

# A ESTÉTICA DO DIREITO E O ACESSO À JUSTIÇA: A LINGUAGEM DO DIREITO COMO OBSTÁCULO AO SISTEMA DE JUSTIÇA

Fabiana Figueiredo Felício dos Santos<sup>1</sup>

Mirelle Fernandes Soares<sup>2</sup>

## RESUMO

Baseando-se nos estudos de Gustav Radbruch sobre a Estética do Direito, mais precisamente, utilizando-nos da crítica formulada pelo autor germânico à linguagem utilizada pelo Direito, será analisada a importância da linguagem como forma de mecanismo catalisador ou prejudicial do acesso ao sistema de justiça. Uma possível solução a esse problema, qual seja de exclusão do jurisdicionado em virtude da robustez da linguagem jurídica, seria a utilização do procedimento habermasiano, no qual é garantida participação dos interlocutores do direito no processo judicial, possibilitando que as decisões sejam construídas consensualmente por uma linguagem mais acessível.

**Palavras-Chave:** Estética do Direito; Linguagem Jurídica; Gustav Radbruch; Acesso à justiça; Procedimento discursivo.

## INTRODUÇÃO

A estética do Direito é um conceito que engloba os meios corpóreos de expressão, tais como, os gestos, o traje, os símbolos, os edifícios e, sobretudo, a linguagem. Será analisada no artigo a importância da linguagem como mecanismo catalisador ou prejudicial do acesso ao sistema de justiça.

Num Estado Democrático de Direito, no qual o governo deve ser exercido pelo povo, direta ou representativamente, os direitos fundamentais, dentre eles o, constitucionalmente assegurado, direito de buscar o Poder Judiciário em caso de

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. É membro do Grupo de Estudos Os Desafios dos Direitos Fundamentais vinculado ao Departamento de Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais coordenado pelo professor Doutor José Adércio Leite Sampaio. Especialista em Direito Público pela Universidade UNIDERP - Anhanguera. Bacharela em Direito pela Universidade FUMEC. Professora da Faculdade de Ensino Minas Gerais – FACEMG e do Curso de Formação de Soldados da PMMG. Advogada.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharela em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas Professor Alberto Deodato. Pesquisadora do PRUNART/UFMG – Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça. Membro do grupo de estudo “Administração da Justiça” – PRUNART/UFMG coordenado pelo professor Doutor Antônio Gomes de Vasconcelos. Advogada e sócia da empresa Fernandes Alves Advogados. Professora da Faculdade Kennedy de Minas Gerais. E-mail: soares\_mirelle@hotmail.com

ameaça ou lesão a direito, deve, não só ser implementado e garantido formalmente pelo Estado, além de ser colocados à disposição do cidadão formas para seu efetivo exercício. De modo que tal direito não seja caracterizado somente como uma abstenção do Estado, mas sim garantido com instrumentos estatais hábeis à sua concretização. Todavia, a Ciência Jurídica, ao utilizar-se de uma linguagem hermética e fria, calcada em termos de difícil acesso e entendimento, prejudica, para não dizer impede, o acesso do cidadão ao sistema da justiça.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o Brasil se insere no paradigma de Estado Democrático de Direito, no qual o pluralismo político, a cidadania e a preocupação com os Direitos Humanos passam a constituir uma das balizas de nosso Direito. Criam-se, pelo menos formalmente, as condições necessárias para que se desenvolva uma dialética discursiva apta a gerar um consenso racional com vistas à consolidação de uma efetiva democracia, inclusive no processo judicial.

Com vistas à efetividade dos direitos elevados a fundamentais, Cappelletti, em seus estudos, constatou que um dos maiores entraves à população acessar o Judiciário é a linguagem formalista do Direito. Logo, volvida à máxima efetividade do direito de acesso à Justiça, partiu-se do giro linguístico quanto a mudança paradigmática promovida, sobretudo pela Escola de Frankfurt e a teoria de Habermas acerca da ação comunicativa, como forma de ultrapassar a rigidez da linguagem do Direito.

Todavia, em virtude de um recente processo democratizante e uma cultura jurídica adversarial, ainda estão ausentes as condições necessárias ao efetivo implemento do procedimentalismo discursivo proposto por Habermas.

## **1 ESTÉTICA DO DIREITO**

Para tratarmos do tema referente à estética do Direito, utilizar-nos-emos das lições do alemão Gustav Radbruch<sup>3</sup>. Notável jurista, professor e político, Radbruch,

---

<sup>3</sup> Gustav Radbruch. Disponível em: [http://www.valorjustica.com.br/introducao\\_introducao.htm](http://www.valorjustica.com.br/introducao_introducao.htm). Acesso em: 11 ja6. 2015.

em virtude de sua experiência pessoal, visto ter sido voluntário da Cruz Vermelha durante a Primeira Grande Guerra Mundial, oportunidade na qual foi condecorado como oficial, nos anos seguintes, no período que antecedeu a eclosão da segunda Grande Guerra, fora afastado de sua cátedra em virtude de ideologias políticas, contrárias ao regime nazista, além de ter perdido seu filho em combate durante o conflito, deixou-nos um valioso acervo, no qual defendeu que o direito deve estar fundamentado no justo e não somente numa mera adequação do direito como sendo aquilo que *a lei diz que é direito* em determinado momento histórico, ressaltando a importância da segurança jurídica.

