

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
MESTRADO EM DIREITO

José Antonio de Albuquerque Filho

**DIREITO À SAÚDE E O DEVER DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA
ABORDAGEM TRANSDISCIPLINAR ANCORADA NA ANÁLISE CRÍTICA
DO DISCURSO JURÍDICO**

RECIFE

2011

JOSÉ ANTONIO DE ALBUQUERQUE FILHO

**DIREITO À SAÚDE E O DEVER DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA
ABORDAGEM TRANSDISCIPLINAR ANCORADA NA ANÁLISE CRÍTICA DO
DISCURSO JURÍDICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP,
como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Virgínia Colares

RECIFE

2011

A345d Albuquerque Filho, José Antonio de
Direito à saúde e o dever da fundamentação jurídica : uma
abordagem transdisciplinar ancorada na análise crítica do discurso
jurídico / José Antonio de Albuquerque Filho ; orientadora Virgínia
Colares, 2011.
154 f. : il.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco.
Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas,
2011.

1. Direito à saúde. 2. Análise do discurso. 3. Direito Constitucional.
4. Processo civil. I. Título.

CDU 342.7

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

**DIREITO À SAÚDE E O DEVER DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA
ABORDAGEM TRANSDISCIPLINAR ANCORADA NA ANÁLISE CRÍTICA DO
DISCURSO JURÍDICO**

JOSÉ ANTONIO DE ALBUQUERQUE FILHO

Dissertação defendida e aprovada em 23 de março de 2011, como requisito final à obtenção do título de Mestre em Direito, pela Banca Examinadora formada pelos seguintes Professores:

Banca Examinadora:

Presidente e Orientadora: Prof^a. Dr^a. Virgínia Colares - UNICAP

Examinador Interno: Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos - UNICAP

Examinador Interno: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira - UNICAP

Examinadora Externa: Prof^a. Dr^a. Maria Virgínia Leal - UFPE

AGRADECIMENTOS

Somos mais um, entre outros sujeitos sociais, representando um conjunto de ideias, palmilhando cada conquista. Como não deixar de agradecer a todas as vozes que contribuíram primária ou secundariamente na construção dessa dissertação.

Agradeço a Deus, fonte inesgotável de luz, que, por meio de sua infinita bondade, proporcionou a realização dessa dissertação.

À Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, Coordenação Geral de Pós-Graduação, Pró-Reitoria Acadêmica, Secretaria do Mestrado, pela oportunidade e sonho conquistados.

À Prof^a. Dra. Virgínia Colares, pelos ensinamentos, proporcionando a todos os seus alunos crescimento intelectual e profissional. Obrigado pela determinação e competência com que coordenou brilhantemente o grupo de pesquisa Linguagem e Direito, bem como a orientação dessa dissertação. Meus sinceros agradecimentos, na certeza de que nosso diálogo já tenha sido iniciado.

Aos professores Elias de Moura Rocha, Lúcio Grassi, Alexandre Pimentel, Cláudia Roesler, Marília Montenegro, Jayme Benvenuto, Sérgio Torres, Gustavo Ferreira Santos, João Paulo Allain Teixeira, Leonardo Cunha e Virgínia Colares, meu reconhecimento e gratidão.

À Prof^a. Mirian de Sá Pereira, pela confiança e por fazer parte da minha formação acadêmica, despertando meu interesse na pesquisa científico-empírica.

Ao Professor Pierino Sani (*in memoriam*), pelo exemplo de vida.

A toda equipe de profissionais da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, meu agradecimento.

À minha esposa Érika Marinho, pelo amor e compreensão.

Aos meus filhos Sofia e Heitor, pela pureza e singularidade.

Aos meus pais, José Antonio e Maria Antoniêta, por terem acreditado.
Obrigado pelo apoio incondicional.

A Marinho e Sonia, meus sogros, por estarem sempre presentes.

Aos meus familiares Sávio e Kassandra, Letícia Teresa e Camillo, Arcanjo Neto e Corrinha, Marcelo, Elanny, Pedro e Júlia, Jyri, Erla e Breno, Elisse e Eduardo, pelo carinho.

A Renê Patriota, pela força e determinação.

A Ivana, Kássia, Fátima e Suely, agradeço pela torcida.

Aos meus amigos da quinta e sexta turmas do Mestrado, em especial: Pablo, Emília, Thays, Saulo, Adelmy, Nayara, Jadelmiro, Antonio Carlos, Jair, Flávio Porpino, Geraldo, Maurício, Custódio, Vinicius, Cristiano, Nicolas, Arnaldo e Ricardo, obrigado pela amizade construída, pelas palavras de incentivo e estímulo.

A todos aqueles que, direta ou indiretamente, colaboraram para que essa dissertação se tornasse realidade. O meu eterno agradecimento!

Dedico este trabalho à minha esposa Érika Marinho, fonte de amor, virtude e sabedoria, e aos meus filhos Sofia e Heitor, como representação da mais pura forma de amor.

RESUMO

A presente dissertação situa-se no âmbito do direito processual civil brasileiro, do direito constitucional brasileiro e da análise crítica do discurso, no que se refere aos assuntos fundamentação jurídica e direito à saúde. O objetivo geral consiste em investigar as marcas da intencionalidade na superfície textual de duas decisões interlocutórias prolatadas por dois magistrados distintos sobre o mesmo caso concreto num lapso de tempo de aproximadamente 48 horas entre ambas. Busca-se, ainda, analisar de que forma se opera a ideologia subjacente aos dizeres dos magistrados e o grau de subjetividade referente às diversas maneiras como eles-enunciadores utilizam-se do texto escrito para a realização de seus argumentos persuasivos, considerando a relação existente entre o texto, o cotexto e o contexto situacional. O processo enunciativo evidencia a fundamentação jurídica, estabelecendo entre os interlocutores um jogo linguístico. O *corpus* da pesquisa é constituído de um despacho e duas decisões interlocutórias. A metodologia adotada situa-se no domínio da Análise Crítica do Discurso (ACD), com ênfase nos efeitos ideológicos e políticos do discurso, verificando como os elementos linguísticos apontam a orientação argumentativa pretendida nas decisões interlocutórias. A análise crítica do discurso possibilita observar se as decisões interlocutórias foram juridicamente fundamentadas ou se apresentam deficientes, a partir da identificação dos operadores argumentativos e dos modalizadores epistêmicos, situados no eixo da crença de quem enuncia. Como resultados, foi possível identificar uma classe argumentativa, a partir do modelo teórico desenvolvido por Ducrot, baseada nas escolhas verbais dos magistrados, evidenciando o compromisso e o grau de intencionalidade de cada um.

Palavras-Chave

Análise Crítica do Discurso – Fundamentação Jurídica - Acesso ao Direito à Saúde

ABSTRACT

The present dissertation is a study of the legal fundamentals and the right to health considering the Brazilian Constitutional law, Brazilian Civil Procedure and Critical Discourse Analysis. The general objective consists in investigating the intentions of two judges in the text of their judicial orders and decisions about the same issue in different cases in a period of approximately 48 hours between them. We also analyzed the subjacent ideology in the written words of the judges and the level of subjectivism referring to the different ways they – enunciators - utilized the text to the accomplishment of their persuasive arguments considering the existent relation between the text, the co-text and the context. We intended to demonstrate how the enunciative process turns evident the legal fundament establishing between the interlocutors of the linguistic game. The body of the research is constituted of a written judicial order and of two decisions. The methodology adopted considered the dominium of the critical discourse analysis (CDA) with emphasis in the political and ideologic discourse verifying how the linguistics elements conduce to the pretended argumentative orientation in the judicial orders analyzed. The critical discourse analysis makes possible to observe if the decisions were legally fundamented or if there is a deficiency considering the identification of the argumentative operators and of the epistemic models situated in the axis of the subjective idea of who enunciate it. The results found made possible to identify a class of arguments considering the theoretical model developed by Ducrot based in the verbal choices of the judges that turns evident their compromise and the level of intention of each judge.

Key words:

critical discourse analysis – legal fundament - access to the right of health

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACJD – Análise Crítica do Discurso Jurídico

ACD – Análise Crítica do Discurso

AD – Anáfora Direta

ACP – Ação Civil Pública

Art. – Artigo

AE – Anáfora Encapsuladora

AI – Anáfora Indireta

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

C.A – Classe Argumentativa

CF – Constituição Federal

Cf. – Conferir, Conforme

Coords. - Coordenadores

CPC – Código de Processo Civil

DFS – Direitos Fundamentais Sociais

DI – Decisão Interlocutória

E.A – Escala Argumentativa

LT – Linguística do Texto

OD – Objetos-de-discurso

Orgs. - Organizadores

p. – página

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TJPE – Tribunal de Justiça de Pernambuco

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

vol. – Volume

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	viii
SUMÁRIO	x
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 – ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO JURÍDICO (ACDJ) E O MODELO TRIDIMENSIONAL DO DISCURSO PROPOSTO POR FAIRCLOUGH .	17
1.1 Pontos de partida	17
1.2 Texto, cotexto, contexto situacional e hipertexto	21
1.3 Coesão textual e coerência	23
1.4 Enunciação, modalização e operadores argumentativos	29
CAPÍTULO 2 - A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS DECISÕES JUDICIAIS E SUA INTERFACE COM A LINGUAGEM	35
2.1 Pontos de partida	35
2.2 O dever da fundamentação jurídica das decisões judiciais como garantia constitucional: aspectos endoprocessual e exoprocessual	38
2.3 Fundamentação jurídica da decisão interlocutória: o modo pelo qual se opera a ideologia nos argumentos emitidos pelo enunciador	45
2.4 Diferença entre fundamentação jurídica concisa e deficiente (mal fundamentada)	51
CAPÍTULO 3 - UMA RECONSTRUÇÃO DISCURSIVA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O DIZER COMO JOGO LINGUÍSTICO NOS DISCURSOS JURÍDICOS DAS DIs 01 e 02	55

3.1 Pontos de partida	55
3.2 A judicialização dos direitos fundamentais à saúde e as relações de heterogeneidade evidenciadas nos fundamentos jurídicos das DIs 01 e 02 ...	56
3.3 A efetividade do direito fundamental à saúde em face dos argumentos da não-intervenção do direito público na esfera privada e da reserva do possível: quanto custa sua vida?	64
3.4 O direito ao acesso à saúde de pessoas carentes e o ativismo judicial processual: a interdiscursividade entre o conteúdo do mínimo existencial estabelecido na DI 02 e o contexto situacional	75
CAPÍTULO 4 - ASPECTOS METODOLÓGICOS	83
CAPÍTULO 5 - ANÁLISE DO DESPACHO E DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS	89
5.1 Pontos de partida	89
5.2 Análise do Despacho	89
5.3 Análise da Decisão Interlocutória – Primeira Decisão	98
5.4 Análise da Decisão Interlocutória – Segunda Decisão	124
CAPÍTULO 6 – RESULTADOS E DISCUSSÕES	133
CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
REFERÊNCIAS	139
ANEXOS	148

Que importa que ao chegar eu nem pareça pássaro.

Que importa que ao chegar eu venha me arrebatando, caindo aos pedaços, sem apuro e sem beleza.

Fundamental é cumprir a missão e cumpri-la até o fim¹.

¹ Escritos de Dom Helder Câmara *apud* CORDEIRO, Betânia Silva. **As canções de Luiz Gonzaga sob o olhar da análise crítica do discurso (ACD)**. 159 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Linguagem) – Universidade Católica de Pernambuco, 2008, p. 10.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho diz respeito ao discurso jurídico, no que se refere à maneira pela qual os aspectos axiológicos do magistrado aparecem na superfície textual da decisão judicial e, conseqüentemente, refletem no contexto sociopolítico.

A motivação inicial para a dissertação partiu da necessidade de se utilizar nas pesquisas jurídicas novas perspectivas determinadas pelo princípio da transdisciplinaridade. A possibilidade de transgressão das fronteiras jurídicas, no intuito de construir soluções possíveis para problemas complexos, é tema corrente nos dias atuais e nos faz reclamar por uma coerência da realidade.

Para tanto, trilhamos o caminho da linguística com a finalidade de esclarecer a hipótese da pesquisa, qual seja: se o magistrado decide a partir de sua própria subjetividade, então o acesso ao direito à saúde depende da relação entre a intencionalidade de seu dizer e o contexto situacional.

Nesse âmbito, portanto, observamos que o direito por si só não oferece respostas para os conflitos sociais atuais, sendo necessária a utilização de outras metodologias, a nos nortear e desvendar as orientações persuasivas dos enunciados argumentativos.

Destarte, é importante trabalhar com o direito, no campo de sua atuação, na interface da linguística, analisando criticamente o discurso jurídico. Na interconexão dessas duas disciplinas é possível investigar as marcas da intencionalidade do enunciador na superfície textual da decisão judicial.

Busca-se, ainda, observar de que forma se opera a ideologia subentendida nos enunciados persuasivos dos magistrados e o grau de intencionalidade referente às diversas maneiras como eles se utilizam do texto escrito para a realização de seus dizeres.

É evidente que o discurso jurídico se perfaz numa linguagem persuasiva de poder e manipulação. As técnicas de manutenção do poder são utilizadas dentro de um jogo linguístico, onde os interlocutores exercem no processo enunciativo os papéis que lhes são destinados, dentro do universo social, cultural e jurídico.

Nesse contexto, apresenta-se o estudo organizado em duas partes, a Fundamentação Teórica e a Análise. Ao todo são seis capítulos interconectados em função da progressão textual, com as devidas e necessárias retomadas, às vezes, com repetições de elementos textuais.

Um texto adequado deve retomar suas expressões, seus conceitos e suas ideias, uma vez que cada progressão recupera aquilo que já foi referido para remeter ao que será dito.

A primeira parte, formada pelos capítulos um, dois e três, apresenta a revisão de literatura que fundamenta teoricamente a análise, ou seja, os pressupostos teóricos que compõem o arcabouço sobre o qual se constrói a análise crítica. Para tanto, no primeiro capítulo utilizamos como marco teórico a Análise Crítica do Discurso – ACD, cujo suporte se relaciona com as análises que dão conta das relações de poder e discriminação manifestadas através da linguagem.

Ainda no primeiro capítulo, trabalhamos com as dimensões do modelo tridimensional do discurso, proposto por Fairclough: texto, prática discursiva e prática social, bem como em Ducrot, a noção de operadores argumentativos, que são conectivos indispensáveis para a articulação e progressão textuais. No que se refere à linguagem de texto e à construção de seu sentido, recorreremos a Marcuschi e a Koch, a qual cita Beaugrande e Dressler. Na seção referente à enunciação e modalização, Pinto oferece um estudo das marcas linguísticas da enunciação utilizadas como ferramentas nas análises de discursos.

No segundo capítulo, a fundamentação jurídica das decisões judiciais é observada na interface com a linguística, promovendo o princípio da transdisciplinaridade, ancorado na dissertação. Adotamos o dever de fundamentação jurídica como garantia constitucional, realçando os aspectos endo e exoprocessual.

Ainda no segundo capítulo, trabalhamos especificamente com a decisão interlocutória, apresentando a diferença entre fundamentação jurídica concisa e deficiente, bem como o modo como se opera a ideologia nos enunciados do emissor.

A seguir, o terceiro capítulo traça um panorama sobre os direitos fundamentais à saúde e a ideia de juridicização, enfocando especificamente o ativismo judicial processual e o acesso do direito à saúde de pessoas carentes . Este capítulo cuida também das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, todas observadas na interface do direito e da linguística.

A segunda parte da dissertação é dedicada aos aspectos metodológicos, capítulo quarto, à análise do *corpus*, capítulo quinto, e aos resultados e discussões, capítulo sexto. Assim sendo, no capítulo quarto, especificamente, é apresentada a metodologia da pesquisa, ancorada na Análise Crítica do Discurso (ACD), bem como os elementos linguísticos e as etapas metodológicas seguidas.

O quinto capítulo refere-se à análise crítica do *corpus*, constituído de um despacho e de duas decisões interlocutórias. Nesse sentido, a análise investiga, em cada decisão interlocutória, se houve fundamentação jurídica ou não, caracterizando uma má fundamentação ou uma fundamentação deficiente.

Os resultados e as discussões são mencionados no sexto capítulo, onde podemos identificar o campo semântico, a classe argumentativa e o grau de intencionalidade utilizados pelos magistrados B e C nas decisões interlocutórias de suas autorias. Para tanto, optamos por analisar os verbos de percepção e material elencados nos textos jurídicos e o modo como eles são usados para determinar o sentido do enunciado, considerando o nexos com o contexto situacional.

Finalizando a dissertação, temos as considerações finais, nas quais discorreremos sobre a importância e contribuição deste trabalho para a Academia e para o mundo jurídico, enfatizando-se que o caminho possível, diante da complexidade social, é o da transdisciplinaridade.

Logo após as referências das obras citadas no corpo da dissertação, podemos visualizar o anexo, contendo o despacho e as duas decisões interlocutórias, documentos autênticos que constituíram o *corpus* do presente trabalho.

O dizer não é propriedade particular. As palavras não são só nossas. Elas significam pela história e pela língua. (...) O sujeito diz, pensa que sabe o que diz, mas não tem acesso ou controle sobre o modo pelo qual os sentidos se constituem nele².

² ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso**: princípios e procedimentos. 4. ed. São Paulo: Pontes, 2002, p. 32.

CAPÍTULO 1 - ANÁLISE CRÍTICA³ DO DISCURSO JURÍDICO (ACDJ)⁴ E O MODELO TRIDIMENSIONAL DO DISCURSO PROPOSTO POR FAIRCLOUGH

1.1 Pontos de partida

O termo Análise Crítica do Discurso (ACD) explicita o movimento direcionado a analisar criticamente as relações de poder manifestadas na linguagem, especificamente no discurso. Para Wodak, a ACD é uma “agenda de pesquisa”, um modelo que se estabeleceu no interior da linguística⁵. A ACD não é uma teoria pura da linguística, não é método de pesquisa e nem se propõe a tal finalidade, antes, apresenta-se como uma proposta teórico-metodológica transdisciplinar⁶, que busca identificar, na superfície dos textos, as evidências, que muitas vezes se encontram no plano do implícito ou do subentendido⁷, das relações de poder e ideologia e suas implicações nos contextos sociais mais complexos. A relação da ACD com outras áreas do conhecimento revela o seu caráter transdisciplinar, possibilitando diversas pesquisas, onde o objeto de estudo é compreendido na interação com outras disciplinas⁸.

³ “O termo crítica é usado para indicar que esta forma de análise linguística tem como objetivo expor os laços ocultos entre linguagem, poder e ideologia”. COLARES, Virgínia. **Direito à imagem e os jogos de linguagem**: no limiar entre o discurso oficial e o discurso oficioso. Disponível em: http://www.jfce.gov.br/internet/esmafe/material_Didatico/documentos/discursoJuridicoDecisao/07-direitoImagemJogosLinguagem-VirginiaColares.pdf. Acesso em: 19 fev. 2011, p.5.

⁴ Esta denominação foi utilizada pela primeira vez para nomear a disciplina ministrada pela Profª. Drª. Virgínia Colares no Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), conforme consta nas informações fornecidas a CAPES.

⁵ WODAK, Ruth. Do que trata a ACD – um resumo de sua história, conceitos importantes e seus desenvolvimentos. **Revista Linguagem em (Dis)curso**. vol. 04, 2004, p. 04.

⁶ Essa proposta contribui para o aprofundamento das pesquisas científicas, frente às novas demandas sociais. A ideia de transdisciplinariedade convida o pesquisador a trilhar entre as disciplinas, em busca de caminhos possíveis às atuais situações complexas existentes. Basarab Nicolescu define transdisciplinaridade como uma “transgressão das fronteiras entre as disciplinas”. NICOLESCU, Basarab. **O Manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999, p. 9.

⁷ “O subentendido é construído como uma explicação da enunciação, em que o locutor apresenta seus atos de linguagem como um enigma a ser decifrado”. KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Argumentação e linguagem**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 25.

⁸ Para Fairclough, há uma necessidade de desenvolver abordagens para análise de texto através de um diálogo transdisciplinar com as perspectivas sobre a linguagem e o discurso na teoria social e da pesquisa a fim de desenvolver a nossa capacidade de analisar textos como elementos em processos sociais. Tradução livre do original: “There is a need to develop approaches to text analysis through a **transdisciplinary** dialogue with perspectives on language and discourse within social theory and research in order to develop our capacity to analyse texts as elements in social processes”. FAIRCLOUGH, Norman. **Analysing Discourse**: textual analysis for social research. London; New York: Routledge, 2009, p. 6.

A Análise Crítica do Discurso não é, na verdade, uma diretriz, uma escola nem uma especialização semelhante a tantas outras “abordagens” nos estudos discursivos. Antes, a ACD objetiva oferecer um “modo” ou uma “perspectiva” diferente de teorização, análise e aplicação ao longo de todos os campos⁹.

O objeto da análise crítica é o discurso, que será utilizado considerando a linguagem como prática social e não na perspectiva individual das abordagens tradicionais da linguística. O discurso constitui o ser humano e suas relações interacionais com o mundo, contribuindo para a construção da realidade historicamente situada em todas as dimensões da estrutura social. Nesse sentido, o discurso é uma forma de prática social, “não apenas de representação do mundo, mas de significação do mundo, constituindo e construindo o mundo em significado”¹⁰.

As ações desenvolvidas pelos sujeitos sociais¹¹ na construção das práticas sociais revelam o discurso jurídico adotado no processo de significação comunicativa. O discurso jurídico possui elementos, recursos linguísticos e atores sociais específicos com a finalidade de construir eventos comunicativos¹², estabelecendo relações de poder. Nesse sentido, o discurso jurídico opera e revela o modo como as estratégias linguísticas são utilizadas para fomentar essas relações de poder.

Nesse contexto, a Análise Crítica do Discurso (ACD) emerge como uma agenda de trabalho¹³ transdisciplinar, com a finalidade de romper com os

⁹ DIJK, Teun A. van. **Discurso e poder**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 114.

¹⁰ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 91.

¹¹ O sujeito ou ator social é constituído através de seu discurso. As escolhas discursivas do ator ocorrem de acordo com os seus valores e se estabelecem semanticamente num processo interacional entre os interlocutores. Nesse sentido, o texto, as práticas discursiva e social se complementam e suas funções ocorrem simultaneamente, transformando o indivíduo em sujeito social.

¹² Os eventos comunicativos constituídos pelo discurso jurídico são interdisciplinares. Para Colares, “a Justiça é um fenômeno interdisciplinar. Nenhum postulado teórico isolado seria suficiente para abordar todos os seus aspectos”. COLARES, Virgínia. **A decisão interpretativa da fala em depoimentos judiciais**. 1992. 199 f. Dissertação (Mestrado em Linguística) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1992, p. 05.

¹³ Nesse sentido conferir: MEYER, Michael. Entre la teoría, el método y la política: la ubicación de los enfoques relacionados con el ACD. In: WODAK, Ruth; MEYER, Michael (Orgs.). **Métodos de análisis crítico del discurso**. Barcelona-Espanha: Gedisa Editorial, 2003, p. 35.

paradigmas epistemológicos, desnaturalizando as relações de poder através das estratégias linguísticas existentes no discurso jurídico (estratégias discursivas¹⁴). “Então, a desconstrução ideológica de textos que integram práticas sociais pode intervir de algum modo na sociedade, a fim de desvelar relações de dominação”¹⁵.

O modo como a ACD se apresenta insere-se no modelo tridimensional do discurso desenvolvido por Fairclough, que compreende simultaneamente a análise do texto¹⁶, da prática discursiva e da prática social. Logo após, podemos visualizar uma figura apresentada por Fairclough, indicando a concepção tridimensional do discurso. Observem que o texto é envolvido pelas práticas discursiva e social, estabelecendo-se como uma unidade de sentido, suscetível de interpretação.

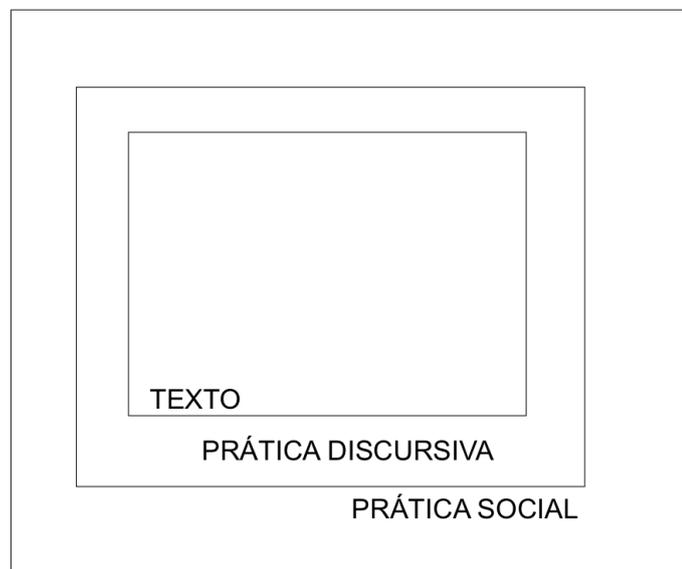


Figura 1 – Concepção tridimensional do discurso em Fairclough¹⁷

¹⁴ “As estratégias discursivas são os processos cognitivos e interacionais utilizados na produção e compreensão dos enunciados implicados no processo de consecução das metas comunicacionais e sociais dos envolvidos na interação e na construção de sentidos através dos textos discursivos”. PEÑA-ALFARO, Alex. **Ou dá o dizimo ou desce ao inferno**: uma análise das estratégias de persuasão na teologia da prosperidade da Igreja Universal. Recife: Ed. do Autor, 2006, p. 209.

¹⁵ RESENDE, Viviane de Melo; RAMALHO, Viviane. **Análise de discurso crítica**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 22.

¹⁶ Para Fairclough, a análise de texto é vista não somente como análise linguística, mas também inclui o que ele tem chamado de “análise interdiscursiva”, isto é, os textos são vistos em termos dos diferentes discursos, gêneros e estilos, que fundamentam e articulam juntos. Tradução livre do original: “Text analysis is seen as not only linguistic analysis; it also includes what I have called ‘interdiscursive analysis’, that is, seeing texts in terms of the different discourses, genres and styles they draw upon and articulate together”. FAIRCLOUGH, Norman. **Analysing Discourse**: textual analysis for social research. London; New York: Routledge, 2009, p. 3.

¹⁷ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Universidade de Brasília, 2008, p. 101.

A ACD procura identificar, na superfície do texto jurídico autêntico, a coesão e coerência textuais. O sentido textual é construído, observando a própria situação autêntica discursiva, ou seja, o contexto situacional¹⁸, capaz de promover a coerência textual e as estratégias ideológicas formadoras das relações de poder, considerando os efeitos ocasionados na sociedade. Toda essa prática social revela uma atividade cognitiva social, um jogo de linguagem¹⁹, onde os interlocutores atuam na dimensão da práxis.

É a partir da concepção tridimensional do discurso de Fairclough que o texto, unidade mínima de comunicação, é analisado criticamente. No texto, podemos observar, por exemplo, se as decisões judiciais foram construídas com coesão textual, com entrelaçamentos significativos entre as partes do texto, com progressão textual e retomadas, considerando o vocabulário, a gramática e a estrutura textual; na dimensão da prática discursiva, podemos verificar se houve coerência na interpretação do emissor, ou seja, se o que foi dito pelo sujeito social teve sentido e não se apresentou de forma contraditória, bem como podemos analisar a força argumentativa dos enunciados, a heterogeneidade, através da intertextualidade e da interdiscursividade; no discurso como prática social, podemos identificar as atividades desenvolvidas pelos sujeitos sociais, como também as estratégias linguísticas utilizadas por eles na construção dos sentidos, suas escolhas lexicais e argumentativas, bem como o modo como a ideologia se apresenta nos enunciados.

Ressaltamos que a ideologia não está inserida apenas na dimensão da prática social, mas imbricada em todo o texto. Com efeito, podemos afirmar que as decisões judiciais possuem uma orientação ideológica e argumentativa e somente através da ACD, com a desconstrução do texto, é que se evidenciarão as pistas ocultas e as estratégias linguísticas utilizadas pelos magistrados para manter as relações de poder. Sytia, citando Pêcheux, esclarece que:

¹⁸ O termo “contexto de situação” foi criado por Bronislaw Malinowski (1923), “embora não tenha proposto um modelo de como o contexto é determinado e do papel que desempenha na interpretação dos enunciados”. KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Desvendando os segredos do texto**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 22.

¹⁹ Wittgenstein foi quem primeiro utilizou a expressão “jogo de linguagem”, associando “a totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada”. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2004, p. 19.

é a ideologia que fornece evidências pelas quais todo mundo sabe o que é um soldado, um operário, um patrão, uma fábrica, uma greve, etc. Evidências que fazem com que uma palavra ou um enunciado queiram dizer o que realmente dizem (...) As palavras, expressões, proposições, etc., recebem seu sentido da formação discursiva na qual são produzidas²⁰.

A seguir, verificaremos o arcabouço teórico relacionado ao *corpus* da presente dissertação, esperando que a fundamentação teórica seja esclarecedora de todo o procedimento utilizado na ACD.

1.2 Texto, cotexto, contexto situacional e hipertexto

Uma das dimensões da teoria tridimensional do discurso de Fairclough é o texto. O discurso é algo imaterial que perpassa o texto, materializando-se na sua superfície.

Marcuschi, quando discorreu sobre Linguística de Texto (LT), iniciou o tema afirmando que a LT “dispõe, porém, de um dogma de fé: o texto é uma unidade linguística hierarquicamente superior à frase. E uma certeza: a gramática de frase não dá conta do texto”²¹. Observamos, no início da asserção, a ideia de texto na perspectiva estruturalista, estabelecendo relações entre frase e texto como unidades hierarquicamente mensuráveis.

Adotaremos no presente trabalho a concepção de texto na perspectiva funcionalista, para a qual importa o que o texto faz na vida social, como atividade social. Nesse sentido, para Halliday e Hasan, citado por Marcuschi:

um texto é uma unidade em uso. Não é uma unidade gramatical, tal como uma frase ou uma sentença; e não é definido por sua extensão. (...) Um texto é, melhor dizendo, uma unidade SEMÂNTICA: não uma unidade de forma e sim de sentido²².

²⁰ SYTIA, Celestina Vitória Moraes. **O direito e suas instâncias lingüísticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 68-69. Sobre ideologia, conferir o capítulo 2, seção 2.3, da presente dissertação.

²¹ MARCUSCHI, L. A. **Lingüística de texto: o que é e como se faz**. Recife: UFPE – Mestrado em Letras e Lingüística. Série Debates, 1, 1983, p. 1.

²² *Idem, ibidem*, p. 9.

Assim, o texto como unidade de sentido pode ser analisado criticamente através de sua tessitura, da coesão estabelecida entre seus enunciados, das diversas estratégias linguísticas, bem como da intencionalidade de seu enunciador impressa na sua superfície.

o conceito de intenção é, assim, fundamental para uma concepção da linguagem como atividade convencional: toda atividade de interpretação presente no cotidiano da linguagem fundamenta-se na suposição de que quem fala tem certas intenções, ao comunicar-se²³.

Logo, há uma relação interacional e cognitiva entre o emissor e o seu dizer estabelecido no texto com todo o contexto discursivo. O argumento produzido pelo enunciador somente terá sentido quando inserido num contexto situacional.

O contexto representa os elementos exteriores do texto e serve de fundamento no processo interpretativo, de produção e compreensão textual e co-textual. É dessa forma que o contexto é trabalhado nessa dissertação, interagindo com todo o tecido textual, transformando-o e sendo transformado. Podemos afirmar que a abertura cognitiva existente entre o contexto e o texto é de fundamental importância para a construção da argumentação, uma vez que o texto também participa do processo de transformação da realidade social. A relação entre produção e interpretação de enunciados integra a prática discursiva, que é mediadora do texto (e co-texto) e da prática social (contexto social).

Nesse sentido, o contexto social abrange o texto (as decisões judiciais) e o co-texto. O co-texto está inserido no texto, fornecendo os elementos necessários como, por exemplo, anáfora encapsuladora, catáfora etc, para se compreender os argumentos do emissor, bem como o que está posto nos enunciados, produzindo finalmente o fechamento estrutural do texto.

Com relação ao hipertexto, o seu conceito pode ser verificado nas diversas áreas do conhecimento. É objeto de estudo nas ciências sociais, na educação, na tecnologia, na linguística etc. O termo **hipertexto** dá a ideia de

²³ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Argumentação e linguagem**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 22. A concepção de linguagem como atividade somente foi possível com a virada linguística promovida por Wittgenstein.

extensão de textos, de aglomerado de textos utilizados para estabelecer práticas discursivas e sociais. As trilhas e os caminhos diferentes que os textos apresentam se interconectam através das categorias textuais, formando um tecido textual, cuja progressão revela as relações de sentidos.

O que significa um processo judicial senão um emaranhado de textos argumentativos, interconectados e de sentidos múltiplos. A construção de um processo judicial através de seus vários textos interligados revela a formação de um hipertexto. O processo é um hipertexto cooperativo, no qual os sujeitos processuais interagem, visando a um determinado fim.

1.3 Coesão textual e coerência

O texto é uma construção de sentido, no qual podemos verificar em sua superfície categorias textuais (referência, coesão lexical etc.) que funcionam como mecanismos de coesão. Através desses elementos linguísticos, os enunciados ou partes deles se articulam semanticamente e se conectam, formando o tecido textual. A toda essa amarração comunicativa entre os argumentos é que chamamos de coesão textual. Nesse sentido, Koch, interpretando Halliday e Hasan (1976), afirma que “a coesão é, pois, uma relação semântica entre um elemento do texto e algum outro elemento crucial para a sua interpretação”²⁴.

Halliday e Hasan (1976) verificaram, segundo Koch, a necessidade da existência da coesão textual para a construção de um texto²⁵. Marcuschi (1983) não adotou o mesmo posicionamento, afirmando que “a coesão não é nem suficiente nem necessária para a textualidade”. Para Marcuschi, existem textos nos quais não se apresentam elos coesivos, sendo eles de “extrema frouxidão superficial”, acrescentando que “a continuidade se dá ao nível do sentido e não ao nível das relações entre os constituintes linguísticos, como se o texto fosse um simples processo de geração linear de sequências conjugadas”²⁶.

²⁴ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A coesão textual**. 21. ed. São Paulo: Contexto, 2009, p. 16.

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 17.

²⁶ MARCUSCHI, L. A. **Linguística de texto: o que é e como se faz**. Recife: UFPE – Mestrado em Letras e Linguística. Série Debates, 1, 1983, p. 28.

Compartilhamos da ideia de Marcuschi, muito embora, ressaltamos que a discussão levantada por ele se refere praticamente à distinção entre coesão e coerência. Não há como desconsiderar a relação interacional existente entre a coesão e a coerência textuais, tendo em vista a necessidade de laços coesivos para a construção da textualidade em determinados textos, como as decisões judiciais. Ressalta-se que nem sempre a coesão textual está explícita no texto, podendo ser estabelecida no nível do implícito, pressuposto e subentendido.

