código do texto constitucional.

A necessidade de um código que se limite ao uso de uma linguagem natural ou comum se deve às peculiaridades que caracterizam o texto constitucional, em especial o fato de se tratar de texto normativo que disciplina os direitos mais essenciais da sociedade brasileira e de seus indivíduos.

Para defender a imprescindibilidade da aproximação da linguagem do texto constitucional com o texto comum, pode-se apoiar na lição de Paulo Bonavides segundo a

¹⁹⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

¹⁹⁷ USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 93.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 93.

¹⁹⁹ BASTOS, Celso. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 113.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 115.

qual a norma jurídica não tem por destinatário um círculo restrito de “iniciados ou especialistas” mas, ao contrário, a coletividade ou a “massa de cidadãos, nem sempre capacitados a compreender terminologias demasiado técnicas”²⁰¹. Com fundamento em J. Story, o autor entende que a Constituição não “se presta a exercícios ou torneios de acuidade filosófica ou perquirição judicial” e deve ser adotada pelo povo, que por isso precisa ser capaz de ler e compreender seu texto com “as luzes de seu mediano entendimento”²⁰².

Há uma enorme distância entre a linguagem técnica adotada pelo constituinte e a linguagem natural dominada e conhecida pelo povo, que vivencia a Constituição Federal em seu cotidiano. E é exatamente a estes destinatários que a constituição se torna praticamente inacessível através da adoção da linguagem técnica. “A não ser excepcionalmente, e de forma devidamente fundamentada, não se deve atribuir aos termos interpretados significado distinto daquele que estes termos têm na linguagem comum”²⁰³.

Não se trata de defender um empobrecimento da linguagem do texto constitucional, tampouco uma interpretação literal ou gramatical. Trata-se, isto sim, de simplesmente admitir ou reconhecer que o processo de interpretação de um texto encontra na leitura e na compreensão da literalidade desse texto seu estágio primordial e imprescindível, sem o qual não se pode prosseguir.

Cabe, aqui, uma pequena digressão que auxiliará na identificação desse estágio inicial do contato e compreensão do texto da Constituição como imprescindível. Confira-se o percurso gerador de sentido das normas jurídicas, elaborado por Paulo de Barros Carvalho e já referido anteriormente nesse estudo. Com base nele, a construção de sentido da norma jurídica pressupõe quatro estágios ou operações distintas, caracterizadas pelos seguintes subsistemas: (i) S1 ou plano da literalidade textual, suporte físico das significações jurídicas;

²⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 273.

²⁰² *Ibidem*, p. 308-309.

²⁰³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 114.

(ii) S2 ou conjunto dos conteúdos de significação dos enunciados prescritivos; (iii) S3 ou conjunto articulado das significações normativas – o sistema de normas jurídicas *stricto sensu*; (iv) S4 ou organização das normas construídas no nível S3 – vínculos de coordenação e subordinação que se estabelecem entre as regras jurídicas²⁰⁴.

É importante fazer a seguinte ressalva: apesar de se reconhecer que a construção de sentido é um complexo de operações progressivas e subseqüentes, em razão do receptor, na situação comunicacional específica ora analisada, ser o cidadão comum, não se poderá reconhecer que o percurso gerador de sentido por ele percorrido envolverá os planos ou estágios de S3 e S4, mas tão-somente os planos S1 e S2. O plano S3 envolve a contextualização ou articulação dos sentidos obtidos no plano S2 com relação a todo o ordenamento jurídico. O plano S4, por sua vez, pressupõe elaboração ainda maior, pois nele se identificará um escalonamento das normas obtidas após percorridos os planos anteriores, identificando-se as relações de coordenação e subordinação existentes entre tais normas dentro do ordenamento jurídico.

Pode-se dizer, por isso, que ambos pressupõem a possibilidade de contato com a integralidade do ordenamento. Por isso, constituem planos ou estágios que não podem ser cumpridos ou percorridos pelos não-juristas.

O que se pode extrair de lição a partir da identificação dos estágios componentes do percurso gerador de sentido é que o ponto de partida de toda e qualquer construção de sentido normativo será, indiscutivelmente, o contato com a literalidade textual. Esse consiste no passo primeiro e imprescindível sem o qual não haverá construção de sentido.

É importante reforçar que não se trata, aqui, de restringir as operações de construção do sentido ao plano da literalidade. Muito ao contrário, reconhece-se que a construção de sentido é uma tarefa complexa que encontra na leitura e compreensão dos textos normativos o

²⁰⁴ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 66 a 89.

seu passo inicial, estágio pelo qual se deve necessariamente passar para que as demais operações possam ser realizadas. Especificamente no caso do cidadão comum, para que o estágio denominado S2 possa ocorrer, com a conseqüente e consciente tomada de decisão acerca do cumprimento ou descumprimento do comando constitucional.

O texto normativo constitucional, na perspectiva do percurso gerador de sentido, adquire importância porque constitui o “único e exclusivo dado objetivo para os integrantes da comunidade comunicacional”²⁰⁵, uma vez que os demais dados serão integrantes da subjetividade dos seus intérpretes.

Toda essa digressão foi feita com o exclusivo intuito de reforçar a imprescindibilidade do uso de uma linguagem natural no texto constitucional. Se o contato e a compreensão da literalidade textual da Constituição é pressuposto para que seu destinatário possa interpretá-la e aplicá-la à sua vida diária e às suas escolhas de comportamento, necessário que tal texto seja, em primeiro lugar, redigido em língua portuguesa, conforme já explicitado no item 2.3.4 deste trabalho.

Mas a redação do texto constitucional em língua portuguesa não basta para que se alcance a inteligibilidade de tal texto pelo seu destinatário. O código comum a emissor e receptor, nesse caso, envolve mais do que simplesmente o domínio da língua portuguesa: envolve, ainda, conforme já se ressaltou, o domínio da linguagem técnica do Direito.

O repertório do emissor do texto constitucional, ou seja, do legislador-constituente, é invariavelmente composto pela linguagem técnica do Direito.

Embora seja possível constatar-se, muitas vezes, uma série de impropriedades na técnica de redação dos textos normativos adotada pelos legisladores, graças, especialmente, à formação não-jurídica de tais legisladores, o processo de redação normativa é sempre pautado

²⁰⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 72.

por um esforço de precisão de linguagem. E nada caracteriza melhor tal esforço de precisão lingüística do que o emprego da linguagem técnica do Direito.

O resultado é um distanciamento entre o código adotado pelo legislador constituinte e o código dominado pelo destinatário do texto constitucional. E uma distância significativa separa a linguagem técnica adotada pelo constituinte e a linguagem natural dominada pelo povo que vivencia a Constituição Federal em seu cotidiano.

O discurso jurídico, nesse sentido, “é importante fator impeditivo/obstaculizante do Estado Democrático de Direito em nosso país – e, portanto, da realização da função social do Direito – traduzindo-se em uma espécie de censura significativa”²⁰⁶.

E referido descompasso entre os códigos do emissor e receptor em uma situação comunicacional caracteriza a presença de ruídos nessa comunicação, podendo resultar, dependendo do nível de tal ruído, na falha total de comunicação. Esse será o tema do próximo capítulo.

3.2.5 *Contacto ou Canal da Mensagem Constitucional – Diário Oficial da União*

Conforme já dito no capítulo anterior desse trabalho, há, no Direito Positivo, uma infinidade de canais aptos a transmitir os textos normativos, a exemplo das proclamas de casamento, do formulário do fiscal, entre outros.

No caso da Constituição Federal, entretanto, o contacto ou canal eleito pela própria ordem jurídica vigente como apropriado para a transmissão da mensagem constitucional é o

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 8ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009, p. 89.

Diário Oficial da União, que serve, inclusive, para outorgar aos enunciados constitucionais validade e, através da publicidade, existência para o universo jurídico²⁰⁷.

Assim, em complemento ao quanto já se disse acerca do canal ou contacto da mensagem normativa, verifica-se que no âmbito da comunicação constitucional, o que se verificará de diferente será que o contacto ou canal, ao invés de muitos, será apenas um: a publicação do texto normativo no Diário Oficial da União.

Na comunicação constitucional ora estudada, especificamente, deverá haver ainda uma conexão psicológica entre legislador-constituente e cidadão comum, caracterizada pela disposição do constituinte em transmitir a mensagem constitucional para este destinatário especificamente, e de outro lado, uma especial disposição do cidadão comum em recebê-la e compreendê-la, atribuindo-lhe sentido.

²⁰⁷ No sentido de pertinencialidade ao sistema.

4 O POTENCIAL DA LINGUAGEM TÉCNICA PARA GERAR RUÍDOS NA COMUNICAÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE ILUSTRATIVA

O Direito, de modo geral, existe para realizar-se. Certamente não é outro o desígnio do Direito Constitucional²⁰⁸.

Conhecer o Direito é condição prévia para seu cumprimento, para sua efetividade. “O texto, antes de ser interpretado, deve ser decifrado”²⁰⁹. A eficácia das leis e o fato de ser mais freqüente a obediência aos seus comandos do que a desobediência, “refere-se justamente à inteligibilidade dos signos jurídicos, inclusive pela compreensão das conseqüências decorrentes de seu descumprimento”²¹⁰.

É possível afirmar que a medida da compreensão dos signos jurídicos pelos cidadãos comuns, ou seja, de seu grau de inteligibilidade, é, também, a medida da possibilidade de realização dos direitos e deveres constitucionais e legais. Isto porque ninguém é capaz de obedecer aquilo que não compreende.