Radbruch nasceu em 1878, em Lübeck, e faleceu em Heidelberg, em 1949, aos 71 anos de idade. Radbruch foi magistrado em Berlim e Lubeck, professor em Königsberg, Heidelberg e Kiel, membro do partido Social Democrata Alemão (SPD), deputado no Reichstag entre 1920 e 1924, membro da constituinte de Weimar e Ministro da Justiça, nos anos de 1921 a 1923, tendo sempre manifestado repúdio ao Estado Totalitário.

Das suas inúmeras obras, duas merecem especial destaque, por serem a fonte de nosso estudo: Introdução à Filosofia do Direito e Filosofia do Direito, tendo em ambas parágrafos destinados à estética do direito.

Radbruch inicia o décimo quarto capítulo de “Filosofia do Direito” afirmando que “Como todo fenômeno cultural, o direito necessita de meios corpóreos de expressão: da linguagem, dos gestos, do traje, dos símbolos e dos edifícios. Como qualquer outro meio, também a expressão corpórea do direito está submetida à avaliação estética” (RADBRUCH, 2010, p. 156). No entanto, conforme o renomado autor, tal estética somente foi “esboçada em fragmentos” (RADBRUCH, 2010, p.156). Em épocas primitivas, nas quais não se conhecia a separação e legalidade dos domínios culturais, afirma Radbruch, o direito e a arte estão “intimamente ligados e entrelaçados” (RADBRUCH, 2010, p.156). Porém, ocorrendo a separação dos domínios culturais, o direito e a arte distanciam-se, tornando o “direito o mais rígido dos produtos culturais, e a arte, a forma de expressão mais mutável do espírito inquieto da época” (RADBRUCH, 2010, p.157). Tal separação poderia justificar-se ante a específica estética do direito, precipuamente em sua linguagem, uma linguagem fria, que:

(...) renuncia a todo tom emocional; é áspera: renuncia a toda motivação; é concisa: renuncia a todo doutrinamento. Desse modo surge a pobreza propriamente buscada de um estilo lapidar, que expressa de modo insuperável a segura consciência de força do Estado autoritário (RADBRUCH, 2010, p.158).

Entretanto, se compararmos a linguagem jurídica com a linguagem daqueles que lutam pelo direito, veremos nítidas discrepâncias, tendo em vista que “a linguagem da luta pelo direito, do sentimento jurídico combativo, é a retórica ardorosa” (RADBRUCH, 2012, p.158). Corroborando com sua assertiva, assim dispõe o ilustre jurista alemão:

Para quem luta pelo direito, é característica a mistura singular de frieza e ardor, de intelectualismo generalizador que do caso concreto leva ao seu princípio, e da paixão individualizadora que fulmina o ilícito a que combate como se fosse uma monstruosidade única. A forma de expressão adequada da luta pelo direito é, pois, a retórica, cuja essência consiste em dotar o geral com a clareza e eficácia do particular, enquanto, inversamente, a poesia empresta ao particular a significação simbólica do universal (RADBRUCH, 2010, p.158).

Assevera Radbruch que o jurista somente se entusiasma com uma solução justa que seja “elegante”, pois a “beleza é entendida como indício da verdade, que, como medida de um valor lógico, emprega-se uma medida estética” (RADBRUCH, 2010, p.159), destas soluções elegantes de casos complexos surgem os inúmeros “juízes sábios”, conforme designação feita pelo próprio autor. Desta forma é possível a expressão artística do Direito, expressão esta que seduz pela grande quantidade de antíteses que lhes são intrínsecas, como *ser* e *dever ser*, liberdade e ordem, dentre outras.

Na obra “Introdução à filosofia do Direito” Radbruch é ainda mais enfático ao tratar da questão da estética do direito, com destaque à linguagem jurídica, afirmando inicialmente que “a linguagem da lei, em primeiro lugar, não emprega o estilo da persuasão, mas exige ausência de afetividade e de sentimentos”. Segue afirmando que “a linguagem moderna da lei emprega a brutalidade da ordem militar, que dispensa toda e qualquer fundamentação”, além, de “evitar o estilo didático”, pois, “longa experiência, os legisladores aprenderam que sua missão não é expor ou ensinar o que seja direito, mas decidir, em consciência o que ser feito e comunicá-lo sob a forma legal” (RADBRUCH, 2015, p.74).

Afirma o autor, que os legisladores, buscando um texto incisivo e direto, despreocupam-se, até mesmo, com a plástica de suas criações, tendo em vista a forma de alocação dos textos, sem continuidade, divididos por incisos, parágrafos e alíneas, *in verbis*:

Um código moderno, ao contrário, contém apenas normas que correspondem a ordens ou a elas se referem e não emprega partículas, sublinhados ou repetições tentando superar a preguiça, o esquecimento, a desatenção de seus destinatários. Despreza até o fluxo estético das frases, que são separadas umas das outras sob a forma de artigos e parágrafos. A lei é dirigida a ouvintes com ouvidos acurados para lograr o entendimento generalizado (*ius vigilantibus scriptum*) (RADBRUCH, 2015, p.75).