Nesse sentido, Tanskanen, quando iniciou um trabalho sobre coesão e coerência, afirmou que “um dos pontos de partida para o presente estudo é a convicção de que a coesão contribui para a coerência, ou seja, a coesão é uma das formas de sinalização da coerência nos textos”²⁷.

Cada fator de conexão, seja ele de coesão ou de coerência, tem a sua importância tanto na progressão textual quanto na continuidade complexa dos sentidos no texto, considerando a intenção do enunciador manifestada na superfície do texto, bem como o processo de interpretação realizado pelo leitor e o contexto situacional. Logo,

o sentido deve manter uma continuidade, caso contrário o texto é incompreensível. Esta continuidade de sentido forma a coesão do texto e se expressa em conceitos e relações. A coerência estabelece-se no âmbito de um universo textual que abrange toda a constelação de produção e recepção, de modo que o texto contém mais do que a soma das expressões lingüísticas que o compõem, incorporando os conhecimentos e a experiência do dia-a-dia²⁸.

Nesse sentido, a coerência está diretamente ligada a uma situação comunicativa (contexto), promovendo a interação e a estruturação semânticas entre os elementos lingüísticos no texto (texto e cotexto) com os seus interlocutores. Esse processo interacional revela a importância da coerência na construção textual do

²⁷ Tradução livre do original “One of the starting points for the present study is the conviction that cohesion contributes to coherence, i. e. cohesion is one of the ways of signaling coherence in texts” em: TANSKANEN, Sanna-Kaisa. **Collaborating towards coherence: lexical cohesion in english discourse**. Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2006, p. 7.

²⁸ MARCUSCHI, L. A. **Lingüística de texto**: o que é e como se faz. Recife: UFPE – Mestrado em Letras e Lingüística. Série Debates, 1, 1983, p. 46-47.

sentido, embora, para haver a tessitura textual, seja preciso considerar, além da coesão textual, outros critérios que corroboram para a existência de uma coerência global: intencionalidade, aceitabilidade, situacionalidade, informatividade e intertextualidade²⁹.

A intencionalidade está ligada diretamente à finalidade pretendida pelo enunciador diante de seu argumento. O emissor, quando produz o seu texto, mobiliza todas as estratégias para a consecução de seus objetivos, expondo na superfície textual as marcas de seu dizer.

Outro princípio de coerência é a aceitabilidade, que se refere à concordância do receptor acerca das informações fornecidas pelo enunciador. A interação comunicativa entre o emissor e o receptor ocorre mediante um jogo de linguagem, que nem sempre acontece observando o princípio da colaboração intersubjetiva³⁰.

A situacionalidade está relacionada com o contexto. Os argumentos proferidos na superfície do texto pelo enunciador necessariamente têm que refletir o contexto situacional, sob pena de ser considerado incoerente pela inobservância da existência do vínculo comunicativo entre texto e contexto, bem como da construção de sentido no texto.

Outro fator de coerência é a informatividade, que condiz com o grau de informação que o texto apresenta. É de se considerar que muitos textos são construídos pelos atores sociais sem suficiência de dados (fundamentos, razões), fundamentais para que o texto seja compreendido.

²⁹ Os critérios relacionados ao texto (coesão e coerência) e ao usuário (situacionalidade, informatividade, intertextualidade, intencionalidade e aceitabilidade) foram apresentados por Beaugrande e Dressler (1981) e mencionados por Koch como princípios de construção textual do sentido. KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à lingüística textual**. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 35.

³⁰ No âmbito jurídico, “o princípio da colaboração intersubjetiva é caracterizado pela cooperação dos juízes e tribunais com as partes, correspondendo ao poder-dever do juiz de perguntar e esclarecer os fatos, objeto da demanda processual”. MARINHO, Érika de Sá. **O princípio da colaboração intersubjetiva no processo civil brasileiro: uma análise acerca da sua influência no poder geral de cautela do juiz**. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2007, p. 24. Podemos acrescentar ainda que o princípio da colaboração ou cooperação intersubjetiva promove a interação de todos os sujeitos processuais, com a finalidade de promover uma prestação jurisdicional efetiva, adequada e justa. No âmbito da pragmática, ressaltamos que o princípio da colaboração é um construto da Teoria dos Atos de Fala (Austin), especificamente no que se refere às implicaturas conversacionais, defendidas por Grice. Para Grice, interpretado por Levinson, o princípio cooperativo apregoa que “faça sua contribuição como foi exigido, na etapa na qual ela ocorre, pelo fim ou direção aceitos da troca convencional em que você está envolvido”. LEVINSON, Stephen C. **Pragmática**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 126.

A intertextualidade está associada à ideia de produção e recepção de um texto, ou seja, para que ocorra a construção de um texto, é necessária a noção prévia de outros textos, aos quais o texto atual remete.

Portanto, todos os princípios citados são de fundamental importância para haver a coerência textual, imbricada na construção de sentido do texto.

Cabe, mais uma vez, enfatizar que a coesão textual está inserida no texto, especificamente na sua superfície, e se manifesta através de mecanismos gramaticais e lexicais. Levaremos em consideração a classificação dos recursos coesivos, conforme defende Koch, em dois grupos: a coesão referencial e a coesão sequencial, bem como partiremos do princípio segundo o qual as decisões judiciais possuem elementos coesivos inseridos em todo o seu texto argumentativo³¹.

Por coesão referencial entendemos aquela em que um elemento linguístico, situado na superfície textual, faz referência a outro elemento localizado no texto (nome, sintagma, partes de um fragmento textual enunciado), podendo ser realizada anafórica ou cataforicamente, conforme quadro abaixo:

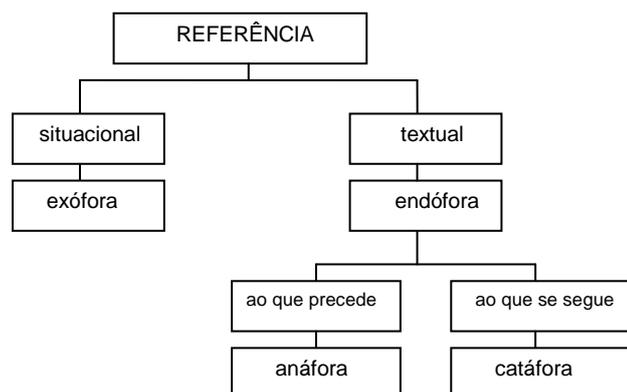


Figura 2 – Quadro sobre o mecanismo de referência³²

³¹ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A coesão textual**. 21. ed. São Paulo: Contexto, 2009, p. 27.

³² FÁVERO, Leonor Lopes; KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Linguística textual: uma introdução**. São Paulo: Cortez, 1988, p. 39. Cf. KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A coesão textual**. 21. ed. São Paulo: Contexto, 2009, p. 19.

O quadro traz outras informações quando menciona que a referência pode ser exofórica e endofórica. Referência exofórica ocorre quando a remissão é realizada fora do texto, relacionada a um elemento linguístico encontrado no contexto situacional. Já na remissão endofórica, o referente é encontrado na própria superfície textual, podendo vir antes do elemento linguístico coesivo, configurando uma anáfora, ou depois, determinando uma catáfora.

É de fundamental importância discutir que a remissão textual nem sempre ocorre com os elementos linguísticos expressos no texto, ou seja, não há uma vinculação específica entre o item coesivo e o seu referente. Muitas vezes a coesão referencial ocorre no cotexto, necessitando do analista uma visão crítica e ampla de toda situação comunicativa envolvendo a construção textual do sentido (princípio da situacionalidade).

A inferência pode ser utilizada na identificação de um novo referente, que é realizado no cotexto. O resgate ou recuperação no cotexto do enunciado, ou em parte dele, ocorre através de um processo complexo chamado de encapsulamento, no qual é criado um novo referente que servirá, a partir de sua concepção, como referência para todos os argumentos subsequentes³³.

Nesse sentido, o encapsulamento anafórico é de fundamental importância nos textos argumentativos, especialmente em decisões judiciais, devendo ser observado como um recurso coesivo pelo qual um elemento linguístico funciona como item coesivo de uma parte precedente do enunciado, rotulando-o ou resumindo-o, criando um novo referente discursivo, que será utilizado no texto posteriormente.³⁴ Nesse contexto, o encapsulamento é um tipo de anáfora complexa, sem referente direto no texto, recuperando, sem retomar, o que está no cotexto.

Como espécie de coesão referencial, podemos considerar também a coesão lexical, especificamente no que se refere ao mecanismo de reiteração, cuja

³³ Koch, quando se refere ao termo encapsulamento, identifica-o como processo de sumarização de informações "contidas em seguimentos precedentes do texto". KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à linguística textual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 70.

³⁴ CONTE, Maria-Elisabeth. Encapsulamento anafórico. In: CAVALCANTE, Mônica Magalhães; RODRIGUES, Bernardete Biasi; CIULLA, Alena (Orgs.). **Referenciação**. São Paulo: Contexto, 2003, p. 177-188.

repetição do mesmo elemento linguístico lexical, na superfície do texto, funciona como forma de progressão textual ou extensão de sentido, que não se teria se o item coesivo fosse referido apenas uma única vez no texto.

O segundo grupo referente à coesão textual é a “seqüenciação” ou coesão sequencial, a qual tem por objetivo garantir a progressão textual ou continuidade de sentido no texto. Trata-se também de uma das formas de articulação textual³⁵.

Segundo Koch, podemos destacar também como articuladores **textual-discursivos** de construção do sentido as estratégias formulativas, metadiscursivas e metaenunciativas³⁶. As observações a partir de agora não ficarão somente restritas ao texto e a sua estrutura, conforme vimos anteriormente com a coesão textual (texto e cotexto). Trabalharemos também com a dimensão da prática discursiva, a qual engloba a produção e o consumo do texto, o contexto, a coerência, a intertextualidade, a ideologia³⁷ etc, bem como identificaremos as estratégias utilizadas pelo enunciador na superfície do texto, a fim de construir os diversos sentidos do seu dizer.

Entende-se por estratégias formulativas aquelas que se apresentam na superfície do texto com a finalidade de orientar o leitor na compreensão discursiva dos argumentos persuasivos elaborados pelo enunciador. Como por exemplo, temos: a inserção, as repetições etc.

As estratégias metadiscursivas são aquelas que estão relacionadas com os enunciados persuasivos proferidos pelo emissor, indicando o modo como o enunciado é dito, no que se refere à opinião particular do enunciador, ao seu juízo de valor com relação ao seu argumento etc. Interessa-nos, aqui, como tipos de marcadores metadiscursivos, especificamente, os articuladores metaenunciativos e

³⁵ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A coesão textual**. 21. ed. São Paulo: Contexto, 2009, p. 53.

³⁶ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à lingüística textual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 103.

³⁷ Quando nos referimos à ideologia, adotamos a ideia de Thompson, para quem afirma que a ideologia “serve para estabelecer e sustentar relações de dominação”. THOMPSON, Jonh B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. 8. ed. Petropolis, RJ: Vozes, 2009, p. 79. Através do texto, na sua superfície, já podemos identificar como a ideologia se opera, analisando as estratégias linguísticas discursivas inseridas na prática social.

modalizadores, de modo que no item posterior 1.4 trataremos com mais detalhes sobre enunciação e modalização.

1.4 Enunciação, modalização e operadores argumentativos

O ato de enunciar estabelece uma relação interacional entre o enunciador (sujeito do dizer) e o destinatário. O emissor enuncia e, como produto de seu dizer, temos o enunciado. A enunciação deixa no enunciado as marcas³⁸ de sua construção, define os fatos relevantes no contexto situacional. “Assim, as pessoas e o tempo do enunciado são selecionados em relação a sua situação de enunciação”³⁹. Nessa perspectiva, a enunciação se caracteriza, segundo Koch, como um

evento único e jamais repetido de produção do enunciado. Isso porque as condições de produção (tempo, lugar, papéis representados pelos interlocutores, imagens recíprocas, relações sociais, objetivos visados na interlocução) são constitutivas do sentido do enunciado: a enunciação vai determinar a que título aquilo que se diz é dito⁴⁰.

Como se vê, a autora apresenta o ato de enunciar (enunciação) como um acontecimento singular, uma vez que, criado o enunciado, o seu sentido é determinado considerando o contexto sociocomunicativo e os interlocutores envolvidos na atividade cooperativa de produção.

A relação entre a enunciação e a ACD descreve o modo pelo qual os fragmentos enunciativos se interconectam, promovendo a investigação, a interpretação e a análise das estratégias de construção do sentido do texto. O enunciador, sujeito de todo procedimento enunciativo, estampa sua impressão digital

³⁸ “Denominam-se freqüentemente **marcas** ou **traços enunciativos** as unidades lingüísticas que indicam a remissão do enunciado a sua enunciação: pronomes pessoais de primeira pessoa, desinências verbais, advérbios de tempo, adjetivos afetivos (...)”. CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 194. Acrescentamos também, como marcas enunciativas, os articuladores metadiscursivos, no que se refere aos modalizadores, bem como os operadores argumentativos.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 193.

⁴⁰ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A inter-ação pela linguagem**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2007, p. 11-12.

no enunciado, imprime sua ideologia nos argumentos e escolhe o grau de comprometimento entre o seu dizer e o dito. Todo esse procedimento comunicativo retrata a subjetividade⁴¹ estampada no sujeito, que pode ser verificada no enunciado, por meio de suas marcas linguísticas.

As marcas linguísticas, além de referenciar o enunciado no contexto situacional da enunciação, determinam as relações discursivas que se formam textualmente. Por meio dos articuladores metaenunciativos⁴², dos articuladores argumentativos e dos modalizadores, essas relações discursivas ficam mais evidentes na superfície do texto jurídico, expressando o modo como o emissor se utiliza de seus enunciados, com o intuito de persuadir e concretizar sua opinião pessoal perante o receptor.

A argumentação como estratégia persuasiva é facilmente identificável nas decisões judiciais. É dessa forma que a ideologia, imbricada no dizer do enunciador, faz-se presente, mesmo que não fique tão evidente nos enunciados do emissor a ideia de persuasão. Os indícios que assinalam para a construção da intencionalidade do dizer persuasivo do enunciador podem ser palmilhados na superfície do texto através das estratégias linguísticas, das escolhas lexicais, da maneira pela qual o texto é modalizado, na utilização dos operadores argumentativos etc. Nesse sentido, para Koch, o homem

(...) por meio do discurso – ação verbal dotada de intencionalidade – tenta influir sobre o comportamento do outro ou fazer com que compartilhe determinadas de suas opiniões. É por esta razão que se pode afirmar que o **ato de argumentar**, isto é, de orientar o discurso no sentido de determinadas conclusões, constitui o ato lingüístico fundamental, pois a **todo e qualquer discurso subjaz uma ideologia**, na acepção mais ampla do termo. A neutralidade é apenas um mito: o discurso que se pretende

⁴¹ Para Fávero; Koch, “E. Benveniste pode ser considerado um dos pioneiros nos estudos sobre o discurso, ao pôr em realce a intersubjetividade que caracteriza o uso da linguagem, ressaltando a necessidade de se incorporar aos estudos lingüísticos os fatos envolvidos no evento de produção dos enunciados”. FÁVERO, Leonor Lopes; KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Lingüística textual**: uma introdução. São Paulo: Cortez, 1988, p. 31. Émile Benveniste verificou a importância da subjetividade imbricada em qualquer enunciado, numa relação direta entre a opinião particular do enunciador e o seu enunciado. BENVENISTE, Émile. (1958). **Problemas de lingüística geral I**. 3. ed. Campinas, SP: Pontes: Editora da Unicamp, 1991, p. 286.

⁴² Entende-se por articulador metaenunciativo aquele que é introduzido no enunciado, permitindo a reflexão da atividade enunciativa. Mediante determinado articulador, as estratégias enunciativas do emissor são identificadas, revelando as reais intenções de seu dizer. Como exemplos de articuladores metaenunciativos, temos: *assim*, linha 14, fragmento 8 da DI 01, digamos assim, assim sendo etc.

“neutro, ingênuo, contém também uma ideologia – a da sua própria objetividade”⁴³.

No que se refere aos operadores argumentativos, podemos afirmar que eles estão vinculados à “força argumentativa dos enunciados”⁴⁴, bem como o próprio termo, segundo Koch, “foi cunhado por O. Ducrot, criador da Semântica Argumentativa (ou Semântica da Enunciação), para designar certos elementos da gramática de uma língua (...)”⁴⁵. Não há um conceito específico sobre operadores argumentativos, muito embora, pela função exercida, Koch prefere identificá-los como morfemas, “que a gramática tradicional considera como elementos meramente relacionais – **conectivos**, como **mas, porém, embora, já que, pois** etc”⁴⁶.

Nessa dissertação, a análise crítica foi realizada observando não só os operadores argumentativos, mas também os modalizadores, os quais “são marcas textuais explícitas ou implícitas que evidenciam a atitude do enunciador ante aquilo que diz”⁴⁷, expondo, por exemplo, o grau de comprometimento ou distanciamento de seu dizer com relação ao teor difundido no texto. Destarte, os modalizadores desempenham um papel fundamental na construção do sentido no texto.

Pinto trabalha com a enunciação / modalização, subdividindo-a em modalização da enunciação e modalização do enunciado. Para ele, “modalização da enunciação é o nome que recebem as operações enunciativas que visam atender ao objetivo comunicacional”⁴⁸. O emissor e o receptor se interagem, articulando o processo enunciativo visualizado no enunciado. As marcas textuais de cada enunciado são únicas e interconectadas com o cotexto e o contexto situacional. Cada interlocutor desempenha o seu papel no ato comunicativo, promovendo não só a construção coesiva do texto, mas a produção de seu sentido.

⁴³ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Argumentação e linguagem**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 17

⁴⁴ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A inter-ação pela linguagem**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2007, p. 30.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 30.

⁴⁶ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Argumentação e linguagem**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 103.

⁴⁷ COLARES, Virgínia. **Linguagem e Direito no Brasil**. Disponível em: <http://www.jfce.gov.br/internet/esmafe/material/Didatico/documentos/discursJuridicoDecisao/01-linguagemDireitoBrasil-VirginiaColares.pdf> Acesso em: 21 jan. 2011, p. 6.

⁴⁸ PINTO, Milton José. **As marcas lingüísticas da enunciação**: esboço de uma gramática enunciativa do português. Rio de Janeiro: Numen, 1994, p. 81.

De acordo com as expressões utilizadas por Pinto, no capítulo 5, identificamos na DI 01 a modalização enunciativa chamada representação. O magistrado B, quando fundamentou sua decisão, avocou a responsabilidade de seu dizer, comprometendo-se com os enunciados declarados na superfície do texto e com todo o processo enunciativo, principalmente quando criou os enunciados baseados em verbos conjugados na primeira pessoa do singular, como: *penso*, *(não) visualizo* etc.

Consideramos que a expressão modalização enunciativa é utilizada por Pinto no sentido de processo enunciativo (enunciação). De certa forma, o autor não procurou fazer uma distinção entre enunciação e modalização, tratando o assunto inserido numa concepção ampla. Adotaremos na presente dissertação uma concepção mais restrita, no intuito de considerar a modalização inserida no processo enunciativo⁴⁹.

Pinto trabalha também com a expressão modalização do enunciado. Para o autor,

chama-se modalização do enunciado o valor que o emissor atribui aos estados de coisas que descreve ou alude em seus enunciados e/ou aos participantes desses estados de coisas ao longo de uma escala de probabilidades que se refere: (...) em enunciados com modalidade representativa (...), ao grau de certeza com que a representação é feita ou, complementarmente, ao seu grau de plausibilidade (modalidades epistêmicas)⁵⁰.

A expressão modalização do enunciado, ou mesmo, modalidades de enunciado, refere-se especificamente, como o próprio termo indica, ao enunciado. Como produto da enunciação, o enunciado carrega em seu interior toda a carga valorativa do emissor, estampada na força de seu argumento. Ele é singular por trazer impressas evidências do processo enunciativo que o fez produto.

⁴⁹ CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 336-337.

⁵⁰ PINTO, Milton José. *As marcas lingüísticas da enunciação*: esboço de uma gramática enunciativa do português. Rio de Janeiro: Numen, 1994, p. 97.

Basicamente, as modalidades do enunciado, segundo Pinto, dividem-se em: ônticas, aléticas, epistêmicas, deônticas e axiológicas⁵¹. Nesse capítulo, daremos destaque para o estudo das modalidades epistêmicas, tendo em vista que o corpus da presente dissertação, mais precisamente a DI 01, apresentou um maior número de enunciados ancorados no eixo da crença.

As modalidades epistêmicas pertencem ao eixo da crença, determinando o modo pelo qual o enunciado é produzido. Seja no campo da certeza, do plausível, do excluído ou contestável, a manifestação do emissor é revelada no seu dizer, na intencionalidade do enunciado produzido. Considerando a intencionalidade do dizer e as escolhas verbais epistemicamente modalizadas, podemos determinar os diversos sentidos assumidos ou não pelo enunciador.

Nessa perspectiva situa-se a presente dissertação que vê a construção de uma decisão jurídica inserida num processo enunciativo, que vai além dos elementos formais exigíveis, cujo valor e sentido jurídicos são reconhecidos num processo transdisciplinar. Considerando a decisão interlocutória como um construto da realidade fática e situacional, abordaremos no próximo capítulo o dever da fundamentação jurídica e o modo como se opera a ideologia no dizer do sujeito-enunciador.

⁵¹ PINTO, Milton José. **As marcas lingüísticas da enunciação**: esboço de uma gramática enunciativa do português. Rio de Janeiro: Numen, 1994, p. 97.

O jurista não pretende, mesmo o mais decididamente objetivo e neutro ante o fato do direito, conhecer por conhecer. Mesclam-se no seu ofício o saber teórico e o saber de manipulação. Pode, numa espécie de ascese intelectual, recurvar-se sobre o seu conhecimento puro: essa, a atitude intencional. Mas, como se desprendendo dessa linha direcional, lá adiante retoma o processo de sua integridade de aspectos: é a direção preterintencional, que vai além da original, e vemos (...) como suas teorias inserem-se nos fatos, passando a compô-los⁵².

⁵² VILANOVA, Lourival *apud* NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25.

CAPÍTULO 2 - A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS DECISÕES JUDICIAIS E SUA INTERFACE COM A LINGUAGEM

2.1 Pontos de partida

Fundamentar é uma palavra intrigante. E neste contexto utilizamos a ideia também para a palavra motivar⁵³. Quando somos obrigados a motivar algo, pensamos logo numa resposta, ou pelo menos buscamos uma. Este caminho, cheio de subjetividade, crenças, valores e ideologia, revela-se na determinação do motivo, vinculando o texto escrito ao seu criador. É a sua impressão digital que desmistifica a neutralidade do saber. A Constituição Federal, no seu artigo 93, IX, determina expressamente que todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, verificando desse entendimento que não basta apenas o magistrado julgar. Na sua decisão ele deverá julgar, apresentando as razões que o levaram a determinado entendimento⁵⁴.

Nesse sentido, Nery Júnior afirma que

fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação *substancial* e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão⁵⁵.

Exige-se, portanto, na produção da decisão judicial, a demonstração pelo enunciador dos motivos que o levaram a julgar daquela forma. A intenção comunicativa do emissor origina os significados dos enunciados, que devem, em

⁵³ “Conquanto sejam vários os sentidos emprestados ao vocábulo *motivo*, na terminologia técnica da ciência processual equivale a *fundamento*”. TUCCI, José Rogério Cruz e. [1956]. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 11.

⁵⁴ Segundo o artigo 93, IX, CF/1988, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 82.

⁵⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 218.

nome do princípio do livre convencimento motivado⁵⁶, ser fundamentados juridicamente.

A utilização dos meios linguísticos é essencial para que ocorra a produção do texto decisório, cujo consumo será efetuado pelos destinatários. O sentido do texto é estabelecido através da interação de seus interlocutores, considerando todos os critérios⁵⁷, (coesão, coerência, situacionalidade, intencionalidade, aceitabilidade, informatividade e intertextualidade), necessários para a construção textual.

Então, não basta o magistrado expor o motivo de sua decisão, tem que fazê-lo de maneira convincente, juridicamente fundamentado, verificando os mecanismos linguísticos que favorecem a progressão textual e a prática enunciativa.

Consideramos como caracterização da prática discursiva, envolvendo todo o processo enunciativo, o contexto. Cada texto refere-se a um determinado contexto (situacional), que, interconectados, explicita o real sentido do enunciado. “Criar textos significa, para Halliday, utilizar a língua de modo pertinente ao contexto”⁵⁸. Nesse sentido, há na prática discursiva um contexto situacional, cuja realidade é provida tanto pelo emissor como pelo receptor, em constante interação com a produção textual. De acordo com Colares, “ao produzir textos, o sujeito constrói uma representação de si (identidade do sujeito); do outro e do mundo”⁵⁹.

⁵⁶ O princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional do juiz “(...) regula a apreciação e a avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. (...) Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser *motivado* (Const., art. 93, inc. IX; CPP, art. 381, inc. III; CPC, arts. 131, 165 e 458, inc. II), não podendo o juiz desprezar as regras legais porventura existentes (CPC, art. 334, inc. IV; CPP, arts. 158 e 167) e as *máximas de experiência* (CPC, art. 335). CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73-74.

⁵⁷ Os critérios foram desenvolvidos por Beaugrande e Dressler e citados por Ingedore Koch como princípios de construção textual do sentido. KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à lingüística textual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35.

⁵⁸ OSAKABE, Haqira. **Argumentação e discurso político**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 210.

⁵⁹ COLARES, Virgínia. Discurso jurídico procedimental: análise lingüístico-discursiva dos atos processuais nas práticas sociais da justiça. In: SEVERO NETO, Manoel (Org.). **Direito, jurisdição e processo**. Recife: Nossa Livraria, 2005, p. 166.

Observações como essas são essenciais quando os assuntos estudados referem-se à argumentação persuasiva⁶⁰ e à motivação jurídica, uma vez que o discurso jurídico é ideológico, argumentativo e persuasivo. O jogo linguístico estabelecido no processo enunciativo é persuasivo. Tanto é que o magistrado, ao motivar juridicamente sua decisão, tenta persuadir os destinatários do que foi decidido. Nesse sentido, Nojiri afirma que

a função persuasiva da linguagem na fundamentação das decisões judiciais decorre de alguns postulados propostos pelo Estado Democrático de Direito. Neste, o poder irresponsável e arbitrário não encontra abrigo. O exercício do poder jurisdicional, nos termos do art. 1º, da CF, deve, assim, pautar-se pelo *princípio da responsabilidade estatal*, que obriga o juiz a prestar contas mediante a motivação da forma como utiliza esse poder (que também é um dever). Assim, quando o juiz apresenta as razões pelas quais optou por uma determinada alternativa possível, ele o faz para o fim de persuadir os destinatários da norma a crer que a decisão tomada estava em consonância com as regras de direito aplicáveis ao caso concreto⁶¹.

Destarte, certamente, “o **ato de persuadir** (...) procura atingir a vontade, o sentimento do(s) interlocutor(es), por meio de argumentos plausíveis ou verossímeis e tem caráter ideológico, subjetivo (...)”⁶².

No tocante à atividade jurídica, sabemos que ela é caracterizada pela argumentação e “ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar (...)”⁶³. Para Abreu, citado por Passarelli, “argumentar é a arte de, gerenciando a informação, convencer o outro de algo no plano das ideias e de, gerenciando a relação, persuadi-lo, no plano das emoções, a fazer alguma coisa que desejamos”⁶⁴.

⁶⁰ Para Marcuschi, “(...) o ato de argumentar é visto como o **ato de persuadir** (...)”. KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Argumentação e linguagem**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 10.

⁶¹ NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 106.

⁶² KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Argumentação e linguagem**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 18.

⁶³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 17.

⁶⁴ PASSARELLI, Lilian Ghiuro. Domínio discursivo jurídico: procedimentos argumentativos no gênero textual decisão interlocutória. In: CORREIA, Lêda (Org.). **Direito e argumentação**. São Paulo: Manole, 2008, p. 120.

O autor discorre na sua citação sobre dois tipos de discursos, o convincente, qualificado pela evidência, prova e comprovação, e o persuasivo, caracterizado pela emoção, pelo interesse e motivação pessoais, pela própria subjetividade e ideologia⁶⁵. Todos esses discursos estão essencialmente entrelaçados ao discurso jurídico, constituindo-o, fazendo-se presente no texto jurídico.

Dessa forma, o magistrado, quando julga, participa do processo de criação do direito. Ao decidir, o julgador, através do texto jurídico, realiza “a operação de modalização enunciativa chamada representação”⁶⁶. Em outras palavras, o magistrado, quando decide, mostra-se, apresenta-se, vincula seus argumentos, assume a responsabilidade de seu ato perante o jurisdicionado.

Assim sendo, na interface do direito e da linguística, podemos verificar epistemicamente na superfície do texto decisório, o grau de intencionalidade e comprometimento do magistrado com relação aos seus enunciados, avaliando a coesão e coerência argumentativas da fundamentação jurídica prolatada e os reflexos no contexto sociológico-jurídico.

2.2 O dever de fundamentação jurídica das decisões judiciais como garantia constitucional: aspectos endoprocessual e exoprocessual

A garantia da fundamentação jurídica adquiriu natureza de norma constitucional quando foi exigida expressamente pela Constituição Federal de 1988⁶⁷, muito embora Barbosa Moreira, em tese publicada em 1978, já defendia a sua natureza de norma constitucional, “como garantia inerente ao Estado de Direito”⁶⁸. Ainda que nas outras constituições brasileiras não constassem em seus

⁶⁵ PASSARELLI, Lillian Ghiuro. Domínio discursivo jurídico: procedimentos argumentativos no gênero textual decisão interlocutória. In: CORREIA, Lêda (Org.). **Direito e argumentação**. São Paulo: Manole, 2008, p. 121.

⁶⁶ PINTO, Milton José. **As marcas lingüísticas da enunciação**: esboço de uma gramática enunciativa do português. Rio de Janeiro: Numen, 1994.p. 85.

⁶⁷ “Art. 93, IX – “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 82.

⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. vol. 16, 4º trimestre. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba, MG,1978, p. 123.

textos expressamente essa garantia, a legislação ordinária pátria, especificamente o CPC, já trazia em seu conteúdo, através do artigo 165, 2ª parte, o dever de fundamentação das “demais decisões (...), ainda que de modo conciso”⁶⁹.

Nesse sentido, podemos afirmar que, após a CF/88, a perspectiva do dever de motivar as decisões judiciais deixou de ser apenas endoprocessual (garantia de defesa), vinculada somente às partes processuais ou relacionada a uma “garantia de ordem meramente instrumental, (...), como uma regra voltada apenas para um melhor funcionamento dos mecanismos processuais”⁷⁰, tornando-se também um controle exoprocessual ou extraprocessual, exercitável por qualquer pessoa.

Para nós, o controle exoprocessual é o ponto de partida para discutirmos o assunto fundamentação jurídica. Inicialmente porque a CF/88 passou a exigir de maneira obrigatória a fundamentação e, conseqüentemente, a “necessidade de esclarecimento das razões adotadas para a solução de cada caso concreto (...)”⁷¹. Posteriormente, os argumentos expostos na superfície do texto denunciam as estratégias linguísticas utilizadas pelo magistrado, revelando de que forma a ideologia se operou no seu dizer.

Outro aspecto que salientamos quando falamos em fundamentação jurídica na perspectiva extraprocessual (garantia de publicidade) é que as razões obrigatórias da decisão judicial, exigidas pela norma constitucional, só adquirem visibilidade através da publicidade⁷². Tornando-se públicos, os motivos jurídicos elencados pelo magistrado não interessam somente às partes processuais, **mas a**

⁶⁹ BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 563.

⁷⁰ NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

⁷¹ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas, SP: Millennium, 2004, p. 1.

⁷² O princípio da publicidade está interconectado com o princípio da fundamentação das decisões judiciais. O próprio artigo 93, IX, da CF/88 menciona que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, promovendo e possibilitando a todas as pessoas o conhecimento dos argumentos do ato de decidir. Para Nojiri, “existe, pois, uma incindível conexão entre o princípio da publicidade e o que prescreve o dever de fundamentar as decisões judiciais. Apesar deste último possibilitar ao cidadão a efetiva participação no controle da juridicidade dos atos emanados do Poder Público, é a publicidade do ato decisório processual que torna efetiva a aplicação real do enunciado no art. 93, IX, da CF, servindo como instrumento de eficácia da regra que obriga à fundamentação das decisões”. NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

toda sociedade, “como forma de controle da *independência*, da *imparcialidade* e da *probidade* dos membros do Poder Judiciário”⁷³.

Nesse sentido, Cretella Neto, interpretando Ferruccio Tommaseo, afirma que “(...) a motivação fornece um instrumento de controle popular da imparcialidade do juiz, para verificar se sua decisão foi fruto de posições arbitrárias (...)”⁷⁴. Barbosa Moreira (1978), interpretando e citando Taruffo, já defendia uma

concepção mais ampla da controlabilidade das decisões judiciais (...). Não é apenas o controle **endoprocessual** que se precisa assegurar: visa-se ainda, e sobretudo, “a tornar possível um controle “generalizado” e “difuso” sobre o modo como o juiz administra a justiça”; e “isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida seja no seu complexo, seja como opinião do quisquis de populo”⁷⁵.

Na perspectiva extraprocessual do princípio⁷⁶ da fundamentação jurídica, a sociedade participa como destinatária das decisões judiciais no que se refere a sua função fiscalizadora, ou seja, manifestando-se a respeito dos serviços prestacionais oferecidos pelo Estado-Juiz.

Representando o Estado-Juiz, o magistrado é encarregado de decidir um conflito de interesses. Essa é a sua função típica que deverá ser feita observando o dever de fundamentação jurídica. Ao julgar uma demanda, o magistrado se vincula aos motivos de sua decisão, especificamente às razões apresentadas a título de fundamentação jurídica. Através da motivação jurídica, é possível conhecer as marcas, as estratégias linguísticas, as pistas, as escolhas lexicais do enunciador estampadas ou não na superfície do texto decisório.

⁷³ NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 56.

⁷⁴ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 109.

⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. vol. 16, 4º trimestre. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba, MG, 1978, p. 118.

⁷⁶ Adotaremos a fundamentação jurídica como princípio constitucional, uma vez que a fundamentação é garantia essencial para o Estado Democrático de Direito e realização da justiça. Nesse sentido conferir: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. vol. 16, 4º trimestre. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba, MG, 1978, p. 117; ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas, SP: Millennium, 2004, p. 43; e CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 109.