O próprio Robles, embora em contexto diverso do que ora tratamos, admite ser imprescindível a afirmativa segundo a qual conhecer o Direito é condição *sine qua non* para seu cumprimento. O destinatário de uma norma não pode cumpri-la sem antes estar informado dos deveres jurídicos que referida norma lhe impõe, podendo-se dizer o mesmo acerca dos direitos subjetivos que a norma lhe concede. Se o sujeito de direito não estiver

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84.

²⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 7ª ed., atualizada até a Emenda Constitucional 66, de 13.07.2010. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 16.

²¹⁰ ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. Fato e evento tributário – uma análise semiótica. In: SANTI, Eurico Marco Diniz de (coord.). *Curso de especialização em Direito Tributário – estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 341.

suficientemente informado sobre seus direitos, difícil se tornará seu exercício, senão impossível²¹¹.

Para o autor, o conhecimento do Direito é condição prévia para o seu cumprimento, sendo esta a razão mesma pela qual as normas são publicadas. Isso não significa, porém, que a função principal da norma seja a de informar, sendo prova disso o adágio jurídico, contido na maioria dos ordenamentos, segundo o qual *ignorantia iuris neminem excusat*²¹².

André Ramos Tavares, em sua obra *Teoria da Justiça Constitucional*, ao tratar da figura do ‘curador da Constituição’, afirma que “qualquer um é participe na vida constitucional de seu Estado, e, nessa medida, pode transformar-se em curador da Constituição”²¹³. Para que isso ocorra, necessário, primordialmente, que a situação comunicacional entre legislador constituinte e cidadão se complete. E para tanto, o nível de ruído causado pela linguagem técnica da Constituição deverá ser reduzido.

Uma das maneiras de fazer isso seria, conforme aponta Robles, elaborar um manual que explicasse e “simplificasse” a linguagem da Constituição para os seus destinatários, facilitando, então, a completude da situação comunicacional estabelecida diretamente entre o constituinte e o cidadão leigo, inicialmente frustrada.

Entretanto, tal manual representaria um novo ato comunicacional, mediador da comunicação da mensagem normativa ao cidadão comum. Nessa nova situação comunicacional, a linguagem técnica seria “explicada” por uma linguagem natural, o que eliminaria ou, ao menos, diminuiria, o nível dos ruídos causados pela linguagem técnica, ruídos esses que inicialmente frustraram a comunicação direta da constituição com os seus destinatários.

²¹¹ ROBLES, Gregorio. *Comunicación, lenguaje y derecho: algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009, p. 47.

²¹² *Ibidem*, p. 47.

²¹³ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 71-74.

Outra mediação possível entre a mensagem constitucional e seus destinatários, identificada por Gregorio Robles, é aquela feita pelos Juristas. Em trecho de uma de suas obras²¹⁴, inclusive já mencionado nesse estudo, Robles não apenas admite que a linguagem do Direito é uma “linguagem de juristas”, como afirma que a mediação dessa linguagem deve ser feita por juristas, que estudam anos a fio para dominá-la.

Pode-se, ainda, citar a iniciativa louvável da Ministra Fátima Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça, ao inserir em seu site um link denominado “Entenda a Decisão”, no qual sua assessoria publica, diariamente, uma explicação em linguagem natural de cada uma das decisões assinadas pela Ministra. Para a magistrada, “o uso de expressões técnicas em determinadas circunstâncias, é imprescindível” e, por isso, mecanismos eficazes devem ser criados, com o intuito de explicar ao cidadão o que tal expressão quer dizer²¹⁵. Ela afirma que “o exercício incansável do juiz deve ser o de tornar compreensíveis suas decisões”²¹⁶ e propõe que os Tribunais criem também links “explicativo” de todas as suas decisões e súmulas, a fim de tornar acessível ao cidadão comum o conteúdo de tais decisões.

Não obstante, não se pode admitir tais soluções quando se trata da relação entre os cidadãos comuns e a Constituição Federal de 1988, pois isso significaria admitir que tal comunicação deva ser sempre mediada, inexistindo comunicação direta nesse caso.

Uma coisa é admitir que para as questões mais complexas – e há muitas – surgidas de suas relações jurídicas, ou diante de um conflito jurídico formalizado perante o Poder Judiciário ou um órgão administrativo, um cidadão solicite o auxílio de um jurista para “mediar” a comunicação normativa.

Outra completamente diversa é afirmar e admitir que um cidadão deva, em toda e qualquer circunstância, ter uma relação mediada com a mensagem constitucional, que lhe

²¹⁴ Incluir ref. Bibliográfica Robles.

²¹⁵ ANDRIGHY, Fátima Nancy. *Pela compreensão da justiça*. Artigo publicado em <<http://bdjur.stj.gov.br>>.

²¹⁶ *Ibidem*.

transmite seus direitos mais fundamentais, por um jurista. Essa, sim, é situação que deveria ser evitada com todos os instrumentos possíveis, pois caracteriza uma clara ameaça ao princípio democrático e ao exercício da cidadania.

A dificuldade surge exatamente porque, se o destinatário da mensagem constitucional não a compreende, não adquire consciência dos direitos que pode exercer ou dos deveres que deverá cumprir. Tal consciência somente surge no momento em que a mensagem normativa é por ele decodificada, o que não ocorrerá se o código em que tal mensagem foi redigida lhe for ininteligível.

4.1 Ruídos na Comunicação Constitucional

O emprego de linguagem técnica na redação da mensagem constitucional tem um contexto muito mais restritivo do que a utilização desse mesmo código na redação de qualquer outro diploma legal.

Norbert Wiener, já anteriormente citado nesse trabalho, ensina-nos que, “além de informada pelos princípios gerais de justiça, a lei deve ser tão clara e reproduzível que o cidadão individual possa fixar antecipadamente seus direitos e deveres, mesmo quando se afigurem em conflito com os de outrem”²¹⁷.

O mesmo pode ser afirmado para o texto constitucional: caso a Constituição não possibilite ao cidadão a identificação de seus direitos – antes mesmo do surgimento de possíveis conflitos envolvendo tais direitos – por melhor que tenha sido a intenção do

²¹⁷ WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1968, p. 104.

legislador constituinte, esta não permitirá ao cidadão viver uma vida isenta de litígios e confusões²¹⁸.

O potencial da linguagem técnica para gerar dificuldades de compreensão do texto constitucional já é suficiente para caracterizar um risco à democracia, independente da restrição ser de tal abrangência que chegue a impedir o exercício, pelos cidadãos, dos direitos e deveres constitucionalmente estabelecidos.

Entretanto, antes mesmo que se possa apontar meios capazes de possibilitar ao cidadão implementar a Constituição em seu dia-a-dia, necessário se faz constatar se o código usado na redação da mensagem constitucional caracteriza fonte de ruídos e se tais ruídos são impeditivos da implementação dos direitos e deveres constitucionalmente garantidos.

Para que se possa prosseguir, necessário se faz buscar um conceito de ruído.

Ruído é a denominação dada a eventuais interferências capazes de provocar uma distorção na mensagem ou de atrapalhar a recepção desta pelo seu destinatário. Representa uma “interferência perturbadora no sistema comunicacional, impedindo ou dificultando a transmissão e compreensão das mensagens”²¹⁹.

Qualquer interferência que provoque ou possa levar à distorção da mensagem pode ser tecnicamente chamada de ruído²²⁰. Apesar de ser um fator de perturbação nas comunicações humanas, o ruído pode ser entendido como algo nocivo, mas não necessariamente ou conscientemente malévolo.

²¹⁸ WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1968, p. 46 (menção à p. 104).

²¹⁹ TOMÉ, Fabiana del Padre. *A prova no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 58.

²²⁰ “Cualquier interferencia que provoque la distorsión del mensaje o entorpezca su recepción se llama técnicamente ruído, y puede ser efectivamente un ruído (como la estática que cubre a veces las emisiones radiales de onda corta) u otro tipo de factor distorsionante (un cristal esmerilado que interfiere señales luminosas el exceso de información desordenada que impide distinguir la que nos interesa, la acción de los censores cinematográficos que cortan escenas de un filme o mutilan sus diálogos)” Cf. GUIBOURG, Ricardo A.; GIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 2000, p. 19.

Não obstante, Norbert Wiener identifica uma possibilidade de malevolência na utilização voluntária de ruído na comunicação, por exemplo, na linguagem utilizada nos tribunais²²¹, o que não se trata de objeto de análise aqui.

Ao discutir um modelo de comunicação desenvolvido por Shannon e Weaver (diferente do modelo de comunicação de Jakobson, adotado nesse estudo), John Fiske identifica uma definição de ‘ruído semântico’ que pode auxiliar na compreensão do que se entende por ruído para fins desse estudo.

Para o autor, o ruído semântico pode ser definido como uma “qualquer distorção de significado que ocorre no processo de comunicação e que não é pretendido pela fonte, mas que afecta a recepção da mensagem no seu destino”²²².

Ainda segundo a concepção de Shannon e Weaver estudada por Fiske, o ruído pode ter origem no canal, no público receptor, no emissor ou na própria mensagem, sendo que em todos esses casos o ruído acaba por confundir a intenção do emissor e limitar a quantidade de informação que pode ser enviada numa dada situação ou espaço de tempo²²³.

Na situação comunicacional envolvendo a Constituição Federal e os seus destinatários, ora estudada, o fator ou elemento gerador do ruído é o código. Apesar de ter usado a língua portuguesa como código, o legislador constituinte, assim como todo legislador faz naturalmente na elaboração das “decisões normativas” (em sentido amplo, na denominação de Robles), utilizou uma linguagem técnica.

²²¹ WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1968, p. 110.

²²² FISKE, John. *Introdução ao estudo da comunicação*, 3ª ed. Tradução de Maria Gabriela Rocha Alves. Porto: Edições Asa, 1997, p. 22.