Corroborando a afirmação de Radbruch, de ser a forma utilizada pela linguagem jurídica uma expressão da vontade autoritária do Estado, e tendo como fonte de estudo o autor alemão, o jurista paraibano Mário Moacyr Porto afirma que o “positivismo jurídico exprime um “dever-ser” e não um “ser”, isto é, atende ao que é viável ou útil segundo os autônomos critérios do Estado” (PORTO, 1980, p.11-16). A utilização da linguagem do Direito para somente traduzir e impor a vontade do Estado, de forma acrítica e subsuntiva, tal como defendido pelos adeptos do positivismo não deve prosperar. Corroborando tal posição, cita-se o seguinte trecho da obra de PORTO:

Algo há de existir além da norma, delimitando-lhe o raio de atuação, e algo de espiritual há de lastrear o fundamento do sistema jurídico, para que as imposições da sua disciplina não degradem o homem à condição de instrumento irracional da vontade do Estado (PORTO, 1980, p. 11-16).

Em sentido semelhante, dando especial destaque à importância desempenhada pela linguagem na Ciência do Direito e, por conseguinte, em sua concretização, posituação e aplicação prática, leciona Miguel Reale:

O Direito representa um produto da cultura, tão sutil e tão trabalhado que é impossível atribuir o aparecimento de suas regras à massa dos espíritos, à coletividade tomada como um todo. O Direito é em grande parte obra dos juristas. São os juristas que se especializam e, à luz da experiência, elaboram a Ciência Jurídica. Como é possível querer explicar toda a armadura técnica do Direito, difícil e complicada – que escapa até mesmo àqueles que, anos a fio, se dedicam aos estudos do Direito – invocando uma fonte irracional como a “massa dos espíritos” (REALE, 2012, p. 436)

Dessa forma, a expressão das normas jurídicas em textos opacos, herméticos e de difícil compreensão, seria uma forma de estabelecer uma necessária distância

entre o editor da norma e seus destinatários, impossibilitando assim a efetivação do procedimento discursivo habermasiano, além de dificultar a efetivação do direito fundamental de acesso à justiça, conforme se verá a seguir.

## **2 ACESSO AO SISTEMA DE JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

A Constituição da República, no título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, expressamente dispõe sobre o direito de acesso ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito. Os direitos fundamentais são aqueles essenciais, universais, indisponíveis, indivisíveis e universais, conforme ensinamento de José Adércio Leite Sampaio (2013, p.550). Ainda em conformidade com as lições de Sampaio, os direitos fundamentais podem ser classificados quanto ao papel do Estado e, nessa seara classifica-se o direito fundamental de inafastabilidade da jurisdição como um direito de prestação ou de crédito, um direito de ação positiva do Estado ou direito a prestações estatais, de proteção ao procedimento processual (SAMPAIO, 2013, p. 563).

Nesta orientação afirma Gilmar Ferreira Mendes:

(...) os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si. Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos na ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade (MENDES, 2013, p.176).

A inafastabilidade jurisdicional engloba, além do direito que possui o cidadão de buscar uma solução em juízo, o direito de estar devidamente representado, de ser-lhe permitido o exercício da ampla defesa e do contraditório, além de ser submetido a um julgamento pautado em normas válidas, eficazes e devidamente constituídas, entenda-se, com a efetiva participação popular em sua confecção, de modo que sejam observadas as suas necessidades e carências. Com relação à efetividade do direito

fundamental de acesso à jurisdição, baseando-se em lições do autor germânico Jurgen Habermas, assim afirma Bernardo Gonçalves Fernandes:

Falar em acesso à Jurisdição não é concepção que se esgota com a oportunidade de propositura (postulação) da demanda perante o Judiciário, mas requer a observância irrestrita dos princípios do contraditório e da ampla defesa, como consectários do princípio do devido processo, como condição de legitimidade da decisão jurisdicional – e só assim podemos falar (legitimamente) em composição de conflito (FERNANDES, 2013, p. 443-444).

A respeito do tema acesso ao sistema de justiça, Mauro Capelletti e Bryant Garth iniciaram um movimento, no qual propuseram algumas soluções para que a população pudesse ter, efetivamente, acesso a referido sistema. Esse movimento, conhecido por “ondas renovatórias de acesso à justiça”, partiu de três ondas de movimento (CAPELLETTI, 1997, p.20-23).

A primeira onda consistia em garantir assistência judiciária à população carente que não poderia arcar com o pagamento das custas judiciais, nem com os honorários de um advogado. Nesta linha, destacam-se algumas medidas implementadas no Brasil, sobretudo a Lei de assistência judiciária – Lei 1060/50 –, e a instituição da Defensoria Pública.

A segunda onda dizia respeito à possibilidade de defesa dos interesses coletivos e difusos em juízo, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor. No Brasil, a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) foram alguns dos instrumentos legais instituídos.