Nesse sentido, o magistrado, quando julga, tem o dever de fundamentar sua decisão, demonstrando concretamente as razões fáticas e jurídicas de seu dizer, da conclusão adotada. A exposição dos elementos fáticos e jurídicos na superfície do texto demarca semanticamente a coerência argumentativa do enunciador. Para Zavarize,

ao elaborar a fundamentação da decisão, o juiz, sem olvidar da garantia constitucional que está cumprindo, deve se atentar de que verdadeira oportunidade se abre a ele de declarar os fundamentos, de fato e de direito, considerados para a adoção da decisão tomada⁷⁷.

O magistrado, quando julga um conflito de interesses, deve buscar a solução mais adequada e mais justa, adotando como lastro decisório a ordem jurídica. A decisão judicial deve ser construída visando não só critérios formalistas, cuja conclusão advém de uma fórmula específica, pronta e acabada (silogismo lógico).

A ideia de que o direito é interpretado e aplicado silogisticamente é insuficiente. A construção do direito não mais se completa numa aplicação silogística. Os apontamentos para tais fragilidades são debatidos e assinalados pelos doutrinadores e operadores do direito, os quais afirmam que a norma jurídica não representa o direito em sua plenitude e não abrange toda a complexidade das relações sociais, bem como, segundo Nojiri, “os motivos da decisão (as premissas) virem, na mente do juiz, posteriormente ao próprio *decisum* (a conclusão) (...)”⁷⁸.

Nesse sentido, os magistrados, no ato de julgar, orientam-se pelos seus registros de vida, suas crenças e valores. Podemos afirmar que o juiz primeiro extrai de suas crenças e de seus sentimentos a decisão do conflito e, somente após a formação da solução da lide em seu convencimento, busca a fundamentação jurídica de sua decisão. Na prática forense, o que ocorre é diferente da dedução silogística, pois, ao julgar, “o juiz constrói a decisão de modo inverso, intuindo

⁷⁷ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas, SP: Millennium, 2004, p. 60.

⁷⁸ NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 85.

primeiro a conclusão a que deva chegar para depois buscar regressivamente as premissas”⁷⁹.

Para Adeodato,

(...) o processo de julgar raramente começa com uma premissa da qual se extrai uma conclusão; ordinariamente o juiz trabalha em sentido contrário: forma uma decisão de modo mais ou menos vago e só depois tenta encontrar premissas com as quais fundamentá-las. A motivação vital do juiz parece ser um impulso pessoal baseado em uma intuição particular do que é certo ou errado, desejável ou indesejável, e esses fatores individuais constituem freqüentemente as causas mais importantes dos resultados dos julgamentos⁸⁰.

Seja como for, intuitivo ou evidenciado no texto judicial, o silogismo, perfeito⁸¹ ou lógico, não responde aos anseios sociais em conflito. Sem respostas e no limbo, encontram-se também as decisões judiciais sem coerência, fundamentadas apenas em opiniões pessoais dos magistrados. Como exemplo, podemos citar a DI 01, onde o magistrado B, a partir do fragmento 09, tenta convencer o interlocutor de que as razões pessoais expostas como indeferimento dos pedidos liminares refletem a ideia de fundamentação jurídica exigida pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal/1988.

⁷⁹ SYTIA, Celestina Vitória Moraes. **O direito e suas instâncias lingüísticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 54.

⁸⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 346-347.

⁸¹ O adjetivo perfeito é identificado por Celestina Vitória Moraes Sytia como uma das formas de silogismo (silogismo lógico). Acrescenta Sytia que “por meio de uma manipulação lingüística pode-se transformar este silogismo num “entimema” (...)”. SYTIA, Celestina Vitória Moraes. **O direito e suas instâncias lingüísticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, 28-29. Entimemas, segundo Ronaldo Caldeira Xavier, citado por Sytia, “são silogismo imperfeitos, do que muito se valem os profissionais do Direito para alcançar suas intenções. Assim, o entimema constitui-se de uma proposição geral e única na qual ficam subentendidas as outras, ou, às vezes, outra etapa do silogismo. Uma das etapas do silogismo é subentendida com base nos implícitos e na convivência sociocultural. O enunciador outorga ao eleitor grande parte da produção do significado, deixando-lhe a tarefa de completar o que não vem explícito”. SYTIA, Celestina Vitória Moraes, *op. cit.* p. 29-30. Para Adeodato, “a estrutura argumentativa expressa pela teoria do entimema parece, assim, mais apta a compreender o direito contemporâneo, revelando, por exemplo, que pilares “científicos” como a unidade do ordenamento jurídico, a neutralidade do juiz ou a objetividade da lei constituem, no fundo, meras estratégias discursivas”. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349. Na presente dissertação trabalharemos com estratégias discursivas ancoradas nas obras de Thompson, desconsiderando para os devidos fins as discussões que se referem a ideias de silogismo retórico ou entimema.

Segundo apoiamos, o que verdadeiramente importa na criação ou construção de uma decisão judicial é a coesão e a coerência da fundamentação jurídica, ou seja, as razões jurídicas que levaram o magistrado a decidir daquela maneira, bem como observar a coerência dessas razões com o dispositivo, independente se o magistrado fundamentou depois de decidir o caso concreto.

De acordo com o exposto acima, Nojiri afirma que:

(...) é indiferente saber se, por acaso, a parte decisória da sentença chegou, ou não, primeiro que sua própria fundamentação, no raciocínio empreendido pelo magistrado. O que realmente importa é que este julgador *apresente* as razões de seu convencimento, de forma clara e bem concatenada⁸².

O mesmo autor, citando Liebman, acrescenta que:

para o direito é irrelevante conhecer dos mecanismos psicológicos que, às vezes, permitem ao juiz chegar às decisões. O que importa somente, é saber se a parte dispositiva da sentença e a motivação estão, do ponto de vista jurídico, lógicas e coerentes, de forma a constituírem elementos inseparáveis de um ato unitário, que se interpretam e se iluminam reciprocamente⁸³.

É pontual observar que a parte dispositiva decorre dos motivos apresentados na fundamentação jurídica. É através do texto que as razões do magistrado aparecem tecidas pela coesão textual e coerência argumentativa. É também através das razões da motivação que podemos analisar criticamente os argumentos do magistrado, identificando se ele realmente fundamentou sua decisão ou se utilizou no seu julgamento de um poder discricionário, excessivo ou arbitrário. Esta possibilidade de fiscalização da decisão do juiz de direito veio expressamente determinada pela CF/88, no seu artigo 93, IX, que legitimou um controle externo

⁸² NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86.

⁸³ *Idem, ibidem*, p. 86-87.

(extraprocessual) e mais efetivo da decisão judicial por parte da sociedade, como já vimos anteriormente.

E se verificarmos na análise que o magistrado não expôs as razões de sua decisão judicial? Para Neves,

uma decisão sem a devida fundamentação, portanto, contém vício sério, porque, além de afrontar texto constitucional expresso, impede o acesso da parte sucumbente aos tribunais, impede a atuação desse órgão na revisão da decisão e, pior do que tudo isso, permite que se façam ilações a respeito da imparcialidade e lisura do julgador, o que é altamente prejudicial para a imagem do Poder Judiciário⁸⁴.

Nesse sentido, no capítulo 5 apresentamos a análise das DIs 01 e 02, observando como os argumentos proferidos pelos magistrados B e C, a título de fundamentação jurídica, apresentaram-se na superfície do texto. Na DI 02, o magistrado B expressa seus enunciados, fundamentando-os de acordo com a sua opinião pessoal. Levanta o questionamento da intervenção do Poder Judiciário nas relações privadas, mas adota como técnica de fundamentação jurídica o circunlóquio e a baixa informatividade, desconsiderando o contexto situacional, bem como os próprios precedentes adotados pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE) relacionados ao caso concreto. Na DI 03, o magistrado C, reconsiderando o pedido liminar negado pelo magistrado B, levanta a discussão sobre a reserva do possível e o mínimo existencial, adotando uma postura proativa na concessão do direito fundamental à saúde, pleiteado na petição inicial da ACP.

Destarte, podemos identificar duas DIs antagônicas envolvendo o mesmo caso concreto, inseridas no mesmo sistema jurídico normativo. Diante dessa possibilidade, é de fundamental importância a exigência normativa do dever de fundamentação das decisões judiciais. É justamente através das razões elencadas pelo enunciador que podemos de fato observar a legitimidade dessas decisões, promovendo concretamente o controle extraprocessual, garantido pela norma constitucional.

⁸⁴ NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 62.

E quando o jurisdicionado (pessoa carente, por exemplo) não tem seu direito fundamental à saúde garantido pelo magistrado, como ocorreu na DI 01⁸⁵, relegando sua existência à própria sorte? Ele poderá recorrer da decisão monocrática. Através do aparato teórico-metodológico da ACD, por exemplo, o discurso jurídico do julgador pode ser desconstruído, tornando evidente não só o modo como se operaram os valores, as crenças e a ideologia do enunciador, mas as estratégias linguísticas utilizadas por ele na construção de uma fundamentação deficiente ou não motivada.

2.3 Fundamentação jurídica da decisão interlocutória: o modo pelo qual se opera a ideologia nos argumentos emitidos pelo enunciador

Segundo o Código de Processo Civil (CPC), artigo 162, § 2º, “decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”⁸⁶. Para Theodoro Júnior, “(...) só ocorre a decisão interlocutória quando a solução da questão incidente não leva ao encerramento do feito. Mesmo que se enfrente alguma questão de mérito, ainda será decisão interlocutória, e não sentença, se o objeto da causa (isto é, o pedido) não for exaurido pelo pronunciamento incidental”⁸⁷.

Com base no artigo 93, inciso IX da CF, a DI, como espécie de decisão judicial, também deverá ser motivada, sob pena de nulidade. Barbosa Moreira já defendia, antes mesmo da CF de 1988, que o dever de motivar não era limitado apenas às sentenças, cabendo também para as decisões interlocutórias⁸⁸.

Cruz e Tucci ao discorrer sobre o conceito e a natureza da motivação, concebe-a como instrumento de comunicação e como fonte de indícios; como

⁸⁵ Na análise crítica que realizamos, ficou evidenciado que na DI 02 o magistrado B não expôs as razões de seu indeferimento. Observamos com precisão que o magistrado B não fundamentou juridicamente sua decisão, ou seja, não motivou o seu livre convencimento, desconsiderando o contexto situacional.

⁸⁶ BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 563.

⁸⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 230.

⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. vol. 16, 4º trimestre. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba, MG, 1978, p. 120.

discurso judicial e como atividade crítico- intelectual. Especificamente no que se refere à motivação como instrumento de comunicação e como fonte de indícios, o autor, interpretando Taruffo afirma que

(...) a motivação dos atos decisórios constitui o instrumento material do processo de comunicação (“*segno linguístico*”), uma vez que, expondo os motivos, o juiz comunica solenemente a *ratio decidendi* às partes, a outros eventuais interessados e, igualmente, ao órgão *ad quem*⁸⁹.

Nesse sentido, a motivação das decisões protege o interesse das partes e o interesse público (da sociedade). Com relação às partes, é necessário que elas saibam com precisão as razões que levaram o magistrado a decidir de tal maneira, para que possam posteriormente recorrer. Já o interesse público é “essencial para que possa assegurar a participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional, o que lhe confere legitimidade”⁹⁰.

Podemos observar ainda que a motivação como instrumento de comunicação, defendida por Cruz e Tucci, traduz a ideia de sentido linguístico utilizada por Taruffo. Os autores promovem os seus entendimentos concebendo o direito na interface com a linguística, posicionamento adotado no presente trabalho.

Como fontes de indícios, Cruz e Tucci, interpretando Taruffo

entende ser possível individualar, na motivação, outros elementos – opiniões, juízos, valorações e comportamentos – que influenciaram a exposição, mas não revelados, posto que permaneceram “dietro” de seu significado próprio e imediato⁹¹.

⁸⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 12.

⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56. Nesse sentido, Pozzebon, interpretando Antonio Scarance Fernandes, afirma “que os destinatários da motivação não são mais apenas as partes e os juízes de 2ª instância, mas, também, a comunidade, que, através da motivação, tem condições de verificar se o juiz e, assim, a própria Justiça decidem com imparcialidade e com conhecimento de causa”. POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. O direito fundamental à motivação no processo penal e o duplo grau de jurisdição. **Revista Jurídica**, Ano 58, nº 391, maio, 2010, p. 100.

⁹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 12.

É nesse contexto, do implícito, que Koch afirma que “todo texto assemelha-se a um *iceberg* – o que fica à tona, isto é, o que é explicitado no texto, é apenas uma pequena parte daquilo que fica submerso, ou seja, implícitado”⁹².

Assim, os conteúdos opinativos, comportamentais, valorativos e ideológicos do magistrado, que muitas vezes se encontram no plano do subentendido, do pressuposto ou do implícito, devem ser inferidos pelos destinatários, no intuito de se obter uma imediata compreensão do enunciado.

É de fundamental importância no estudo da motivação, a ideologia, uma vez que, segundo Thompson, o seu modo de operação “serve para estabelecer e sustentar relações de dominação (...)”⁹³.

Thompson reformula o conceito de ideologia, o qual, para ele, foi concebido num contexto histórico longo e complicado. Acrescenta ainda o autor que a forma como o conceito é idealizado atualmente, negativamente, deve-se a sua carga hereditária, marcada pelo passado⁹⁴.

Nesse contexto, Ricouer afirma que a ideologia é um fenômeno ambíguo, possuindo “um lado positivo e um negativo, um papel construtivo e um destrutivo, uma dimensão constitutiva e outra patológica”. Segundo o autor, a ideologia possui um conceito complicado, acrescentando que “o ideológico nunca é a nossa própria posição; é sempre a atitude de outras pessoas, é sempre a ideologia deles”⁹⁵.

Ricouer, ao afirmar que o conceito de ideologia é polêmico, admitindo ter ela um lado negativo, destrutivo e patológico, traduz de certa forma a concepção atual do termo, ou seja, de que maneira concebemos a ideologia na sociedade contemporânea.

Conforme já afirmamos, se a ideologia atualmente é facilmente entendida como algo pejorativo, externo, que vem de fora, podemos acrescentar que a origem

⁹² KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. **A coerência textual**. 17. ed. São Paulo: Contexto, 2009, p. 79.

⁹³ THOMPSON, Jonh B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 79.

⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 13-14.

⁹⁵ RICOEUR, Paul. **Ideologia e utopia**. Rio de Janeiro: Edições 70 LDA, 1986, p. 66-68.

do termo não apresentou esta concepção negativa⁹⁶. Somente a partir de Napoleão e com Marx é que podemos conceber negativamente a ideologia.

Thompson interessa-se pelo estudo da ideologia na tentativa de elaborar ou desenvolver um conceito diferentemente dos sentidos até então concebidos: negativo e neutro. Nesse contexto, a neutralização do conceito da ideologia difere da concepção negativa, uma vez que não pretende associar o termo ideologia a fenômenos enganadores, atrelados a interesses de um determinado grupo ou classe. Como defensores dessa concepção neutra da ideologia, podemos citar Destutt de Tracy, Lenin e Lukács⁹⁷.

Thompson não considera a concepção neutra na construção do conceito de ideologia, muito embora, não tinha pretensões de eliminar por completo o sentido negativo, utilizado como critério de manutenção das relações de dominação. O autor considera a ideologia inserida numa concepção crítica. Thompson defende uma concepção crítica da ideologia como forma de analisar a construção do sentido nos textos, bem como investigar de que forma os sentidos construídos são utilizados para estabelecer e sustentar relações de poder.

Adotamos na dissertação a concepção crítica da ideologia de Thompson, com a finalidade de investigar de que maneira o sentido nos textos jurídicos foi construído e usado, considerando o contexto situacional.

Verificamos, na superfície dos textos jurídicos, os indícios, os propósitos, as pistas, as crenças, os valores e os modos de operação da ideologia, utilizados para manter relações de dominação.

Para tanto, tomamos como referência uma tabela exemplificativa desenvolvida por Thompson para especificar os modos gerais através dos quais a ideologia pode operar, quais sejam: legitimação, dissimulação, unificação, fragmentação e reificação, bem como algumas estratégias típicas de construção

⁹⁶ O termo ideologia foi "introduzido, originalmente, por Destutt de Tracy, como um rótulo para uma suposta ciência das idéias". THOMPSON, Jonh B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 43.

⁹⁷ THOMPSON, Jonh B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 72-73.

simbólica, indicando as diversas formas como o sentido pode ser construído na sociedade, conforme se pode verificar na figura 3 abaixo:

<i>Modos Gerais</i>	<i>Algumas Estratégias Típicas de Construção Simbólica</i>
Legitimação	Racionalização Universalização Narrativação
<i>Dissimulação</i>	Deslocamento Eufemização Tropo (sinédoque, metonímia, metáfora)
<i>Unificação</i>	Estandardização Simbolização da unidade
<i>Fragmentação</i>	Diferenciação Expurgo do outro
<i>Reificação</i>	Naturalização Eternalização Nominalização/passivização

Figura 3 – Modos de operação da ideologia⁹⁸

⁹⁸ THOMPSON, Jonh B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 81.

Consideramos para a presente seção apenas os modos gerais da legitimação, fragmentação e unificação, encontrados no corpus da dissertação. Destarte, pudemos observar que, em todos os textos jurídicos decisórios, o modo de operação da ideologia **legitimação** estava presente, alimentando relações de poder entre seus interlocutores. Ficou caracterizada a estratégia típica de construção simbólica **racionalização**, através da qual o emissor do enunciado “constrói uma cadeia de raciocínio que procura defender (...), e com isso persuadir uma audiência de que isso é digno de apoio”⁹⁹. Assim, podemos afirmar que os magistrados B e C tentaram convencer os destinatários dos argumentos persuasivos de suas decisões judiciais, confirmando na relação dialógica os critérios da intencionalidade e da aceitabilidade.

A **fragmentação** foi verificada no fragmento 9, linhas 18 e 20, da DI 01. O próprio nome fragmentação significa divisão, separação, indicando como o modo de operação da ideologia ocorre. Dessa forma, as relações de poder acontecem justamente com a segmentação de grupos de indivíduos que desafiam as relações de poder existentes. Como estratégia típica, podemos observar a **diferenciação**, ou seja, quando determinadas características são apoiadas ou evidenciadas pelos grupos dominantes para afastar indivíduos ou grupos de pessoas que possam colocar em risco as relações dominantes.

Já no modo de operação da ideologia **unificação**, as relações de dominação são mantidas em nome de uma unidade social, formada por indivíduos que possuem uma mesma identificação coletiva, independente de suas particularidades. Como estratégia da construção do sentido, temos a **padronização**, utilizada pelas autoridades públicas no desenvolvimento de uma política padrão e de uma identidade coletiva¹⁰⁰. Tratamos especificamente da padronização ao analisar o fragmento 9 da DI 01.

É também de fundamental importância, no estudo da motivação da decisão interlocutória, a relação necessária entre o texto decisório e o contexto

⁹⁹ THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 82-83.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*, p. 86.

situacional. Através dessa interação, podemos identificar se a decisão judicial foi juridicamente fundamentada ou se apresentou deficiente. Assim, discutiremos no próximo capítulo a diferença entre fundamentação jurídica concisa e mal fundamentada.

2.4 Diferença entre fundamentação jurídica concisa e deficiente (mal fundamentada)

A motivação jurídica é o elemento essencial de uma decisão judicial. De acordo com o artigo 165, 2ª parte, do CPC¹⁰¹, a decisão interlocutória poderá ser motivada de maneira concisa, desconsiderando o rigor formal exigido pelo artigo 458 do CPC.

Corroborando com esse entendimento legal, Nery Junior e Nery afirmam que “as decisões interlocutórias e os despachos podem ser exteriorizados por meio de uma fundamentação concisa, que significa fundamentação breve, sucinta”¹⁰².

Certamente sabemos do dever de fundamentação jurídica das decisões interlocutórias. Resta-nos identificar o alcance do sentido das expressões concisa, sucinta e breve. Não há uma explicação detalhada sobre o real sentido dessas expressões nos estudos realizados por nós, embora, com precisão, podemos afirmar que a ideia de concisão refere-se tão somente às razões jurídicas que levam o magistrado a decidir daquela maneira. Nesse contexto,

as motivações concisas, que deixam entrever as razões pelas quais o magistrado optou por uma dada solução, não ostentam a mácula da inconstitucionalidade. Basta, portanto, que da decisão se possa extrair as razões que fundam o ponto de vista do juiz, mesmo que postas de forma resumida¹⁰³.

¹⁰¹ “Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”. BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 563.

¹⁰² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 519.

¹⁰³ NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 119.

Por sua vez, não devemos confundir fundamentação concisa e fundamentação deficiente. Afirmamos que não existe nenhuma dificuldade na identificação de uma decisão interlocutória contendo fundamentação deficiente ou concisa.

Esse não é o entendimento de Carneiro ao afirmar que “não é tão simples, todavia, expressar exatamente o conceito de decisão não fundamentada, distinguindo-o do de decisão mal fundamentada e de decisão insuficiente fundamentada (...)”¹⁰⁴.

Uma fundamentação deficiente desconsidera totalmente o critério da coerência, da própria construção de sentido realizada pelos interlocutores, em um dado contexto situacional. Não basta que a coerência seja lógico-jurídica entre a parte dispositiva e a fundamentação, até porque isso não é coerência.

A coerência não está no texto,

(...) deve ser construída a partir dele, levando-se, pois, em conta os recursos coesivos presentes na superfície textual, que funcionam como pistas ou chaves para orientar o interlocutor na construção do sentido¹⁰⁵.

Destarte, uma decisão interlocutória mal fundamentada não possui em sua superfície textual o nexos entre o texto, o cotexto e o contexto situacional, ou seja, o sentido que é construído a partir do texto pelo magistrado não tem nenhuma ligação com a realidade circundante, com a situação concreta, com o objeto da própria ação.

No caso específico da DI 01, o fato do magistrado B ter indeferido o pedido liminar por não ter visualizado o *fumus boni iuris*, sem expor as razões jurídicas da sua não existência, significa que a decisão judicial não foi juridicamente

¹⁰⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada – conceitos – nulidade. **Revista Jurídica**, Porto Alegre-RS, ano XLIII, n. 216, out., 1995, p. 8.

¹⁰⁵ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **O texto e a construção dos sentidos**. 9. ed. São Paulo: Contexto, 2010, p. 53.

motivada. Logo, para que houvesse fundamentação jurídica, era necessário que o magistrado B explicitasse de maneira transparente por que a aderência do bom direito não se encontrava presente no pedido ou pelo menos em que consistiria a fumaça do bom direito.

Como vimos, o magistrado B não deixou de expor as razões de seu convencimento, mas não passou de uma opinião particular, uma vez que não houve adequação da motivação pessoal do enunciador com o requisito do *fumus boni iuris* e com os pedidos elencados na petição inicial da ACP, conforme verificado na análise do fragmento 9 , da DI 01.

Podemos afirmar que a fundamentação realizada na DI 01 foi deficiente, uma vez que faltou a explicação da causa do indeferimento dos pedidos liminares. Segundo Cretella Neto

a concessão de uma liminar, por exemplo, está sujeita a certos pressupostos legais, os quais, quando existentes, obrigam o juiz a seu deferimento. A *causa*, portanto, é o preenchimento desses pressupostos legais¹⁰⁶.

Enfim, evidente está que a motivação jurídica pode ser sucinta, no caso das decisões interlocutórias, o que não quer dizer, claramente, fundamentação deficiente. Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito exige “a suficiente fundamentação e requer decisões não desviadas do direito e da justiça nem do pedido”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 111.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 114-115.

A vida é dialógica por natureza. Viver significa participar do diálogo: interrogar, ouvir, responder, concordar etc. Nesse diálogo o homem participa inteiro e com toda a vida: com os olhos, os lábios, as mãos, a alma, o espírito, todo o corpo, os atos. Aplica-se totalmente na palavra, e essa palavra entra no tecido dialógico da vida humana, no simpósio universal¹⁰⁸.

¹⁰⁸ BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 348.

CAPÍTULO 3 - UMA RECONSTRUÇÃO DISCURSIVA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O DIZER COMO JOGO LINGUÍSTICO NOS DISCURSOS JURÍDICOS DAS DIs 01 E 02

3.1 Pontos de partida

Convém encetar especificando que o presente capítulo tratará do direito fundamental à saúde de pessoas carentes¹⁰⁹, já que é o ponto de partida que resume toda a prática discursiva estabelecida nas DIs antagônicas. Com efeito, é necessário situar o debate, identificando o tom discursivo dos pedidos liminares¹¹⁰, evidenciados na ACP. Podemos observar nas DIs 01 e 02 que a pretensão da parte autora não é casual, nem tão pouco individual, a provocar o Poder Judiciário em busca de tratamento hospitalar formalmente não coberto pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Se o embate do acesso ao direito fundamental à saúde leva-nos para caminhos fechados diante das omissões administrativas do Estado, cabe-nos pleitear uma decisão judicial que concretize a prestação do direito fundamental à saúde, protegido pela Constituição Federal de 1988. Contudo, os argumentos para o não-cumprimento de tal direito são diversos, homogeneizantes, mesmo nas decisões judiciais, sempre deslocados de seu contexto situacional, sem apresentação das razões devidas da fundamentação jurídica.

Os discursos jurídicos sobre a reserva do possível, da escassez de recursos financeiros, da judicialização da política estão em pauta, e mais ainda quando se precisa legitimá-los em nome do Estado, desconsiderando a heterogeneidade enunciativa. Há discursos também que defendem o direito da subsistência¹¹¹, à existência, um mínimo existencial, quando o assunto é concretização do direito fundamental à saúde.

¹⁰⁹ Trabalharemos especificamente com pessoas carentes em virtude delas representarem o polo passivo da Ação Civil Pública – ACP.

¹¹⁰ A própria DI 01, fragmento 8, traz em seu bojo os pedidos liminares, quais sejam: “(...) determinar a transferência imediata dos pacientes listados na petição inicial que necessitam de UTI, para rede de hospitais privados do Recife ou Real Hospital Português de Beneficência, devido ao risco de vida que correm, bem como que a Central de Leitos em Pernambuco informe diariamente à autora as listas de pedidos que são enviadas pelos hospitais com pedido de UTI”.

¹¹¹ Robespierre, citado por Herrera, defende no discurso da subsistência o “direito à existência” como o “primeiro” direito imprescritível do homem, assumindo deste modo a universalidade do social”. HERRERA, Carlos Miguel. Estado,

Não se duvida que existe um jogo linguístico entre as partes envolvidas, mas esse jogo deixa marcas encetadas no texto e, a partir do texto utilizado, podemos inferir na sua superfície as crenças, os valores e as ideologias de seus interlocutores. Através do aparato metodológico da ACD, desconstruímos os discursos, evidenciando os conflitos situados nos textos através de suas versões, de suas complexidades, utilizando outras lentes teórico-metodológicas. Essencialmente, não existe análise sem fundamentação teórica, não existe texto sem contexto, não existe fundamentação sem exposição das razões jurídicas, não existe direito, e nos referimos a qualquer um, sem que esteja inserido numa prática social.

3.2 A judicialização dos direitos fundamentais à saúde e as relações de heterogeneidade evidenciadas nos fundamentos jurídicos das DIs 01 e 02

Iniciaremos o assunto sobre direito fundamental à saúde fazendo uma abordagem acerca da judicialização¹¹² dos direitos sociais, já que os problemas que envolvem o tema são complexos e recorrentes. Partiremos da ideia de que os direitos sociais são direitos fundamentais¹¹³, utilizando no presente capítulo a expressão direitos fundamentais sociais, substituída no corpo do texto pela sigla DFS. Corroborando com esse entendimento, Flávia Piovesan afirma que:

os direitos econômicos, sociais e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. São direitos que incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis, devendo ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão¹¹⁴.

constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 08.

¹¹² O tema judicialização dos direitos sociais demanda um estudo específico considerando vários aspectos da realidade social e econômica.

¹¹³ Utilizaremos a expressão direitos fundamentais no sentido de “direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 36.

¹¹⁴ Observar a presente citação feita por PIOVESAN na nota introdutória. LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

O debate sobre a proteção judicial dos DFS¹¹⁵ não é tema recente no mundo jurídico. A conquista desses direitos é recorrente no Poder Judiciário, evidenciando uma conduta proativa do magistrado¹¹⁶. A doutrina, as decisões judiciais e a jurisprudência tentam oportunamente demarcar território sobre as diversas matrizes teóricas que envolvem o assunto prestação jurisdicional dos DFS. As teorias são as mais diversas, vão desde os discursos de que os direitos sociais não passam apenas de normas programáticas¹¹⁷ até a aplicabilidade imediata dos DFS. Por mais que se evidencie na jurisprudência majoritária nacional o avanço dos DFS, assegurados juridicamente, o papel ativista do magistrado é delicado diante da complexidade de questões que envolvem a concessão de medidas judiciais que assegurem, por exemplo, o direito fundamental à saúde de várias pessoas carentes, representadas legalmente por uma determinada associação, considerando os discursos da reserva do possível, no que se refere à escassez de recursos, e do mínimo existencial.

É oportuno conhecer que a ideia de ativismo judicial processual está atrelada à possibilidade de qualquer pessoa provocar o Poder Judiciário para requerer a proteção e a garantia da prestação dos DFS estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Esse ativismo judicial processual atrelado aos DFS tornou-se imprescindível diante do contexto atual, em virtude do surgimento de sucessivas crises¹¹⁸, envolvendo tanto os Poderes Legislativo e Executivo quanto o

¹¹⁵ A fim de se evitar uma interpretação extensiva da expressão direitos fundamentais sociais (DFS), adotaremos na presente dissertação o termo DFS para designar os direitos fundamentais sociais prestacionais, no que se refere especificamente ao direito fundamental à saúde.

¹¹⁶ Foi a partir da década de 90 que se observou uma crescente demanda, no que diz respeito à concretização do direito à saúde (direito fundamental social), pontuando a participação mais ativa do Poder Judiciário sobre questões que envolvem recursos públicos, reserva do possível e mínimo existencial. O magistrado é o ator social na efetivação dos direitos à saúde, principalmente quando determina a entrega da prestação de direitos materiais aos jurisdicionados, observando as normas constitucionais.

¹¹⁷ Normas programáticas, como explicita sua própria natureza, determinam programas, ou seja, estabelecem determinadas finalidades, não possuindo força para a concretização efetiva e plena de direitos. Para Bercovici, “são normas que traçam princípios ou programas a serem cumpridos pelos órgãos estatais, dentro da ideologia e dos fins constitucionalmente adotados”. O autor acrescenta ainda que a aplicabilidade concreta da norma programática aqui no Brasil foi decepcionante, passando a ser “sinônimo de norma que não tem qualquer valor concreto (...). Toda norma incômoda passou a ser classificada como “programática”, bloqueando, na prática, a concretização da Constituição e, especialmente, dos direitos sociais”. BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 59-60.

¹¹⁸ Acerca das crises entre os poderes, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 516.

direito, fundamentado num modelo tradicional positivista. Nesse aspecto, “cabe ao Judiciário, ao apreciar um caso, considerar as finalidades subjacentes às regras aplicáveis e as circunstâncias específicas do contexto em que a decisão se insere”¹¹⁹.

A judicialização dos DFS tem como finalidade garantir o valor da dignidade da pessoa humana a cada indivíduo, promovendo o bem social e o direito à vida¹²⁰. Essa proteção jurídica advém principalmente do preâmbulo e dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, compete ao Estado promover políticas públicas e inclusivas, direcionando recursos no intuito de garantir a todas as pessoas “as condições mínimas de existência humana digna”¹²¹. Em contrapartida, é função do Estado-Juiz promover o combate às omissões estatais decorrentes da não observância das normas constitucionais, considerando o conflito de interesses que envolve o caso concreto e todos os fatos sociais complexos do contexto.

Para a construção teórica do sistema conceitual do referido capítulo, afastaremos três críticas relacionadas à Judicialização dos DFS. A primeira crítica, caracterizada por Souza Neto como democrática¹²², é a de não ter o Poder Judiciário legitimidade para a concretização dos DFS, uma vez que os seus integrantes não são escolhidos pelo voto popular. Contra-argumentando, entendemos que a presente crítica não prospera, uma vez que a legitimidade do Poder Judiciário vem da própria Constituição Federal, devendo os magistrados observar as suas normas, como é o caso da obrigatoriedade de fundamentação jurídica das decisões judiciais, de acordo como o artigo 93, inciso IX, da CF/88.

¹¹⁹ Essa é a posição defendida por Frederick Schauer, interpretado por Souza Neto, afirmando como necessária a metodologia jurídica “particularista”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 517. A metodologia defendida por Schauer admite que o magistrado atue no caso concreto observando as suas particularidades, decidindo de forma mais justa, diferente do que ocorre com o legislador ao elaborar normas abstratas e genéricas.

¹²⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 123.

¹²¹ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

¹²² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 522.

Nesse sentido, Agra defende que a legitimidade do Poder Judiciário “é haurida pelos mandamentos constitucionais, com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais, de acordo com os procedimentos estabelecidos nos mandamentos legais”¹²³.

A segunda crítica, caracterizada por Souza Neto como financeira¹²⁴, é sobre a concentração de poder do magistrado quando atua decidindo sobre despesas públicas, especificamente no que se refere às questões políticas que envolvem a concretização dos direitos fundamentais sociais. As discussões envolvendo esta crítica financeira são complexas, relacionando-se com a denominada teoria da reserva do possível. Na próxima seção, discorreremos com mais precisão sobre o discurso da escassez de recursos públicos, muito embora, afastamos tal crítica diante da atuação deficiente do Estado na prestação positiva dos DFS.

Nesse sentido, podemos citar como exemplo a própria análise da DI 02, onde foi necessária a atuação positiva do magistrado C, no intuito de garantir o direito à saúde dos jurisdicionados carentes, diante da inoperância do Estado. Segundo Agra, “essa legitimação intrínseca da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário acontece na medida em que os cidadãos, principalmente os menos instruídos, passam a vê-los como esteios para os seus clamores”¹²⁵. O papel do Poder Judiciário se reafirma cada vez mais como a única saída dos que necessitam de uma política pública mais eficiente. O direito de ação do cidadão e a descoberta de sua condição de sujeito de direito fortalecem as bases do Estado Democrático Social de Direito.

A última crítica que nos propomos a discutir é caracterizada por Souza Neto como liberal¹²⁶, cujo sentido se refere à atuação do Judiciário como Poder

¹²³AGRA, WALBER MOURA. **A jurisdição constitucional brasileira**. Disponível em: <http://www.iidpc.org/pdf/doctrinar6Moura.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2011, p. 18.

¹²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 525.

¹²⁵ AGRA, WALBER MOURA. **A jurisdição constitucional brasileira**. Disponível em: <http://www.iidpc.org/pdf/doctrinar6Moura.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2011, p. 25.