²²³ *Ibidem*, p. 22.

Apenas vale lembrar que linguagem técnica é aquela que, embora use parte do discurso natural, da linguagem comum, “aproveita em quantidade considerável palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas”²²⁴.

Identificar a linguagem do Direito Positivo com a linguagem técnica torna necessária a ressalva de que a linguagem das normas gerais e abstratas conta com uma menor presença dos termos precisos e artificialmente construídos do que as normas individuais e concretas.

A adoção de maior proporção de linguagem comum pelos legisladores das normas gerais e abstratas, conforme bem ressalta o autor no trecho transcrito, não descaracteriza, de qualquer modo, a tecnicidade da linguagem da mensagem normativa.

Quando os legisladores constituintes se reuniram para debater e redigir a Constituição Federal de 1988, houve uma efetiva preocupação em utilizar uma linguagem mais próxima possível da linguagem comum. No entanto, basta que se abra a Constituição e se inicie a sua leitura para que se identifique que os legisladores constituintes falharam em realizar tal intento. E é mesmo impossível substituir alguns termos técnicos em determinadas circunstâncias.

Analisa-se, na sequência, alguns exemplos de tais termos e expressões contidos na redação do texto da Constituição Federal de 1988.

4.2 Termos técnico-jurídicos na Constituição Federal de 1988

Uma vez traçadas as bases teóricas que fundamentam o presente estudo, necessário se faz buscar, no texto da Constituição Federal de 1988, a título meramente ilustrativo, os termos

²²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 57.

e expressões típicas da linguagem técnica do Direito capazes de gerar potenciais ruídos na comunicação constitucional e, conseqüentemente, dificultar ou impedir tal comunicação.

Três termos ou expressões técnico-jurídicos foram identificados no texto da Constituição Federal de 1988. São eles: improbidade administrativa; precatório; *habeas data*.

Tais termos e expressões foram, então, analisados sob três aspectos:

(i) identificação de seu significado comum, ordinário ou vulgar, feita através de simples consulta a dois dicionários da língua portuguesa, sendo um contemporâneo e outro, antigo;

(ii) identificação de eventual conceituação de tais termos e expressões pela doutrina, o que de modo algum teve por intuito esgotar os diversos pontos de vista existentes, mas ao contrário, foi movida pela necessidade de contraposição da carga semântica de tais termos e expressões na linguagem comum e sua carga semântica no âmbito do Direito Positivo;

(iii) por fim, a identificação de alguns julgados na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, por vezes, em outros tribunais, que pudessem representar eventual discussão ou controvérsia referente à definição do sentido ou conceito desses termos e expressões.

Deu-se preferência para as decisões do Supremo Tribunal Federal, preferência justificável por ser esse o Tribunal Constitucional. Não obstante, na ausência de decisões que demonstrem ou discutam diretamente a semântica dos termos ou expressões escolhidos para ilustrar a presente pesquisa, utilizar-se-á jurisprudência de outros tribunais.

O uso da jurisprudência nesse último capítulo tem por intuito demonstrar o quanto o sentido comum dos termos e expressões selecionados adquire novo contorno semântico quando tais termos e expressões são tomados pelo Direito Positivo.

O processo de incorporação de tais vocábulos, isoladamente ou combinados com outros, com sua conseqüente inserção no sistema orgânico do Direito Positivo, resulta na

especialização ou “tecnicização” dessa linguagem, pela qual novo sentido vai sendo constantemente atribuído a tais vocábulos e expressões.

Tentou-se demonstrar, ainda, através de alguns julgados de cunho ilustrativo, que muitas vezes a definição de tal sentido técnico gera discussões intermináveis mesmo entre os juristas, magistrados, advogados, promotores e outros, inobstante a familiaridade de tais profissionais com a linguagem técnica do Direito.

Por fim, buscou-se responder a duas das três perguntas que guiaram a presente pesquisa, quais sejam:

(i) Há uma relação comunicacional que tenha por receptor ou destinatário do texto constitucional o cidadão comum, assim entendido o cidadão que não domina ou conhece a linguagem jurídica ou linguagem técnica do Direito? Ou, ao contrário, o contato do cidadão comum com a mensagem veiculada pela Constituição Federal há de ser sempre mediado por juristas?

(ii) Caso se constate haver tal relação comunicacional, é possível afirmar que a adoção de linguagem técnica do Direito no texto constitucional caracteriza uma potencial fonte de ruídos nessa situação comunicacional, entendendo-se por ruídos toda e qualquer interferência capaz de atrapalhar a recepção da mensagem pelo seu destinatário?

A partir das respostas a tais perguntas, poder-se-á, então, refletir sobre a eventual distância existente entre a carga semântica desses termos e expressões e o alcance do cidadão comum.

Vale repetir que a efetiva constatação ou investigação acerca da intensidade de tal distância não foi preocupação da presente pesquisa – e sequer poderia sê-lo. Tratando-se de uma pesquisa que se volta à análise do Direito, especificamente do Direito Positivo, seu objeto não poderia deixar de ser o próprio Direito. Ainda que a preocupação que lhe move seja, por assim dizer, colhida da intersecção do Direito com algumas outras ciências, a

exemplo da filosofia, sociologia, lingüística, semiótica, e seu registro dependa, em parte, de certa intertextualidade entre todas essas ciências.

Passa-se, sem mais delongas, à análise dos termos e expressões selecionados para ilustrar o estudo até aqui registrado.

4.2.1 *Improbidade Administrativa*

O primeiro exemplo escolhido é a expressão “improbidade administrativa”, extraída do artigo 37, § 4º da Constituição Federal de 1988 e cuja redação se transcreve:

Art. 57. [...]

§ 4º Os atos de **improbidade administrativa** importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (Grifo nosso)

Há outras referências à improbidade administrativa no texto constitucional, a saber:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...]

V – **improbidade administrativa**, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...]

V – a **probidade na administração**;

Embora já tivessem existido no Brasil leis destinadas a coibir a má-conduta do agente público no exercício de sua função²²⁵, a expressão improbidade administrativa surge formalmente no Direito Positivo pátrio apenas com a edição da Constituição Federal de 1988.

Para que seja possível compreender o alcance e sentido jurídico da expressão improbidade administrativa, necessário se faz buscar o significado do vocábulo improbidade na linguagem comum.

A raiz etimológica do vocábulo é o latim *improbitas, improbitatis*²²⁶, que pode ser traduzido como: “1. Má qualidade (de uma coisa); 2. Desonestidade, maldade, perversidade; 3. Malícia; 4. Audácia, temeridade, descaramento”²²⁷. O primeiro registro histórico que se tem do vocábulo improbidade data do século XVII.

De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa²²⁸, improbidade significa: “**Improbidade**. *S. f.* (1690) **1.** Ausência de probidade; desonestidade. **2.** Ação má, perversa; maldade, perversidade”.

Esse já era o sentido do vocábulo em 1922, conforme se verifica através da consulta ao clássico dicionário da língua portuguesa de Cândido de Figueiredo, em terceira edição à época, de acordo com o qual: “**Improbidade**, *f.* Falta de probidade. Má índole; mau carácter. Maldade; perversidade (Lat. *Improbitas*)”²²⁹.

²²⁵ A primeira dessas leis foi a Lei Federal nº 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha), de acordo com a qual os bens de servidores públicos adquiridos por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou ainda, emprego em entidade autárquica estavam sujeitos a seqüestro, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha ocorrido. Em 1958, entrou em vigor a Lei Federal nº 3.502, conhecida como Lei Bilac Pinto, e que regulamentou o seqüestro e perda de bens de servidor público da administração pública direta e indireta por enriquecimento ilícito decorrente de influência ou abuso de cargo ou função. Devo tais referências à pesquisa de Isabela Giglio Figueiredo sobre a improbidade administrativa, documentada na obra *Improbidade administrativa – dolo e culpa*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 49.

²²⁶ De acordo com CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*, 4ª ed., revista e atualizada de acordo com a nova ortografia. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 522.

²²⁷ ALMEIDA, Antonio Rodrigues de (coord.). *Dicionário de latim-português*. 3ª ed. Porto, Portugal: Porto Editora, 2008, p. 331.

²²⁸ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.057.

²²⁹ FIGUEIREDO, Candido de. *Novo Dicionário da língua portuguesa*, Vol. I. 3ª ed., corrigida e copiosamente ampliada. Lisboa: Sociedade Editora Portugal-Brasil Ltda., 1922, p. 1.046.

O Direito Positivo, ao apropriar-se do vocábulo improbidade tal como existente na linguagem comum, o adjetivou, compondo a expressão “improbidade administrativa”, utilizada pelo legislador constituinte de 1988 sem qualquer definição dos comportamentos por ela qualificados. Ao contrário, o art. 37, § 4º da Constituição Federal de 1988 se limitou a enumerar as conseqüências da improbidade administrativa: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, obrigação de ressarcimento ao erário. Tal enumeração foi seguida da indicação acerca da necessidade de se disciplinar as penalidades e sua gradação através da edição de uma lei ordinária.

Apesar de deixar certo campo de atuação discricionária ao legislador ordinário, o texto constitucional comunica um mínimo de sentido aos destinatários da Constituição, mínimo este reservado pelo legislador-constituinte para ser atendido, inclusive, pelo legislador ordinário, e cujo desrespeito é capaz de gerar a inconstitucionalidade da lei integrativa²³⁰.

A definição das condutas qualificadas como improbidade coube, por força do próprio dispositivo constitucional acima transcrito, à lei ordinária. Assim, em 03 de junho de 1992 entrou em vigor a Lei Federal nº 8.429, que “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa.