A terceira, por sua vez, visou atacar as barreiras ao acesso à justiça de modo mais articulado e compreensivo, partindo dos fundamentos das ondas anteriores. Essa onda expande a concepção clássica de resolução de litígios apenas ao Judiciário integrando-o com meios alternativos, estabelecendo mecanismos de democratização do acesso da população à justiça. No Brasil, criaram os Juizados especiais – Leis nº 9.099/1995, nº 10.259/2001 e nº 12.153/2009 –, bem como foram estabelecidos mecanismos alternativos de solução de litígios, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

A terceira onda buscou garantir maior participação do jurisdicionado – consumidores individuais (One Shotters) – na condução do processo. Via de regra, os *one shotters* não tinham *know how* apropriado para utilizar o Judiciário, de forma a

extrair o máximo daquilo que por direito faziam jus. Ao contrário dos *one shotters*, os demandantes habituais ou *repeat players*, se mostravam aptos a manejar os instrumentos judiciais de forma a obter todas as vantagens que pudessem adquirir.<sup>4</sup>

Logo, medidas que visassem a desburocratização processual como, por exemplo, as leis que regulamentam os Juizados Especiais, e a solução das controvérsias de forma alternativa, possibilitariam maior participação dos jurisdicionados no sistema de Justiça e buscariam aproximar a Justiça da sociedade (potencial jurisdicionado), de modo a diminuir a distância criada pela robustez da linguagem do direito, entre o legislador e o cidadão, destinatário das normas jurídicas, as quais possuem a função precípua de garantir e efetivar seus direitos fundamentais.

Complementando a teoria das três ondas renovatórias de acesso à justiça desenvolvida por CAPPELLETTI e GATH (1997), Kim Economides compreende que a formação jurídica-acadêmica, seria, por sua vez, a “quarta onda” para o acesso à justiça. O autor expõe novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico. Para ele, “a essência do problema não está mais limitada ao acesso dos cidadãos à justiça, mas inclui também o acesso dos próprios advogados à justiça”. (ECONOMIDES, p.71, 1999) O autor entende que o projeto pedagógico dos cursos de Direito devem ser repensados a partir do “tripé” pesquisa, ensino e extensão (prática) possibilitando maior acesso do operador do direito ao sistema de justiça, consequentemente visa maior proximidade do operador do direito ao cidadão, potencial jurisdicionado. No mesmo sentido, uma efetiva aproximação da Justiça com a sociedade pressuporia, também, um Direito mais acessível, com linguagem mais clara e compreensível por toda população, e não única e exclusivamente pelo jurista. Daí a necessidade de se repensar a estética do Direito em um contexto em que se preconiza o amplo acesso à justiça enquanto garantia fundamental, bem como no qual o pluralismo político se impõe como um princípio fundamental do Estado brasileiro.

Pluralismo este que impescinde da ampla participação de todos na formação das vontades do Estado. Essa ampla participação somente se efetiva, como se verá mais à frente, sob uma ótica discursiva habermasiana, por meio de um procedimentalismo democrático no qual todos os cidadãos participam como sujeitos

---

<sup>4</sup> GALANTER, Marc. Why the haves come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, v. 9, 1974. p. 95 *apud* SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais na sociedade contemporânea: O caso português*. 2. ed. Porto: Afrontamentos, 1996. p. 71.

ativos no estabelecimento das decisões, e não como meros sujeitos passivos (espectadores). Para que essa efetiva participação plural e democrática se concretize, faz-se mister que se conceda aos cidadãos os instrumentos efetivos que lhes possibilitem ser sujeitos ativos desse consenso. O Direito atual, com sua linguagem hermética, nada mais faz que criar um obstáculo a essa participação, na medida em que afasta o jurisdicionado do processo decisório.

O Direito, pois, que deveria servir como o principal instrumento a possibilitar que os cidadãos participem na formação da vontade estatal, acaba, contraditoriamente, funcionando como uma barreira à participação popular e democrática, visto que sua linguagem hermética contribui mais para excluí-lo do que incluí-lo nesse processo cujo fim seria a efetivação do pluralismo democrático.

### **3 A LINGUAGEM HERMÉTICA DO DIREITO COMO OBSTÁCULO AO SISTEMA DE JUSTIÇA**

Como dito anteriormente, a estética do direito se materializa por diversas formas, as vestimentas talares, os rituais, os símbolos e a linguagem. Entretanto, a linguagem é sua forma de representação por excelência, de modo a possibilitar seu conhecimento por todos, além de propiciar segurança jurídica, pois, estando previstas sanções e consequências para os atos, será propiciado ao destinatário da norma o livre arbítrio de cumpri-la ou desrespeitá-la, sem prejuízo de eventual sanção já prevista.

Desse modo, o Direito, por meio de sua expressão linguística, deve retratar e normatizar os fatos sociais cotidianos, de modo que algo que desrespeite algum preceito ou princípio fundamental seja prontamente percebido pelo cidadão e, em caso de ameaça ou lesão a direito, o possibilite ingressar em juízo. Do contrário, desconhecendo-se o real significado do texto legal ou, a despeito de conhecê-lo, não o compreendendo, resta afastada a possibilidade de sua defesa pelo cidadão, bem como a possibilidade de petição e responsabilização aos eventuais descumpridores da norma.