¹²⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em

legitimador das garantias dos direitos fundamentais sociais, considerando o princípio da separação de poderes. Para os defensores desta crítica, “a atuação do Judiciário no campo social representaria a usurpação de competências do Legislativo e do Executivo”¹²⁷. Não corroboramos com este entendimento, não desmerecendo as grandes discussões envolvendo esta crítica, sejam elas doutrinárias ou jurisprudenciais. A nossa ideia é que todos os Poderes promovam harmoniosamente a proteção e a concretização dos direitos fundamentais sociais sob o manto da Constituição Federal de 1988 e em nome de um Estado Democrático Social do Direito, garantindo não só a efetividade desses direitos, mas fortalecendo as bases de uma democracia social participativa.

Nesse sentido, para a realização da prestação positiva do direito fundamental à saúde, é necessária a colaboração e harmonia de todos os poderes, tendo em vista ser o Estado, em sentido amplo, o garantidor efetivo da materialização desse direito substancial.

Ocorre que nem sempre acontece conforme estabeleceu a Constituição Cidadã. Na prática, diante da omissão do Estado na realização ou manutenção de políticas públicas adequadas, deparamo-nos com a crescente atuação positiva do Poder Judiciário, garantindo, por exemplo, que uma pessoa carente tenha acesso a um leito de UTI, mesmo que seja preciso transferi-la de um hospital público, que não disponibilizou o leito administrativamente, para uma unidade hospitalar privada, conforme determinou o magistrado C na DI 02. Para Rigo, “essas demandas judiciais não seriam necessárias, se o Poder Executivo conseguisse suprir as necessidades dos cidadãos, fornecendo-lhes serviços de saúde adequados”¹²⁸.

Consideramos também que nem todas as ações judiciais, mesmo aquelas apreciadas em caráter de urgência, contendo pedidos liminares sobre o direito

espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 519. O autor ainda discute assuntos relacionados às críticas administrativa, técnica, econômica e da desigualdade quanto ao acesso à justiça.

¹²⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 520-521.

¹²⁸ RIGO, Vivian. Direitos de todos e de cada um. In: ASSIS, Araken de (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 177.

fundamental à saúde, são deferidas. Poderemos verificar tal fato na DI 01, observando, no capítulo 5, o fragmento 17, abaixo transcrito:

53. Assim sendo, por não visualizar (*sic*) o requisito

54. “*fumus boni iuris*”, **indefiro** os pedidos liminares, e com mais acento, a

55. antecipação da tutela como foram requeridos, porque, nem por longe

56. encontro verossimilhança nas alegações.

Há nos fundamentos do magistrado B, por exemplo, um cruzamento de muitas vozes no intuito de promoção de um intertexto sustentável, mas o seu livre convencimento não foi motivado. Nesse contexto, procuro chamar a atenção para o capítulo 2 da dissertação, que tratou sobre fundamentação jurídica de decisão interlocutória. Enfatizo que uma fundamentação jurídica só se concretiza, mesmo concisamente, se os fundamentos apresentados pelo magistrado estiverem motivados e interconectados com o contexto situacional, promovendo a construção de sentido no texto.

A heterogeneidade é uma característica de toda a linguagem humana. Se o direito utiliza-se de uma linguagem ordinária para se manifestar, podemos afirmar que a heterogeneidade constitui todo o discurso jurídico. Nesse sentido, o discurso jurídico perpassa o texto, podendo ser identificadas na sua superfície as marcas de uma heterogeneidade enunciativa apontadas nas DIs 01 e 02.

Bakhtin promove o resgate da heterogeneidade no discurso, afirmando que a linguagem é heterogênea e plural. Resgata também o termo dialógico, que é a marca constitutiva de todo enunciado. Para Bakhtin, “cada enunciado é pleno de ecos e ressonâncias de outros enunciados com os quais está ligado pela identidade da esfera de comunicação discursiva”¹²⁹. Para o autor, não existe um dizer adâmico¹³⁰, ou seja, todo o dizer é atravessado por várias vozes, heterogeneamente.

¹²⁹ BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 297.

¹³⁰ A concepção de um discurso adâmico é contestada pela dialogicidade de Bakhtin. *Idem, ibidem*, p.300.

O magistrado, criador da norma jurídica, quando argumenta sua decisão, o faz por meio de várias vozes, promovendo a progressão textual. Nesse jogo lingüístico, evidenciam-se relações intertextuais e interdiscursivas na construção do dizer. Koch afirma que:

todo texto é, portanto, um objeto heterogêneo, que revela uma relação radical de seu interior com seu exterior. Dele fazem parte outros textos que lhe dão origem, que o predeterminam, com os quais dialoga, que ele retoma, a que alude ou aos quais se opõe¹³¹.

Merece destaque também o posicionamento de Bakhtin, citado por Koch, para quem:

o texto só ganha vida em contato com outro texto (com contexto). Somente neste ponto de contato entre textos é que uma luz brilha, iluminando tanto o posterior como o anterior, juntando dado texto a um diálogo. Enfatizamos que esse contato é um contato dialógico entre textos... Por trás desse contato está um contato de personalidades e não de coisas¹³².

Nesse mesmo sentido, Greimas afirma que:

o texto redistribui a língua. Uma das vias dessa reconstrução é a de permutar textos, fragmentos de textos que existiram ou existem em redor do texto considerado, e, por fim, dentro dele mesmo; todo texto é um intertexto;

¹³¹ KOCH, Ingedore G. Villaça; BENTES, Anna Christina; CAVALCANTE, Mônica Magalhães. **Intertextualidade: diálogos possíveis**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 16.

¹³² *Idem, ibidem*, p. 09. Bakhtin quando retrata a ideia de intertextualidade, promove não só a progressão da textualidade encontrada na interação comunicativa dos textos, mas também a construção do sentido textual, remetendo-o ao contexto situacional. Júlia Kristeva foi quem introduziu na década de 60 o termo intertextualidade, tendo como fundamento o dialogismo bakhtiniano. Cf. TRASK, R. L. **Dicionário de linguagem e lingüística**. São Paulo: Contexto, 2004, p. 147. Para a autora (1974), interpretada por Koch, “qualquer texto se constrói como um mosaico de citações e é a absorção e transformação de um outro texto”. KOCH, Ingedore G. Villaça; BENTES, Anna Christina; CAVALCANTE, Mônica Magalhães. **Intertextualidade: diálogos possíveis**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 14. Na citação direta, o contato de personalidades nada mais retrata do que o movimento dialético ou dialógico existente entre os sujeitos da enunciação, considerando “que o próprio sujeito do discurso não é um só. (...) Bakhtin desenvolve o pensamento de que o eu é atravessado constitutivamente pelo tu”. SUDATTI, Ariani Bueno. **Dogmática jurídica e ideologia: o discurso ambiental sob as vozes de Mikhail Bakhtin**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 141.

outros textos estão presentes nele, em níveis variáveis, sob formas mais ou menos reconhecíveis¹³³.

Uma das faces da heterogeneidade é a intertextualidade. A intertextualidade faz parte da heterogeneidade mostrada. A evidência do entrelaçamento dos textos nos faz entender que um texto não pode ser interpretado isoladamente. A voz que emana de um texto prévio ecoa trazendo consigo outras vozes na formação de uma interação dialógica. Podemos afirmar que o eco de todas as vozes se apresenta no intertexto do despacho e das DIs 01 e 02¹³⁴, imbricado de valores, crenças, ideologia etc.

A outra face da heterogeneidade enunciativa, chamada de constitutiva ou discursiva, é a interdiscursividade¹³⁵. A interdiscursividade é constitutiva porque compõe qualquer discurso, desde o discurso orientado, construído para uma determinada finalidade, até o assumido, onde o enunciador modaliza a construção de seu dizer, observando sempre o dito inserido num contexto. Com isso, podemos afirmar com precisão que não existe discurso inocente.

O texto foi o ponto de partida da análise, desconsiderando o aspecto psicológico (consciência) do enunciador no processo de criação de seu enunciado. À vista disso, identificamos que a vontade discursiva do magistrado B constituiu o seu discurso¹³⁶ na DI 01, mas o grau de comprometimento de seu dizer, a forma como se operou a ideologia e as escolhas lexicais, só puderam ser analisados na

¹³³ KOCH, Ingedore G. Villaça; BENTES, Anna Christina; CAVALCANTE, Mônica Magalhães. **Intertextualidade**: diálogos possíveis. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 14. Para Charaudeau e Maingueneau intertexto “é o conjunto de fragmentos convocados (citações, alusões, paráfrase...) em um corpus dado (...)”. CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 289.

¹³⁴ O despacho constitui também o *corpus* da presente dissertação e, como texto, interage com as DIs 01 e 02. A intertextualidade é evidente em todo o *corpus*, porém trabalharemos neste capítulo 03 apenas com as DIs 01 e 02, em virtude da fundamentação textual remeter aos assuntos intervenção do Poder Judiciário na atividade privada, reserva do possível e mínimo existencial.

¹³⁵ Para Koch, a intertextualidade em sentido amplo constitui todo e qualquer discurso. Isso significa interdiscursividade. A autora quando se refere à ideia de intertextualidade prefere classificá-la como intertextualidade *stricto sensu*. KOCH, Ingedore G. Villaça; BENTES, Anna Christina; CAVALCANTE, Mônica Magalhães. **Intertextualidade**: diálogos possíveis. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 16-17.

¹³⁶ Para Bakhtin o enunciado do falante também é determinado “com sua visão de mundo, os seus juízos de valor e emoções”, considerando o “objeto de seu discurso e o sistema da língua (dos recursos lingüísticos) (...)”. BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 296.

superfície do texto, através da coerência teórico-metodológico da ACD. Nessa abordagem, pudemos também analisar os argumentos utilizados pelo magistrado B, a título de fundamentação jurídica, no que se refere a não-intervenção do Poder Judiciário na esfera privada, que será discutido no próximo item juntamente com o argumento da reserva do possível, proferido pelo magistrado C na DI 02.

3.3 A efetividade do direito fundamental à saúde em face dos argumentos da não- intervenção do direito público na esfera privada e da reserva do possível: quanto custa sua vida?

Um dos temas mais debatidos atualmente no direito constitucional é a efetividade dos direitos fundamentais à saúde. Diante de tal complexidade discursiva, toda a ordem jurídica é chamada a discutir sobre a prestação jurisdicional desse direito. São crescentes as demandas judiciais¹³⁷ e concretas as decisões dos magistrados determinando a imediata entrega material dos direitos fundamentais à saúde aos jurisdicionados. Verificamos um grande avanço na proteção judicial dos direitos fundamentais à saúde¹³⁸, em nome do valor da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, não desconsiderando, diante da conduta proativa do magistrado, as discussões que envolvem os argumentos da não-intervenção do Poder Judiciário no âmbito privado e da reserva do possível.

Antes de discutir o problema, inclui-se no debate como ponto de partida a consideração dos direitos à saúde como direitos fundamentais, resguardados pela Constituição Federal de 1988. A própria Constituição Cidadã considera o termo **fundamentais** para qualificar, na estrutura do texto normativo constitucional, os princípios jurídicos, reguladores dos fundamentos sociais do Estado. Logo, a Constituição Federal serve de base e arcabouço normativo para tal assertiva,

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 12. Nesse sentido, CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antonio Carlos C. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e a saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33.

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 553.

interagindo harmoniosamente com a ordem jurídica¹³⁹ e social. Não há como proceder uma separação dos direitos que pertencem a um só indivíduo dos direitos sociais¹⁴⁰, como se o direito pudesse ser fracionado em pequenos compartimentos, distante de qualquer prática social e discursiva. Nesse sentido, Mendes afirma que:

a Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvidas – deixe-se claro – de que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades¹⁴¹.

Sarmiento acrescenta que:

nada obsta, contudo, que os argumentos relacionados aos direitos individuais sejam empregados para reforçar a tutela dos direitos sociais – como tem ocorrido com frequência nas ações envolvendo prestações de saúde, através da invocação do direito à vida¹⁴².

¹³⁹ A ordem jurídica ou ordenamento jurídico é composto do sistema interno e do sistema externo. O sistema interno caracteriza-se pelas normas jurídicas escritas. Já o externo, é composto dos valores, das normas não-escritas. Para a solução de determinado conflito de forma adequada e justa, o sistema interno se utiliza das interpretações gramatical, lógica, histórica e sistemática. Quando o sistema normativo interno for insuficiente para resolver os problemas jurídicos diante de suas complexidades sociais, o sistema externo ou aberto surge para oferecer a melhor solução para o problema, a partir de uma interpretação teleológica. Nesse contexto, o magistrado busca no sistema aberto, utilizando-se de uma interpretação teleológica, os caminhos possíveis para a solução do caso concreto, utilizando-se da tópica, dos valores, dos princípios não-escritos etc. ALBUQUERQUE FILHO, José Antonio. A tópica e sua relação com a ordem jurídica. In: COLARES, Virgínia (Org.). **Linguagem e direito**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2010, p. 36-38.

¹⁴⁰ Cf. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 520-521.

¹⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar 47/PE**, Ministro Gilmar Mendes, Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev3/files/JUS2/STF/IT/SL_47_PE_1272708885409.pdf. Acesso em 16 nov. 2010, p. 20.

¹⁴² SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 566.

O papel do Estado é, de forma harmoniosa, fomentar os princípios constitucionais que estabelecem os avanços na construção de uma sociedade mais justa, considerando como núcleo fundamental de toda a ordem jurídica o valor da dignidade da pessoa humana. Um Estado atuante valoriza a pessoa humana, considerando a coletividade e a sua realidade social. A respeito, observa Piovesan que:

o valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional¹⁴³.

Cabe ainda afirmar que é através do valor da dignidade da pessoa humana que a tessitura da ordem jurídica se constitui. Há uma coerência do texto constitucional com a ordem jurídica fundamentada no valor da dignidade da pessoa humana. “Assim, não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e igualdade, correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana”. Também não há como negar que “boa parte dos direitos sociais radica tanto no princípio da dignidade da pessoa humana (saúde, educação etc.), quanto nos princípios que, entre nós, consagram o Estado social de Direito”¹⁴⁴.

Nesse sentido, podemos afirmar que o direito fundamental à saúde encontra seu alicerce no princípio da dignidade da pessoa humana, o qual serve também de base para a cláusula de proibição de retrocesso social,¹⁴⁵ da universalidade dos direitos humanos, dos princípios da socialidade¹⁴⁶ e do direito à

¹⁴³ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érika Paula Barcha (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 106.

¹⁴⁵ A noção proibição de retrocesso em sentido amplo engloba a proteção de todos os direitos fundamentais, inclusive o valor da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Essa cláusula não só protege os direitos fundamentais, mas garante que esses direitos não sejam restritos ou suprimidos de forma ilegítima,

¹⁴⁶ Este princípio tem como objetivo valorizar a pessoa humana no seio social, reconhecendo e garantindo os direitos sociais.

vida¹⁴⁷, do mínimo existencial, que veremos mais adiante, bem como para todos os outros princípios assegurados pela Constituição Cidadã.

Não se tem dúvida da quantidade de argumentos para se defender o direito fundamental à saúde, que poderia também ser chamado simplesmente de direito à saúde. O termo fundamental reforça o dizer de quem enuncia, assim como deste analista, mesmo já afirmando não se tratar o discurso de uma mera denúncia ou apenas uma forma fácil de convencimento do leitor.

O livre convencimento é do magistrado, que deve se valer não só do sistema normativo para motivar juridicamente sua decisão. Fundamentar não é tarefa fácil diante dos atuais anseios sociais. Exige-se do magistrado atualmente uma conduta proativa, capaz de solucionar os mais diversos conflitos de interesses. A prestação jurisdicional deverá ser eficiente, adequada e justa, observando sempre a particularidade do direito substancial em questão. Para isso, como já falamos, toda a ordem jurídica se coloca à disposição do magistrado, oferecendo caminhos possíveis para serem percorridos no campo da dogmática.

Segundo Krell, “(...) a interpretação dos direitos sociais não é uma questão de lógica, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo”¹⁴⁸. Nesse sentido, desconsideramos as possíveis críticas daqueles que não acreditam na existência de um sistema externo ou aberto capaz de contribuir teleologicamente com a interpretação do magistrado. Na falência, brechas ou lacunas da norma jurídica, surgem a tópica, os princípios não-escritos, a ponderação de valores e os novos conceitos argumentativos como mecanismos capazes de solucionar o caso concreto. O importante não é apenas decidir o conflito, mas fazê-lo, expondo os fundamentos jurídicos obrigatórios e exigidos pela Constituição Federal de 1988.

Utilizaremos na argumentação desse capítulo a própria análise das DIs 01 e 02, conforme observaremos no capítulo 5. Na superfície textual da DI 01, fragmento 8, linhas 08 a 11, citado abaixo, podemos observar que o pedido liminar

¹⁴⁷ Consideramos o direito à saúde como uma extensão do direito à vida.

¹⁴⁸ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51.

trata-se de questão que envolve direito à saúde (obtenção de leitos de UTI para pessoas carentes), procedimento que é acobertado pelo SUS.

8. Relativamente ao pedido liminar - determinar a
9. transferência imediata dos pacientes listados na petição inicial que
10. **necessitam de UTI**, para rede de hospitais privados do Recife ou Real
11. Hospital Português de Beneficência, **devido ao risco de vida que correm** (...) (grifo nosso).

Nesse sentido, a atuação do magistrado C, ao deferir o pedido liminar na DI 02, fragmento 29 (abaixo citado), determinando o cumprimento da prestação positiva de serviço à saúde requerida na ACP, refere-se tão somente à implementação e efetivação de políticas públicas já estabelecidas pelo SUS.

39. Posto isto, reconsidero a decisão anterior e **concedo a liminar perseguida**
40. determinando que o estado requerido **providencie** inicialmente pela rede pública hospitalar
41. **leitos de UTIs** suficientes para atender a demandante, ou, na hipótese da falta de condições,
42. providenciar a **IMEDIATA** contratação da rede particular conveniada sem qualquer ônus para
43. o autor, assinando um prazo de 24 horas para o cumprimento da decisão, observando-se a lista
44. dos beneficiários que se encontra nos autos, sob pena da cominação de multa diária por dia de
45. descumprimento no valor de R \$ 5.000,00 (cinco mil reais) (grifo nosso).

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que

(...) ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário

não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento”¹⁴⁹.

Acrescenta Santos que, nos casos “nos quais as políticas públicas já alcançaram tais procedimentos por meio de legislação específica, a negativa por parte da Administração não pode encontrar apoio no ordenamento”¹⁵⁰.

Nesse contexto, a crítica que se faz do ativismo judicial processual ou da conduta proativa do magistrado decorre da natureza prestacional positiva do direito à saúde. A necessidade de concretização desse direito, diante da reserva do possível, revela o maior obstáculo a sua judicialização. Temos certeza de que problemas concretos que envolvem direito à saúde devem ser resolvidos considerando as peculiaridades que abarcam o próprio conflito de interesses. Para Mendes, “juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas (...)”¹⁵¹.

É também importante observar que a judicialização frequentemente acontece quando a Administração é omissa na efetivação de políticas públicas **já estabelecidas**¹⁵², ou seja, quando as políticas públicas existentes não são conduzidas, implementadas ou mantidas com eficiência pelo Poder Público. Conforme expõe Krell sobre a deficiência na prestação dos serviços públicos básicos, “o problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios”¹⁵³. Nesse contexto,

¹⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar 47/PE**, Ministro Gilmar Mendes, Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev3/files/JUS2/STF/IT/SL_47_PE_1272708885409.pdf. Acesso em 16 nov. 2010, p. 23.

¹⁵⁰ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Eficácia judicial do direito fundamental à saúde** – reflexões iniciais. In: SEVERO NETO, Manoel. Direito, cidadania e processo. Recife, Fasa, 2006, p. 147.

¹⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar 47/PE**, Ministro Gilmar Mendes, Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev3/files/JUS2/STF/IT/SL_47_PE_1272708885409.pdf. Acesso em 16/11/2010, p. 13.

¹⁵² Observar a Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080, de 19.09.1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 27 fev. 2011.

¹⁵³ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 31-32.

(...) cumpre verificar se a prestação estatal desejada pelo cidadão já está incluída nas políticas públicas previstas do SUS ou não. Caso este verifique essa previsão, o Judiciário atuará apenas para determinar o cumprimento da política pública em virtude de omissão ilegal do Executivo em concretizá-la¹⁵⁴.

Há de se considerar também que o problema não reside na discussão da judicialização em si, já que o magistrado apenas decide que determinado procedimento envolvendo o direito à saúde seja implementado pelo Estado, não importando se a concretização do referido direito se realizará, por exemplo, através de um hospital particular, conforme determinou a DI 02. A conduta proativa do magistrado C não reflete um ativismo irracional, sem qualquer parâmetro legal, obrigando o Poder Público, por exemplo, a financiar todo e qualquer tratamento de saúde existente.

Outro impedimento à judicialização do direito fundamental à saúde é o discurso da reserva do possível. Esse argumento foi referido na DI 02 pelo magistrado C e é assunto debatido na doutrina e jurisprudência pátrias. Mas o que significa reserva do possível? Esta expressão vaga originou-se na Alemanha, no ano de 1972, através de decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA), conhecida como *numerus clausus*.

A decisão *numerus clausus* apresentou como objeto processos de admissão através de vestibular para o curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e da Baviera, bem como o entendimento do TCFA no sentido de limitar, em face de uma enorme demanda, o ingresso de estudantes, sob o argumento da reserva do possível¹⁵⁵, ou seja, “no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e a saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 93.

¹⁵⁵ BVERFGE, 33, 303 – *Numerus Clausus*. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Uruguay. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656-667.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29.

Nesse sentido, a teoria da reserva do possível impõe limites às demandas estabelecidas acima do razoável. Para o TCFA, na decisão *numerus clausus*, o não razoável seria a imposição para que o Estado criasse uma quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a *todos os candidatos*¹⁵⁷, inclusive para os que teriam condições mais do que suficientes de promover sua própria educação. Logo, o que não é razoável não é a provocação do Estado-Juiz ou a sua decisão estabelecendo a concretização de um DFS, mas a realização de um direito fundamental “acima de um certo limite básico essencial”.

A teoria da reserva do possível foi importada para o Brasil e utilizada de forma inadequada, em desacordo com a concepção originária do instituto, que se utilizava de um critério de razoabilidade para resolver conflitos sociais em face do Estado. Não demorou muito para essa teoria ser defendida pela doutrina e utilizada como argumento limitador à judicialização dos DFS. Não podemos desconsiderar a forma como o Estado se apropria do termo reserva do possível, no intuito de promover a sua omissão em face da implementação, realização e manutenção dos DFS. Nesse sentido, observar o fragmento 26 da DI 02 proferido pelo magistrado C:

25. Na medida em que a CF garante ao cidadão brasileiro o direito à saúde e o Estado se

26. nega a efetivar este direito sob o argumento da falta de recursos, estamos diante de um

27. conflito de valores onde **o Estado coloca a teoria da reserva do possível como fundamento**

28. **para se furtar a prestar um serviço essencial de que é obrigado (...)**
(grifo nosso)

Nota-se que o magistrado C adverte, na sua fundamentação jurídica, sobre o tipo de discurso que o Estado-Administração se utiliza para se esquivar de suas obrigações legais básicas. Como argumento para a não realização dos DFS, o Poder Executivo apela para o discurso retórico dos custos dos direitos prestacionais em detrimento da escassez de recursos públicos, desconsiderando muitas vezes o

¹⁵⁷ KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52.

bem jurídico envolvido e a comprovação fática e razoável de sua não concretização. Observamos que os argumentos sobre a reserva do possível utilizados pelo poder público demonstram um verdadeiro descaso social, tanto na forma inadequada de utilização do instituto como nos argumentos falaciosos empregados para não efetivação dos DFS. Nesse contexto, para Sarlet:

o que tem sido, de fato, falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como a eficiente aplicação dos mesmos¹⁵⁸.

Nesse sentido, observamos o julgado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45/DF, proferido pelo Ministro relator Celso de Melo, sobre a possível aplicabilidade da reserva do possível quando o motivo for justo e objetivamente aferível:

(...) Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (...)¹⁵⁹.

Observem que o Ministro Celso de Melo não descarta a recepção da teoria da reserva do possível como defesa jurídica, mas adverte que ela só pode ser

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32.

¹⁵⁹ STF. **ADPF nº 45/DF**, Ministro Celso de Melo, publicada no DJ em 04/05/2004. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=45.NUME.&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20 nov. 2010.

utilizada através de um justo motivo objetivamente aferível, ou seja, que o Estado comprove, demonstre os motivos razoáveis para a não concretização dos DFS.

Toda essa discussão torna-se mais evidente quando a questão envolve o direito fundamental à saúde. Tanto é que é visível o crescente número de intervenções judiciais envolvendo questões complexas sobre o acesso à saúde de pessoas carentes diante do mau funcionamento dos serviços básicos de saúde prestados pelo Estado. Se a necessidade do direito à saúde do paciente é indispensável e razoável, espera-se no mínimo que a resposta do poder público seja também razoável e comprovada. Se o direito do jurisdicionado é urgente e plausível, espera-se no mínimo que a decisão do magistrado seja razoável e fundamentada juridicamente, considerando o contexto situacional.

Sabemos que não é fácil julgar uma demanda cujos interesses envolvem direito à saúde e escassez de recursos financeiros. Para Holmes e Sustain, levar os direitos a sério significa levar a sério também a escassez¹⁶⁰. Ponderamos a questão evitando as posições extremistas sobre o direito à saúde. Não se pode mais conceber a atuação do julgador sem levar em consideração o custo prestacional de um direito, bem como o argumento do custo não pode ser utilizado pelo Estado para continuar se omitindo de suas obrigações constitucionais¹⁶¹. Não se pode mais discutir o problema relacionado aos argumentos acima, desconsiderando o caso concreto. O tom e o sentido do discurso persuasivo do enunciador não devem ocorrer isoladamente da situação concreta. Contextualizar e ponderar estabelecem o ponto de partida da atuação do magistrado em busca da solução mais adequada para o conflito.

Destarte, contextualizar, ponderar e fundamentar são ferramentas de que o magistrado pode se utilizar como critérios de decisão, mesmo que seja para indeferir um pedido liminar baseado no direito à saúde. Nesse caso, a postura decisória do magistrado, amparada na realidade concreta, não fere o princípio universal do direito à saúde, defendido pela CF e pela política do SUS.

¹⁶⁰ Tradução livre do original: "Taking rights seriously means taking scarcity seriously" em: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York-London: W. W. Norton & Company, 1999, p. 94.

¹⁶¹ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Eficácia judicial do direito fundamental à saúde** – reflexões iniciais. Recife: Fasa, 2006, p. 145.

Vejam como exemplo a questão dos pequenos municípios, os quais são obrigados a comprometer seu orçamento em face de várias condenações judiciais tendo como fundamento à universalização do direito à saúde.

Na prática, muitos municípios do país não se vêem em condições de atender às demandas judiciais sem causar sérios prejuízos ao fornecimento de atenção básica a todo o resto da população¹⁶².

A realidade envolvendo o direito à saúde torna-se mais complexa quando há influência de empresas fornecedoras de produtos de saúde envolvidas na questão da judicialização da saúde.

(...), em alguns casos, chegou a constatar abusos, como o financiamento de advogados, através de organizações não governamentais de grupos de pacientes, para patrocinar ações com o objetivo de prover determinados produtos, forçando, assim, o Estado a adquiri-los¹⁶³.

Essas particularidades existem na realidade jurídica brasileira, que necessita urgentemente de soluções plausíveis, envolvendo tanto o Poder Executivo como o Poder Judiciário.

Em suma, não basta apenas discutir a teoria da reserva do possível atrelada exclusivamente à escassez de recursos, desconsiderando nas decisões, sejam elas administrativas ou judiciais, parâmetros de ponderação e razoabilidade. Se a reserva do possível impõe limites à efetivação do direito fundamental à saúde, que sejam adotados critérios decisórios razoáveis interconectados com a realidade social ou com o caso concreto específico, considerando a garantia do mínimo existencial e os bens jurídicos de maior gravidade e urgência nele envolvidos.

¹⁶² BLIACHERIENE, Ana Carla; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Lei de responsabilidade fiscal e os limites da vinculação e da discricionariedade na execução da dotação orçamentária: o impacto das liminares judiciais relativas à saúde para o orçamento dos municípios. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e a saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 20-21.

¹⁶³ SOUZA, Hótis Aparecido de; SANTOS, José Sebastião dos; UETA, Julieta. A influência da gestão do sistema de saúde na utilização da via judicial para acesso a produtos e serviços. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e a saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 165.

3.4 O direito ao acesso à saúde de pessoas carentes e o ativismo judicial processual: a interdiscursividade entre o conteúdo do mínimo existencial estabelecido na DI 02 e o contexto situacional

A problemática que envolve o acesso à saúde de pessoas carentes retrata todo um contexto situacional. Cada caso concreto é único e explicita na petição inicial os fundamentos de fato e jurídico, demarcando no tempo e no espaço a realidade contextual, chamada por Sarlet de “realidade circundante”¹⁶⁴.

A realidade circundante, o contexto situacional ou a realidade contextual são expressões que retratam o mesmo significado, constituídas por informações que estão presentes fora do texto. Os enunciados estabelecidos na superfície de um texto adquirem sentido ancorados numa determinada situação¹⁶⁵.

Por isso, falar sobre o sentido de um enunciado fora das circunstâncias possíveis da sua ocorrência, isto é, fora do contexto e da situação, noções às quais Ducrot se refere englobadamente através do termo *contexto* – equivale a abandonar o terreno da experiência e da comprovação, para constituir uma hipótese que será sempre carente de demonstração¹⁶⁶.

Nesse sentido, se o caso concreto é singular, então necessita de uma decisão particularista, onde os parâmetros decisórios adotados pelo magistrado estejam diretamente relacionados com os fundamentos do pedido feitos pela parte autora na petição inicial, conforme expressa o princípio da congruência¹⁶⁷. Cabe ao magistrado julgar a demanda, observando se os fundamentos jurídicos de sua decisão estão interconectados com os pedidos e os fatos elencados pelo titular do

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 42.

¹⁶⁵ Para Koch, “o texto tem reflexos importantes sobre a situação (...)”. KOCH, Ingedore G. Villaça. **Introdução à lingüística textual**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 40.

¹⁶⁶ LOPES, Edward. **Fundamentos da lingüística contemporânea**. 23 ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2007, p. 284.

¹⁶⁷ “O enunciado do princípio da congruência, que se perfaz pelos aforismos “sentença conforme o libelo” e vedação de julgamento *citra, ultra* ou *extra petita*, é o seguinte: o julgador deve *debruçar-se* exatamente sobre todo o pedido das partes”. OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67. Além do que foi expresso, o princípio da congruência promove também a conexão da decisão judicial com a demanda.

direito, promovendo não só o nexa entre o enunciado e o contexto situacional, mas a aproximação entre os interlocutores. Ducrot, interpretado por Edward Lopes,

afirma que não existe na realidade nenhum enunciado que ocorra extra contexto. Um enunciado pode apresentar um contexto de dimensões extremamente reduzidas, mas ele possuirá, sempre, um contexto – aquele da situação que põe em contacto dois interlocutores¹⁶⁸.

Segundo Machado Júnior,

todas as variáveis devem ser sopesadas pelo Poder Público em casos de proteção jurídica dos DFS. Cabe ao judiciário controlar o atendimento dos preceitos constitucionais prestacionais por parte de todos os poderes, através da ponderação entre a essencialidade da pretensão e o **grau de excepcionalidade da situação em concreto**¹⁶⁹ (grifo nosso).

A DI 02, de forma interdiscursiva, traz para o debate a garantia do mínimo existencial em contraposição à teoria da reserva do possível. Através da decisão do magistrado C, a reserva do possível não pode ser utilizada pelo Estado como forma de sua não-atuação na concretização de direito à saúde, que tem por finalidade garantir um mínimo existencial. Há de se considerar não só a conduta proativa do magistrado C (ativismo judicial processual) na prestação de um direito fundamental, mas a identificação em concreto da existência de um mínimo existencial¹⁷⁰, considerando não só a realidade social, o titular do direito material, os pedidos liminares, como também a razoabilidade da pretensão. “Na definição do mínimo existencial ou essencial deve-se evitar generalizações, pois o seu sentido efetivo

¹⁶⁸ LOPES, Edward. **Fundamentos da lingüística contemporânea**. 23 ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2007, p. 285.

¹⁶⁹ MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de Aguiar. **Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais**: fundamentos, críticas e parâmetros materiais. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco, 2009, p. 138.

¹⁷⁰ Sarmiento entende “que a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada *in abstracto*, ignorando a condição específica do titular do direito”. SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 577.

deve ser verificado nos casos concretos (...)”¹⁷¹, considerando os caminhos possíveis e transdisciplinares que a ordem jurídica oferece.

O direito à saúde vem garantido pela Constituição Federal. Dispõe o artigo 196, da CF/88, que “a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”¹⁷². Nesse sentido, o direito fundamental à saúde é disciplinado pelo valor essencial do mínimo existencial, decorrente do direito fundamental à vida e pelo valor da dignidade da pessoa humana, apresentando como finalidade não só a questão da existência, da sobrevivência, mas de uma vida social plena e digna.

Não há na Constituição Federal nenhuma norma expressa sobre mínimo existencial. Por outro lado, podemos afirmar que a ideia de mínimo existencial pode ser extraída do contexto da Carta Cidadã, quando ela se refere aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no seu artigo 3º, inciso III, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”¹⁷³, bem como do próprio valor da dignidade da pessoa humana, estabelecido no preâmbulo. Torres tem defendido que

o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão¹⁷⁴.

¹⁷¹ FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 860.

¹⁷² BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 132.

¹⁷³ *Idem, ibidem*, p. 23.

¹⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

É nesse sentido que identificaremos nessa dissertação o mínimo existencial, ou seja, como uma garantia relacionada à concretização do direito fundamental à saúde, tendo como fonte de legitimidade a própria Constituição Federal¹⁷⁵. O próprio nome mínimo existencial revela a natureza dessa garantia. É mínimo porque abrange todo o ser humano, principalmente as pessoas carentes. É existencial no que se refere à própria sobrevivência, à própria condição humana, de poder viver com dignidade, à própria vida. Para Sarlet, a dignidade da pessoa humana garante o mínimo existencial, “as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”¹⁷⁶.

A proteção jurídica do direito à saúde enseja vários questionamentos de ordem prática quanto à aplicabilidade do mínimo existencial. É necessário que venha demonstrado na petição inicial que a pretensão da parte autora é no mínimo plausível e haja o perigo de dano caso o pedido liminar não seja deferido. Em outras palavras, cabe ao autor da ação comprovar, através de documentação, que necessita, por exemplo, urgentemente de um leito de UTI, não podendo arcar com as despesas de tal procedimento, sob pena de comprometer sua subsistência. Desse modo, a caracterização da garantia do mínimo existencial é concreta, restando apenas a proteção do direito material pleiteado.