O texto do referido diploma é de péssima técnica legislativa, estando a definição de improbidade administrativa espalhada em seu corpo, em especial nos artigos 9²³¹, 10²³² e

²³⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 171.

²³¹ Lei Federal nº 8.429/82, art. 9º: “Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o

11²³³, que listam as ações que a caracterizam, dividindo-os em três espécies: aqueles que

fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

²³² Lei Federal nº 8.429/82, art. 10: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005) XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005).”

²³³ Lei Federal nº 8.429/82, art. 11: “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço”.

resultam em enriquecimento ilícito; aqueles que causam prejuízo ao erário; e aqueles que atentam contra os princípios da administração pública.

O artigo 1º da Lei Federal nº 8.429/82 lista as entidades cuja perda patrimonial caracteriza o resultado dos atos de improbidade, o que ensejou discussão por parte da doutrina e da jurisprudência sobre a necessidade de efetivo prejuízo ou enriquecimento ilícito para a caracterização do ato de improbidade, ou não.

Na tentativa de organizar os enunciados prescritivos da Constituição Federal de 1988 e da Lei Federal nº 8.429/1982, a fim de delimitar seu alcance semântico, iniciou o trabalho de construção de sentido do termo técnico improbidade pela doutrina e pela jurisprudência.

Para a doutrina, de modo geral, improbidade administrativa é o “desvirtuamento de conduta do agente público no exercício incorreto de sua função”²³⁴, com a finalidade de obter vantagem indevida ou fraudar o patrimônio público. Trata-se de imoralidade juridicamente qualificada pelo dano ao erário e a correspondente vantagem obtida pelo agente público ímprobo ou por outrem²³⁵. Necessário, assim, para a sua caracterização, o grave desvio de conduta do agente público, não bastando o simples desvio de finalidade, a mera ilegalidade do ato praticado.

Com esse entendimento sobre a improbidade administrativo, José Afonso da Silva entende que o art. 11 da Lei Federal nº 8.924/92 é inconstitucional, por classificar como

²³⁴ FIGUEIREDO, Isabela Giglio. *Improbidade administrativa – Dolo e Culpa*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 44-45. Para a autora, mesmo que as finalidades de obtenção de vantagem indevida ou de prejuízo ao patrimônio público não sejam efetivadas, caracterizada estará a improbidade administrativa.

²³⁵ A idéia da improbidade administrativa como imoralidade administrativa qualificada pode ser encontrada em José Afonso da Silva, além de vários outros autores. Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 353; FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 51; ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (org.). *Direito administrativo e constitucional – estudos em homenagem a Geraldo Ataliba - 2*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 630; ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no Direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86-92.

improbidade atos que não resultam em danos ao erário, elemento este imprescindível do mínimo de significado dado pelo texto constitucional à improbidade administrativa.

Na jurisprudência, verificou-se em um julgado do Superior Tribunal de Justiça uma certa proximidade do significado atribuído à expressão improbidade administrativa pelo Direito Positivo pátrio com o sentido de improbidade na linguagem comum:

Administrativo – Responsabilidade de Prefeito – Contratação de Pessoal sem Concurso Público – Ausência de Prejuízo – Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. **A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido**²³⁶.

O último trecho do julgado transcrito, ao identificar a conduta caracterizadora da improbidade administrativa com a desonestidade do administrador público, aproxima o sentido técnico da expressão improbidade administrativa com o seu sentido vulgar.

Nessa mesma linha é o entendimento de Toshio Mukai, resumidamente expresso no excerto abaixo:

[...] E, com razão, já ensinava o saudoso Ministro Seabra Fagundes no sentido de que, quando a Constituição se utiliza de uma determinada expressão e não a define, cabe ao intérprete buscar o seu significado no senso comum, utilizado pela sociedade de acordo com os dicionários.

E embora existam, nos diversos dicionários, vários sinônimos de improbidade, um está sempre presente em todos eles e em primeiro lugar: a desonestidade.

Portanto, como não se pode conceber uma desonestidade culposa, só haverá improbidade onde houver dolo²³⁷.

Por outro lado, na primeira parte da decisão judicial acima transcrita, é possível identificar a confirmação do entendimento de que, não havendo prejuízos decorrentes do ato

²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 213.994 – Minas Gerais – Rel. Min. Garcia Vieira – 17.08.1999.

²³⁷ MUKAI, Toshio. Prefácio à obra de FIGUEIREDO, Isabela Giglio. Improbidade administrativa – dolo e culpa. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

do agente público ou enriquecimento ilícito deste ou outrem em razão de seu ato, não restará caracterizada a improbidade administrativa. Eis, aqui, um traço diferenciador bastante relevante entre o sentido comum do vocábulo improbidade e o conceito técnico do termo improbidade administrativa.

É possível afirmar, diante disso, que inobstante a aparente proximidade entre os sentidos técnico e vulgar de improbidade administrativa, há, por trás de tal expressão, toda uma discussão de cunho técnico que definitivamente influi no seu sentido.

Outra discussão que demonstra o contraste existente entre o significado da expressão na linguagem comum e o sentido técnico do termo é aquela referente à possibilidade ou não de caracterização da improbidade em caso de conduta culposa do agente público.

Essa consiste, aliás, na grande crítica que até os dias atuais se faz à Lei da Improbidade Administrativa. Essa, especialmente em seu artigo 10, ao admitir a possibilidade de ato de improbidade administrativa decorrente não apenas de dolo, mas também de culpa, teria, segundo alguns autores, ampliado as hipóteses de improbidade administrativa constitucionalmente admitidas. Por isso, seria também inconstitucional, de acordo com alguns autores²³⁸.

A contraposição entre o sentido vulgar (cuja fonte foi o dicionário da língua portuguesa) do vocábulo improbidade e o sentido técnico dado por uma pequena amostra de doutrina e jurisprudência sobre o tema permite a conclusão de que, embora haja uma proximidade entre ambos, sequer para aqueles que dominam a linguagem técnico-jurídica a expressão improbidade administrativa possui um significado identificável a partir do texto da Constituição Federal de 1988. Dirá para o cidadão comum.

²³⁸ A exemplo de Isabela Giglio e Toshio Mukai, cf. FIGUEIREDO, Isabela Giglio. Improbidade Administrativa – Dolo e Culpa. São Paulo: Quartier Latim, 2010, prefácio e p. 45.

4.2.2 *Precatório*

O segundo exemplo de vocabulário técnico que se imagina capaz de gerar ruídos na comunicação constitucional cujo destinatário é o cidadão comum consiste no vocábulo “precatório”.

Seu fundamento constitucional encontra-se no artigo 100 da Constituição Federal de 1988, com redação dada, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais nº 30/2000 e 37/2002, na qual o vocábulo aparece não menos que quatorze vezes:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos **precatórios** e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. [...]

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do **precatório**, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de **precatórios** não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. [...]

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de **precatórios** judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. [...]

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de **precatórios** incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

§ 8º É vedada a expedição de **precatórios** complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo.

§ 9º No momento da expedição dos **precatórios**, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas

parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

§ 10. Antes da expedição dos **precatórios**, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos.

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em **precatórios** para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado.

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em **precatórios** a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º.

§ 14. A cessão de **precatórios** somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora.

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de **precatórios** de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação.

§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de **precatórios**, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente. (Grifos nossos)

O vocábulo precatório encontra sua raiz etimológica no latim *precatorius*, cuja tradução é “relativo a súplica”²³⁹, “aquele que pede, o que suplica, o que implora, intercessor”²⁴⁰. O primeiro registro histórico conhecido (ou estimado) do vocábulo data de 1634²⁴¹.

Seu sentido comum ou vulgar pode ser encontrado no Dicionário Houaiss: “**Precatório** *adj. s. m.* (1634) que ou aquilo que solicita algo <documento p.> <mandar um p. ao juiz>”²⁴².

Quanto a seu significado técnico-jurídico, pode-se dizer que precatório é uma ordem judicial que determina ao devedor ou autoridade competente que faça o pagamento ao credor

²³⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.537.

²⁴⁰ ALMEIDA, Antonio Rodrigues de (coord.). *Dicionário de latim-português*. 3ª ed. Porto, Portugal: Porto Editora, 2008, p. 331.

²⁴¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. Op. cit., p. 1.537.

²⁴² *Ibidem.*, p. 1.537.

da quantia reconhecida por sentença. Na execução contra a Fazenda Pública, a requisição que o juiz faz, por intermédio do presidente do Tribunal no âmbito do qual a decisão condenatória foi proferida, para que o órgão competente efetue pagamento, na ordem de apresentação dos pedidos ou instrumentos²⁴³.

Há, na realidade, disciplina legal do precatório anterior à Constituição Federal, consubstanciada nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, segundo os quais:

Seção III – Da Execução Contra a Fazenda Pública

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: (Vide Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do **precatório** e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito (Grifos nossos).

A evolução infraconstitucional da disciplina do precatório se deu com a edição da Lei Federal nº 8.197, de 27 de junho de 1991, cujo artigo 4º, que tratava dos precatórios, foi alterado pela Lei Federal nº 9.081, de 19 de julho de 1995, ambas posteriormente revogadas pela Lei Federal nº 9.469/1997 que, dentre outros propósitos, “regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária”:

²⁴³ SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico* – Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 674. Pode-se, ainda, citar a definição dada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Especialmente empregado para indicar a carta expedida ao Presidente do Tribunal pelos juízes da execução de sentenças, em que a Fazenda Pública foi condenada a certo pagamento a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições pagadoras” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Conselho de Comunicação Social. Gabinete de Imprensa. Entendendo a linguagem jurídica / Gabinete de Imprensa. – Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas, 1999).