Entretanto, apesar do direito “ser um bem que está na sabedoria do povo, é manejado e apresentado pelas profissões jurídicas através do controle de sua

linguagem técnica ininteligível para o cidadão comum” (SANTOS, 2011, p. 69). De forma que seu conhecimento resta prejudicado e sua aplicação diminuída, não só no âmbito do direito material, mas também no direito processual.

No caso brasileiro, a criação de mecanismos de facilitação de acesso à justiça (Lei de Assistência Judiciária, proteção aos direitos e interesses coletivos, instituição dos juizados especiais e especializados, e mecanismos alternativos de solução de litígios) desvelou uma intensa demanda reprimida, que anteriormente não chegava ao Judiciário. Todavia, esses mecanismos não satisfazem, por si sós, a questão de acessibilidade ao sistema de Justiça, pois a linguagem do Direito tecnicista e hermética ainda é um entrave para efetivar a ordem jurídica, sobretudo, o direito de acesso à jurisdição.

Ainda que o direito de acesso à jurisdição esteja devidamente protegido no texto constitucional, a ausência de concretização dos princípios correlatos à inafastabilidade da jurisdição, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, não efetivam o direito de estar em juízo. Na medida em que tal direito não implica somente a possibilidade de estar em juízo, mas sim, estar e ter a sua pretensão atendida após a deliberação entre os participantes do processo. Além do mais, o direito à jurisdição trata-se do direito de reclamar a efetividade de um comando, por meio de um processo judicial, que consolida e concretiza os direitos fundamentais (BARACHO, 2008, p. 45-46).

“A concretização dos direitos fundamentais se dá pelo entrelaçamento da autonomia privada daquele que leva a pretensão ao Judiciário e da autonomia pública do juiz, que deverá operar discursivamente” (CRUZ, 2014, p. 231).

Entretanto, mesmo que práticas conciliatórias sejam realizadas nos tribunais brasileiros, visando maior participação discursiva dos afetados no processo, principalmente na Justiça do Trabalho, nas varas de família e nos Juizados Especiais, segundo Paulo César Bezerra, a existência de uma cultura jurídica adversarial e enaltecida do conflito, desestimula o desenvolvimento de práticas alternativas de resolução de litígios (BEZERRA, 2001, p. 246), bem como impede que as decisões judiciais sejam produzidas de forma consensual (procedimento discursivo) por meio de uma linguagem mais acessível.

Essa cultura demandista representa um falacioso exercício de cidadania, na medida em que promove o afastamento das partes, acirra os desentendimentos, e estende o conflito a um futuro indefinido, esgarçando o tecido social (MANCUSO, 2012, p. 59).

Além da cultura demandista, a inefetividade dos direitos fundamentais universais e, sobretudo, a linguagem hermética e tecnicista do Direito agudizam o problema, ainda existente, da população, principalmente, hipossuficiente, ter efetivo acesso à justiça. Na medida em que a sociedade ainda compreende o Direito como “elemento” distante de sua realidade social.

De outra sorte, Miguel Reale compreende que:

O Direito, como ciência, não pode deixar de considerar as leis que enunciam a estrutura e o desenvolvimento da experiência jurídica, ou seja, aqueles nexos que, com certa constância e uniformidade, ligam entre si e governam os elementos da realidade jurídica, como fato social (REALE, 2012, p.58).

Ainda conforme Miguel Reale, “o direito não pode prescindir de elementos claramente determinados, porque sem eles haveria grandes riscos para a liberdade individual” (REALE, 2012, p.57).

Uma provável e possível solução para o problema travado entre as normas colocadas em face dos cidadãos e a ausência de compreensão por eles, em virtude do excesso de tecnicismo jurídico, seria a “capacitação jurídica do cidadão” (SANTOS, 2011, p. 69). Capacitação que prevê a participação do cidadão no processo democrático, seja no processo de criação das normas, como de construção das decisões, utilizando-se do método discursivo/dialético de Habermas.

### **3.1 Mudança Paradigmática: Linguagem do Direito à luz da ação comunicativa Habermasiana.**

Habermas, da segunda geração da escola de Frankfurt, seguindo a linha de Durkheim, Marx e Weber, passou-se a considerar a linguagem como algo independente do mundo da experiência e até mesmo a ela sobreposta, originando o movimento hoje conhecido como giro linguístico. O giro hermenêutico, ou giro linguístico nasce com a proposta de “girar” a parceria das ciências sociais com a linguística e não mais com a economia. (HABERMAS, 2012, p.99)

Para Habermas, citado por Santana:

O direito, por sua vez, se encontra objetivado em linguagem. A linguagem é elemento essencial do seu ser e toda norma em sentido amplo é um ato de fala. A norma jurídica vista pelo prisma do ato de fala demonstra o caráter fundamental exercido pela linguagem no interior do sistema do direito positivo. Sabendo-se, portanto, que o direito é fenômeno essencialmente de comunicação, quer se trate de seu caráter prescritivo ou descritivo, a aplicação da semiótica contribui para que se atualize e contextualize o desempenho no ordenamento jurídico, no nível sintático (refere-se às relações formais entre si), nível semântico (envolve as relações de significado entre as normas e as condutas intersubjetivas disciplinadas) e nível pragmático (tratam das relações significantes com seus interpretantes, neste caso, os usuários do discurso normativo). (SANTANA, 2017)

O giro linguístico tornou-se mais evidente, na teoria da ação comunicativa de Habermas, que compreende o procedimento discursivo da seguinte maneira:

(...) todo o poder político seja deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir tratamento racional de questões políticas (HABERMAS, 2012, p.213).

Isso porque a democracia é definida por um “regime político que institucionaliza a participação de todo o povo na organização e exercício do poder político, mediante a intercomunicação e o diálogo permanente entre governantes e governados” (VERDÚ, 1986, p. 242), Estado e sociedade, magistrado e jurisdicionado. Para tanto, a ciência do Direito, segundo o pensamento habermasiano, deverá se aproximar, inclusive do senso comum.

No caso do processo judicial, o diálogo permanente entre magistrados e jurisdicionados deve ser garantido como fundamento democrático (SANTOS, 2011, p. 70), sobretudo, como forma de ampliar e efetivar o acesso ao sistema de justiça.

Apenas através de um processo capaz de produzir uma decisão legítima, mediante a presença do contraditório e da ampla defesa, é que a discursividade pode se fazer presente, levando à “coerção” do melhor argumento, como afirma Habermas (Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso) (FERNANDES, 2013, p. 444).

Portanto, com a capacitação jurídica do cidadão via o procedimentalismo habermesiano, o Direito “converte-se de um instrumento hegemônico das partes e despolitização dos conflitos a uma ferramenta contra hegemônica de baixo para cima como estratégia de luta” (SANTOS, 2011, p. 769), seja no campo de criação das normas como de construção das decisões judiciais. Isso porque o procedimentalismo habermasiano seria uma forma de integrar o cidadão à linguagem do Direito, de modo a permitir-lhe melhor conhecimento deste. A partir de então, “os cidadãos veem a si próprios não apenas como destinatários do direito, mas também como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica” (CITTADINO, 2000, p. 209).<sup>5</sup>

Logo, o procedimentalismo habermasiano possibilita que a sociedade tenha alargada sua cidadania, no sentido de ser legitimada a participar dos processos decisórios públicos, seja no âmbito administrativo, legislativo ou judicial. Consequentemente, os consensos construídos na esfera pública repercutirão no âmbito privado devido a permanente ligação entre a esfera pública e a privada.

As autonomias privada e pública pressupõem-se reciprocamente. O nexo interno da democracia com o Estado de direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças à autonomia privada assegurada de modo igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia privada se eles, como cidadãos, fizerem um uso adequado da sua autonomia política (HABERMAS, 2001, p. 148/149).

A liberdade e as autonomias pública e privada são imprescindíveis à implementação do procedimento discursivo. Destarte, somente haverá liberdade e autonomia do cidadão se lhe for permitido compreender a significação dos ditames legais, afastando-se sua robustez e dificuldade de entendimento, os quais, somente serão legítimos se forem criados com a participação dos cidadãos, destinatários do direito, em sua confecção, efetivando o procedimento discursivo habermasiano.

Contudo, a participação dos indivíduos no debate público, e no caso do processo judicial com o permanente diálogo entre Estado-juiz e jurisdicionado, somente é possível à medida que as decisões do mundo jurídico se tornem factíveis

---

<sup>5</sup> Citado por CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Democrática**. 2º ed. Rev. e Ampl. Atual. Emenda Constitucional nº.45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 229.

(legais) e válidas (adequabilidade ao caso concreto) como condições necessárias para legitimar o sistema jurídico (HABERMAS, 1997, p. 146-147).

O procedimento dialético visa enaltecer um Direito dúctil e dinâmico (ZAGREBELSKY, 1995, p. 153) de construtos consensuais entre Estado-juíz e sociedade. Logo, vislumbra-se um ordenamento jurídico como um conjunto de textos abertos à interpretação pelos afetados (HÄBERLE, 1997, p. 30).

Todavia, o procedimento habermesiano é limitado pelo “princípio do discurso”, isto é, pelos direitos fundamentais universais – Direitos humanos (CRUZ, 2014, p. 233). A partir disso, o discurso jurídico de aplicação (jurisdição) não pode ser utilizado ilimitadamente, pois tem como fundamento os direitos fundamentais assegurados. Condição que legitima a utilização do procedimento habermesiano na *práxis* judicial.

Esta mudança na *práxis* judicial com o uso de uma linguagem mais acessível pelo procedimento dialético além de aprimorar o efetivo acesso à Justiça, propiciaria maior participação das partes e seu empoderamento, simplificaria os atos processuais, promoveria uma educação do jurisdicionado para a cidadania (REPOLÊS, 2012, p. 235), bem como reveria a questão da estética do direito no que tange a sua linguagem fria e hermética.