De qualquer forma, é interessante perceber que, no caso em questão, onde se pleiteiam leitos de UTI, o mínimo existencial acaba se tornando sinônimo da própria existência do indivíduo. Negar o acesso ao direito à saúde é negar a própria sobrevivência. No diálogo que fizemos anteriormente, não entendemos como pode ser razoável se falar em reserva do possível quando o direito à saúde traduz numa prestação positiva — acesso ao leito de UTI — que é uma condição essencial para que o indivíduo continue vivendo.

Em situação extrema, como é o caso específico dessa dissertação, o Estado não atuou de forma ativa na prestação efetiva do direito à saúde das pessoas carentes que necessitavam, para sobreviver, de leitos de UTI. Muitas vezes é o próprio ente público, sem nenhuma comprovação, que se aproveita da reserva

¹⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 60.

do possível abstratamente para se exonerar da concretização dos serviços de saúde já estabelecidos. Nesse caso, cabe ao magistrado a efetividade desses direitos fundamentais, não só desconsiderando o argumento da escassez dos recursos, por exemplo, mas todos ou outros discursos vazios e arrazoáveis que obstaculizam o acesso à saúde das pessoas necessitadas.

Estamos falando de ativismo judicial processual, de uma conduta mais atuante do magistrado no intuito de eliminar lacunas criadas pelo legislador ou pelo administrador. Consideramos a atitude do magistrado como um estilo, que observa e aplica o direito, conforme defende Herkenhoff, numa perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política:

- a) na perspectiva axiológica, o juiz ajusta a lei a seus valores, a sua consciência, a seu mundo;
- b) na perspectiva fenomenológica, ajusta a lei à percepção da pessoa julgada;
- c) na perspectiva sociológico-política, promove a abertura da lei ao fato social; deixa de perceber apenas o subsistema jurídico e nele situar-se, para apreender, mais amplamente, todo o sistema social e neste atuar¹⁷⁷.

As três perspectivas defendidas por Herkenhoff devem ser visualizadas simultaneamente na aplicação do direito. O magistrado, quando decide, carrega consigo todos os seus valores, suas crenças, expressando na superfície do texto sua ideologia. Podemos, através do aparato teórico-metodológico da ACD, verificar se o magistrado, quando decidiu, observou o campo fenomenológico apresentado pelo caso concreto.

A ideia fenomenológica está explicitada no contexto situacional, na própria realidade circundante. O parâmetro de uma conduta mais ativa por parte do magistrado se estabelece no caso concreto, ou seja, nos fatos ditos e comprovados trazidos pela parte autora em busca de uma solução adequada, efetiva e justa para o problema apresentado.

¹⁷⁷ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81.

Para Canotilho, interpretando Deinhammer, “o direito deve ter aberturas dialógicas para os rostos, os corpos, as almas, dos que enfrentam as dificuldades da dor, da pobreza, do isolamento, da opressão, da ignorância (...)”¹⁷⁸. Em outras palavras, o que Canotilho retrata é justamente o campo fenomenal, defendido por Herkenhoff e adotado pelo magistrado C nos seus argumentos jurídicos de forma implícita. Embora o magistrado C não tenha falado na sua decisão especificamente em pessoas carentes, os fundamentos jurídicos apresentados por ele estão impregnados da perspectiva fenomenológica, ancorada na realidade social e situacional das pessoas julgadas.

No processo decisório da DI 02, o magistrado C adotou a técnica de ponderação para resolver o conflito de interesses. Para Barcellos, “o termo ponderação (...) significa avaliar todas as vantagens e desvantagens relacionadas com determinada situação (...)”¹⁷⁹. São as circunstâncias do caso concreto que são ponderadas estritamente pelo magistrado, verificando a adequação e a necessidade da medida judicial. Na DI 02, o magistrado C decidiu pelo mínimo existencial, garantindo o direito fundamental à saúde de pessoas carentes.

Não há dúvida sobre o papel que o judiciário exerce na garantia e concretização do direito à saúde, tendo como fundamento a ordem jurídica. Quando o assunto é efetivação do direito à saúde, todas as possibilidades devem ser levadas em consideração e a melhor decisão deverá surgir num critério de ponderação. Para Barcellos, “a organização do raciocínio ponderativo facilita o processo decisório, torna visíveis os elementos que participam desse processo e, por isso mesmo, permite o controle da decisão em melhores condições”¹⁸⁰.

Nesse mesmo sentido, Amaral afirma que,

¹⁷⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito dos pobres no activismo judiciário. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érika Paula Barcha (Coords.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

¹⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 296.

¹⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 124.

tratando-se de uma decisão, nos parece intuitiva a necessidade de motivação e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do porquê preferiu-se atender a uma situação e não à outra¹⁸¹.

Esse é o desafio do judiciário frente aos novos avanços de uma sociedade que se torna cada vez mais complexa. Nesse contexto, não custa enfatizar que a ideia de mínimo existencial deve ser verificada de forma particularizada, em cada caso concreto, considerando toda a situação, a condição de quem postula o direito, o custo do direito envolvido e a razoabilidade do pedido, conforme defende a posição relativista. Não somos adeptos da corrente absoluta, uma vez que não existe direito absoluto, que não possa de forma alguma ser relativizado.

A discussão envolvendo a reserva do possível e o mínimo existencial é pontual, aparentemente muito longe de qualquer consenso. O direito por si só, e estamos nos referindo ao sistema normativo interno, não consegue resolver os problemas complexos que envolvem a concretização do direito fundamental à saúde, que dirá dos DFS. Não é à toa a existência de várias decisões judiciais diferentes envolvendo o mesmo caso concreto. Não há o porquê de não se cobrar uma melhor parametrização entre os argumentos da reserva do possível e do mínimo existencial. Não estamos nos referindo, quando falamos em parametrização, da criação de uma teoria ou adoção de algum método, até porque a dogmática já cumpre bem esse papel. Mas começar a entender o direito inserido em relações sociais complexas, num processo constante de interação com a linguagem, com a filosofia, com a economia, com a sociologia etc.

Para Santos, o debate envolvendo o direito à saúde deve ser “ampliado para além da fronteira do debate jurídico”, evocando um “debate interdisciplinar” para a solução do problema¹⁸². Defendemos que o caminho a ser trilhado é o da transdisciplinaridade¹⁸³. É inconcebível, por exemplo, a aplicação da reserva do

¹⁸¹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.37.

¹⁸² SANTOS, Gustavo Ferreira. Eficácia judicial do direito fundamental à saúde – reflexões iniciais. In: SEVERO NETO, Manoel. **Direito, cidadania e processo**. Recife, Fasa, 2006, p. 150.

¹⁸³ “A *transdisciplinaridade*, como o prefixo ‘trans’ indica, diz respeito àquilo que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e *além* de qualquer disciplina. Seu objetivo é a *compreensão do mundo presente*, para o

possível em decisões judiciais, desconsiderando aspectos reais da economia ou baseando-se apenas em discursos retóricos e abstratos. O direito necessita ser observado além do direito, através de outras lentes, num processo humano dialético perceptível, em completa harmonia com a realidade e toda a ordem jurídica.

CAPÍTULO 4 - ASPECTOS METODOLÓGICOS

Conforme já referido no corpo desta dissertação, a pesquisa apresentou uma análise crítica de natureza qualitativa, constituindo o *corpus*¹⁸⁴ por um despacho e por duas decisões interlocutórias (DIs) antagônicas, proferidas numa Ação Civil Pública (ACP), referente ao processo nº X da Y Vara da Capital do Estado de Pernambuco.

O interesse e a escolha do tema partiram da apresentação parcial do processo nº X, em sala de aula, no mestrado de direito da Universidade Católica de Pernambuco, onde a matéria em debate era o acesso à justiça¹⁸⁵, bem como dos ensinamentos sobre ACDJ, ministrados pela Professora Doutora Virgínia Colares, em que, aceitando ser orientadora deste trabalho, despertou-nos o interesse pela linguística, ao mesmo tempo em que nos proporcionou a vivência de uma descoberta transdisciplinar no direito.

Atuar em um campo epistemológico novo foi tarefa bastante difícil para nós, mas aos poucos, através de muitas leituras, aulas expositivas, estágio de docência e uma excelente orientação, pudemos descobrir como o direito se apresenta sendo visualizado através de outras lentes e como os argumentos jurídicos podem ser analisados criticamente, revelando as possíveis intenções dos enunciados.

Nesse contexto, esta dissertação de mestrado representa o início de uma trajetória de estudo fundamentada na relação interacional e interdisciplinar do direito com a linguística. Dessa relação, surge a necessidade de uma pesquisa mais detalhada sobre a fundamentação jurídica nas DIs e de como se opera a ideologia nos argumentos dos magistrados, evidenciando suas estratégias linguísticas na

¹⁸⁴ “No vocabulário científico, *corpus* designa uma extensa e, por vezes, exaustiva coletânea de documentos ou de dados: *corpus* de textos jurídicos, *corpus* das descrições de hitita, *corpus* dos vasos atenienses com figuras de atletas, etc”. CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 137. *Corpus* é um conjunto de dados orais ou escritos selecionados, coletados e organizados em uma superfície textual, que serve de base para a análise crítica de fenômenos discursivos, constituindo o objeto de pesquisa. As decisões judiciais que constituem o *corpus* estão disponíveis no anexo desta dissertação.

¹⁸⁵ O debate realizado em sala de aula foi proferido pela Dr^a. René Patriota, na disciplina Teoria Geral do Processo, ministrada pelo Prof. Dr. Sérgio Torres.

construção do sentido dos textos decisórios. Com efeito, referente à importância do problema no contexto sócio-jurídico, poucas análises se têm dedicado ao tema.

Os textos autênticos do despacho e das DIs foram fragmentados a partir dos próprios parágrafos já estabelecidos no documento legal e as linhas textuais numeradas para facilitar as análises, bem como, por uma questão de ética, os sujeitos processuais foram omitidos, utilizando a técnica da anonimização¹⁸⁶, sendo os magistrados representados pelas letras A, B e C¹⁸⁷. A anonimização foi utilizada não só nos nomes dos sujeitos processuais, mas no conjunto de informações capazes de promover a identificação dos envolvidos nas decisões judiciais, no que se referem às assinaturas, número de processo (X), datas e vara judicial (Y). Para Colares, “essa cautela para tornar anônimos ou fictícios dados autênticos resguardam indivíduos, (...), assegurando a credibilidade do pesquisador e a continuidade das pesquisas”.¹⁸⁸

Antes de começar a analisar as DIs, que versam especificamente sobre pedidos liminares feitos pela parte autora, fez-se necessário analisar o despacho¹⁸⁹, decisão esta precursora das DIs, identificando na sua superfície textual as pistas e operadores argumentativos.

¹⁸⁶ Como referência, adotamos a técnica de anonimização utilizada na dissertação de mestrado em linguística da Prof^a. Dr^a. Virgínia Colares, a qual recomenda, por razões éticas, que sejam omitidas informações capazes de identificar os nomes de pessoas. COLARES, Virgínia. **A decisão interpretativa da fala em depoimentos judiciais**. 1992. 199 f. Dissertação (Mestrado em Letras e Linguística) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1992, p. 50. Ressaltamos que os “fatores de contextualização”, (como data, local, assinaturas, timbre, número de processo, tipo de ação etc), referendados por Mascuschi, foram devidamente observados na análise do *corpus*, interpretados e contextualizados, porém omitidos no conteúdo da dissertação por questões éticas. MARCUSCHI, L. A. **Linguística de texto: o que é e como se faz**. Recife: UFPE – Mestrado em Letras e Linguística. Série Debates, 1, 1983, p. 16.

¹⁸⁷ Nessa dissertação, os sujeitos foram substituídos por letras do alfabeto, A, B e C. No despacho, especificamente, identificamos dois magistrados, quais sejam: o diretor do Fórum em exercício, representado nesta análise pela vogal A, e o juiz designado, representado pela consoante B. Nas decisões interlocutórias trabalharemos da seguinte forma: na primeira decisão interlocutória, temos o juiz designado B, já na segunda decisão, estabelecemos a consoante C para identificar o terceiro magistrado, responsável pela continuidade do processo.

¹⁸⁸ COLARES, Virgínia. **A decisão interpretativa da fala em depoimentos judiciais**. 1992. 199 f. Dissertação (Mestrado em Letras e Linguística) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1992, p. 50.

¹⁸⁹ Segundo o CPC, artigo 162, § 3º, “são despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma”. BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 563. Nesse sentido, despachos são atos do juiz que dizem respeito apenas ao andamento do processo.

As análises das superfícies textuais das decisões judiciais (despacho e DIs) foram feitas individualmente, verificando as peculiaridades argumentativas¹⁹⁰ que cada uma apresentou, inseridas em um contexto sócio-histórico específico¹⁹¹. Identificamos, além dos operadores argumentativos nas superfícies dos textos, as escolhas lexicais, o grau de intencionalidade, os elementos linguísticos e epistêmicos que apontam para a orientação dos enunciados pretendidos nas decisões judiciais.

O corpus foi analisado observando o modelo tridimensional do discurso proposto por Fairclough, especificamente na interconexão do texto e das práticas discursiva e social, considerando as diversas vozes heterogêneas observadas em cada decisão judicial.

Com relação à ideologia, utilizaremos a concepção de Thompson, o qual fez uma reformulação desse conceito, inserido-o numa concepção crítica, considerando toda sua trajetória histórica. Thompson não só procura construir um atual conceito de ideologia, mas, através de sua análise crítica, de como a ideologia se opera, busca identificar o sentido dos fenômenos simbólicos, as estratégias das formas simbólicas e de que maneira servem para “estabelecer e sustentar relações de dominação”¹⁹².

Se analisarmos concreta e criticamente um texto escrito, utilizando-se de um olhar questionador, não tão inocente, descompromissado, poderemos confirmar que qualquer texto é construído impregnado de ideologia. Faz parte do jogo e é um jogo a racionalização do pensamento. Tanto é que muitos autores, como Koch,

¹⁹⁰ A idéia de peculiaridades argumentativas tem a ver com o sentido das formas simbólicas utilizadas por Thompson. O autor entende “por “formas simbólicas” um amplo espectro de ações e falas, imagens e textos, que são produzidos por sujeitos e reconhecidos por eles e outros como construtos significativos”. THOMPSON, Jonh B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009. 79.

¹⁹¹ Thompson elabora uma concepção estrutural da cultura discutindo algumas características das formas simbólicas. Entre elas, destacamos a contextual, indicando que “as formas simbólicas estão sempre inseridas em processos e contextos sócio-históricos específicos dentro dos quais e por meio dos quais elas são produzidas, transmitidas e recebidas”. *Idem*, *ibidem*, p. 192

¹⁹² THOMPSON, Jonh B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 79.

sinalizam a existência de um “jogo da linguagem”¹⁹³, onde as peças têm importante papel na “construção dos (possíveis) sentidos”¹⁹⁴. Para tanto, a ideologia se opera justamente em toda a construção da argumentação, nas estratégias linguísticas, nas pistas de ocultamento, nas evidências e nos indícios, construindo um cenário onde o contexto já não é mais tão inocente e o observador, tão cego.

A construção da argumentação revela de que maneira os valores do magistrado aparecem na superfície textual da decisão judicial prolatada. Ao decidir, o juiz age de acordo com a sua própria vontade (de acordo com o princípio do livre convencimento); entretanto nos interessou as pistas deixadas na superfície textual e não construir suposições a respeito da subjetividade dos juízes de direito. Não coube a nós verificar qual foi das decisões interlocutórias a mais correta, bem como analisar a personalidade dos magistrados. Nesse sentido, afirma Thompson que “dizer que um objeto foi produzido por, ou que foi percebido como produzido por, um sujeito capaz de agir intencionalmente não é dizer (...)”¹⁹⁵.

Dessa forma, observamos apenas a análise da produção textual feita pelo juiz de direito. As ideias subjetivas ou ideológicas do construtor social serão associadas e, se possíveis, identificadas na superfície do texto. Foi através do texto, algo concreto, material, que foi possível palmilhar as interpretações. As diversas pistas ou estratégias e o livre convencimento do magistrado estão vinculados aos motivos determinantes da decisão. Foi a partir da ACJD que identificamos se as decisões judiciais foram juridicamente fundamentadas, como determina o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988.

Na perspectiva da ACD somos observadores e somos observados. Como atores sociais e tendo conhecimento desta interação dialógica, recorremo-nos ao texto autêntico para identificar o grau de intencionalidade do agente produtor, construtor e criador da realidade social. Falamos em criador, especificamente

¹⁹³ Wittgenstein foi quem primeiro utilizou a expressão “jogo de linguagem”, associando à “totalidade formada pela linguagem e pelas atividades com as quais ela vem entrelaçada”. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2004, p. 19.

¹⁹⁴ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Desvendando os segredos do texto**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 19.

¹⁹⁵ THOMPSON, Jonh B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 184.

magistrado, inserido na sociedade, que julga tentando demonstrar que a sua decisão é digna de apoio, onde muitas vezes o processo decisório não reflete o que foi pedido pela parte autora nem o contexto sócio-histórico.

(...) pode-se dizer que qualquer palavra existe para o falante em três aspectos: como palavra da língua neutra e não pertence a ninguém; como palavra alheia dos outros, cheia de ecos de outros enunciados; e, por último, como a minha palavra, porque, uma vez que eu opero com ela em uma situação determinada, com uma intenção discursiva determinada, ela já está compenetrada da minha expressão¹⁹⁶.

¹⁹⁶ BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 294.

CAPÍTULO 5 - ANÁLISE DO DESPACHO E DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

5.1 Pontos de partida

O presente capítulo tem como objetivo a apresentação da análise do *corpus*, que é constituído de um despacho e duas decisões interlocutórias, que chamaremos de DIs 01 e 02. Para melhor compreensão, dividimos a análise em três partes. Primeiro foi analisado o despacho e depois as DIs 01 e 02. Cada documento judicial revelou na superfície do texto as marcas ideológicas de seu enunciador. Utilizamos o aparato teórico metodológico da ACJD para investigar na superfície dos textos autênticos as estratégias lingüísticas de cada magistrado imbricadas na construção de seus argumentos.

5.2 Análise do Despacho

1. PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

2. DIRETORIA DO FÓRUM

3. DESPACHO

Fragmento 1 - Despacho

O despacho foi fragmentado para facilitar a compreensão da análise. Nota-se logo abaixo que houve a necessidade de agrupar os fragmentos 2, 3 e 4, tendo em vista serem os fragmentos 2 e 4 pequenos, mas necessários para contextualizar o fragmento 3, já que na presente dissertação trabalharemos com o texto¹⁹⁷, o cotexto¹⁹⁸ e o contexto¹⁹⁹.

¹⁹⁷ “Chama-se *texto* o conjunto dos enunciados lingüísticos submetidos à análise: o texto é então uma amostra de comportamento lingüístico que pode ser escrito ou falado. (Sin. *corpus*)”. DUBOIS, Jean. (1973). **Dicionário de Lingüística**. São Paulo: Cultrix, p. 586. Sobre texto, verificar a seção 1.2 dessa dissertação.

¹⁹⁸ Sobre o cotexto, podemos observar que a sua noção “(...) foi proposta por Bar-Hillel (1970) para dar conta da intervenção das unidades verbais que fixam a significação das outras formas lingüísticas presentes num mesmo texto. O co-texto é, portanto, um dos principais processos de soluções das eventuais ambigüidades ou da heterogeneidade de sentido dos enunciados. Distingue-se da noção de contexto, utilizada para designar as instâncias enunciativas e os elementos extralingüísticos relevantes para a compreensão de um texto ou de um discurso”. TRICHES, Cinara Fontana. **Travessia**: o

O despacho em análise foi exarado pelo magistrado A, *Diretor do Fórum em Exercício* (linha 17), que recepcionou a *petição* inicial e os *documentos* anexos (linha 4), referentes à *Ação Civil Pública*²⁰⁰. Após a recepção, o *Diretor do Fórum em Exercício* determinou a apreciação dos *pedidos liminares* (linha 11) por outro juiz de direito, juiz designado B, bem como determinou o encaminhamento do *feito*, da decisão judicial do magistrado B, para ser distribuído para uma das *Varas (...)* *Estadual*.

Observamos que o despacho proferido pelo magistrado A é prenunciador das duas DIs. Podemos verificar tal afirmação nas expressões: *designo-o* (linha 10) e *encaminhe-se* (linha 13).

4. Recebida hoje pelas 18:40 horas, nesta

5. Diretoria do Fórum, a presente petição e documentos.

Fragmento 2 - Despacho

6. Face à alegado (*sic*) urgência da parte autora e em

7. razão do encerramento do expediente forense há mais de uma

8. hora, sendo encontrado no Fórum apenas o Dr. B

9. Juiz de Direito da Vara (...) da Capital,

10. designo-o, excepcionalmente e em caráter de urgência, para

11. assumir o presente feito e apreciar os pedidos liminares.

Fragmento 3 - Despacho

conhecimento do outro através da literatura em língua estrangeira. Dissertação (Mestrado em Letras). Caxias do Sul, 2008, p. 30. Disponível em: http://tede.ucs.br/tde_arquivos/1/TDE-2008-10-07T142110Z-229/Publico/Dissertacao%20Cinara%20Fontana%20Triches.pdf. Acesso em: 09 dez. 2010. Sobre cotexto, conferir a seção 1.2 dessa dissertação.

¹⁹⁹ Podemos afirmar que o contexto é o conjunto dos fatores externos que englobam tanto o texto como o cotexto. Para Koch, “o contexto (...) abrange, portanto, não só o co-texto, como a situação de interação imediata, a situação mediata (entorno sociopolítico-cultural) e também o contexto sociocognitivo dos interlocutores (...)”. KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Desvendando os segredos do texto**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 24. Sobre contexto, observar a seção 1.2 dessa dissertação. Nesse sentido conferir: VAN DIJK, Teun. **Ideologia: uma aproximação multidisciplinar**. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 266.

²⁰⁰ A categorização *Ação Civil Pública* foi feita pelo magistrado C, na DI 02, fragmento 20, linha 1.

-
12. Após decisão do eminente magistrado,
 13. encaminhe-se o feito para distribuição a uma das Varas (...)
 14. (...) Estadual.
-

Fragmento 4 – Despacho

Verificamos no relato do despacho os indicadores de tempo, *hoje*, e de lugar, *nesta* (linha 4), que devem ser associados à noção de dêixis ou dêitico²⁰¹. A identificação do dêitico temporal *hoje* se relaciona com a especificação da data no despacho, *Recife, dia de mês de ano* (linha 15). Já o indicador de lugar *nesta* remete o leitor à *Diretoria do Fórum* (linha 5), lugar onde foi exarado o despacho. Todos os dêiticos analisados situam a atividade cognitiva do magistrado no tempo e no espaço, identificando o contexto sócio-histórico do evento.

Na mesma linha 4 temos a designação do horário, *18:40 horas*, referindo-se também ao aspecto temporal. A especificação determinada do horário não serve apenas para registrar a recepção dos pedidos urgentes, mas apontar particularmente que não havia mais expediente forense, como consta das expressões *há mais de uma hora* (linhas 7 e 8) e *sendo encontrado no Fórum apenas o Dr. magistrado B* (linha 8), assinalando pelo uso do indicador denotativo de exclusão *apenas* que não havia mais nenhum servidor público ou magistrado naquela unidade judiciária.

Na linha 6, o magistrado A argumenta o recebimento da ACP *face à alegado (sic) urgência da parte autora*, como se os pedidos liminares não estivessem documentados ou comprovados. Ora, segundo o artigo 283 do Código de Processo Civil (CPC)²⁰², a petição inicial, peça introdutória da ação, deverá ser instruída com os documentos indispensáveis²⁰³ a sua propositura, bem como com os

²⁰¹ Para Lyons (1980), citado por Charaudeau e Maingueneau, entende-se por dêixis ou dêitico “a localização e a identificação de pessoas, objetos, processos, eventos e atividades (...) em relação ao contexto espaciotemporal, criado e mantido pelo ato de enunciação”. CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 148.

²⁰² O artigo 283 do CPC expressa que “A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”. BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 581.

²⁰³ Documentos indispensáveis à propositura da ação são aqueles que devem estar presentes quando a demanda for proposta, caso contrário o mérito não será julgado.

documentos, caso já existam, que irão comprovar as alegações da parte autora, citadas na petição inicial²⁰⁴. Caso os documentos indispensáveis não se façam presentes, a demanda poderá ser emendada ou, não sendo possível tal emenda, indeferida pelo magistrado, conforme expressa o artigo 284, parágrafo único, do CPC²⁰⁵. Verificamos que esse não foi o caso observado na presente análise, uma vez que o magistrado B apreciou os pedidos de urgência ao decidir interlocutoriamente, comprovando a existência dos documentos indispensáveis à propositura da ACP. Com relação aos documentos comprobatórios das alegações da parte autora, estes, muito embora não estejam especificados explicitamente no texto do despacho, estão implícitos na ideia de *documentos* (linha 5) face a *requerimento de reconsideração* (linha 6, DI 02 – fragmento 21) solicitado pela parte autora²⁰⁶. Neste sentido, podemos afirmar uma contradição proferida no despacho comparando as linhas 6 e 5. A urgência informada pelo magistrado A não se sustenta apenas na mera alegação da parte autora, mas também nos documentos (linha 5) comprobatórios e inequívocos que se fizeram presentes na propositura da ACP, de conhecimento dos magistrados A e B.

Outro aspecto importante a ser destacado na análise do despacho é a designação pelo magistrado A, *excepcionalmente e em caráter de urgência* (linha 10), do magistrado B para *apreciar os pedidos liminares* (linha 11), como se a apreciação não fosse também parte de sua função judicante, independentemente da existência de outro magistrado no Fórum ou do término do horário do expediente forense.

A linha 10 refere-se aos indicadores de modo *excepcionalmente e caráter de urgência*, confirmando, através dos argumentos apresentados, como o

²⁰⁴ Os documentos a que nos referimos são aqueles que interessam à parte autora, comprobatórios do(s) pedido(s) proposto(s) na petição inicial. Estes documentos proporcionam maior veracidade às alegações da parte autora, bem como podem influenciar o magistrado na formação de seu livre convencimento.

²⁰⁵ De acordo com o artigo 284 do CPC, “verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial. BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 581.

²⁰⁶ Como será visto na análise da DI 02, no fragmento 28, o magistrado C não discute mais os documentos indispensáveis à propositura da ação. Ele menciona apenas a expressão *documentação inequívoca*, concernente aos documentos comprobatórios dos pedidos liminares, requeridos pela parte autora na petição da ACP.

magistrado A assumirá o *presente feito* (linha 11) e apreciará os *pedidos liminares* (linha 11).

A expressão *feito* (linhas 11 e 13) é utilizada amiúde pelo magistrado A na superfície textual do despacho. Nas linhas 10 e 11, o magistrado A designou o magistrado B a *assumir o presente feito*. Que *feito* é esse? Qual o sentido dessa palavra? Na linha 13, tem-se novamente a palavra *feito*. Será que o *feito* da linha 11 tem o mesmo sentido do *feito* da linha 13? Quais são os referentes²⁰⁷ de *feito* nas linhas 11 e 13? Esses referentes são encontrados no texto²⁰⁸? O *feito* não remete expressamente a nenhuma palavra específica, nominativa ou dêitica na superfície do texto. É um elemento de referência²⁰⁹. Verificamos o referente do *feito*, expresso nas linhas 11 e 13, no cotexto. A construção referencial dessa palavra é identificada na linha 10 quando há a designação de um juiz de direito para assumir o **processo** (refere-se ao *feito* da linha 11), com a finalidade de *apreciar os pedidos liminares*. Na linha 13, o *feito* refere-se também a **processo**, tendo em vista ser o processo o que se distribui a *uma das Varas Y Estadual*, conforme especificou o despacho analisado. Assim, podemos afirmar que o *feito* (linhas 11 e 13) tem como referente o cotexto, no que diz respeito ao andamento do processo, não significando, porém, que as duas ocorrências da palavra *feito* sejam iguais.

Nesse sentido, outra peculiaridade do advérbio *após* (linha 12), além de se apresentar como elo coesivo, refere-se à ideia de transformação, de mudança no enredo comunicativo. Embora as duas ocorrências da palavra *feito* faça menção ao andamento do processo, podemos observar que o *feito* da linha 13 carrega em seu conteúdo o entendimento de que a decisão judicial já foi proferida pelo magistrado designado. Logo, o *feito* da linha 13 difere-se do *feito*, especificado na linha 11, com relação ao estado do processo.

²⁰⁷ “As noções de referência e de referente não devem ser confundidas. A referência designa a propriedade do signo lingüístico ou de uma expressão de remeter a uma realidade. O referente é a realidade que é apontada pela referência”. CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 418-419.

²⁰⁸ A ideia de todas as indagações realizadas para analisar a expressão *feito* foram retiradas do livro *Coesão Textual*, de Ingedore Villaça Koch (2009), p. 14.

²⁰⁹ “São elementos de referência os itens da língua que não podem ser interpretados semanticamente por si mesmos, mas remetem a outros itens do discurso necessários à sua interpretação.” KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A coesão textual**. 21. ed. São Paulo: Contexto, 2009, p. 19.

Destarte, ainda que as ocorrências das palavras *feito* não sejam iguais, não afasta o entendimento de que elas recuperam, em trechos específicos da superfície do texto a ideia de **processo**, sendo, portanto, para Koch, interpretando Halliday e Hasan (1976), mecanismo de coesão lexical, do tipo repetição, estando ligados pelo advérbio de tempo *após* (linha 12)²¹⁰.

Nesse sentido, quando nos referimos à expressão “recuperando em trechos específicos da superfície do texto a ideia de **processo**”, analisamos os enunciados *o presente* (linha 11) e *para a distribuição* (linha 13), como elementos coesivos e discursivos incorporados no cotexto. A expressão *o presente* não é temporal, não podemos visualizá-la como um dêitico de tempo, como pode parecer para alguns leitores, mas como um dêitico discursivo textual que remete ao cotexto, podendo se inferir a ideia **daquele processo**. Com relação à expressão *para a distribuição*, visualizar que a mesma está no campo semântico²¹¹ da prática jurídica, não podendo ser analisada isoladamente no texto, mas no cotexto, onde indagaremos “o que se distribui?” e, para tal indagação, a resposta é “o **processo**”.

O advérbio *após* (linha 12), além de elemento linguístico de transformação, apresenta-se como elemento linguístico de coesão textual, indicador de tempo, promovendo a progressão textual e a construção de sentido (coerência).

Toda a discussão sobre o advérbio de tempo *após* presta-se para expor na superfície do texto uma relação anafórica²¹², do tipo encapsuladora.

Nessa pesquisa, anáfora será entendida como uma estratégia de recuperação da expressão linguística situada no texto, cuja interpretação depende

²¹⁰ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A coesão textual**. 21. ed. São Paulo: Contexto, 2009, p 18-19.

²¹¹ Campo semântico refere-se ao sentido extraído das sentenças ou enunciados expressos na superfície do texto, ou inferidos pelo enunciador no cotexto, podendo ser analisado discursivamente. Podemos tentar descrever o campo semântico da palavra processo citando as seguintes expressões: designar o feito ou chamar o feito à ordem, andamento do processo, procedimento processual, prazo processual, distribuição do processo etc.

²¹² É necessário afirmar que, através de pesquisas realizadas sobre o tema anáfora, encontramos nos manuais específicos sobre a matéria, bem como em artigos na internet, uma vasta classificação dessa expressão linguística. Em virtude da especificidade e minúcia do tema, não será objeto desta análise discorrer sobre todos os tipos ou concepções anafóricas existentes. É interesse nessa dissertação tratar sobre anáfora encapsuladora, expressão linguística encontrada no co-texto do despacho. Koch, interpretando E. Conte (1996), afirma que “fato bastante comum, em se tratando de remissão textual, é o uso de uma forma nominal para recategorizar segmentos precedentes ou subseqüentes do co-texto, resumindo-os e encapsulando-os”. KOCH, Ingedore Villaça. Referenciação e orientação argumentativa. In: KOCH, Ingedore Villaça; MORATO; Edwiges Maria; BENTES, Anna Christina (Orgs.). **Referenciação e discurso**. São Paulo: Contexto, 2005, p. 38.

de outro elemento referencial antecedente, que pode ou não estar no texto. Se o referente estiver especificamente presente no texto, a relação com o item coesivo será anafórica, do tipo direta²¹³ (AD), caso seja necessário remetê-lo ao cotexto, teremos uma anáfora encapsuladora. Já a catáfora é o inverso da anáfora, onde a expressão vem posterior ao elemento referencial.

Para Marcuschi, o termo anáfora, sem identificação do tipo, é empregado “para designar expressões que, no texto, se reportam a outras expressões, enunciados, conteúdos ou contextos textuais (retomando-os ou não), contribuindo assim para a continuidade tópica e referencial”²¹⁴.

O tipo anáfora encapsuladora (AE), encontrado no despacho, é uma estratégia que tem a função de recuperar uma parte antecedente de um texto, transformando o que foi sumarizado ou encapsulado em um novo referente. Para Koch, o encapsulamento

é uma função própria particularmente das nominalizações que, (...), resumem as informações-suporte contidas em segmentos precedentes do texto, encapsulando-as sob a forma de uma expressão nominal e transformando-as em objetos-de-discurso²¹⁵.

Ela destina parte de seu artigo *Referenciação e orientação argumentativa* para tratar sobre o tema encapsulamentos. Cita Schwarz, para quem os encapsulamentos têm natureza de anáforas “complexas”,

²¹³ “(...) a anáfora direta seria uma espécie de substituto do elemento por ela retomado”. A ideia de retomada ocorre porque o referente é nominalizado na superfície do texto. MARCUSCHI, Luiz Antônio. Anáfora indireta: o barco textual e suas âncoras. In: KOCH, Ingedore Villaça; MORATO; Edwiges Maria; BENTES, Anna Christina (Orgs.). **Referenciação e discurso**. São Paulo: Contexto, 2005, p. 55.

²¹⁴ MARCUSCHI, Luiz Antônio. Anáfora indireta: o barco textual e suas âncoras. In: KOCH, Ingedore Villaça; MORATO; Edwiges Maria; BENTES, Anna Christina (Orgs.). **Referenciação e discurso**. São Paulo: Contexto, 2005, p. 54-55.