Art. 6º Os pagamentos devidos pela Fazenda Pública federal, estadual ou municipal e pelas autarquias e fundações públicas, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão, exclusivamente, na ordem cronológica da apresentação dos **precatórios** judiciais e à conta do respectivo crédito.

§ 1º Parágrafo único. É assegurado o direito de preferência aos credores de obrigação de natureza alimentícia, obedecida, entre eles, a ordem cronológica de apresentação dos respectivos **precatórios** judiciais. (Renumerado do parágrafo único pela Medida Provisória nº 2.226, de 4.9.2001) (Grifos nossos)

Algumas considerações acerca do precatório foram encontradas na doutrina da seguinte forma:

Precatório é a solicitação que o juiz da execução faz ao presidente do tribunal respectivo para que este requisite verba necessária ao pagamento de credor de pessoa jurídica de direito público, em face de decisão judicial transitada em julgado²⁴⁴.

Há que se referir aqui o caso dos pagamentos levados a efeito por força de sentença judiciária. Nessas hipóteses, o processamento segue o rito especial ditado pelo art. 100 e seus parágrafos da Constituição. A Emenda Constitucional n. 30, de 13.09.2000, deu nova redação aos parágrafos do art. 100, deixando certo logo no primeiro que “é obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de **precatórios judiciais**, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente²⁴⁵ (Grifos nossos).

Em relação aos pagamentos de débitos oriundos de condenação judicial [...] devem-se observar os requisitos previstos no art. 100 e parágrafos da CF. Esses débitos são requisitados pelo Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda, por meio de **precatório** que é inserido pela entidade política devedora, na ordem cronológica de apresentação. O **precatório** entregue até o dia 1º de julho deve ter o respectivo valor atualizado até essa data e consignado no orçamento do exercício seguinte para pagamento até o final desse exercício, dentro da rigorosa ordem cronológica de apresentação (§ 1º). As dotações orçamentárias, bem como os créditos abertos para pagamento de requisitórios judiciais deverão ser consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito (§ 2º).²⁴⁶ (Grifos nossos)

²⁴⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de direito financeiro*, 2ª ed, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 534.

²⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e tributário*. 9ª ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 69.

²⁴⁶ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 9ª ed, atualizada de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Atlas, 2002, p. 45.

Quanto à jurisprudência, pesquisou-se em busca de julgados que representassem uma discussão quanto à semântica do termo precatório. Foram encontrados dois julgados no STF que se mostraram significativos porque consubstanciam uma discussão acerca do caráter definitivo – ou não – do precatório:

O precatório deve traduzir uma importância líquida e certa a ser incluída no orçamento, não sendo possível a fixação de critérios variáveis no futuro. (STF, 2ª T., RE 111710-9, rel. Min. Francisco Rezek, v. u., 21.12.1986, DJU 06.02.1987, p. 1029)

CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. CRÉDITO COMPLEMENTAR: NOVO PRECATÓRIO. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inciso V do art. 336. CF, art. 100. Interpretação conforme sem redução do texto. I. - Dispõe o inciso V do art. 336 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que "para **pagamentos complementares** serão utilizados os mesmos **precatórios** satisfeitos parcialmente até o seu integral cumprimento". Interpretação conforme, sem redução do texto, para o fim de ficar assentado que "**pagamentos complementares**", referidos no citado preceito regimental, **são somente aqueles decorrentes de erro material e inexatidão aritmética, contidos no precatório original, bem assim da substituição, por força de lei, do índice aplicado**. II. - ADI julgada procedente, em parte. (STF, Pleno, ADI 2924-SP, rel. Min. Carlos Velloso, 30.11.2005, DJe-096 divulgado em 05.09.2007 e publicado em 06.09.2007)

Vale, ainda, mencionar julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que corrobora a controvérsia acima ilustrada:

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – PRECATÓRIO SUPLEMENTAR. Comprovada a demora entre as datas de expedição e pagamento do **precatório**, legítima se torna a expedição de precatório suplementar. Recurso conhecido e provido (STJ, 1ª T., REsp 15037-RJ, rel. Min. Garcia Vieira, j. 04.12.1991, DJU 24.02.1992, p. 1856) (Grifos nossos)

Após essa breve investigação, verifica-se que o precatório nada mais é do que o ofício requisitório de pagamento do débito reconhecido judicialmente contra o patrimônio público. Em linguagem ainda mais simples, pode-se dizer que é o pedido feito pelo juiz (por intermédio do presidente do tribunal) à autoridade pública devedora para que essa faça o pagamento do valor devido ao credor, conforme reconhecido no âmbito de processo judicial.

Entretanto, apesar do significado do termo precatório parecer corriqueiro aos conhecedores da linguagem técnica do Direito, ao investigar um pouco mais sobre tal significado, é possível verificar-se que mesmo os magistrados encontram dificuldades para delimitá-lo, o que apenas é conquistado após longas discussões jurídicas. Tal dificuldade está aqui expressa pela tentativa de definir sobre o caráter definitivo ou não do precatório. Caso houvesse tempo ou interesse, talvez fosse possível identificar ainda outras discussões envolvendo a delimitação do sentido do termo precatório.

Se os próprios magistrados dos tribunais superiores brasileiros não são capazes de delimitar o significado do termo precatório sem que para tanto sejam necessárias longas discussões técnicas, esse sem dúvida será fonte de ruídos na situação comunicacional envolvendo o texto constitucional e o cidadão comum.

4.2.3 *Habeas Data*

O terceiro e último exemplo que se traz a fim de ilustrar a presente pesquisa é a expressão latina *Habeas Data*, cujo fundamento constitucional encontra-se no artigo 5º, inciso LXXII da Constituição Federal de 1988, a saber:

Art. 5º [...]

LXXII – conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Não há antecedentes históricos da expressão *habeas data* no Direito Positivo brasileiro, tendo esta sido introduzida no ordenamento pátrio pela própria Constituição de 1988²⁴⁷.

A tradução simples da expressão latina para o português significa “*conheças, ou tenhas os dados*”²⁴⁸.

Seu significado foi encontrado no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa²⁴⁹:

Habeas data \ habeas data\ [lat.] loc. subst. JUR ação que assegura o livre acesso de qualquer cidadão a informações a ele próprio relativas, constantes de registros, fichários ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.

A existência do verbete *habeas data* nesse dicionário destinado, em regra, à linguagem natural, nada nos diz acerca da inteligibilidade da expressão ao cidadão comum. Diz-se isso com fundamento em pelo menos três razões:

(i) o verbete foi expressamente identificado com a abreviação JUR, utilizada para identificar os termos jurídicos, conforme explica a “Lista Geral de Reduções” contida no início do Dicionário²⁵⁰;

(ii) Há, nesse mesmo dicionário, uma infinidade de termos técnicos de outras áreas, a exemplo da administração (ADM), economia (ECON), história (HIST), ciência política (POL), química (QUIM), física (FIS), geologia (GEOL), filosofia (FIL), entre tantos outros;

(iii) o significado de *habeas data* não foi encontrado em outros dicionários do mesmo tipo.

²⁴⁷ SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico* – Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 423.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 423.

²⁴⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.003.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. LVII.

Em 12 de novembro de 1997, com a edição da Lei Federal nº 9.507, que “regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*”, o instrumento foi regulamentado.

Relata José Afonso da Silva²⁵¹ que a proposta de inclusão de tal direito fazia parte do seu Anteprojeto de Constituição apresentado perante a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, conhecida como Comissão Afonso Arinos. A redação originalmente proposta por José Afonso da Silva previa, primeiramente, o direito e, de maneira separada, o remédio constitucional específico capaz de garantir tal direito, nos seguintes termos:

Art. 17. 1. Toda pessoa tem direito de acesso aos informes a seu respeito registrados por entidades públicas ou particulares, podendo exigir a retificação de dados, e a sua atualização. 2. É vedado o acesso de terceiros a esse registro. 3. Os informes não poderão ser utilizados para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se tratar do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. Lei federal definirá quem pode manter registros informáticos, os respectivos fins e conteúdos.

Art. 31. Conceder-se-á *habeas data* para proteger o direito à intimidade contra abusos de registros informáticos públicos e privados.

A origem da sugestão pode ser encontrada na idéia de Vittorio Frosini, jurista italiano que viveu de 1922 a 2001 e que ficou conhecido como o “pai da informática jurídica” na Itália, especificamente no seguinte trecho de sua obra “La protezione della riservatezza nella società informatica”:

A história jurídica da liberdade pessoal no mundo moderno se funda sobre o *Habeas Corpus Act* de 1969 (...) oposto à detenção ilegal. Pode-se dizer, com uma paráfrase de caráter metafórico, que na legislação dos Estados modernos se reclame hoje um *habeas data*, um reconhecimento do direito do cidadão de dispor dos próprios dados pessoais do mesmo modo que tem o direito de dispor livremente do próprio corpo²⁵².

²⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 171.

²⁵² Trecho transcrito por José Afonso da Silva nos comentários ao artigo 5º, LXXII da Constituição Federal, conforme referência 252.

Em definição técnica, cujos termos são semelhantes aos explicitados pelo Dicionário Houaiss acima referido, trata-se o *habeas data* de instrumento destinado tanto a garantir o conhecimento de informações ou dados pessoais mantidos em registros de entidades governamentais ou bancos de dados particulares de caráter público, quanto a retificar tais informações, caso essas se revelem incorretas.

Na definição dada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁵³:

Habeas Data - Direito assegurado pela Constituição brasileira ao cidadão interessado em conhecer informações relativas a sua pessoa, contidas nos arquivos e registros públicos de qualquer repartição federal, estadual e municipal, bem como retificá-las ou acrescentar anotações que julgar verdadeiras e justificáveis.