O plexo que caracteriza a estética do direito, sobretudo a linguagem, não deve ser repensado do ponto de vista de uma reforma legislativa. Mesmo porque a *nomocracia*<sup>6</sup> não vem apresentando, desde o século passado, os resultados esperados (MANCUSO, 2011, p. 52) frente à rápida mudança social. Logo, o uso, nos tribunais e fora dele, de uma linguagem do direito mais acessível à população, e por sua vez, a utilização de um procedimento discursivo na prática jurisdicional, não necessita de reformas legislativas. Como revisitado, requer um novo *modus operandi* dos operadores do direito, no sentido de utilizarem, sobretudo nas contendas judiciais, o procedimento discursivo habermesiano através de uma linguagem menos hermética.

No Brasil critica-se veementemente a suposta inaplicabilidade da teoria de Habermas ao contexto nacional, na medida em que o proceduralismo do autor teria sido desenvolvido num (e para) outro contexto ao qual o Brasil não se insere, qual seja, o dos países desenvolvidos. Lenio Streck é um desses

---

<sup>6</sup> “Nomocracia (tendência a responder aos problemas com novas normas)”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 52.

autores que defendem a inidoneidade da tentativa de concretização da proposta habermasiana em nosso país, na medida em que o autor alemão teria desenvolvido suas ideias tomando uma acepção universalista de sociedade e, por conseguinte, de constitucionalismo, sem ter considerado os diferentes estágios político-culturais das diferentes nações. Para cada contexto nacional, segundo Lenio Streck, dever-se-ia desenvolver uma sistemática teórica própria, sob pena de cair-se em abstrações de pouca ou nenhuma concretização prática efetiva. O agir comunicativo, para Habermas, é imprescindível à efetivação de um pluralismo político atinente aos mandamentos do Paradigma do Estado Democrático de Direito em que se pressupõe a liberdade e a autonomia de todos os sujeitos que irão desempenhar sua função na dialética discursiva com o desiderato de se chegar ao consenso democrático. Lenio Streck, não sem razão, entende que em um país como o Brasil, em que os instrumentos de poder e de dominação se manifestam em seu paroxismo, estando em níveis muito mais elevados do que os encontrados em democracias consolidadas há mais tempo, como os EUA, por exemplo, o agir comunicativo de Habermas se transformaria em algo difícil de ser concretizado. É notório que a igualdade material de todos os cidadãos está longe de ser uma realidade no Brasil, o que, de fato, dificulta em muito a aplicação da dialética discursiva de Habermas em sua plenitude, dado que o agir comunicativo só se efetiva com a plena liberdade de todas as forças participantes do discurso. O pluralismo político, porém, deve ser encarado como uma norma programática, ou seja, não precisa ser plenamente concretizado no estágio atual em que a sociedade brasileira se encontra. Por ser norma programática, o pluralismo político deve ser um objetivo a ser cumprido, devendo ser constantemente aprimorado. Para ver as críticas do autor, consultar (STRECK, 1999. p. 150-171).

A concretização de uma democracia efetiva só se dá com um agir comunicativo livre, autônomo e racional entre os diversos sujeitos por meio de uma linguagem acessível.

Nesse *agir comunicativo*, a autonomia privada, a autonomia pública e os direitos fundamentais se pressupõem mutuamente (HABERMAS, 2003, p.116-135). Na falta ou mesmo na presença insuficiente de um desses elementos, esse procedimento discursivo essencial à democracia será afetado, ocasionando uma ilegitimidade de suas decisões e a falha no processo discursivo habermesiano. Uma lei editada, pois, num contexto antidemocrático e autoritário, no qual a presença da autonomia pública, da autonomia privada e dos direitos humanos sejam inexistentes, ou incipientes, será precária e carente de legitimidade dentro das premissas do constitucionalismo atual e do procedimentalismo discursivo habermasiano.

Um novo *modus operandi* (cultura jurídica) dos operadores do direito através do procedimento dialético além de propiciar maior acesso ao sistema de justiça, na medida em que o potencial jurisdicionado terá mais consciência dos seus deveres e direitos, proporcionará que o Judiciário seja utilizado de forma mais prudente. Logo, problemas como sobrecarga de processos no Judiciário e as altas taxas de

congestionamento nos tribunais também serão atenuados, em virtude do uso racional pela população.

Uma cultura jurídica utilizadora de uma linguagem menos tecnicista e de procedimento dialógico deve ser repensada de forma “cíclica e orquestrada”. De maneira a modificar desde o ensino jurídico, bem como a formação permanente dos juízes, dos advogados (público e privado) e dos demais integrantes do sistema de justiça; pois propor mudança da cultura dos operadores do direito sem iniciá-las nas faculdades de Direito tornaria improfícuo.