²¹⁵ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à lingüística textual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 70. A respeito dos objetos-de-discurso, Marcuschi afirma que “o termo é extraído de L. Mondada, (...), para quem “objetos-de-discurso” (OD) são “objetos constitutivamente discursivos”, isto é, gerados na produção discursiva”. MARCUSCHI, Luiz Antônio. Anáfora indireta: o barco textual e suas âncoras. In: KOCH, Ingedore Villaça; MORATO; Edwiges Maria; BENTES, Anna Christina (Orgs.). **Referenciação e discurso**. Nota 6, São Paulo: Contexto, 2005, p. 93. A observação é pontual no sentido de não confundir objetos-de-discurso com referente. O sentido de referente que é criticado é aquele que não está inserido no interior de uma relação discursiva, considerando que é através do discurso que são construídos os novos referentes.

que não nomeiam um referente específico, mas referentes textuais abstratos e freqüentemente genéricos e inespecíficos (*estado, fato, fenômeno, circunstância, condição, evento, atividade, hipótese* etc.). Estes nomes-núcleo, ao serem empregados, exigem uma realização lexical no co-texto, demandando, pois, do leitor/ouvinte a capacidade de interpretação não só da expressão em si, como também da informação co-textual²¹⁶.

Entendemos por complexa a natureza da AE no que se refere as suas funções, citadas acima por Koch. Além da complexidade citada por Schwarz, Cavalcante, interpretada por Bertucci, acrescenta outra característica para as AEs, a de serem híbridas, pois a remissão é feita sem ter um referente específico na superfície do texto (apresentando similitude com as anáforas indiretas - AIs²¹⁷), todavia, no mesmo instante, recupera (sem retomada de referentes) o que existe no co-texto²¹⁸.

Marcuschi, quando se refere ao tipo AI, não se detém ao tema AE, muito embora, entre as anáforas observamos algumas características em comum como, por exemplo, a sumarização de novos referentes.

Nesse sentido, na linha 12, o conectivo *após* remete-nos à expressão antecedente do texto, *assumir o presente feito (...)*, linha 11, numa relação anafórica encapsuladora, sumarizando-a e transformando-a em um novo referente (**processo**), que não foi previamente especificado, mas identificado no cotexto.

Ainda na linha 12, o magistrado B é tratado por *eminente* pelo magistrado A. Este adjetivo é de uso frequente na esfera jurídica, não sendo especificamente identificado no despacho como um argumento de autoridade, até porque o juiz de direito A não se utiliza de qualquer citação ou decisão prolatada pelo magistrado B como referência.

²¹⁶ KOCH, Ingedore Villaça. Referenciação e orientação argumentativa. In: KOCH, Ingedore Villaça; MORATO; Edwiges Maria; BENTES, Anna Christina (Orgs.). **Referenciação e discurso**. São Paulo: Contexto, 2005, p. 38.

²¹⁷ Para Cavalcante, citada por Bertucci, "as anáforas indiretas são continuidades referenciais sem retomada, apenas com remissão a uma âncora no co(n)texto". BERTUCCI, Roberlei Alves. Anáforas Encapsuladoras: uma análise em textos de opinião. **Revista Letras**, n. 70, set./dez., Curitiba: UFPR, 2006, p. 207.

²¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 213.

Podemos apontar no despacho outras relações referenciais. O fragmento 2 inicia o relato do magistrado A com a expressão *Recebida (...)* linha 4, remetendo à linha 5 o que de fato se recebeu, (...) *a presente petição e documentos*, sendo, pois, um elemento catafórico.

Na linha 11, o enunciado, (...) *apreciar os pedidos liminares*, remete anaforicamente à expressão anterior, (...) *petição (...)* linha 5, tendo em vista os *pedidos liminares* estarem contidos na *petição*.

A mesma análise feita para o enunciado (...) *o presente (...)* linha 11, será válida para a expressão (...) *a presente (...)* linha 5, sendo ela um dêitico discursivo textual que remete ao cotexto, e não um dêitico de tempo.

Toda essa análise realizada até o presente momento exigiu a interpretação do analista na superfície do texto, bem como no co-texto e no contexto. Este é mais um fator de complexidade, pois trabalhar com AE “consiste não simplesmente em localizar um segmento linguístico no texto (um “antecedente”) ou um objeto específico no mundo, mas, sim, algum tipo de informação anteriormente alocada na memória discursiva”²¹⁹.

Note-se que, ao utilizar qualquer mecanismo de coesão textual²²⁰, o construtor social deixa sua marca na superfície do texto. Através de seus enunciados, elementos referenciais²²¹, lexicais, sintagmas nominais, o enunciador coloca à disposição de todos a sua argumentação, que pode ser analisada criticamente. “É por meio de mecanismos como estes que se vai tecendo o “tecido” (tessitura) do texto”²²².

Assim, podemos verificar na análise do despacho uma atividade discursiva, onde os enunciados se alinham, coesivamente, mesmo que não

²¹⁹ KOCH, Ingedore Villaça. Referenciação e orientação argumentativa. In: KOCH, Ingedore Villaça; MORATO; Edwiges Maria; BENTES, Anna Christina (Orgs.). **Referenciação e discurso**. São Paulo: Contexto, 2005, p. 35.

²²⁰ Para Koch, interpretando Halliday e Hasan, os mecanismos de coesão textual são: “referência, substituição, elipse, conjunção e coesão lexical”. Na mesma obra, a autora interpreta Marcuschi, o qual afirma que os fatores de coesão são “aqueles que dão conta da estruturação da seqüência superficial do texto”. KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A coesão textual**. 21. ed. São Paulo: Contexto, 2009, p. 16-19.

²²¹ “São elementos de referência os itens da língua que não podem ser interpretados semanticamente por si mesmos, mas remetem a outros itens do discurso necessários à sua interpretação”. *Idem, ibidem*, p. 19.

²²² *Idem, ibidem*, p. 15.

uniformes, constituindo, através das escolhas argumentativas e lexicais de seu ator social, o sentido estratégico do dizer, expresso na superfície do texto, formando um “tecido”²²³ semântico.

15. Recife, dia de mês de ano

16. Nome

17. Juiz de Direito Diretor do Fórum em Exercício

Fragmento 5 - Despacho

Das linhas 15 a 17 temos, como ensina Marcuschi, os “*fatores de contextualização*”, que servem para situar o texto “num universo contextual de interação”²²⁴. Esses elementos estão ligados ao texto e possuem relevância na análise discursiva, contextualizando-a. Os fatores de contextualização possuem outra característica, citada por Marcuschi, que é a de delimitar o texto. Na análise do despacho, podemos observar claramente esta delimitação, onde os enunciados das linhas 15, 16 e 17 do fragmento 5 finalizam a decisão do magistrado A. Convém lembrar que o texto traz na sua superfície dados identificadores das partes processuais, bem como as assinaturas da parte autora e do magistrado, que foram omitidas por questões éticas.

5.3 Análise da Decisão Interlocutória – Primeira Decisão

1. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

2. Vistos etc.

Fragmento 6 - DI 01

²²³ “Costumou-se designar por coesão a forma como os elementos lingüístico presentes na superfície textual se interligam, se interconectam, por meio de recursos também lingüísticos, de modo a formar um “tecido” (tessitura), uma unidade de nível superior à da frase, que dela difere qualitativamente”. KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à lingüística textual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 35.

²²⁴ MARCUSCHI, L. A. **Lingüística de texto**: o que é e como se faz. Recife: UFPE – Mestrado em Letras e Lingüística. Série Debates, 1, 1983, p. 16-17.

Iniciaremos a análise da primeira DI, linha 1, informando o que significa a expressão *Vistos etc.*, linha 2, utilizada pelos juízes de direito no começo de suas decisões judiciais. Podemos afirmar que a expressão *Vistos etc.* é um jargão forense que se perdura no tempo por força de uma tradição jurídica²²⁵. O termo expressa vistos, relatados e discutidos estes autos, significando que o magistrado, antes de julgar, observou todo o trâmite processual.

Nesse sentido, podemos acrescentar também que a expressão *Vistos etc.* é um elemento linguístico de referência anafórica encapsuladora²²⁶ de todo o andamento processual. A partir daí podemos inferir que o magistrado B, antes de julgar, observou todo o processo (petição e documentos), bem como todo os trâmite processual, numa referência situacional exofórica, cujos elementos da situação discursiva estão imbricados no contexto.

-
3. Em cumprimento à designação do MM. Juiz de
 4. Direito Diretor do Fórum, assumo excepcional e emergencialmente o
 5. encargo, devendo a petição inicial e os documentos que a acompanham,
 6. no dia seguinte, ser autuados e distribuídos para uma das Varas Y
 7. da Capital.
-

Fragmento 7 - DI 01

O magistrado B inicia seu “jogo linguístico”²²⁷ remetendo o ato de julgar os pedidos liminares da ACP à determinação proferida no despacho pelo magistrado A, conforme se verifica no enunciado *em cumprimento à designação do MM. Juiz de Direito Diretor do Fórum*, nas linhas 3 e 4 da DI 01, fragmento 7, indicando uma remissão anafórica (*designo-o*, linha 10, fragmento 3 do despacho).

²²⁵ Atualmente, a utilização da expressão **vistos, etc.** é dispensável, tendo em vista a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, expressa na Constituição Federal/1988, artigo 93, IX.

²²⁶ Cf. comentários sobre AE na análise do despacho e no primeiro capítulo, seção 1.3.

²²⁷ Cf. nota 19.

Outra peculiaridade no início da análise da DI 01, fragmento 7, é a escolha lexical que o magistrado faz ao assumir a sua função judicante, chamando de *encargo*, linha 5, a apreciação do processo²²⁸. Nesse sentido, a constituição de um intertexto pode ser verificada na conexão entre a DI 01 e o despacho, cujo termo *encargo* refere-se exoforicamente à palavra *feito*, fragmento 3, linha 11 do despacho, que indica no cotexto, como já vimos, a palavra **processo**. Segundo Blanche-Benveniste (1984), citada por Koch, “o referente se constrói no desenrolar do texto, modificando-se a cada novo “nome” que se lhe dê ou a cada nova ocorrência do mesmo “nome”. Isto é, o referente é algo que se (re)constrói textualmente”²²⁹.

Na linha 4, encontramos os indicadores de modo, *excepcional e emergencialmente*, identificando a maneira como o magistrado B assume o ato decisório.

Já na linha 5, o primeiro artigo definido *a* caracteriza o fenômeno da definitivação (uso do artigo definido), indicando não se tratar de qualquer *petição inicial*, mas de uma *petição inicial* específica, determinada, iniciadora da ACP. O segundo artigo definido *a*, especificado também na linha 5, reitera a definitivação, bem como faz referência anafórica direta à petição inicial (peça introdutória da ACP).

Na linha 6, observar que a expressão *no dia seguinte* é um indicativo de tempo dêitico, no qual o enunciador já menciona o trâmite processual a ser seguido. Verificar também que, após a decisão do magistrado B, *a petição e os documentos*, linha 5, devem, numa relação catafórica, *ser autuados e distribuídos (...)*, linha 6, referindo, além do enunciado catafórico, a ideia de que o texto é um somatório de sentidos e de intenções.

8. Relativamente ao pedido liminar - determinar a

²²⁸ A palavra processo nessa análise é utilizada como um hipertexto, onde se permite verificar a existência de vários textos, como petição e documentos, que se fundem na formação de um evento cotextual e contextual. “Escreve Marcuschi (1999) que a “leitura do hipertexto é como uma viagem por trilhas. Ela nos obriga a ligar nós para formar redes de sentido”. KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Desvendando os segredos do texto**. São Paulo: Cortez, 2002. p. 70.

²²⁹ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A coesão textual**. 21. ed. São Paulo: Contexto, 2009, p. 31.

9. transferência imediata dos pacientes listados na petição inicial que
 10. necessitam de UTI, para rede de hospitais privados do Recife ou Real
 11. Hospital Português de Beneficência, devido ao risco de vida que correm,
 12. bem como que a Central de Leitos em Pernambuco informe diariamente
 13. à autora as listas de pedidos que são enviadas pelos hospitais com
 14. pedido de UTI -, penso não se (*sic*) o caso de deferimento, assim ..., na
 15. modalide (*sic*) "inaudita altera parte".
-

Fragmento 8 - DI 01

No fragmento 8 da DI 01, da linha 8 ao início da linha 14, o magistrado B retoma e especifica o que não estava explícito no despacho, no que se refere aos pedidos liminares da petição inicial da ACP. O advérbio *relativamente*, indicativo de modo, estabelece uma relação com os pedidos liminares especificados pelo magistrado B, linhas 8 a 14.

Podemos afirmar que o fragmento 8 (da linha 8 ao início da linha 14) da DI 01 constitui a identificação dos pedidos liminares, onde o magistrado B delimita o que vai apreciar. Ainda na linha 14, após relatar os pedidos liminares, antes mesmo de apresentar qualquer fundamentação jurídica, o magistrado B antecipa o seu julgamento ou pelo menos oferece indícios ou evidências de sua decisão quando pensa – afirmando – *não se (sic) o caso de deferimento (...)*.

Nesse sentido, será que podemos afirmar que a antecipação da decisão, referida na linha 14, sem exposições das razões argumentativas, foi justificada pelo modo *emergencialmente* como o magistrado B assumiu a apreciação dos pedidos liminares? Verificamos que não, uma vez que o advérbio de modo *emergencialmente* identifica apenas a forma como a função decisória foi exercida, não desobrigando o magistrado B de proceder com a motivação jurídica obrigatória, não identificada até o fragmento 8.

Outros aspectos observados na decisão do magistrado B, linhas 14 e 15, referem-se ao operador argumentativo *assim* e ao modalizador epistêmico *penso*. Com relação ao item lexical conclusivo *assim*, esse foi utilizado pelo magistrado B

como uma estratégia metaenunciativa²³⁰, reforçando o seu argumento de indeferimento dos pedidos liminares na modalidade *inaudita altera parte*²³¹. Nesse sentido, com relação à expressão *inaudita altera parte*, podemos constatar que, para o magistrado B deferir os pedidos liminares, era essencial ouvir a parte contrária. Podemos verificar também que não houve o porquê do emprego dessa expressão, desassociada das razões de sua aplicação, tratando-se o termo de um enunciado vago, abstrato, existente apenas no campo conceitual de quem decidiu, ou seja, no pensamento do construtor social.

Carraher, quando discorre sobre conceitos, afirma que

precisamos examinar os conceitos porque eles são os tijolos com os quais construímos nossas idéias, os elementos básicos com que elaboramos argumentos, tiramos conclusões, apresentamos os frutos de nosso pensamento aos outros. Na verdade, a solidez de nossas idéias depende dos conceitos que escolhemos para organizá-las²³².

Logo, não basta apenas o magistrado mencionar o enunciado na sua decisão como exposição de um conceito não definido, é preciso que o enunciado seja delimitado, exposto, vinculado aos elementos linguísticos do cotexto e do contexto situacional (a realidade social). Se assim interpretamos a expressão lacônica *inaudita altera parte*, linha 15, inserida no cotexto e no contexto, podemos afirmar que o magistrado B, ao decidir, considerou a inexistência do caráter emergencial dos pedidos liminares, *ainda que*, segundo ele, *nobre a causa da autora*, linha 21, adiante.

²³⁰ Para Koch, “constituem estratégias metaenunciativas aquelas em que o enunciador, metaenunciativamente, reflete sobre o “dizer-enquanto-se-diz”, significando um acréscimo do próprio dizer, usado muitas vezes para reforçar ou reorientar o próprio argumento. KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à lingüística textual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 127.

²³¹ “Inaudita altera parte” significa não ouvida a outra parte ou sem que seja ouvida a outra parte. É importante salientar que em se tratando de pedidos liminares, tutelas antecipadas ou tutelas de urgência, a expressão latina “inaudita altera parte” é requerida com frequência pela parte autora, devido à urgência do pedido. Para Neves, “somente se justifica conceder uma tutela de urgência de natureza satisfativa antes da oitiva do réu em situações de extrema urgência, nas quais a mera espera da citação e resposta do réu já seja suficiente para o perecimento do direito do autor”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 1055.

²³² CARRAHER, David William. **Senso crítico: do dia-a-dia às ciências humanas**. São Paulo: Cengage Learning, 2008, p. 101.

Na linha 14, observamos também a existência, após o item articulador metaenunciativo, indicativo de conclusão, *assim*, de uma pausa representada por três pontinhos seguidos (...). Esta pausa é uma estratégia formulativa utilizada pelo magistrado B, cuja intenção é provocar o interlocutor, despertando-o para o enunciado, a fim de “garantir, assim, o sucesso da interação”²³³.

Nesse sentido, os leitores devem observar que essas estratégias textuais (metaenunciativa e formulativa) servem para “aumentar a força retórica do texto”, ou seja, o poder persuasivo do enunciador²³⁴.

A partir da linha 16, identificamos na superfície do texto da DI 01 as escolhas lexicais, as marcas pessoais, mesmo que implícitas, proferidas pelo magistrado B nos seus enunciados a título de fundamentação, verificando quais as relações modalizadoras que os mesmos apresentam, bem como de que forma se opera a ideologia do ator social diante das várias estratégias argumentativas evidenciadas no texto.

Para tanto, quando nos referimos às escolhas lexicais, queremos afirmar que elas desempenham um importante papel no desenvolvimento do texto, promovendo a articulação dos enunciados argumentativos na elaboração da DI. A análise das escolhas lexicais feitas pelo magistrado B identifica também as estratégias linguísticas que ele utilizou para evidenciar sua ideologia. Nesse quesito, complementamos nosso estudo com os modos gerais de operação da ideologia, de Thompson²³⁵.

Na DI 01 identificamos o uso frequente de modalizadores, que será objeto de argumento também no capítulo 6, referente aos resultados e discussões da análise realizada. Podemos destacar os verbos de opinião, pensar (*penso* – linhas 14 e 21), visualizar (linhas 17 e 53), enxergar (não enxergo – linha 38) e encontrar (não encontro – linha 47) e de asserção, reafirmar (reafirmo – linha 41). Através dos

²³³ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à lingüística textual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 104.

²³⁴ *Idem, ibidem*, p. 103.

²³⁵ Os modos gerais de operação da ideologia indicados por Thompson são: a legitimidade, a dissimulação, a unificação, a fragmentação e a reificação. O rol mencionado por Thompson é exemplificativo, ou seja, não esgota os tipos de operação da ideologia. THOMPSON, Jonh B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 81.

verbos modalizadores citados, trabalharemos na DI 01 com a modalidade epistêmica, que se apresenta em enunciados com modalidade enunciativa de representação. Pinto afirma que “a modalidade representativa de um enunciado ou texto pode ser diretamente marcada pelo emissor, ao produzir enunciados assertivos que se iniciam por determinadas fórmulas verbais conjugadas na primeira pessoa do singular”²³⁶. Nesse contexto, Virgínia Colares acrescenta que

no âmbito sintagmático, a modalidade representativa pode ser marcada através dos verbos de asserção, opinião, contestação, retratação, concordância, entre outros, conjugados na primeira pessoa do indicativo²³⁷.

Na DI 01, identificamos vários verbos conjugados na primeira pessoa do singular, ancorados no eixo da crença (modalizador epistêmico), indicando o modo pelo qual o magistrado B manifestou o seu próprio argumento, bem como a maneira como ele se inscreveu no seu dizer.

Entende-se por modalidade epistêmica aquela que se liga à linha de conhecimento ou da crença do enunciador. Pelo que é dito pelo emissor (opinião pessoal), podemos identificar o eixo epistêmico da proposição e saber se as marcas enunciativas estão inseridas em um juízo valorativo quanto ao certo, ao plausível, ao contestável e ao excluído. Quando o enunciador se manifesta na superfície do texto, ele imprime seus valores, sua ideologia, revelando seus posicionamentos, deixando sua impressão pessoal nos argumentos proferidos. É através desse jogo linguístico que o magistrado B tenta convencer o interlocutor de que sua decisão é a mais certa, é a mais adequada, é a mais eficaz e é a mais eficiente na prestação jurisdicional.

Para Koch,

²³⁶ PINTO, Milton José. **As marcas lingüísticas da enunciação**: esboço de uma gramática enunciativa do português. Rio de Janeiro: Numen, 1994, p. 85.

²³⁷ COLARES, Virgínia. **Linguagem e Direito no Brasil**. Disponível em: <http://www.jfce.gov.br/internet/esmafe/material/Didatico/documentos/discursoJuridicoDecisao/01-linguagemDireitoBrasil-VirginiaColares.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2011, p. 7

estratégias modalizadoras ou metapragmáticas são aquelas que têm por objetivo preservar a face do locutor, por meio da introdução no texto de atenuações, ressalvas, bem como marcar o grau de comprometimento, de engajamento do locutor com o seu dizer, o grau de certeza com relação ao dito²³⁸.

A adoção de modalizadores epistêmicos, utilizados na DI 01 pelo magistrado B, fez com que o seu ponto de vista tivesse uma maior aderência ao conteúdo proposicional criado para decidir os pedidos liminares. Há, de fato, na superfície textual da decisão judicial, expressões modalizadoras que qualificam epistemologicamente os argumentos.

Nesse sentido, temos o elemento linguístico *penso*, especificado nas linhas 14 e 21. Podemos afirmar que essa palavra apresenta indicativo de modalidade epistêmica no eixo da crença. Logo, trabalhamos com a ideia de comprometimento do enunciador e a intencionalidade de seu enunciado, expostos na superfície do texto. Não é de se duvidar que o magistrado B, quando decide, nas linhas 14, 42 e 54 ou quando indica indícios de decisão, nos fragmentos 5, 8 e 10, compromete-se com a “verdade”²³⁹ de seus argumentos.

É importante ressaltar, quando nos referimos à DI 01, a utilização frequente pelo magistrado B de verbos relacionados à crença ou opinião (pensar, linhas 14 e 21; visualizar, linhas 17 e 53; enxergar, linha 38 e encontrar, linha 47 e 56). Conforme já vimos, esses verbos foram empregados na primeira pessoa do singular. Ocorre que, quando os verbos são empregados dessa forma, e não existe no texto, cotexto ou contexto nenhuma ancoragem, reforça a ideia de dúvida assumida pelo enunciador, uma vez que o seu entendimento está relacionado apenas à sua própria opinião pessoal. Logo, se eu *penso*, *não enxergo* ou *não*

²³⁸ Koch, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à linguística textual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 125.

²³⁹ Quando nos referimos à palavra verdade, não queremos trazer à baila a discussão que envolve o termo ou suas possibilidades. O termo verdade a que nos aludimos está inserido na intenção, na ideologia, na subjetividade, na crença do enunciador, ou seja, no limite de seu livre convencimento, que está atrelado, por sua vez, à possibilidade de comprovação dos fatos apresentados no processo. Para Daniel Amorim Assumpção Neves, “é preciso lembrar que a verdade é algo meramente utópico e inalcançável, não sendo diferente no processo judicial, no qual a melhor doutrina aponta que a certeza adquirida pelo juiz no momento da prolação de sua decisão definitiva decorre de uma aparência da verdade gerada justamente pela prova produzida”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 1044.

encontro (não acho), fundamento o meu dizer na incerteza do argumento, uma vez que o enunciado não remete a nenhuma fundamentação jurídica²⁴⁰.

Mais uma vez reforçamos a ideia de que, se há comprometimento no dizer do magistrado B ao decidir os pedidos liminares, é com relação à sua própria opinião. Quando o enunciador faz uso dos verbos de crença ou opinião e assume o seu discurso em primeira pessoa do singular, sem contextualizar, isenta-se da certeza do enunciado, expressando textualmente a dúvida sobre o seu dizer.

16. A razão por tal entedimento (*sic*) consiste em não

17. visualizar a presença do requisito "fumus boni iuris", essencial ao

18. deferimento da liminar, visto que à Rede Pública de saúde (*sic*) é quem cabe

19. o dever e a responsabilidade de fornecer saúde à população carente,

20. mormente aos pacientes listados na petição inicial.

Fragmento 9 - DI 01

No início da DI 01, fragmento 8, o magistrado B relata os pedidos liminares e logo após profere sua decisão, sem exposição das razões argumentativas. O magistrado B decidiu nas linhas 14 e 15 e somente após o seu julgamento, no decorrer do texto, expôs o seu entendimento: *a razão por tal entedimento* (indeferimento dos pedidos liminares) *consiste em não visualizar a presença do requisito fumus boni iuris, essencial ao deferimento da liminar*, linhas 17 e 18. Numa relação anafórica, a expressão *tal entedimento (sic)*, linha 16, remete à decisão de indeferimento, exposta na linha 14.

Proferida a decisão, posteriormente, o magistrado B não visualiza *a presença do requisito fumus boni iuris*, que para ele é *essencial ao deferimento da liminar*²⁴¹. De acordo com o exposto na DI 01, podemos perguntar o que é o

²⁴⁰ Cf. DALL' AGLIO-HATTNER, Marize Mattos, **A manifestação da modalidade epistêmica**: um exercício de análise nos discursos do ex-presidente Collor. 1995. 163 f. Tese (Doutorado em Letras: Lingüística e Língua Portuguesa) – Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 1995.

²⁴¹ "Liminar é toda providência judicial determinada ou deferida *initio litis*, o que pode ocorrer com ou sem a citação daquele contra o qual se efetivará a medida". CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 72. Para Daniel Amorim Assumpção Neves, "(...) o termo "liminar" pode ser utilizado para

requisito *fumus boni iuris*, já que não existe no texto decisório o seu significado. Se a presença da expressão latinizada é essencial para o deferimento da liminar, resta-nos saber se ela foi esclarecida nas razões adotadas para a solução do caso em tela, até porque a justificativa relacionada ao indeferimento do pedido liminar, com base na não visualização do *fumus boni iuris*, exige a exposição jurídica dos motivos que levaram o magistrado B a estabelecer sua decisão.

Tudo isso quer dizer que a justificativa deve explicar o *desenvolvimento* do raciocínio que conduziu à decisão, e não apenas *enunciar o seu resultado*. Com efeito, pouco esclarece dizer que há, ou não, verossimilhança ou *fumus boni iuris*, se não se explicar os motivos desse convencimento²⁴².

Nesse sentido, o *fumus boni iuris*, citado diversas vezes pelo magistrado B na DI 01, o que vem a ser? Esta expressão latinizada significa “fumaça do bom direito” ou **aderência do bom direito**, ou seja, a probabilidade da existência do direito alegado pela parte autora. Este requisito é exigido nas tutelas de urgência, do tipo cautelar. Para a apreciação da tutela cautelar, é necessário pelo juiz de direito a observância de outro requisito: o *periculum in mora*, que “significa o risco iminente de que, ocorrendo certos fatos, impedida estará a efetividade da prestação jurisdicional”²⁴³.

É necessário percebermos que a presente demanda trata-se de uma Ação Civil Pública - ACP (DI 02, fragmento 20, linha 1) com pedido de *antecipação de tutela*²⁴⁴ (linha 55, fragmento 17 da DI 01). Segundo Marinoni,

designar algo que se se faça inicialmente, logo no início”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 1015. Na dissertação, os pedidos **liminares** indicam a urgência da tutela, no intuito de se obter a sua antecipação.

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 178.

²⁴³ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 305.

²⁴⁴ “O instituto da tutela antecipada foi criado numa tentativa de contornar a inadequação do processo tradicional e superar a lentidão do Judiciário, com a finalidade de obter a urgente satisfação da tutela jurisdicional, sob pena de danos irreparáveis ou de difícil reparação”. MARANHÃO NETO, Arnaldo Fonseca de Albuquerque. **Tutela antecipada nos Juizados Especiais Cíveis**. Recife: Bagaço, 2008, p. 75. Marinoni acrescenta que “a tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as conseqüências concretas da sentença de mérito”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

a técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos evidentes e aos direitos que correm risco de lesão. (...). No caso de risco de lesão, a tutela antecipatória funda-se na probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação²⁴⁵.

Note-se que, havendo risco de lesão, cabe à parte autora demonstrar os requisitos específicos para a concessão da tutela antecipada estabelecidos no caput e inciso I, do artigo 273 do CPC²⁴⁶, ou seja, a prova inequívoca capaz de convencer o magistrado da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Vale ressaltar que, inicialmente, deverá existir a prova inequívoca dos fatos alegados, para, então, o magistrado se convencer da verossimilhança das alegações aduzidas. Todavia, essa verossimilhança não deve ser confundida com a certeza, basta ser provável²⁴⁷.

Nesse sentido, é importante explicitar o significado da expressão: **prova inequívoca capaz de convencer o magistrado da verossimilhança da alegação**, uma vez que *“há dificuldade de compreender como uma prova inequívoca pode gerar somente verossimilhança”*²⁴⁸. Para Marinoni,

essa dificuldade é facilmente explicável, pois decorre de vício que se encontra na base da formação dos doutrinadores e operadores do direito, *os quais não distinguem “prova” de “convencimento judicial”*. Ora, como o art. 273 do Código de Processo Civil fala em “prova inequívoca” e “convencimento da verossimilhança”, qualquer tentativa de explicar a

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

²⁴⁶ BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 268.

²⁴⁷ MARANHÃO NETO, Arnaldo Fonseca de Albuquerque. **Tutela antecipada nos Juizados Especiais Cíveis**. Recife: Bagaço, 2008, p. 75.

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 167. Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, “a interpretação literal do art. 273, caput, do CPC certamente levará o operador a uma conclusão no mínimo paradoxal, considerando que o termo inequívoco significa aquilo de que não se tem mais dúvida, que não admite mais discussão, o que é, naturalmente, incompatível com a idéia de verossimilhança, que cuida tão-somente da aparência da verdade, o que, é evidente, nada tem de certo ou inequívoco, podendo vir a se demonstrar falsa a primeira impressão a respeito dos fatos”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 1044.

relação entre as duas expressões será inútil se não se partir da distinção entre prova e convencimento²⁴⁹.

Certamente, o papel da parte autora é produzir a prova na intenção de convencer o magistrado de suas alegações.

Verificando os requisitos das tutelas de urgência, cautelar e antecipatória, podemos observar que os mesmos guardam semelhanças, mas não são iguais²⁵⁰. Qual realmente a diferença do significado entre **prova inequívoca da verossimilhança da alegação e aderência do bom direito** (*fumus boni iuris*)? O *fumus boni iuris* se baseia em um juízo de probabilidade do direito apresentado pelo demandante. Já “a prova inequívoca de verossimilhança do alegado é um *plus* ao *fumus boni iuris* (...)”²⁵¹. Há entendimento defendido por Alexandre Freitas Câmara, que o requisito para a tutela cautelar, *fumus boni iuris*, também pode ser utilizado para a concessão da tutela antecipada²⁵².

No que se refere aos requisitos **fundado receio de dano irreparável** (ou de difícil reparação) e o **perigo da demora** (*periculum in mora*), defendemos a ideia de que não existe nenhuma diferença entre eles. Os requisitos apresentam o mesmo sentido, podendo ser utilizados tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipatória.

Na superfície do texto da DI 01, o magistrado B não se refere ao requisito *periculum in mora*, descaracterizando completamente os riscos que a demora pode causar ao direito substancial apontado em um dos pedidos liminares, no que se refere ao direito à vida.

²⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 167.

²⁵⁰ “A antecipação da tutela não se confunde com a tutela cautelar (medida cautelar), pois não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito alegado ou que assegure ao titular a probabilidade de exercê-lo no futuro. A tutela antecipatória concede o exercício do próprio direito afirmado pelo titular”. MARANHÃO NETO, Arnaldo Fonseca de Albuquerque. **Tutela antecipada nos Juizados Especiais Cíveis**. Recife: Bagaço, 2008, p. 83.

²⁵¹ “Apesar da péssima redação do dispositivo, a prova inequívoca da verossimilhança do alegado é um *plus* ao *fumus boni iuris*, exigido para a concessão da cautelar (...)”. MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 411.

²⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 5. ed. vol. III, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 35.

Ainda com relação à linha 17, o magistrado B não visualizou a presença do requisito *fumus boni iuris*, essencial ao deferimento da antecipação de tutela. Ele considerou que esse requisito pode ser apreciado quando a tutela requerida for antecipatória. Como o magistrado B não definiu o requisito *fumus boni iuris*, ficou subentendido no cotexto que, para ele, bastava, para o deferimento da liminar, que a parte autora demonstrasse a existência da plausibilidade do direito (da fumaça do bom direito), desconsiderando, portanto, a apresentação de uma prova mais robusta, conforme exige como requisito o *caput* do artigo 273 do CPC.

A parte autora ingressou com a ACP e requereu os pedidos liminares apresentados no fragmento 8 da DI 01. Com relação ao primeiro pedido – *determinar a transferência imediata dos pacientes listados na petição inicial que necessitam de UTI, para a rede de hospitais privados do Recife ou Real Hospital Português de Beneficência, devido ao risco de vida que correm*²⁵³ (...), será que podemos inferir a existência de algum bom direito no pedido liminar? Será que há aderência do bom direito ao pedido liminar requerido pela parte autora? O que se exige como convencimento é apenas a plausibilidade do direito, não a sua certeza. Mas, se a tutela antecipada requer, para satisfazer o direito substancial, de uma prova mais robusta, na linha 5 da DI 01, fragmento 7, identificamos a existência de documentos, **comprobatórios e inequívocos**²⁵⁴, que acompanharam a petição inicial, conforme já mencionado quando da análise do fragmento 2 do despacho.

Na linha 18 do fragmento 9, através do operador argumentativo conclusivo *visto que*, o magistrado B apresenta a sua razão para o indeferimento do pedido liminar. O enunciador não pondera sua decisão diante do bem jurídico (direito à vida) envolvido. Embora tenha dito não visualizar o requisito do *fumus boni iuris*, essencial para o deferimento da liminar, não apresentou as razões motivadoras para

²⁵³ Nas folhas 10 dos autos a parte autora requer liminarmente, e sem audiência da parte contrária, conceder a antecipação de tutela jurisdicional pleiteada, para compelir o Estado de Pernambuco, notadamente a direção do Hospital da Restauração, através da Secretaria de Saúde, que determine a transferência imediata dos pacientes listados que necessitam de UTI para a rede de hospitais privados do Recife ou Real Hospital Português de Beneficência, devido aos riscos de vida que correm. Pelo pedido liminar podemos observar que os representados da parte autora já se encontram internados na rede pública de saúde necessitando urgentemente de leitos de UTI, devido aos riscos de vida que correm. O perigo da demora e a não solução do problema (falta de leitos de UTI na rede pública de saúde) podem ocasionar óbitos. É esse o contexto situacional que provoca o Poder Judiciário na obtenção de uma tutela liminar, rápida, adequada, justa, eficaz e eficiente.

²⁵⁴ Na DI 02, fragmento 28, o magistrado C defere a antecipação de tutela conforme **documentação inequívoca** concernente aos documentos comprobatórios dos pedidos liminares, requeridos pela parte autora na petição da ACP.

tal argumento. Não há qualquer relação dos fundamentos apresentados pelo magistrado B que justifiquem a não visualização do requisito *fumus boni iuris*. A plausibilidade do direito pode ser observada nos fatos estampados na própria petição inicial, que reflete amiúde a realidade da rede pública de saúde e dos jurisdicionados. A realidade social circundante não foi considerada pelo enunciador, ou seja, o emissor não observou o que foi requerido pela parte autora, conforme os fundamentos apresentados a título de fundamentação, a justificar o indeferimento do pedido. A razão apresentada pelo magistrado B está fora do cotexto e do contexto situacional, sem qualquer sentido para o interlocutor, sem qualquer coerência textual²⁵⁵.