Quanto à jurisprudência do STF, foi possível identificar três julgados diversos, cada um contendo uma discussão entendida, a seu modo, como relevante: (i) o primeiro apenas corrobora o significado de *habeas data* oferecido pela doutrina, conforme acima registrado; (ii) o segundo, remonta a uma limitação de uso do remédio ou instrumento constitucional, qual seja, a necessidade de um interesse de agir justificado; (iii) o terceiro oferece outra limitação ao seu uso, consistente na necessidade de que os registros, dados ou informações pessoais, ou a sua retificação, já tenham sido pleiteados e negados pela entidade pública que os mantém:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. HABEAS DATA. C.F., art. 5º, LXIX e LXXII. Lei 9.507/97, art. 7º, I. I. **O habeas data tem finalidade específica: assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo** (C.F., art. 5º, LXXII, a e b). II. No caso, visa a segurança ao fornecimento ao impetrante da identidade dos autores de agressões e denúncias que lhe foram feitas. A segurança, em tal caso, é meio adequado. Precedente do STF: MS 24.405/DF, Ministro Carlos Velloso, Plenário, 03.12.2003, "DJ" de 23.4.2004. III. Recurso provido. (STF, 2ª T.,

²⁵³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Conselho de Comunicação Social. Gabinete de Imprensa. Entendendo a linguagem jurídica / Gabinete de Imprensa. – Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas, 1999.

RMS 24617-DF, rel. Min. Carlos Velloso, □ 17.05.2005, DJ 10.06.2005, p. 60 (Grifos nossos)

HABEAS DATA - NATUREZA JURÍDICA - REGIME DO PODER VISÍVEL COMO PRESSUPOSTO DA ORDEM DEMOCRÁTICA - A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES - SERVIÇO NACIONAL DE INFORMAÇÕES (SNI) - ACESSO NÃO RECUSADO AOS REGISTROS ESTATAIS - AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR - RECURSO IMPROVIDO. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível. O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta. Com essa vedação, pretendeu o constituinte tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado. **O habeas data configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros.** Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem. **O acesso ao habeas data pressupõe, dentre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse de agir. Ausente o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional.** A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no habeas data. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do habeas data. (STF, Pleno, RHD 22-DF, rel. Min. Marco Aurélio; □rel. p/ acórdão: Min. Celso de Mello, 19.09.1991, DJ 01.09.1995, p. 27.378) (Grifos nossos)

No Diário Oficial do último dia 13 de novembro, pág. 26.025, foi publicada a Lei nº 9.507, de 12.11.2007, que regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do **habeas data**; a lei adotou os princípios fundamentais já proclamados por construção pretoriana, inclusive o seu cabimento somente diante da recusa em informar, retificar ou anotar (art. 8º, par. único), e o cabimento de rec. ordinário para o Supremo Tribunal Federal quando a decisão denegatória for proferida em instância única pelos Tribunais Superiores (art. 20, II, a). (STF, 2ª T., RDH 24-DF, rel. Min. Mauricio Corrêa, 28.11.1996, DJ 13.02.1998, p. 31) (Grifos originais)

O fato de tratar-se de uma expressão em latim, e não em português, já seria suficiente para torná-la alvo de críticas. A título de exemplo, seria muito mais acessível a linguagem se tivesse sido redigida de forma aproximada à seguinte: medida através da qual se exerce o direito a conhecer informações pessoais contidas em arquivos públicos e o direito a pleitear a correção de tais informações, quando falsas ou errôneas.

Aos operadores do Direito que dominam a linguagem jurídica, seria necessário pouco esforço para a compreensão do sentido de *habeas data*, ainda que ignorado o significado em português da expressão latina.

Ao contrário, para o cidadão comum que desconhece a linguagem jurídica e também o instituto do *habeas corpus*, a expressão, apesar de lhe oferecer instrumento de efetivação de uma garantia constitucional fundamental, constitui potencial fonte de ruídos na comunicação do texto constitucional ao cidadão comum.

Daí ser este mais um dos exemplos que se pode identificar no texto constitucional para ilustrar a ausência de um código comum entre o constituinte-emissor (linguagem técnico-jurídica) e o cidadão comum-destinatário (linguagem natural ou vulgar), gerando ruídos potencialmente capazes de, inclusive, impedir que tal comunicação ocorra.

4.2.4 *Respostas às perguntas propostas*

As perguntas que foram propostas no início do presente estudo e retomadas nesse capítulo tiveram por finalidade guiar o raciocínio e facilitar o desenvolvimento do registro da pesquisa realizada.

Reconstruindo o caminho até aqui percorrido, verifica-se que esse consistiu, primeiramente, na identificação dos contextos histórico e teórico da filosofia da linguagem; logo após, definiram-se várias referências teóricas da Teoria Comunicacional do Direito de Gregorio Robles; somente então enfrentou-se a tarefa de resumir as linhas mestras dessa teoria.

As perguntas que ora serão respondidas de forma resumida, durante todo esse percurso serviram como importante referência para localizar as questões e explicitar a sua utilidade para o desenvolvimento do tema. É importante retomá-las:

Há uma relação comunicacional que tenha por receptor ou destinatário do texto constitucional o cidadão comum, assim entendido o cidadão que não domina ou conhece a linguagem jurídica ou linguagem técnica do Direito?

Caso se constate haver tal relação comunicacional, é possível afirmar que a adoção de linguagem técnica do Direito no texto constitucional caracteriza uma potencial fonte de ruídos nessa situação comunicacional, entendendo-se por ruídos toda e qualquer interferência capaz de atrapalhar a recepção da mensagem pelo seu destinatário?

Há, ainda, uma terceira pergunta que será deixada para o capítulo seguinte.

À pergunta (i), com base nos pressupostos teóricos aqui desenvolvidos, deve-se responder afirmativamente. Em breves linhas, isso se dá porque o Direito é um sistema comunicacional e existe para regular a vida do homem em sociedade.

A Constituição Federal de 1988, enquanto enunciado normativo, pode ser vista como mensagem objeto de comunicação à luz da Teoria Comunicacional do Direito desenvolvida por Gregorio Robles.

Além disso, conforme assinala o próprio texto constitucional brasileiro, (cf. art. 1º, inc. II e § único), toda a sociedade é destinatária da Constituição Federal. Portanto, o cidadão comum (aqui entendido como o não-jurista, que desconhece a linguagem técnica do Direito) pode ser entendido como legítimo destinatário da Constituição Federal.

São esses os fundamentos que elevam a Constituição Federal de 1988 à condição de mensagem e o cidadão comum à qualidade de destinatário do texto constitucional (vale lembrar que, embora sejam vários os destinatários do texto constitucional, a exemplo dos magistrados, juristas, juízes, o cidadão foi o destinatário escolhido como relevante para fins da presente pesquisa).

Quanto à pergunta (ii), sua resposta também é afirmativa.

Analisando-se o texto da Constituição Federal, verifica-se que esse é formado tanto por linguagem técnica quanto por linguagem natural. Os termos acima identificados são, nesse sentido, uma pequena amostra do quanto o campo semântico de tais termos técnicos pode ser de difícil identificação até mesmo para um jurista ou magistrado, dirá para um cidadão comum, que desconhece a linguagem do Direito.

Esse desconhecimento resulta em um alto risco de tornar tais cidadãos incapazes de compreender minimamente o texto constitucional e, conseqüentemente, incapazes de vivenciá-lo, colocá-lo em prática. E sequer é preciso registrar que esses cidadãos aqui denominados “comuns” compõem a grande maioria da sociedade brasileira.

Uma vez que a relação comunicacional pressupõe um código comum ao emissor e ao destinatário da mensagem; e se, apesar de todos falarem a língua portuguesa e ser essa a língua oficial no Brasil, a grande massa de cidadãos comuns que são destinatários da Constituição Federal não domina a linguagem técnica do direito (o que foi tomado como dado nesse estudo), estando essa irremediavelmente presente no texto constitucional; conclui-se que a comunicação envolvendo o cidadão comum e o texto constitucional certamente conterà ruídos, maiores ou menores dependendo do contexto ou situação comunicacional em que ocorrer.

Registre-se, mais uma vez, que a falha na utilização de um código comum caracterizada pela adoção de uma linguagem técnico-jurídica não é a única fonte de ruídos da comunicação constitucional.

Muitas são as fontes de ruídos nessa situação comunicacional: outros problemas decorrentes do próprio código, a exemplo da ambigüidade ou vagueza dos termos adotados, típica característica de textos constitucionais de modo geral e, ainda, falhas nos demais elementos essenciais à comunicação.

Dito isso, passa-se à análise do que essa potencial dificuldade comunicativa gerada

pela linguagem jurídica representa em relação à realização dos direitos e deveres constitucionalmente garantidos.

4.3 A linguagem técnica como potencial fonte de ruídos e a efetividade dos direitos e garantias constitucionalmente previstos

Após a análise dos exemplos ilustrativos da potencial dificuldade de comunicação gerada pelo uso de linguagem jurídica na redação do texto constitucional, necessário se faz, por fim, buscar resposta à terceira pergunta que o presente trabalho visa responder:

Pode-se afirmar que a linguagem técnica do Direito, enquanto potencial fonte de ruídos, é capaz de impactar na efetividade dos direitos e deveres constitucionais?

O primeiro passo a ser dado nessa direção é estabelecer o sentido atribuído ao termo efetividade, que nesse trabalho adquire contornos peculiares, demandando assim uma breve explicação.