Boaventura de Souza Santos adverte sobre a necessidade de reforma dos planos pedagógicos do ensino jurídico brasileiro, substituindo-o por um ensino de cunho construtivista, atrelado a uma formação mais humanística, que prime não apenas por formar um profissional do Direito (técnico-dogmático), mas um cidadão preocupado com as questões sociopolíticas do País; acrescentando que deve haver uma formação baseada em uma “ecologia de saberes”, fundada no reconhecimento da pluralidade de conhecimentos heterogêneos – científicos e não científicos –, teóricos e práticos (SANTOS, 2003, p. 56), buscando fomentar uma cultura jurídica democrática e utilizadora de práticas emancipatórias do Direito, que se oriente ao maior envolvimento e participação dos cidadãos por meio de procedimentos discursivos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Direito, assim como outras manifestações culturais, necessita de meios corpóreos de expressão, tais como os símbolos e a linguagem, conforme nos ensina o eminente jurista germânico, Gustav Radbruch. No entanto, a linguagem jurídica tem-se mostrado ineficiente à expressão da ciência do Direito, visto ser uma linguagem robusta, hermética e de difícil compreensão, até mesmo para os estudiosos do Direito.

Diante de tal dificuldade, resta prejudicado o direito fundamental de acesso ao sistema de justiça, pois, não compreendendo o texto normativo em sua totalidade, não é possível ao cidadão/jurisdicionado buscar a efetivação de seus direitos e garantias fundamentais. O acesso à jurisdição não se esgota no mero ajuizamento da

ação, sendo imprescindível a garantia ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, algo possível somente se ao cidadão lhe for dada a possibilidade de conhecer seus direitos e deveres.

Como forma de solucionar referida questão devem ser utilizados os ensinamentos de Jurgen Habermas, para quem a democracia, apesar de constituir-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, somente se efetiva por meio de uma ética discursiva fomentada pelas premissas do *agir comunicativo* com vistas à legitimação das decisões. Essa legitimação se realiza por meio de um procedimento dialógico e racional calcado nos elementos da liberdade (autonomia pública e privada) e direitos humanos. As normas jurídicas, pois, dentro das premissas paradigmáticas do Estado Democrático de Direito, somente encontram legitimação por meio desse procedimento discursivo, tendo em vista a participação popular em sua confecção, havendo, portanto, um discurso entre criador e destinatário do direito.

Para que haja uma plena legitimação das normas jurídicas no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso que tais normas sejam fruto de um consenso racional obtido como resultado de um procedimento comunicacional livre, no qual todos os agentes do discurso sejam dotados de liberdade e do gozo dos direitos humanos. Essa liberdade, para Habermas, corresponde às autonomias públicas e privadas, ou, na concepção do autor, à liberdade dos modernos e a liberdade dos antigos, respectivamente.

#### **ABSTRACT**

Based on the studies of Gustav Radbruch on the Aesthetics of Law, more precisely, by using the criticism made by the author to Germanic language used by the Law, will be analyzed the importance of language as a form of mechanism catalytic converter or damaging the access to the justice system. A possible solution to this problem, namely the exclusion of claimants due to the strength of legal language, would be the use of Habermas' procedure, which is guaranteed participation of the parties of the right in the judicial process, enabling decisions to be built consensus for a more accessible language. **Keywords:** Law aesthetics; Legal Language; Gustav Radbruch; Access to justice; Discursive procedure; Habermas.

#### **REFERÊNCIAS**

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Biografia resumida de Gustav Radbruch. Autoria desconhecida. Disponível em: [http://www.valorjustica.com.br/introducao\\_introducao.htm](http://www.valorjustica.com.br/introducao_introducao.htm). Acesso em 16 fev. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática: atualizada pela Emenda Constitucional n.45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009**. – 2. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia?** In: PANDOLFI, Dulce at alli. Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas. 1999.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. – 5. Ed. Revista, ampliada e atualizada até a EC nº 71 de 29/12/2012 e consonância com a jurisprudência do STF. Salvador: Jus PODIVM, 2013.

HABERMAS, Jurgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva – São Paulo: Literatura Mundi, 2001.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução por: Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – 8.ed.rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia**. Tradução de Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PORTO, Mário Moacyr. **Estética do direito**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 69, n.541, p.11/16, Nov, 1980.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen; revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. – 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Filosofia do Direito**. Tradução e introdução de Prof. Jacy de Souza Mendonça. Disponível em: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/GRadbruchIntrod.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GRadbruchIntrod.pdf). Acesso em: 14 fev. 2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Sociologia do Direito**. In: BROCHADO, Mariá (org.). Magistratura: noções gerais de Direito e formação humanística. Niterói: Impetus, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTANA, Samene Batista Pereira. **A linguagem jurídica como obstáculo ao acesso à justiça. Uma análise sobre o que é o Direito engajado na dialética social e a consequente desrazão de utilizar a linguagem jurídica como barreira entre a sociedade e o Direito/Justiça**. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12316&revista\\_caderno=24](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12316&revista_caderno=24). Acesso em: 27 de nov. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 65, maio 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais na sociedade contemporânea: O caso português**. 2. ed. Porto: Afrontamentos, 1996.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e (m) Crise**. São Paulo: Livraria do Advogado, 1999.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de derecho político**. Madrid, Tecnos, 1986.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.