O magistrado B motiva a sua decisão afirmando ser *a Rede Pública de saúde (sic)* responsável pelo fornecimento de *saúde à população carente*, principalmente *aos pacientes listados na petição inicial*, linhas 18 a 20. Identificamos, na opinião pessoal do magistrado B, um dos modos de operação da ideologia defendido por Thompson: a fragmentação. Segundo o autor,

relações de dominação podem ser mantidas não unificando as pessoas numa coletividade, mas segmentando aqueles indivíduos e grupos que possam ser capazes de se transformar num desafio real aos grupos dominantes, ou dirigindo forças de oposição potencial em direção a um alvo que é projetado como mau, perigoso ou ameaçador²⁵⁶.

A fragmentação pode ser verificada a partir de estratégias típicas de construção simbólica como a diferenciação. A estratégia da diferenciação enfatiza “as distinções, diferenças e divisões entre pessoas e grupos, apoiando as características que os desunem e os impedem de constituir efetivo às relações

²⁵⁵ “A coerência está diretamente ligada à possibilidade de estabelecer um sentido para o texto, ou seja, ela é o que faz com que o texto faça sentido para os usuários, devendo, portanto, ser entendida como um princípio de interpretabilidade, ligada à inteligibilidade do texto numa situação de comunicação e à capacidade que o receptor tem para calcular o sentido do texto. Este sentido, evidentemente, deve ser do todo, pois a coerência é global”. KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. **A coerência textual**. 17. ed. São Paulo: Contexto, 2009, p. 21. É por esse motivo que a razão apresentada pelo magistrado B nas linhas 18 a 20, do fragmento 9, é vista como incoerente, não estabelecendo um sentido de unidade e de relação com o cotexto, especificamente com o que requer o requisito *fumus boni iuris*, sem falar da falta de conexão com o contexto, lastro para toda a situação comunicativa.

²⁵⁶ THOMPSON, Jonh B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 87.

existentes (...)”²⁵⁷, assim como ocorre na razão exposta pelo magistrado B, associando o atendimento da *Rede Pública de saúde (sic)* exclusivamente à população carente, desconsiderando que o Sistema Único de Saúde – SUS atende e garante assistência integral e totalmente gratuita para toda a população.

Na DI 01, verificando o cotexto e o contexto situacional, identificamos, através de uma fundamentação deficiente, o modo estratégico de como se opera a ideologia no enunciador ao impedir o acesso da população carente, especificamente das pessoas carentes representadas pela parte autora, a ter acesso à saúde (acesso a leitos de UTI), mesmo que seja em hospitais particulares.

Não é de agora o problema que envolve o direito à saúde, especificamente da população carente, que busca proteger o bem jurídico maior (direito à vida) na seara do Poder Judiciário. Tanto é que no dia 05/12/2008 houve um julgamento no Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE - que originou a Súmula nº 51, que determina: “o Estado e o Município, com cooperação técnica e financeira da União, têm o dever de garantir serviço de atendimento à saúde da população, inclusive disponibilizando leitos de UTI na rede privada, quando não suprida a demanda em hospitais públicos”²⁵⁸. O que de fato devemos observar na Súmula nº 51 é que a garantia de atendimento à saúde abrange toda a população, indistintamente, refletindo um dos modos de operação da ideologia chamado de unificação. Para Thompson, “relações de dominação podem ser estabelecidas e sustentadas através da construção, no nível simbólico, de uma forma de unidade que interliga os indivíduos numa identidade coletiva (...)”²⁵⁹. As relações de dominação são mantidas através da estratégia típica da padronização, utilizada pelo TJPE, especificamente na elaboração da Súmula nº 51. Pela padronização, textos são adaptados a um determinado modelo referencial, com a finalidade de desenvolver uma política comum para todos, criando uma identificação coletiva.

²⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 87.

²⁵⁸ PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Centro de Estudos Judiciários. **Súmulas do TJPE**. 2. ed. Recife: O Tribunal, 2009, p.73. Disponível em: http://www.tjpe.jus.br/cej/SumulasEnunciados/LivroSumulasTJPE2107_2009_ate92.pdf. Acesso em: 11-12-2010. Os precedentes citados pelo TJPE tidos como referência para a elaboração da Súmula 51 foram: EDCL 163134-3/01, DECISÃO 09/07/2008, DJ 134 - DATA 29/07/2008; AGRG 166753-0/01, DECISÃO 21/05/2008, DJ 102 - DATA 04/06/2008; AI 164419-5, DECISÃO 22/04/2008, DJ 84 - DATA 11/07/2006 e RA 124352-3/01, DECISÃO 06/04/2006, DJ 128 - DATA: 11/07/2006.

²⁵⁹ THOMPSON, Jonh B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 86.

-
21. Ainda que nobre a causa da autora, penso que
22. impor à rede particular de hospitais a suportar o ônus de internamentos
23. em UTI's e apartamentos, e de dispensar tratamentos médico-cirúrgicos
24. aos pacientes, mesmo que necessários, revela-se uma intervenção brutal
25. do Poder Judiciário na atividade privada, à primeira vista, não
26. recomendável
-

Fragmento 10 - DI 01

No fragmento 10, o magistrado B continua fundamentando sua decisão, sem expor as razões de seu entendimento. Considera importante a causa da parte autora por meio do adjetivo *nobre*, linha 21, muito embora, utilize adiante o operador argumentativo de contrajunção²⁶⁰ *ainda que*, indicativo de “conclusões contrárias”²⁶¹. O que foi dito pelo magistrado B no fragmento 10 não tem coerência textual. Não se sustenta como fundamentação jurídica coerente, faltando as razões motivadoras de seu entendimento. Os argumentos utilizados pelo enunciador não servem e não refletem a natureza jurídica do requisito *fumus boni iuris*, utilizado por ele para indeferir o pedido liminar.

Para Koch,

o texto será incoerente se seu produtor não souber adequá-lo à situação, levando em conta intenção comunicativa, objetivos, destinatário, regras socioculturais, outros elementos da situação, uso dos recursos lingüísticos, etc²⁶².

²⁶⁰ O articulador discursivo-argumentativo de oposição ou contrajunção usado pelo magistrado B articula dois enunciados, em que o segundo se contrapõe ao primeiro.

²⁶¹ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **A inter-ação pela linguagem**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2007, p. 35.

²⁶² KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. **A coerência textual**. 17. ed. São Paulo: Contexto, 2009, p. 59.

Ainda na linha 21, o enunciador usa outra vez, para argumentar a sua decisão, um verbo de opinião, *penso*. Conforme já dito anteriormente, na linha 14 do fragmento 8, *penso* é um modalizador epistêmico do eixo da crença. Assim, conforme já vimos, o magistrado B, ao utilizar-se do verbo opinativo *penso*, compromete-se com o seu enunciado, mas quando o assume na primeira pessoa do singular, sem ancoragem com o cotexto e o contexto, isenta-se de sua certeza, pairando a dúvida sobre a sua fundamentação.

A ideia de comprometimento do enunciado é atenuada nas linhas 25 e 26 com a expressão *à primeira vista, não recomendável* (modalizador de atenuação)²⁶³. A intenção do magistrado B é de preservar a sua face, distanciando-se do seu dizer, embora o dito tenha evidenciado ainda mais a dúvida sobre a sua argumentação.

O enunciador aponta no fragmento 10 várias palavras como *impor, suportar, ônus, dispensar e intervenção brutal*, que deverão ser observadas considerando o cotexto. Elas não deverão ser visualizadas isoladamente, até porque o emissor escolheu ideologicamente cada palavra, associando a força lexical de seus significados a uma única e determinada finalidade: reforçar o seu argumento de não visualização do requisito *fumus boni iuris*.

Na linha 24, a expressão *mesmo que necessários* remete anaforicamente ao cotexto. O comentário utilizado por esse analista referente ao operador *ainda que*, linha 21, é o mesmo destinado ao operador *mesmo que*, da linha 24. O operador argumentativo *mesmo que* assinala uma contraposição, estabelecendo relações de oposição²⁶⁴.

Nesse sentido, observamos no fragmento 10, linha 21, que o magistrado B reconhece a importância da causa da autora, bem como, na linha 24, sabendo que são *necessários os internamentos em UTI's e apartamentos* (linhas 22 e 23) e os *tratamentos médico-cirúrgicos aos pacientes carentes* (linhas 23 e 24), indefere o

²⁶³ Koch discorre sobre modalizadores atenuadores em sua obra *Introdução à lingüística textual*, 2009, mencionada nas referências.

²⁶⁴ Gláucia Soares Ferreira Pinto, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Virgínia Colares, construiu uma grade dos operadores argumentativos na dissertação *Decisão judicial: um estudo da construção argumentativa*, de fundamental importância na orientação dos trabalhos que envolvam a metodologia da ACD. PINTO, Gláucia Soares Ferreira; COLARES, Virgínia. **Relatório da pesquisa Análise Crítica do Discurso Jurídico** (financiamento do CNPq/Edital M.CT/CNPq 50/2006 (nº 2546463711149023). Recife: Unicap, 2008.

pedido de urgência, sem exposição das razões jurídicas de seu fundamento, apenas por não visualizar o requisito do *fumus boni iuris*. Então, o que significa a aderência do bom direito? O que significa a plausibilidade do direito, senão a realidade circundante do caso concreto? O que significa verossimilhança nas alegações, senão a ideia da não existência de uma prova exauriente? “Relativamente aos argumentos, o verossímil é definido como aquilo sobre o qual não se pesa a carga da prova”²⁶⁵. Como se ter uma adequada e coerente decisão judicial sem a apresentação de uma motivação jurídica, sem a utilização de qualquer técnica de ponderação ou critério de razoabilidade que possa ser aferido pelo interlocutor?

Mesquita afirma que

são inúmeras as considerações que devem ser feitas pelo intérprete para que alcance a melhor solução à espécie ocorrente em concreto, vários são os valores a serem sopesados para que possa ser vislumbrado aquele que deva prevalecer²⁶⁶.

Na linha 25, o magistrado B entende revelar-se *uma intervenção brutal do Poder Judiciário na atividade privada* caso deferisse o pedido liminar. A razão por ele apresentada é de uma lógica capitalista, mas poderia ser qualquer outra, pois não há motivação jurídica em sua opinião pessoal. Sobre o tema judicialização da política, observar o capítulo 3 da presente dissertação.

27. De outra sorte, conforme referido na própria

28. petição inicial, os pacientes obtiveram decisão liminar para suas

29. inclusões na Central de Leitos do Estado de Pernambuco, a qual dispõe,

30. como é de todos sabido, de uma ordem de inscrição e preferência,

31. conforme a urgência e gravidade, não sendo legítimo preferir os listados

32. no presente pedido, em detrimento daqueles outros já inscritos na lista

²⁶⁵ CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 494.

²⁶⁶ MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 329.

Fragmento 11 - DI 01

O fragmento 11 apresenta uma peculiaridade na fundamentação do magistrado B. Das linhas 27 a 29, o magistrado B, utilizando um operador argumentativo de adversidade *De outra sorte*, seguido de outro operador argumentativo *conforme*, remete o seu enunciado à *própria petição inicial*. Segundo consta na primeira parte do fragmento 11, das linhas 27 a 29, os pacientes **carentes** antes de ingressarem com a ACP, já estavam inclusos na central de leitos do Estado de Pernambuco, através de uma decisão liminar proferida por um terceiro magistrado. Se os pacientes carentes estão inclusos na lista da central de leitos do Estado de Pernambuco e se o ingresso foi através de uma liminar, é porque a devida urgência no mínimo foi constatada. Com relação à gravidade e ao estado crítico de saúde, podemos inferir que eles foram os motivos que deram causa à presente ACP, conforme pode se verificar nos pedidos liminares requeridos na própria petição inicial, informados pelo magistrado B no fragmento 8. Acrescentamos também que a urgência, o risco de morte, a gravidade foram verificados e comprovados no fragmento 25, da DI 02, nas linhas 21 a 24, conforme argumentou o magistrado C sobre a ocorrência de cinco óbitos relativos às pessoas carentes listadas na petição da ACP, que estavam pleiteando juridicamente o acesso a leitos de UTI's na rede de hospitais particulares.

Nesse sentido, mesmo desconsiderando os óbitos que ocorreram, podemos ressaltar que o magistrado B teve acesso, ao apreciar a petição inicial e documentos anexos, à situação dos pacientes carentes, muito embora não tenha visualizado o requisito da aderência do bom direito como fundamento para indeferir o pedido liminar.

Na segunda parte do fragmento 11, das linhas 30 a 33, o magistrado B não acha *legítimo preferir os listados no presente pedido* (referente às pessoas carentes), *em detrimento daqueles outros já inscritos na lista e em estado crítico de saúde*, uma vez que existe *uma ordem de inscrição e preferência, conforme a urgência e gravidade*. Ocorre que, o argumento avaliativo do enunciador se fundamenta numa falácia, *como é de todos sabido*, uma vez que apela para os

argumentos informais²⁶⁷, para as opiniões populares. A falácia do apelo popular consiste numa estratégia “na defesa de certas idéias através da associação entre as mesmas e crenças comumente aceitas”²⁶⁸.

Logo, o magistrado B não legitimou com precisão e certeza o seu argumento, tornando sua fundamentação deficiente, sem falar que ele desviou o foco do que foi pedido na petição inicial, quando desconsiderou completamente o estado de urgência e gravidade em que se encontravam os jurisdicionados (pessoas carentes). Carraher acrescenta que

na avaliação de argumentos, o ouvinte precisa manter um certo controle sobre reações emocionais que possam levá-lo a aceitar uma posição que, sob inspeção mais cuidadosa, não tem fundamento. Devido ao seu uso tão abrangente na vida cotidiana, o apelo popular constitui um dos maiores obstáculos ao pensamento crítico²⁶⁹.

34. Certamente, os médicos que compõem a rede

35. pública do Estado de Pernambuco, e bem assim a municipal, devem ter a

36. consciência e o dever público de prestar a devida e necessária

37. assistência médica e hospitalar aos necessitados.

Fragmento 12 - DI 01

Na linha 34, o advérbio *certamente* modaliza a certeza do argumento apresentado pelo magistrado B. Não observamos nenhuma dúvida com relação ao seu dizer, que continua sendo apenas um entendimento particular do enunciador. O enunciado não acrescenta informação ao texto. Logo, podemos considerar o fragmento 12 de baixo teor informativo. Para Koch, “a informatividade refere-se ao *como* do texto, à forma como a informação é veiculada, exercendo, pois, importante

²⁶⁷ Peña-Alfaro afirma que “os argumentos informais são bastante freqüentes no cotidiano, são empregados diversos recursos de persuasão, e entre eles, os argumentos do tipo conhecido como falácias”. PEÑA-ALFARO, Alex. **Ou dá o dízimo ou desce ao inferno**: uma análise das estratégias de persuasão na teologia da prosperidade da Igreja Universal. Recife: Ed. do Autor, 2006, 145.

²⁶⁸ CARRAHER, David William. **Senso crítico**: do dia-a-dia às ciências humanas. São Paulo: Cengage Learning, 2008, p. 40.

²⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 41.

papel na seleção e arranjo dos componentes textuais”²⁷⁰. Certamente, podemos afirmar com precisão que o fragmento 12 é totalmente dispensável na estrutura textual da DI 01.

38. Afora as razões aqui apresentadas, não enxergo

39. com bons olhos a determinação de medida judicial contra terceiros não

40. integrantes da relação processual.

Fragmento 13 - DI 01

O fragmento 13 também apresenta um grau de informatividade baixo, ou seja, não carrega nenhum valor informativo significativo. O conteúdo é vazio, opinativo, podendo ser usado para fundamentar qualquer decisão judicial. Na linha 38, o termo *aqui* é um dêitico discursivo textual que remete ao cotexto (a própria DI 01), e não um dêitico de lugar. Na mesma linha 38 temos outro verbo opinativo, *não enxergo*, modalizador epistêmico indicativo do eixo da crença, acompanhado da expressão popular *com bons olhos*, linha 39. A expressão *não enxergo com bons olhos* decorre de um juízo de negação, revelando a opinião particular do enunciador sobre alguma coisa. As razões apresentadas pelo magistrado B, até o presente momento, refletiram apenas o seu ponto de vista.

41. Por tal razão, reafirmo não encontrar a (*sic*) presente

42. do requisito "fumus boni iuris" a justificar o deferimento da liminar.

43. Não, repito, na modalidade "inaudita altera parte".

Fragmento 14 - DI 01

No fragmento 14, verificamos a repetição da decisão do magistrado B proferida antecipadamente no fragmento 8, linhas 14 e 15. Em nada acrescenta o

²⁷⁰ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à lingüística textual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 42.

fragmento, que não sinaliza informatividade alguma, diante de sua previsibilidade. O enunciado é vazio, configurando-se um circunlóquio, não possuindo nenhum valor significativo na informação. Para Koch, “um texto que contenha apenas informação conhecida caminha em círculos, é inócuo, pois lhe falta a progressão necessária à construção do mundo textual”²⁷¹.

A cada fragmento analisado, verificamos criticamente os enunciados que o magistrado apresentou a título de fundamentação. Observamos que todos os fundamentos retrataram a opinião pessoal do enunciador, faltando indicar com precisão as razões jurídicas de seus argumentos. O magistrado B, ao fundamentar a sua decisão, deve explicitar a inexistência do *fumus boni iuris*, expondo as razões de sua não concessão, ou seja, é necessário demonstrar a causa do indeferimento do que foi pedido, se há prova inequívoca, bem como, por se tratar de um pedido liminar em antecipação de tutela, descaracterizar o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (perigo da demora). Nesse sentido, a argumentação do magistrado B deve ser clara, objetiva e coerente com todo o texto, cotexto e contexto, vinculando as razões de seu indeferimento ao sentido correto dos requisitos da antecipação de tutela. Assim,

havendo determinada demanda, em que se pleiteia tutela cautelar, o magistrado há de expor, em caso de indeferimento, porque estão ausentes os requisitos específicos (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*); se o caso é de pedido de antecipação de tutela, a ser indeferida, cumpre-lhe expor, objetivamente, porque a indefere: se existe prova inequívoca; se a alegação não guarda verossimilhança; se não há receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou porque não está caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (art. 273, I e II, do Código de Processo Civil). Ou, ainda, se a indefere porque a providência é irreversível (§ 2º do mesmo dispositivo)²⁷².

Diante do exposto, consideramos a motivação do magistrado B mal fundamentada ou fundamentada de maneira deficiente. Trataremos especificamente sobre fundamentação jurídica de DI no capítulo 2 da presente dissertação.

²⁷¹ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à linguística textual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 41.

²⁷² ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas-SP: Millennium, 2004, p. 71.

-
44. Relativamente ao pedido liminar para que a
45. Central de Leitos em Pernambuco informe, diariamente à autora, as
46. listas e pedidos que são enviadas pelos hospitais com pedido de UTI's,
47. de igual modo não encontro motivação jurídica para acolher o pedido na
48. forma liminar.
-

Fragmento 15 - DI 01

O magistrado B inicia a apreciação do segundo pedido liminar com o advérbio *relativamente*, indicativo de relação. Cita qual é o pedido liminar e antecipa novamente sua decisão, sem exposição das devidas razões jurídicas. O magistrado B, na linha 47, afirma não encontrar *motivação jurídica para acolher o pedido*, sem especificá-la ou sinalizá-la em qualquer fragmento da DI 01. Usa de sua discricionariedade e decide baseado em sua opinião pessoal, desconsiderando que “(...) a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariedade da decisão, já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha (...)”²⁷³. Verificamos que o fragmento 15, em suma, traz a indicação do segundo pedido liminar, totalmente desnecessário, em virtude de já ter sido mostrado no fragmento 8, linhas 12 a 14, da DI 01.

-
49. A pretensão perseguida pela autora, acaso
50. deferida, estaria colocando-a em patamar de órgão público fiscalizador
51. da Central de Leitos, sem qualquer amparo legal e em completa distonia
52. com (*sic*) visada pela parte autora.
-

Fragmento 16 - DI 01

O magistrado B não demonstra a intenção de deferir a pretensão perseguida pela parte autora ao anunciar sua argumentação nas linhas 50 e 51.

²⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. vol. 16, 4º trimestre. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba, MG, 1978, p. 116.

Fundamenta não haver qualquer amparo legal para o deferimento do segundo pedido liminar, embora não apresente a indicação normativa para tal argumento. O enunciado se perde na finalidade que representa e, sem motivação jurídica, nenhuma decisão se sustenta substancialmente.

53. Assim sendo, por não visualizar (*sic*) o requisito

54. “*fumus boni iuris*”, **indefiro** os pedidos liminares, e com mais acento, a

55. antecipação da tutela como foram requeridos, porque, nem por longe

56. encontro verossimilhança nas alegações.

Fragmento 17 - DI 01

O fragmento 17 representa o dispositivo da decisão judicial. Podemos afirmar que a parte dispositiva é a conclusão do magistrado, decorrente da fundamentação jurídica. Nesse sentido, na linha 53, através do operador metaformativo *assim sendo*, indicador de conclusão, o magistrado B decide o caso concreto. A adoção de um operador metaformativo, indicativo de conclusão, conecta e vincula a decisão do enunciador aos seus argumentos, fundamentos estes, que, como vimos, não foram além das impressões pessoais de quem decidiu.

Nesse contexto, a não visualização do requisito *fumus boni iuris* serviu, para o magistrado B, como fundamento de indeferimento dos pedidos liminares mas, através das evidências na superfície do texto da DI 01, apresentou-se mais como argumento justificador de seu ponto de vista.

Verificamos também no fragmento 17 a ratificação de uma decisão, proferida anteriormente nos fragmentos 8, 14 e 16, bem como a identificação da modalização deôntica (**indefiro** – linha 54), determinando o que é obrigatório e o que deve ser feito. O magistrado, ao indeferir os pedidos liminares, realiza um ato performativo²⁷⁴, uma vez que desempenha um ato de fala e um ato social. Quando o magistrado B enuncia o verbo performativo “**indefiro**”, pratica a ação de indeferir.

²⁷⁴ Ato performativo é um ato de fala que, quando proferido, ocorre uma simultaneidade entre o dizer e o fazer. “Na base da teoria austiniana está a descoberta da existência de um tipo particular de enunciados, os enunciados performativos, que têm a propriedade de poder e, em certas condições, realizar o ato que eles denotam, isto é, “fazer” qualquer coisa pelo

Ainda como entendimento do magistrado B, podemos evidenciar no fragmento 17, linha 53, o modalizador epistêmico *não visualizar*, indicativo do eixo da crença do enunciador. Assim como ocorreu nesse fragmento, observou-se em toda a decisão judicial a presença mais incisiva dos verbos relacionados ao eixo da crença, indicando um grau maior de comprometimento do enunciador com o seu dizer. Embora não possamos sugerir a ideia de distanciamento do enunciador no dispositivo, tendo em vista a obrigatoriedade do ato de decidir imperativamente, é de fundamental importância afirmar que a conclusão foi ancorada numa fundamentação deficiente, sem exposição das razões jurídicas, conforme já informamos anteriormente. Destarte, não há questionamento da conclusão proferida, mas da motivação “jurídica” justificadora da escolha adotada no dispositivo.

Nas razões de decidir, o enunciador se utiliza de um indicador de destaque *e com mais acento* para indeferir a antecipação de tutela. Reforça o seu argumento por meio de um indicador explicativo *porque*, não encontrando *verossimilhança nas alegações* da parte autora. “Acontece que o artigo 273 aludiu à convicção de verossimilhança para dar ao juiz a possibilidade de formar a sua convicção em conformidade com as características do caso concreto”²⁷⁵. Mas, o magistrado B não expõe as razões jurídicas que o levaram a não acreditar na plausibilidade do direito, desconsiderando o nexos existente entre a prova e os pedidos urgentes. A atitude do enunciador não é destinada para a realidade social, foge totalmente do contexto situacional. É necessário explicitar a natureza jurídica dos requisitos, identificando os seus sentidos e se eles realizam-se nos pedidos liminares. Por exemplo, verossímil é a aparência da verdade. É o que é provável, plausível, coerente suficiente para se passar como verdadeiro. Logo, o alegado pela parte autora tem que parecer verdadeiro para o requisito da verossimilhança ser visualizado ou, como ocorreu na DI 01, a depender do livre convencimento do magistrado B.

Certamente, o que há é uma fundamentação deficiente, baseada apenas na opinião pessoal do magistrado B, sem exposição das razões que o levaram a tal

simples fato do “dizer”: enunciar “Eu te prometo que venho”, é, *ipso facto*, realizar um ato, o de prometer”. CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 72.

²⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 172.

convencimento. Os motivos jurídicos não estão explicitados no texto e no cotexto e a argumentação do enunciador não é compatível com o contexto. “Assim, nada significa dizer, seca e simplesmente, que há, ou não, verossimilhança, pois essa convicção deve resultar da justificativa da decisão “antecipatória”²⁷⁶. O que de fato, não ocorreu.

57. Fica a presente decisão submetida,
 58. imediatamente, ao Juízo competente para a qual for o processo
 59. distribuído.

Fragmento 18 - DI 01

60. Cite-se a parte ré para oferecer
 61. defesa, querendo, no prazo legal.

62. Intime-se a parte autora.
 63. Cumpra-se.

64. Recife, dia de mês de ano – 20:00 horas.
 65. Nome
 66. Juiz de Direito Designado

Fragmento 19 - DI 01

Das linhas 57 a 63, o magistrado B discorre sobre os provimentos finais e formais da decisão judicial, determinando que ela seja submetida *imediatamente ao juízo competente para a qual for o processo distribuído*. Das linhas 60 a 63, como fecho da DI 01, constaram os atos de comunicação processual, *cite-se* e *intime-se*, a fim de que as partes interessadas tomem ciência dos termos da decisão. Por fim, das linhas 64 a 66, temos os *fatores de contextualização*, referidos e comentados

²⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 178.

quando da análise do despacho, fragmento 5. É necessário relembrar que o texto da DI 01 traz na sua superfície dados identificadores das partes processuais, bem como as assinaturas da parte autora e do magistrado B, que foram omitidos por questões éticas.

5.4 Análise da Decisão Interlocutória – Segunda Decisão

1. ACÃO CIVIL PÚBLICA

2. PROCESSO N° X

3. AUTOR:

4. RÉU:

5. DECISÃO

Fragmento 20 - DI 02

No fragmento 20 das linhas 1 a 4, verificamos os fatores de contextualização. As identificações do tipo de ação, do número do processo e das partes processuais posicionam o texto dentro de um contexto comunicativo.

6. Cuida-se de requerimento de reconsideração objetivando a obtenção de tutela

7. antecipada indeferida anteriormente pelo juiz da Vara Y que despachou em caráter

8. excepcional por determinação do Diretor do Fórum da Capital, haja vista o encerramento do

9. expediente forense.

Fragmento 21 - DI 02

Para Marcuschi, “(...), o início de um texto tem funções bem marcadas”²⁷⁷. Nesse sentido, a palavra *cuida-se*, linha 6, é indicadora de assunto e estabelece

²⁷⁷ MARCUSCHI, L. A. **Linguística de texto**: o que é e como se faz. Recife: UFPE – Mestrado em Letras e Linguística. Série Debates, 1, 1983, p. 22-23.

uma referência catafórica com o *requerimento de reconsideração*, DI 02, bem como constitui uma referência anafórica ao despacho e à DI 01. O próprio fragmento 21 traz no relato do magistrado C as marcas para tais observações. Na linha 7 onde se lê: *despachou*, leia-se **decidiu**, uma vez que quem proferiu o despacho foi o magistrado A, *Diretor do Fórum da Capital*.

10. Destarte, reaprecio a pretensão de urgência.

Fragmento 22 - DI 02

Com a palavra indicadora de consequência *destarte*, podemos inferir que o *requerimento de reconsideração* feito pela parte autora, linha 6, será reapreciado pelo magistrado C como *pretensão de urgência*, linha 10.

Reapreciar, linha 10, é verbo sensorial, assim como perceber, linha 13, entender, linha 17, optar, linha 30, reconsiderar e conceder, linha 39, que estão ancorados no princípio do livre convencimento do julgador. Podemos afirmar também que reapreciar, perceber e entender são verbos de percepção e de cognição, aportados na modalidade epistêmica. O fato do magistrado C, por exemplo, entender *ser legítima a pretensão* da parte autora, revela no seu entendimento um grau de certeza e comprometimento, que deixa de ser apenas pessoal, em virtude da existência da fundamentação jurídica, intertextualizada e contextualizada.

11. Compulsando-se os autos de Ação Civil Pública proposta pela parte autora

12. contra a parte ré,

13. percebe-se que a entidade em questão se encontra a substituir usuários do sistema único de

14. saúde em número de 19 listados nos autos, que estão à mercê de entrarem em óbito, haja vista

15. que a parte ré não dispõe de leitos de Unidades de Terapia Intensiva, nem

16. tampouco os encaminhou à rede privada conveniada ao SUS em face da situação de urgência.

Fragmento 23 - DI 02

Muito embora o magistrado C afirme na linha 10, do fragmento 22, que reapreciará a pretensão de urgência, verificamos que tal conduta só se inicia no fragmento 24, com o advérbio *inicialmente*, indicador de assunto. No fragmento 23, observamos a continuação do relato iniciado no fragmento 22 pelo magistrado C. O enunciador, ao manusear (*compulsando-se*) os autos, percebe²⁷⁸ a legitimidade da parte autora, linha 13, bem como os fatos indicados na ACP, apresentados nas linhas 14, 15 e 16. Não há dúvida de que o magistrado C, ao perceber os fatos indicados pela parte autora, apropria-se da situação, contextualizando-a. Podemos afirmar que essa contextualização (campo fenomenal e percepção de mundo) é o início do processo decisório.

Processos mentais lidam com a apreciação humana do mundo. Através de sua análise é possível detectar que crenças, valores e desejos estão representados em um dado texto. De acordo com Halliday (1985), são os processos de *sentir*, os quais incluem processos de *percepção* (*ver, ouvir, perceber etc*), de *afeição* (*gostar, amar, odiar, assustar, agradar etc*) e de *cognição* (*pensar, saber, compreender, perceber, imaginar etc.*)²⁷⁹.

A análise do processo mental não é objeto de nosso estudo. O campo da crença, dos valores, da subjetividade é inerente ao ser humano. O comportamento do sujeito social é permeado de ideologia. Transmitimos nossos bens culturais pelo discurso, que perpassa todo o texto. O texto é a referência de nossa análise crítica. Desse modo, é a partir da superfície do texto que podemos identificar, observar, verificar as marcas, as evidências, as estratégias linguísticas, as escolhas lexicais do enunciador.

17. Inicialmente, entendemos ser legítima a pretensão da entidade autora em propor

18. presente Ação Civil Pública, vindicando a tutela de direitos indisponíveis, no caso direito (*sic*)

19. individuais homogêneos, em substituição a cidadãos que se encontram impossibilitados em

²⁷⁸ O verbo perceber significa compreender claramente, apreender pelos sentidos.

²⁷⁹ CUNHA, Maria Angélica Furtado da; SOUZA, Maria Medianeira de. **Transitividade e seus contextos de uso**. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007, p. 58.

20. pugnar por seus direitos.

Fragmento 24 - DI 02

O magistrado C, após perceber o contexto situacional, através do advérbio *inicialmente*, linha 17, indicativo de assunto, inicia a construção de seus argumentos utilizando um verbo de fundamentação *entendemos*, linha 17. O enunciador utiliza-se de evidências no texto, sinalizando para a reconsideração da decisão proferida pelo magistrado B, quando entende *ser legítima a pretensão da entidade autora (...)*;

21. Conforme divulgado pela imprensa, das pessoas ora representadas, 05 (cinco) já

22. faleceram, estando as outras a depender de uma atuação efetiva do Estado que venha a

23. providenciar leitos de UTIs no sentido de que os citados usuários possam ter asseguradas a

24. preservação das suas vidas

Fragmento 25 - DI 02

O magistrado C inicia a construção do fragmento 25 com o operador argumentativo *conforme*, linha 21, informando, com base em divulgação da imprensa, o falecimento de cinco jurisdicionados, linhas 21 e 22, representados pela parte autora, linha 21. Em menos de 48 horas, a situação fática mudou, embora as evidências do risco de vida já haviam sido suscitadas pela parte autora desde o ingresso da ACP e provocação do Poder Judiciário.

A realidade circundante demonstrou faticamente a presença dos dois requisitos essenciais para a concessão da antecipação da tutela: a prova “inequívoca” da verossimilhança do alegado e o perigo da demora, muito embora na DI 01 o magistrado B não tenha sequer visualizado a plausibilidade do bom direito.

Não se pode supor que seja neutro para o ser humano que proferirá a decisão saber que se sua decisão for de negar o tratamento uma determinada pessoa, com nome, CPF e talvez rosto, venha a sofrer e talvez morrer, ao passo que se a decisão for contrária não serão visíveis efeitos

tão dramáticos. O julgador é um ser humano e assim deve se portar. Não é desejável que o julgador tenha a insensibilidade de um carrasco, pois estes atuavam com máscaras, o que não é possível no nosso sistema²⁸⁰.

Considere tal citação dentro de um contexto onde a situação revela a hipossuficiência dos jurisdicionados (pessoas carentes), a necessidade do direito fundamental à saúde e, conseqüentemente, à vida, linhas 23 e 24, a omissão da parte ré na concretização do direito prestacional à saúde, linhas 27 e 28, etc.

Podemos verificar na DI 02 a presença dos requisitos ou critérios de construção textual do sentido. Inicialmente temos a situacionalidade evidenciada no conjunto de fatores sociais inseridos em um determinado contexto histórico. É o que chamamos de contexto situacional. Observamos a cautela que o magistrado C teve de trazer para a sua fundamentação jurídica fatos externos, provendo a intertextualidade, e essenciais para a formação motivada de seu livre convencimento.

Na linha 23, o termo *citados usuários* remete às pessoas carentes, retratadas na DI 01, sendo, pois, uma referenciação exofórica.

25 Na medida em que a CF garante ao cidadão brasileiro o direito à saúde e a parte ré se

26. nega a efetivar este direito sob o argumento da falta de recursos, estamos diante de um

27. conflito de valores onde a parte ré coloca a teoria da reserva do possível como fundamento

28. para se furtar a prestar um serviço essencial de que é obrigado, diante do direito subjetivo

29. constitucional de todo cidadão brasileiro que é o de ter a garantia a um mínimo existencial.