Como ponto de partida, tome-se o significado atribuído por Nicola Abbagnano²⁵⁴, em seu Dicionário de Filosofia, ao verbete “efetivo”:

O mesmo que real (v. REALIDADE). Em italiano e francês, esse termo ressalta o caráter que a realidade possui diante do que só é imaginado ou desejado; em inglês e alemão, ressalta o caráter que a realidade possui diante do que é somente possível.

²⁵⁴ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª versão brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti - 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 359.

No dicionário comum²⁵⁵, os verbetes “efetivar”, “efetividade” e “efetivo” são assim definidos:

Efetivar. 1. Tornar efetivo (1); levar a efeito; **realizar**, efetuar (...) 2. Tornar efetivo.

Efetividade. 1. Qualidade do que é efetivo. 2. Atividade real; resultado verdadeiro: (...). 3. **Realidade, existência**.

Efetivo. 1. Que se manifesta por um **efeito real, positivo**: negócio efetivo; promessa efetiva (...).

A idéia que se pretende transmitir através da utilização do termo efetividade nesse estudo está exatamente nas definições acima transcritas: efetividade enquanto possibilidade de “levar a efeito”, de “realizar”. Trata-se de algo ligado, de fato, à realização da Constituição Federal na vida cotidiana do homem comum.

Se a preocupação aqui discutida fosse colocada em forma de pergunta, talvez tal pergunta pudesse ser formulada da seguinte maneira: uma vez que o Direito tem por finalidade regular, dirigir o comportamento humano em sociedade, o cidadão leigo, ao travar uma situação comunicacional cuja mensagem é o texto da Constituição Federal no qual estão consubstanciados seus deveres e direitos mais fundamentais, é capaz de **agir** a partir de tal comunicação, ou seja, aplicar ou exercer tais direitos e deveres à sua vida prática, optando e exercendo tais direitos e deveres de modo consciente?

Assim, pode-se dizer que efetividade, para fins desse estudo, significa a realização do Direito, sua concretização no mundo empírico. Luis Roberto Barroso afirma que efetividade representa a “materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a

²⁵⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.

aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”²⁵⁶.

Trata-se de idéia também bastante próxima da preocupação que moveu Cappelletti e Garth²⁵⁷ em sua clássica obra intitulada “Acesso à Justiça”. Não se pode, no entanto, tomar o conceito de acesso à justiça desenvolvido por esses autores sem as ressalvas e observações que se passa a traçar.

Para Cappelletti e Garth, a expressão acesso à justiça determina duas finalidades básicas do sistema jurídico, entendido este como o sistema através do qual as pessoas podem não apenas reivindicar seus direitos mas, ainda, resolver seus litígios “sob os auspícios do Estado”:

- (i) o sistema deve ser igualmente acessível a todos; e
- (ii) o sistema deve produzir resultados justos, tanto individual quanto socialmente.

Disso resulta que a justiça social tão desejada pelas sociedades modernas terá necessariamente como pressuposto um “acesso efetivo”²⁵⁸.

Até momento bastante recente na história da humanidade, o Estado não tinha a preocupação de “afastar a pobreza no sentido legal”, ou seja, a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições²⁵⁹.

O direito ao acesso efetivo à justiça ganhou particular atenção à medida que as reformas do *welfare state* resultaram em novos direitos substantivos para os indivíduos, seja em sua qualidade de consumidores ou de cidadãos.

Desde então, o acesso à justiça tem sido progressivamente reconhecido, até adquirir importância central com os direitos individuais e sociais e o conseqüente reconhecimento de

²⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 82-83.

²⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, Reimpresso em 2002.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 8.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 8.

que a “titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”²⁶⁰.

Pode-se, por isso, afirmar que o acesso à justiça é o requisito mais fundamental, “o mais básico dos direitos humanos”, de um sistema jurídico moderno que se pretenda igualitário e que vise não apenas proclamar, mas efetivamente garantir os direitos de todos²⁶¹. Trata-se, em última instância, de possibilitar uma realização efetiva dos direitos.

É possível traçar um paralelo entre o quanto dito por Cappelletti e Garth sobre o acesso à justiça e sobre a já acima preconizada necessidade de se obter uma verdadeira comunicação entre Constituição Federal e cidadãos, diminuindo ao máximo o nível de ruídos de tal situação comunicacional.

Para os autores citados, esse direito tem importância capital, uma vez que a titularidade de direitos torna-se destituída de sentido na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação.

O mesmo pode ser dito sobre a Constituição Federal de 1988. Já se constatou no capítulo anterior que o código utilizado para a redação da mensagem constitucional é potencial causador de um alto nível de ruídos na comunicação estabelecida com o seu destinatário.

Do mesmo modo que a ausência de mecanismos de efetiva reivindicação atacada por Cappelletti e Garth é um modo de esvaziar tais direitos, impedindo que seus destinatários possam escolher conscientemente entre exercê-los ou não, demandá-los ou não, conceder aos cidadãos direitos redigidos em linguagem técnica a eles pouco acessível também o é.

Há, no entanto, uma diferença relevante entre o que prega Cappelletti e Garth a preocupação que moveu a presente pesquisa. Tal diferença está ligada ao momento

²⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, Reimpresso em 2002, p. 11-12.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 11-12.

cronológico em que cada um desses problemas surge: (i) Primeiro, surge o ruído na situação comunicacional estabelecida entre o legislador constituinte e o cidadão comum enquanto destinatário da mensagem constitucional, que constitui o enfoque aqui trabalhado; (ii) Em momento posterior, caso tais ruídos sejam superados de modo a permitir que a comunicação se complete, o cidadão, já conhecedor de seus direitos, poderá optar por exercê-los ou reivindicá-los. É neste momento, então, que surge o questionamento acerca dos mecanismos disponibilizados pela ordem jurídica para a reivindicação ou exercício de tais direitos, trabalhados por Cappeletti e Garth.

Desse modo, pode-se dizer que o problema da busca, pelo cidadão, dos mecanismos de efetivação dos seus direitos, alvo da preocupação de Cappeletti e Garth (e, ainda, de André Ramos Tavares em sua obra *Teoria da Justiça Constitucional*), *pressupõe* a compreensão ou conhecimento de tais direitos, o que apenas ocorrerá se a situação comunicacional for de fato estabelecida.

O que se verifica é que uma Constituição não pode ser apenas uma ordem destinada a juristas. Assim escreve Peter Häberle²⁶² em um dos textos reunidos sob o título “Constitución Como Cultura”, afirmando que a Constituição funciona como um fio condutor para aqueles que não são juristas, os cidadãos comuns.

A constituição não é somente um texto jurídico ou um código normativo. É, também, a expressão do nível de desenvolvimento cultural de um povo, reflexo de sua herança cultural e fundamento de novas esperanças. As Constituições significam expressão e mediação de cultura, marcos de referência cultural para a reprodução, recepção e acumulação de informações, experiências, vivências.²⁶³

²⁶² HÄBERLE, Peter. *Constitución como cultura: artículos seleccionados para Colombia*. Traducción de Ana María Montoya. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002, p. 71.

²⁶³ *Ibidem*, p. 71.

Desse modo, é necessário que se permita à Constituição Federal de 1988 estar próxima da Sociedade e seus cidadãos, permitindo que estes nela encontrem seu referencial cultural, à sua própria maneira.

Para André Ramos Tavares, pode-se pensar em instrumentos que proporcionem à sociedade, ou até mesmo ao cidadão, enquanto representante do coletivo, a possibilidade de auxiliar na implementação da Constituição: “Ter-se-ia de admitir algum conduto jurídico por meio do qual a população pudesse, de maneira organizada e consciente, fazer fluir a Constituição”²⁶⁴.

A fim de propor uma solução para os ruídos da comunicação constitucional, buscou-se em Leonidas Hegenberg²⁶⁵ quatro princípios básicos por ele estabelecidos para que a comunicação se efetive com o mínimo de ruído possível. São eles:

(i) máxima da cooperação: os participantes de uma relação comunicacional devem, a cada fase do diálogo, se manifestar respeitando o direcionamento estabelecido pela troca de idéias, evitando desvios ou dispersões inúteis;

(ii) máxima da qualidade: tudo aquilo que se julgue falso ou sem evidências capazes de corroborar a comunicação deve ser omitido;

(iii) máxima da quantidade: o emissor deve omitir as sentenças supérfluas, evitando o excesso de informação;

(iv) máxima da urbanidade: os participantes devem evitar enunciados obscuros ou ambíguos.

É possível verificar, de imediato, que pelo menos o último dos quatro princípios básicos acima identificados não pode ser aplicado à mensagem constitucional.

²⁶⁴ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 76.

²⁶⁵ HEGENBERG, Leonidas. *Saber de e saber que: alicerces da racionalidade*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001, p. 71.

A Constituição Federal de 1988 é diploma que se caracteriza, em grande parte, por seus enunciados principiológicos, dotados de ambigüidade e vagueza.

Os vocábulos empregados na redação do texto constitucional são, muitas vezes, propositadamente imprecisos, “o que reforça a idéia da presença abundante de princípios no Texto Constitucional”²⁶⁶. E embora os textos percam em concretude, ganham em abrangência.

Tal característica gera, por si só, uma série de ruídos além daqueles ora identificados com a linguagem técnica do Direito.

Recentemente, tem sido possível constatar, em especial no âmbito do Poder Judiciário, uma retomada da preocupação com inteligibilidade da linguagem utilizada no Direito Positivo, em especial nas decisões judiciais, preocupação essa que é tão antiga quanto o Direito Romano²⁶⁷.

Artigos vêm sendo escritos, concursos vêm sendo realizados no intuito de colher elementos e idéias que permitam uma aproximação do Direito com o cidadão comum e, inclusive, nota-se a inclusão de um “link” denominado tesouro no sitio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, através do qual se pode consultar o sentido de termos jurídicos ou seus sinônimos.

Entretanto, a maioria dessas medidas propostas até o momento (salvo engano, com exceção do tesouro do sitio do STF), envolvem uma relação comunicacional mediada, o que não se acredita ser um bom caminho para resolver o problema do potencial dos termos técnico-jurídicos para causar ruídos na comunicação do texto constitucional com o cidadão comum.

²⁶⁶ BASTOS, Celso. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 59.

²⁶⁷ Do *Corpus Iuris Civilis Romani*, obra jurídica fundamental do Direito Romano publicada entre 529 e 534 por ordem do Imperador bizantino Justiniano I, constava o seguinte fragmento: “Leges Intellegi ab omnibus debent”, o que quer dizer “as leis devem ser inteligíveis”.

CONCLUSÃO

O potencial da linguagem técnico-jurídica do texto constitucional para causar ruídos na comunicação constitucional não apenas é capaz de comprometer irremediavelmente a comunicação do texto constitucional ao cidadão comum como, ainda, a efetividade dos direitos nela consubstanciados.

No âmbito deste estudo, não se teve por objetivo vislumbrar uma maneira de avaliar tais ruídos de forma qualitativa (quais ruídos decorrem da tecnicidade da linguagem utilizada na composição dos textos constitucionais e quais decorrem de outros fatores) ou quantitativamente (qual a intensidade da ocorrência de tais ruídos), tampouco buscar soluções para o problema investigado.

Buscou-se, isto sim, trazer novo enfoque à discussão acerca da necessidade de utilização de linguagem comum na redação dos enunciados do Direito Positivo, tão antiga quanto o próprio Direito Romano. Para tanto, se propôs a análise desse problema sob a luz da Teoria Comunicacional do Direito.

A Constituição, como estatuto político disciplinador dos direitos e deveres mais basilares de um ordenamento jurídico, deve ser expressa em linguagem clara e comum, para que o seu conteúdo não se torne inacessível à sociedade, seu principal destinatário. Tal conclusão ganha sentido mais claro após entendido o diagrama proposto por Jakobson contendo os seis elementos inalienavelmente presentes no ato comunicacional e cuja falha ou ausência é capaz de comprometê-la.

Utilizando-se da teoria da comunicação de Gregorio Robles, defendeu-se uma maior aproximação da linguagem constitucional à linguagem natural, a fim de possibilitar a

inteligibilidade dos direitos e deveres constitucionais pelo povo, que em geral desconhece o vocabulário técnico do Direito.

Partiu-se da constatação de que “a norma jurídica não tem por destinatário um restrito círculo de iniciados ou especialistas, senão, em primeiro lugar, a coletividade ou massa de cidadãos, nem sempre capacitados a compreender terminologias demasiado técnicas”²⁶⁸.

É importante ressaltar que não se trata de defender um empobrecimento da linguagem jurídica, mas apenas de defender que a Constituição, por veicular direitos e deveres tão fundamentais e importantes quanto o direito à vida, à saúde e ao trabalho, e tantos outros, “não é exatamente o local mais adequado para se utilizar um critério técnico-jurídico”²⁶⁹.

Espera-se que a pesquisa tenha servido para demonstrar, em certa medida, uma síntese das linhas mestras da Teoria Comunicacional do Direito e, também, uma possibilidade de aplicação dessa teoria à realidade do Direito Positivo brasileiro.

²⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. *Apud* BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª ed. p. 112/113. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

²⁶⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 114.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1ª versão brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos de Ivone Castilho Benedetti - 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ALMEIDA, Antonio Rodrigues de (coord.). *Dicionário de latim-português*. 3ª ed. Porto, Portugal: Porto Editora, 2008.
- ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no Direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: Pensamento formal e argumentação – Elementos para o Discurso Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ANDRIGHY, Fátima Nancy. *Pela compreensão da justiça*. Artigo publicado em <<http://bdjur.stj.gov.br>>
- ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. Fato e Evento Tributário – Uma Análise Semiótica. In: SANTI, Eurico Marco Diniz de (coord.). *Curso de Especialização em Direito Tributário – Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. *Semiótica do Direito*. São Paulo, Quartier Latin, 2005.
- AUSTIN, John L. *Quando dizer é fazer: Palavras e Ação*. Tradução de Danilo Marcondes de Souza. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Poder constituinte, In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

- BARBOSA, Gustavo; RABAÇA, Carlos Alberto. *Dicionário de comunicação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovarm 2009.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 15, nº 58. IBDC. São Paulo: RT, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e tributário*. 9ª ed, ampliada e atualizada. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002
- _____. *Curso de Direito Constitucional*, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor e Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- BENVENISTE, Émile. *Problemas de lingüística geral I*. Tradução de Maria da Glória Novak e Maria Luisa Néri. 4ª ed. Campinas: Pontes – Universidade Estadual de Campinas, 1995.
- _____. *Problemas de lingüística geral II*. São Paulo: Cortez, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I, Artigos 1º a 107. 1ª ed. p. 204/205. São Paulo: RT, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, Reimpresso em 2002.

- CARVALHO, Paulo de Barros. A visão semiótica do Direito. In: *Revista da APG – Associação de Pós-Graduandos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Especial de Direito*. Março de 1997.
- _____. *Curso de Direito Tributário*, 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Direito tributário, linguagem e método*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- _____. *Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Interpretação e linguagem*. Concessão e delegação de serviço público. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 10.
- _____. Prefácio à obra de ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. Prefácio à obra de ROBLES, Gregorio. *O direito como texto*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.
- CUNHA, Antonio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*, 4ª ed., revista e atualizada de acordo com a nova ortografia. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 5ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito*. São Paulo: RT, 1976.
- _____. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Estado de Direito e Constituição*. 3ª ed. p. 17. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.

- FIGUEIREDO, Candido de. *Novo dicionário da língua portuguesa*, Vol. I. 3ª ed., corrigida e copiosamente ampliada. Lisboa: Sociedade Editora Portugal-Brasil Ltda., 1922.
- FIGUEIREDO, Isabela Giglio. *Improbidade administrativa – Dolo e Culpa*. São Paulo: Quartier Latim, 2010, prefácio e p. 45.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 51;
- FISKE, John. *Introdução ao estudo da comunicação*, 3ª ed. Tradução de Maria Gabriela Rocha Alves. Porto: Edições Asa, 1997.
- FLUSSER, Vilém. *Língua e realidade*, 2ª ed, 1ª reimpressão. São Paulo: Annablume, 2005.
- GARCIA, Maria. *Desobediência civil*. Direito Fundamental. São Paulo: RT, 1994.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUIBOURG, Ricardo A.; GIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.
- HÄBERLE, Peter. *Constitución como cultura: Artículos Seleccionados para Colombia*. Traducción de Ana Maria Montoya. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002.
- _____. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 9ª ed, atualizada de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal. São Paulo: Atlas, 2002.
- HEGENBERG, Leonidas. *Saber de e saber que: alicerces da racionalidade*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. 7ª ed. Coimbra: Sucessor, 1979.

_____. *Filosofia dos valores*. Coimbra: Almedina, 2001.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*.

Elaborado pelo Instituto Antonio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JAKOBSON, Roman. *Linguística e comunicação*, 21ª ed. São Paulo: Cultrix, 2008.

LANDOWSKI, Eric. *A sociedade refletida*. São Paulo: Educ/Pontes, 1992.

LEGENDRE, Pierre. *Le jouir du pouvoir: traité de la bureaucratie patriote*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. p. 46. São Paulo: RT, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Em prefácio à obra *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MESQUITA, Mario. *Percepções contemporâneas do poder dos media*. Estudos de direito da comunicação. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 2002.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 2ª ed. Max Limonad, 2000.

MUKAI, Toshio. Neoconstitucionalismo e Direito Administrativo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins de (Coord.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 835-861.

_____. Prefácio à obra de FIGUEIREDO, Isabela Giglio. *Improbidade administrativa – dolo e culpa*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

- NEVES, A. Castanheira. Uma Perspectiva de consideração da comunicação e o poder – Ou a inelutável decadência Eufórica – Estudos de Direito da Comunicação, Instituto Jurídico da Comunicação. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002.
- NEVES, Marcelo. Teoria da Inconstitucionalidade das Leis. São Paulo: Saraiva, 1992.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Curso de direito financeiro*, 2ª ed, revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PEIRCE, Charles Sanders. Semiótica, 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- PENTEADO, José Roberto Whitaker. A Técnica da Comunicação Humana, 11ª ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1991.
- PINTO, Luzia Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed. 1994.
- ROBLES, Gregorio. *Comunicación, lenguaje y derecho: algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009.
- _____. *Introducción a la teoría del Derecho*, 6ª edición. Barcelona: Debate, 2003.
- _____. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do Direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2005.
- _____. *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas: Ensayo de teoría comunicacional del derecho*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, 2007.
- _____. *Teoría del derecho*. Fundamento de teoría comunicacional del derecho. Vol. I. 2ª ed. Cizur Menor, Navarra: Thomson Civitas, 2008.
- SANTAELLA, Lucia. *O que é Semiótica*. São Paulo: Brasiliense.

- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: *Revista de Direito do Estado* - nº 2, Ano 1 (abril / junho 2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual: pensar sin certezas*. Buenos Aires: Paidós, 1999.
- SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México, 1959, p. 298.
- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico* – Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 8ª ed. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009.
- STRUCHINER, Noel. *Direito e linguagem*. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed. São Paulo: Saraiva: 2010.
- _____. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.
- _____. *Causalidade e Relação no Direito*, 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1968.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático de Direito. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (org.). *Direito administrativo e constitucional* – Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba - 2. São Paulo: Malheiros, 1997.