Fragmento 26 - DI 02

Após a contextualização da situação e como fundamento legal, o magistrado C cita na sua decisão a Constituição Federal, linha 25, especificamente o

²⁸⁰ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 105.

artigo 196²⁸¹, linha 33, bem como identifica a existência de um conflito de valores, linha 27, envolvendo os discursos da teoria da reserva do possível e a garantia do mínimo existencial, linhas 27 e 29.

É certo que praticamente qualquer demanda que envolva direito à saúde, o binômio reserva do possível e mínimo existencial vai estar presente. A defesa da reserva do possível por si só, baseada na escassez de recursos, não autoriza de forma alguma a parte ré a deixar de cumprir seu dever constitucional de concretizar o direito à saúde. A parte ré pode até usar como argumento a reserva do possível, mas terá que comprovar ante ao Poder Judiciário a impossibilidade da prestação.

Por outro lado, temos o mínimo existencial, que o magistrado C já interpretou como uma forma de garantia a todo o cidadão brasileiro, linha 29. O enunciador não só interpretou como imprimiu indícios de seu convencimento, tornando-o evidente nas linhas 30 e 31.

O próprio nome mínimo existencial especifica a natureza de seu sentido, que se efetiva por inteiro quando verificado num caso concreto. Torres afirma que “não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se que seja um direito a *situações existenciais dignas*”²⁸². Assim sendo, o mínimo existencial está imbricado no valor da dignidade da pessoa humana, como também no direito à saúde e no direito à vida. Na linha 32, o magistrado C fala em vida digna, que para nós significa, no mínimo, o acesso e a efetividade do direito à saúde de pessoas carentes e necessitadas.

Na DI 02 observamos a presença do princípio da informatividade no argumento do enunciador, promovendo a progressão textual. As relações de sentido são desenvolvidas na medida em que o texto progride, revelando a sequência coesiva dos enunciados apresentados.

²⁸¹ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 132.

²⁸² TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

-
30. Com efeito, este juízo, diante desta encruzilhada, opta em garantir ao cidadão brasileiro o mínimo existencial sob a forma da tutela efetiva ao direito subjetivo constitucional de ter uma vida digna, concretizando o preceito constitucional, que preconiza no artigo 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”.
-

Fragmento 27 - DI 02

Na linha 30, a expressão *com efeito* indica uma corroboração, que se apresenta como uma confirmação dos argumentos anteriormente expostos. Tanto é que o magistrado C fortalece as informações ditas, adotando um posicionamento diante de um conflito de valores, linha 27, também chamado por ele de *encruzilhada*, linha 30.

O magistrado C optou em *garantir o mínimo existencial*, não só aos usuários, linha 38, que são as pessoas carentes, representadas pela parte autora, mas ao cidadão brasileiro, evocando o *direito subjetivo constitucional de ter uma vida digna* (dignidade da pessoa humana) e a norma constitucional do *artigo 196*.

Torres afirma que “a extensão do mínimo existencial, bem como a sua interação e efetividade dependem da respectiva ponderação diante dos casos emergentes”²⁸³. Embora o enunciador não tenha expressado textualmente a adoção da técnica de ponderação para a solução do conflito, podemos obter tal entendimento através das expressões: *opta*, linha 30, *conflito de valores*, linha 27, e a existência de uma *encruzilhada* envolvendo o binômio *reserva do possível e mínimo existencial*.

Como se vê, o magistrado C, ao utilizar o verbo optar, necessita escolher, tomar decisões entre mais de uma opção possível. Quando remete ao conflito de valores, pode-se inferir sua decidibilidade entre critérios valorativos, assim como quando se refere ao binômio a que se pondere entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

Outro critério que não pode deixar de ser observado numa decisão judicial é a razoabilidade, expressa com mais acuidade no capítulo 3.

²⁸³ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 168.

Destacamos que, na linha 33, o magistrado, quando remete ao enunciado legal - artigo 196 da CF,

(...) faz uso da modalidade declarativa, ou seja, busca em quem de direito ganha credibilidade no que fala, justamente, pela aceitação da comunidade jurídica a qual se dirige. O juiz, utilizando-se da modalidade declarativa, acaba constituindo uma forma de não se responsabilizar, sozinho, pelo o que está falando, pois, o magistrado, para ratificar seu posicionamento, busca embasamentos em outras fontes²⁸⁴.

-
34. Desta forma, encontram-se comprovados nos autos os elementos fáticos que
35. consubstanciam o direito da entidade autora em substituição aos usuários do SUS em ver
36. deferida a tutela antecipatória requestada, em face de que, na hipótese da não providência de
37. UTIs, conforme requestado e comprovado por documentação inequívoca, vir a causar danos
38. irreversíveis à saúde dos usuários, com o sério risco de óbitos, conforme já aconteceu.
-

Fragmento 28 - DI 02

Na linha 34, *desta forma* indica o modo como algo aconteceu, restando proceder com a devida comprovação, o que de fato ocorreu, conforme mencionou o magistrado C na linha 34. Os requisitos da antecipação de tutela foram evidenciados pelo enunciador: a prova “inequívoca” da verossimilhança da alegação pode ser evidenciada na linhas 34 (*comprovado nos autos os elementos fáticos*) e 37 (*comprovado por documentação inequívoca*) diante da documentação inequívoca; e o dano irreparável ou de difícil reparação (perigo da demora ou *periculum in mora*), nas linhas 37 e 38 (*causar danos irreversíveis e óbitos* já ocorridos).

Dessa forma, o fragmento 28 reforça os argumentos jurídicos do enunciador, fazendo conexão com todo o cotexto e contexto situacional.

²⁸⁴ COLARES, Virgínia. **Direito à imagem e os jogos de linguagem**: no limiar entre o discurso oficial e o discurso oficioso. Disponível em: <http://www.jfce.gov.br/internet/esmafe/materialDidatico/documentos/discursoJuridicoDecisao/07-direitoImagemJogosLinguagem-VirginiaColares.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2011, p. 21-22.

-
39. Posto isto, reconsidero a decisão anterior e concedo a liminar perseguida
40. determinando que a parte ré requerida providencie inicialmente pela rede pública hospitalar
41. leitos de UTIs suficientes para atender a demandante, ou, na hipótese da falta de condições,
42. providenciar a IMEDIATA contratação da rede particular conveniada sem qualquer ônus para
43. o autor, assinando um prazo de 24 horas para o cumprimento da decisão, observando-se a lista
44. dos beneficiários que se encontra nos autos, sob pena da cominação de multa diária por dia de
45. descumprimento no valor de R \$ 5.000,00 (cinco mil reais).
-

Fragmento 29 - DI 02

O fragmento 29 trata-se do dispositivo. O magistrado C inicia a linha 39 com o elemento de coesão *posto isto*, indicando o início de conclusão de sua decisão, após ter procedido com a fundamentação jurídica. Observamos que o magistrado C reconsiderou a DI 01, mas concedeu apenas a liminar referente a um dos pedidos urgentes, mencionado no próprio fragmento 29.

-
46. Cite-se
47. P.I.
48. Recife, dia de mês de ano.
49. Nome
50. Juiz de Direito
-

Fragmento 30 - DI 02

Nas linhas 46 e 47, como conclusão da DI 02 constou o ato de comunicação processual, *cite-se*, bem como a expressão forense, *P.I.*, utilizada de praxe no mundo jurídico, indicando a ordem judicial de publicar e intimar, com a finalidade das partes interessadas tomarem ciência dos termos da decisão. No final, das linhas 48 a 50, temos os *fatores de contextualização*, referidos e comentados quando da análise do despacho, fragmento 5. É de fundamental importância lembrar que o texto da DI 02 traz na sua superfície dados identificadores do magistrado C, como sua assinatura, que foram omitidos por questões éticas.

CAPÍTULO 6 – RESULTADOS E DISCUSSÕES

Oswald Ducrot foi o criador da Semântica Argumentativa ou Semântica da Enunciação, colaborando com os estudos lingüísticos e semânticos. Construiu a expressão operadores argumentativos fazendo-se entender “que muitos atos de enunciação têm uma função argumentativa, que eles objetivam levar o destinatário a uma certa conclusão, ou dela desviá-lo”²⁸⁵. A função argumentativa, segundo Ducrot,

tem marcas na própria estrutura do enunciado: o valor argumentativo de uma frase não é somente uma conseqüência das informações por ela trazidas, mas a frase pode comportar diversos morfemas, expressões ou termos que, além de seu conteúdo informativo, servem para dar uma orientação argumentativa ao enunciado, a conduzir o destinatário em tal ou qual direção²⁸⁶.

Nesse sentido, o autor estabelece que enunciar é persuadir, pois não interessa apenas ao emissor argumentar no intuito de apenas informar, mas dizer e fazer valer a força argumentativa e decisiva do enunciado.

Para explicar melhor a força argumentativa do enunciado e o seu sentido, bem como o funcionamento dos operadores argumentativos, Ducrot desenvolveu os conceitos de classe argumentativa (C.A) e escala argumentativa (E.A).

A ideia de classe argumentativa é formada por vários enunciados que se equiparam, servindo de argumento a favor de uma mesma conclusão. Caso os argumentos que constituem uma classe argumentativa não possuam o mesmo peso, apresentando gradativamente uma ordem no sentido de uma determinada conclusão, estamos diante de uma escala argumentativa.

Durante a análise do *corpus*, verificamos os argumentos persuasivos do despacho e das DIs 01 e 02, estabelecidos, respectivamente, pelos magistrados A,

²⁸⁵ DUCROT, Oswald. **Provar e dizer**: linguagem e lógica. São Paulo: Global, 1981, p. 178.

²⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 178.

B e C, em favor de uma determinada orientação argumentativa. Observamos o nexo entre os diversos enunciados das DIs 01 e 02 e suas respectivas conclusões, com o objetivo de identificar uma classe argumentativa baseada nas escolhas verbais de cada magistrado e o grau de intencionalidade dos argumentos.

No despacho, especificamente, os enunciados utilizados pelo magistrado A traduziram a força de seu dizer, revelando na superfície do texto, além dos operadores argumentativos, os modalizadores dêiticos de tempo e lugar. Verificamos também no despacho as estratégias de recuperação representadas pela catáfora e anáfora, do tipo encapsuladora, bem como os “*fatores de contextualização*”²⁸⁷, utilizados para situar o texto em um contexto situacional.

Com base na DI 01, o resultado obtido, exposto na parte dispositiva, fragmento 17, aponta a carga semântica do verbo de percepção, *visualizar*, fruto de um conjunto de argumentos que permitiram “identificar as ações e atividades humanas no discurso e que realidade está sendo retratada”²⁸⁸. Investigamos detalhadamente e percebemos que em toda DI 01 existia uma maior utilização dos verbos sensoriais (pensar, visualizar e enxergar), direcionados ao domínio da modalidade epistêmica, conforme observamos abaixo:

- 14. pedido de UTI -, **penso** não se (*sic*) o caso de deferimento, assim ..., na
- 15. modalide (*sic*) "inaudita altera parte".
- 16. A razão por tal entedimento (*sic*) consiste em **não**
- 17. **visualizar** a presença do requisito "fumus boni iuris", essencial ao (...)
- 21. Ainda que nobre a causa da autora, **penso** que (...)
- 38. Afora as razões aqui apresentadas, **não enxergo** (...)
- 53. Assim sendo, por **não visualizar** o requisito (...)

²⁸⁷ MARCUSCHI, L. A. **Linguística de texto**: o que é e como se faz. Recife: UFPE – Mestrado em Letras e Linguística. Série Debates, 1, 1983, p. 16.

²⁸⁸ CUNHA, Maria Angélica Furtado da; SOUZA, Maria Medianeira de. **Transitividade e seus contextos de uso**. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007, p. 53-54.

A utilização desses verbos mentais na primeira pessoa do singular e a inobservância de alguns critérios de construção textual do sentido, quais sejam: situacionalidade, informatividade e intencionalidade, comprometeram a fundamentação jurídica da DI 01, tornando-a deficiente e incoerente.

A ideia de intencionalidade nesse trabalho está ancorada numa atividade linguística, como um dos critérios de construção textual do sentido. Para Koch, “a noção de intenção não tem, aqui, nenhuma realidade psicológica: ela é puramente linguística, determinada pelo sentido do enunciado, portanto linguisticamente constituída”²⁸⁹. Foi nesse contexto que a intencionalidade foi verificada na produção das DIs 01 e 02, referindo-se às marcas linguísticas e “aos diversos modos como os sujeitos usam os textos para perseguir e realizar suas intenções comunicativas, mobilizando, para tanto, os recursos adequados à concretização dos objetivos visados (...)”²⁹⁰.

Nesse sentido, a maioria das ocorrências verbais da DI 01 permitiu estudos no campo da modalização epistêmica, ancorados no eixo da crença. As opiniões pessoais e persuasivas, como também o modo como elas foram manipuladas, indicaram o compromisso assumido pelo magistrado B com o seu dizer, apresentando o emissor “a posição que tem sobre a verossimilhança dos estados de coisa em jogo, e o tipo de controle que sobre elas mantém”²⁹¹, mesmo que, para tanto, tenha que comprometer a parte dispositiva de sua decisão.

Observamos que o grau de comprometimento do magistrado B com o seu dizer não se relacionou como condição de certeza com o dito, uma vez que não houve conexão entre a utilização dos verbos de percepção e o encadeamento dos enunciados, amiúde marcados com operadores argumentativos que indicaram contraposição. Podemos verificar tal afirmação através do fragmento 10 da DI 01.

21. *Ainda que* nobre a causa da autora, **penso** que

²⁸⁹ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Argumentação e linguagem**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 22.

²⁹⁰ KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Introdução à linguística textual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 42.

²⁹¹ PINTO, Milton José. **As marcas lingüísticas da enunciação**: esboço de uma gramática enunciativa do português. Rio de Janeiro: Numen, 1994.

22. impor à rede particular de hospitais a suportar o ônus de internamentos
23. em UTI's e apartamentos, e de dispensar tratamentos médico-cirúrgicos
24. aos pacientes, **mesmo que** necessários, revela-se uma intervenção brutal
25. do Poder Judiciário na atividade privada, à *primeira vista*, não
26. recomendável

Por meio da análise crítica da DI 01, sob a concepção semântico-argumentativa de Ducrot, foi possível verificar que houve o uso mais frequente dos modalizadores epistêmicos, relacionados com o eixo da crença, comprovando a hipótese do presente trabalho. Na DI 02, o magistrado C utilizou verbos referenciais do eixo do fazer e da atividade material do ponto de vista da transitividade, sendo assim mais técnico à referência e não ao sentimento.

Verificamos também na análise da DI 02 que o magistrado C se utilizou de poucos verbos de percepção e outros de difícil compreensão, quais sejam: compulsar (manusear), vindicar (exigir em nome da lei, reivindicar), pugnar (lutar), consubstanciar (consolidar), requestar (pedir com insistência, buscar)²⁹², sinalizando a sua postura em face de uma linguagem técnica, apresentando certo distanciamento na situação comunicativa entre o emissor e o destinatário.

A partir da análise crítica, verificamos que o estudo da modalidade epistêmica é de fundamental importância para a construção do sentido textual, permitindo identificar, por exemplo, o grau de intencionalidade do emissor com relação aos seus enunciados e aos seus destinatários. Todavia, é necessário afirmar que os modalizadores modais epistêmicos devem ser observados também em relação ao contexto situacional, permitindo na situação comunicativa o processo de transitividade, ou seja, a circulação dos sentidos no texto e o estabelecimento das relações interpessoais entre os interlocutores.

²⁹² Para facilitar a compreensão do leitor, procuramos identificar no dicionário informal os sinônimos dos verbos, através do site <http://www.dicionarioinformal.com.br/>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratamos no corpo desta dissertação de muitos tópicos, uns sobre o direito, outros sobre a linguística de texto. A vontade de ver terminado o trabalho não podia ser diferente. Dever cumprido. Realização plena.

Estudar a linguística textual foi um desafio para nós, o qual implicou trilhar por caminhos possíveis e plurais, por entre as diversas vozes do conhecimento. Cada texto, com sua particularidade de desenvolvimento, serviu como matéria-prima para a construção da análise crítica.

A interpretação do dito foi realizada utilizando a metodologia da Análise Crítica do Discurso (ACD), cujo sentido recaiu sobre os fundamentos da argumentação jurídica, dos enunciados, dos dizeres que perpassaram todo o texto.

Convém observar que as ferramentas da ACD já são utilizadas pela linguística há bastante tempo. Os observadores de lá, da linguística, são diferentes dos de cá, do direito. A metodologia utilizada por um analista jurídico na construção de um trabalho acadêmico, por exemplo, quase sempre, diz respeito ao método dogmático-jurídico, limitado à análise da norma jurídica vigente.

A complexidade dos conflitos sociais há algum tempo já cobra do Estado-Juiz uma solução eficiente, amparada numa prestação jurisdicional célere, adequada e justa. Essa mesma complexidade social reclama a necessidade de todas as ciências agirem de forma transdisciplinar. Esta abordagem transdisciplinar faz com que uma determinada disciplina se reconheça na interface de outras, numa completa e profunda interação epistêmica.

Para tanto, a solução se iniciaria no próprio ensino do direito, incentivando os alunos a desenvolverem pesquisas transdisciplinares. O direito por si só não responde completamente às atuais complexidades da sociedade. Precisamos ir além do direito, promover o diálogo entre o direito e a linguística, a economia, a sociologia etc.

A inquietação que nos motivou para a realização dessa dissertação fará com que continuemos estudando e analisando decisões judiciais, salientando, desde

já, que o trabalho apresentado não se propõe a ser conclusivo, devendo ser cultivado e amadurecido no doutorado.

Pretendemos, portanto, continuar com as observações e investigações, entendendo que o processo de construção de um sistema aberto, transdisciplinar, deve ser contínuo e gradativo, de tal maneira a atender uma sociedade complexa e em constante evolução.

Esperamos que cada leitor sinta-se motivado a trabalhar de maneira diferente, sendo criativo e determinado. Depois da leitura dessa dissertação tornamo-nos um pouco linguistas. Somos na verdade juslinguistas, com a missão de promover a concretização de novos estudos relacionados com os diferentes contextos. Certamente, construiremos um direito interconectado com a sociedade, a qual se encontra há bastante tempo em estado de espera.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AGRA, Walber de Moura. **A jurisdição constitucional brasileira**. Disponível em: <http://www.iidpc.org/pdf/doctrinar6Moura.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2011.

ALBUQUERQUE FILHO, José Antonio. A tópica e sua relação com a ordem jurídica. In. COLARES, Virgínia (Org.). **Linguagem e direito**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2010.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.

BAKHTIN, Mikhail. **Estética da criação verbal**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. vol. 16, 4º trimestre. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Uberaba, MG, 1978.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BERTUCCI, Roberlei Alves. Anáforas Encapsuladoras: uma análise em textos de opinião. **Revista Letras**, n. 70, set./dez., Curitiba: UFPR, 2006.

BEVENISTE, Émile. [1958]. **Problemas de lingüística geral I**. 3. ed. Campinas, SP: Pontes: Editora da Unicamp, 1991, (Lingüística) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1992.

BLIACHERIENE, Ana Carla; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Lei de responsabilidade fiscal e os limites da vinculação e da discricionariedade na execução da dotação orçamentária: o impacto das liminares judiciais relativas à saúde para o orçamento dos municípios. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS,

José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e a saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar 47/PE**, Ministro Gilmar Mendes, Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev3/files/JUS2/STF/IT/SL_47_PE_1272708885409.pdf. Acesso em 16 nov. 2010.

BVERFGE, 33, 303 – *Numerus Clausus*. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Uruguay. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 14. ed. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Lições de direito processual civil**. 5. ed. vol. III, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito dos pobres no activismo judiciário. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érika Paula Barcha (Coords.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARRAHER, David William. **Senso crítico: do dia-a-dia às ciências humanas**. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. **Dicionário de análise do discurso**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COLARES, Virgínia. **A decisão interpretativa da fala em depoimentos judiciais**. 1992. 199 f. Dissertação (Mestrado em Lingüística) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 1992.

_____. **Direito à imagem e os jogos de linguagem: no limiar entre o discurso oficial e o discurso oficioso**. Disponível em: <http://www.jfce.gov.br/internet/esmafe/materialDidatico/documentos/discursoJuridicoDecisao/07-direitoImagemJogosLinguagem-VirginiaColares.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2011.

_____. Discurso jurídico procedimental: análise lingüístico-discursiva dos atos processuais nas práticas sociais da justiça. In: SEVERO NETO, Manoel (Org.). **Direito, jurisdição e processo**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

_____. **Linguagem e Direito no Brasil**. Disponível em: <http://www.jfce.gov.br/internet/esmafe/materialDidatico/documentos/discursoJuridicoDecisao/01-linguagemDireitoBrasil-VirginiaColares.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2011.

CONTE, Maria-Elisabeth. Encapsulamento anafórico. In: CAVALCANTE, Mônica Magalhães; RODRIGUES, Bernardete Biasi; CIULLA, Alena (Orgs.). **Referenciação**. São Paulo: Contexto, 2003.

CORDEIRO, Betânia Silva. **As canções de Luiz Gonzaga sob o olhar da análise crítica do discurso (ACD)**. 159 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Linguagem) – Universidade Católica de Pernambuco, 2008.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CUNHA, Maria Angélica Furtado da; SOUZA, Maria Medianeira de. **Transitividade e seus contextos de uso**. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007.

CYRILLO, Denise C.; CAMPINO, Antonio Carlos C. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e a saúde**: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

DALL' AGLIO-HATTNER, Marize Mattos, **A manifestação da modalidade epistêmica**: um exercício de análise nos discursos do ex-presidente Collor. 1995. 163 f. Tese (Doutorado em Letras: Lingüística e Língua Portuguesa) – Faculdade de Ciências e Letras, Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 1995.

DIJK, Teun A. van. **Discurso e poder**. São Paulo: Contexto, 2008.

DUBOIS, Jean. (1973). **Dicionário de Lingüística**. São Paulo: Cultrix, 1973.

DUCROT, Oswald. **Provar e dizer**: linguagem e lógica. São Paulo: Global, 1981.

FAIRCLOUGH, Norman. **Analysing Discourse**: textual analysis for social research. London; New York: Routledge, 2009.

_____. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FÁVERO, Leonor Lopes; KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. **Linguística textual**: uma introdução. São Paulo: Cortez, 1988.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York-London: W. W. Norton & Company, 1999.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. **A coerência textual**. 17. ed. São Paulo: Contexto, 2009.

_____. **A coesão textual**. 21. ed. São Paulo: Contexto, 2009.

_____. **Argumentação e linguagem**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

_____. **A inter-ação pela linguagem**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2007.

_____. **Desvendando os segredos do texto**. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **Introdução à lingüística textual**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **O texto e a construção dos sentidos**. 9. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

_____. Referenciação e orientação argumentativa. In: KOCH, Ingedore Villaça; MORATO; Edwiges Maria; BENTES, Anna Christina (Orgs.). **Referenciação e discurso**. São Paulo: Contexto, 2005.

_____; BENTES, Anna Christina; CAVALCANTE, Mônica Magalhães. **Intertextualidade: diálogos possíveis**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEVINSON, Stephen C. **Pragmática**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES, Edward. **Fundamentos da lingüística contemporânea**. 23 ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2007.

MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de Aguiar. **Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: fundamentos, críticas e parâmetros materiais**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco, 2009.

MARANHÃO NETO, Arnaldo Fonseca de Albuquerque. **Tutela antecipada nos Juizados Especiais Cíveis**. Recife: Bagaço, 2008.

MARCUSCHI, L. A. **Lingüística de texto: o que é e como se faz**. Recife: UFPE – Mestrado em Letras e Lingüística. Série Debates, 1, 1983.

_____. Anáfora indireta: o barco textual e suas âncoras. In: KOCH, Ingedore Villaça; MORATO; Edwiges Maria; BENTES, Anna Christina (Orgs.). **Referenciação e discurso**. São Paulo: Contexto, 2005.

MARINHO, Érika de Sá. **O princípio da colaboração intersubjetiva no processo civil brasileiro: uma análise acerca da sua influência no poder geral de cautela do juiz**. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEYER, Michael. Entre la teoría, el método y la política: la ubicación de los enfoques relacionados con el ACD. In: WODAK, Ruth; MEYER, Michael (Orgs.). **Métodos de análisis crítico del discurso**. Barcelona-Espanha: Gedisa, 2003.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: Triom, 1999.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de discurso: princípios e procedimentos**. 4. ed. São Paulo: Pontes, 2002.

OSAKABE, Haqira. **Argumentação e discurso político**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PEÑA-ALFARO, Alex. **Ou dá o dízimo ou desce ao inferno: uma análise das estratégias de persuasão na teologia da prosperidade da Igreja Universal**. Recife: Ed. do Autor, 2006.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Centro de Estudos Judiciários. **Súmulas do TJPE**. 2. ed. Recife: O Tribunal, 2009, p.73. Disponível em: http://www.tjpe.jus.br/cej/SumulasEnunciados/LivroSumulasTJPE2107_2009_ate92.pdf. Acesso em: 11-12-2010.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érika Paula Barcha (Coords.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, MILTON JOSÉ. **As marcas lingüísticas da enunciação**: esboço de uma gramática enunciativa do português. Rio de Janeiro: Numen, 1994.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Avila. O direito fundamental à motivação no processo penal e o duplo grau de jurisdição. **Revista Jurídica**, n. 391, maio, 2010.

RESENDE, Viviane de Melo; RAMALHO, Viviane. **Análise de discurso crítica**. São Paulo: Contexto, 2009.

RICOEUR, Paul. **Ideologia e utopia**. Rio de Janeiro: Edições 70 LDA, 1986.

RIGO, Vivian. Direitos de todos e de cada um. In: ASSIS, Araken de (Org.). **Aspectos Polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Eficácia judicial do direito fundamental à saúde – reflexões iniciais**. In: SEVERO NETO, Manoel. Direito, cidadania e processo. Recife, Fasa, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais** – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STF. **ADPF nº 45/DF**, Ministro Celso de Melo, publicada no DJ em 04/05/2004. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=45.NUME.&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 20 nov. 2010.

SUDATTI, Ariani Bueno. **Dogmática jurídica e ideologia**: o discurso ambiental sob as vozes de Mikhail Bakhtin. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SYTIA, Celestina Vitória Moraes. **O direito e suas instâncias lingüísticas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

TANSKANEN, Sanna-Kaisa. **Collaborating towards coherence**: lexical cohesion in english discourse. Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins Publishing Company, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THOMPSON, Jonh B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRASK, R. L. **Dicionário de linguagem e lingüística**. São Paulo: Contexto, 2004.

TRICHES, Cinara Fontana. **Travessia**: o conhecimento do outro através da literatura em língua estrangeira. Dissertação (Mestrado em Letras). Caxias do Sul, 2008, p. 30. Disponível em: http://tede.uces.br/tde_arquivos/1/TDE-2008-10-07T142110Z-229/Publico/Dissertacao%20Cinara%20Fontana%20Triches.pdf. Acesso em: 09-12-10.

TUCCI, José Rogério Cruz e. [1956]. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

VAN DIJK, Teun. **Ideologia**: una aproximación multidisciplinaria. Barcelona: Gedisa, 2000.

WODAK, Ruth. Do que trata a ACD – um resumo de sua história, conceitos importantes e seus desenvolvimentos. **Revista Linguagem em (Dis)curso**. vol. 04, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. 3. ed. Bragança Paulista: Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2004.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas, SP: Millennium, 2004.

ANEXOS

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
DIRETORIA DO FÓRUM

DESPACHO

Recebida hoje pelas 18:40 horas, nesta Diretoria do Fórum, a presente petição e documentos.

Face à alegado urgência da parte autora e em razão do encerramento do expediente forense há mais de uma hora, sendo encontrado no Fórum apenas o Dr. Agenor Ferreira de Lima Filho, Juiz de Direito da 11ª Vara Cível da Capital, designo-o, excepcionalmente e em caráter de urgência, para assumir o presente feito e apreciar os pedidos liminares.

Após decisão do eminente magistrado, encaminhe-se o feito para distribuição a uma das Varas da Fazenda Pública Estadual.

Recife, 05 de dezembro de 2007.

~~DR. HUMBERTO VASCONCELOS JÚNIOR~~
Juiz de Direito ~~Director~~ do Fórum em Exercício

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Vistos etc.

Em cumprimento à designação do MM. Juiz de Direito Diretor do Fórum, assumo excepcional e emergencialmente o encargo, devendo a petição inicial e os documentos que a acompanham, no dia seguinte, ser autuados e distribuídos para uma das Varas da Fazenda Pública da Capital.

Relativamente ao pedido liminar – determinar a transferência imediata dos pacientes listados na petição inicial que necessitam de UTI, para rede de hospitais privados do Recife ou Real Hospital Português de Beneficência, devido ao risco de vida que correm, bem como que a Central de Leitos em Pernambuco informe diariamente à autora as listas de pedidos que são enviadas pelos hospitais com pedido de UTI -, penso não se o caso de deferimento, assim..., na modalidade "inaudita altera parte".

A razão por tal entedimento consiste em não visualizar a presença do requisito "fumus boni iuris", essencial ao deferimento da liminar, visto que à Rede Pública de saúde é quem cabe o dever e a responsabilidade de fornecer saúde à população carente, mormente aos pacientes listados na petição inicial.

Ainda que nobre a causa da autora, penso que impor à rede particular de hospitais a suportar o ônus de internamentos em UTI's e apartamentos, e de dispensar tratamentos médico-cirúrgicos aos pacientes, mesmo que necessários, revela-se uma intervenção brutal

do Poder Judiciário na atividade privada, à primeira vista, não recomendável.

De outra sorte, conforme referido na própria petição inicial, os pacientes obtiveram decisão liminar para suas inclusões na Central de Leitos do Estado de Pernambuco, a qual dispõe, como é de todos sabido, de uma ordem de inscrição e preferência, conforme a urgência e gravidade, não sendo legítimo preferir os listados no presente pedido, em detrimento daqueles outros já inscritos na lista e em estado crítico de saúde.

Certamente, os médicos que compõem a rede pública do Estado de Pernambuco, e bem assim a municipal, devem ter a consciência e o dever público de prestar a devida e necessária assistência médica e hospitalar aos necessitados.

Afora as razões aqui apresentadas, não enxergo com bons olhos a determinação de medida judicial contra terceiros não integrantes da relação processual.

Por tal razão, reafirmo não encontrar a presente do requisito "fumus boni iuris" a justificar o deferimento da liminar. Não, repito, na modalidade "inaudita altera parte".

Relativamente ao pedido liminar para que a Central de Leitos em Pernambuco informe, diariamente à autora, as listas e pedidos que são enviadas pelos hospitais com pedido de UTI's, de igual modo não encontro motivação jurídica para acolher o pedido na forma liminar.

A pretensão perseguida pela autora, caso deferida, estaria colocando-a em patamar de órgão público fiscalizador da Central de Leitos, sem qualquer amparo legal e em completa desconformidade com visada pela ADUSEPS.

Assim sendo, por não visualizar o requisito "fumus boni iuris", **indefiro** os pedidos liminares, e com mais acento, a antecipação da tutela como foram requeridos, porque, nem por longe encontro verossimilhança nas alegações.

Fica a presente decisão submetida, imediatamente, ao Juízo competente para a qual for o processo distribuído.

Cite-se o Estado de Pernambuco para oferecer defesa, querendo, no prazo legal.

Intime-se a parte autora.

Cumpra-se.

Recife, 05 de dezembro de 2007 – 20:00 horas.

AGENOR FERREIRA DE LIMA FILHO

Juiz de Direito Designado



AÇÃO CIVIL PÚBLICA
PROCESSO Nº 001.2007.070610-8

AUTOR: ADUSEPS ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DOS USUÁRIOS DE SEGUROS,
PLANOS E SISTEMA DE SAÚDE.
RÉU: ESTADO DE PERNAMBUCO

DECISÃO

Cuida-se de requerimento de reconsideração objetivando a obtenção de tutela antecipada indeferida anteriormente pelo juiz da 11ª Vara Cível que despachou em caráter excepcional por determinação do Diretor do Fórum da Capital, haja vista o encerramento do expediente forense.

Destarte, reaprecio a pretensão de urgência.

Compulsando-se os autos de Ação Civil Pública proposta pela Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, planos e sistemas de saúde contra o Estado de Pernambuco, percebe-se que a entidade em questão se encontra a substituir usuários do sistema único de saúde em número de 19 listados nos autos, que estão à mercê de entrarem em óbito, haja vista que o Estado de Pernambuco não dispõe de leitos de Unidades de Terapia Intensiva, nem tampouco os encaminhou à rede privada conveniada ao SUS em face da situação de urgência.

Inicialmente, entendemos ser legítima a pretensão da entidade autora em propor presente Ação Civil Pública, vindicando a tutela de direitos indisponíveis, no caso direitos individuais homogêneos, em substituição a cidadãos que se encontram impossibilitados em pugnar por seus direitos.

Conforme divulgado pela imprensa, das pessoas ora representadas, 05 (cinco) já faleceram, estando as outras a depender de uma atuação efetiva do Estado que venha a providenciar leitos de UTIs no sentido de que os citados usuários possam ter asseguradas a preservação das suas vidas

Na medida em que a CF garante ao cidadão brasileiro o direito à saúde e o Estado se nega a efetivar este direito sob o argumento da falta de recursos, estamos diante de um conflito de valores onde o Estado coloca a teoria da reserva do possível como fundamento para se furtar a prestar um serviço essencial de que é obrigado, diante do direito subjetivo constitucional de todo cidadão brasileiro que é o de ter a garantia a um mínimo existencial.

Com efeito, este juízo, diante desta encruzilhada, opta em garantir ao cidadão brasileiro o mínimo existencial sob a forma da tutela efetiva ao direito subjetivo constitucional de ter uma vida-digna, concretizando o preceito constitucional, que preconiza no artigo 196 que "a saúde é direito de todos e dever do Estado".

Desta forma, encontram-se comprovados nos autos os elementos fáticos que consubstanciam o direito da entidade autora em substituição aos usuários do SUS em ver deferida a tutela antecipatória requestada, em face de que, na hipótese da não providência de UTIs, conforme requestado e comprovado por documentação inequívoca, vir a causar danos irreversíveis à saúde dos usuários, com o sério risco de óbitos, conforme já aconteceu.

Posto isto, reconsidero a decisão anterior e concedo a liminar perseguida determinando que o estado requerido providencie inicialmente pela rede pública hospitalar leitos de UTIs suficientes para atender a demandante, ou, na hipótese da falta de condições, providenciar a IMEDIATA contratação da rede particular conveniada sem qualquer ônus para o autor, assinando um prazo de 24 horas para o cumprimento da decisão, observando-se a lista dos beneficiários que se encontra nos autos, sob pena da cominação de multa diária por dia de descumprimento no valor de R \$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Cite-se.

P.I.

Recife, 7 de dezembro de 2007.

José Viana Ulisses Filho.
Juiz de direito.