

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO**

**UMA *TRAVESSIA* NO DIREITO**

A GÊNESE DEMOCRÁTICA DO DISCURSO JURÍDICO E O *AMICUS CURIAE*  
COMO MANIFESTAÇÃO DA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DO DIREITO

*IGOR LIMA GOETTENAUER DE OLIVEIRA*

**Brasília - DF  
2014**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO**

**IGOR LIMA GOETTENAUER DE OLIVEIRA**

**UMA *TRAVESSIA* NO DIREITO**

**A GÊNESE DEMOCRÁTICA DO DISCURSO JURÍDICO E O *AMICUS CURIAE*  
COMO MANIFESTAÇÃO DA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao programa de pós graduação da  
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para a  
obtenção do grau de Mestre

Área de concentração: Direito, Estado e Constituição

Orientador: Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto

**BRASÍLIA - DF  
2014**

**IGOR LIMA GOETTENAUER DE OLIVEIRA**

**UMA TRAVESSIA NO DIREITO**

A GÊNESE DEMOCRÁTICA DO DISCURSO JURÍDICO E O *AMICUS CURIAE*

COMO MANIFESTAÇÃO DA TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DO DIREITO

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação da Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do grau de Mestre.  
Área de concentração: Direito, Estado e Constituição.  
Orientador: Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto.

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** \_\_\_\_\_

**Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto**

**1º Examinador:** \_\_\_\_\_

**2º Examinador:** \_\_\_\_\_

**Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.**

*Aos que trabalham.*

## AGRADECIMENTOS

Não há trabalho possível sozinho. O indivíduo, enquanto entidade singular, absoluta e isolada, é uma mera abstração impossível de se concretizar. Se eu existo e posso criar, é porque estou apoiado nos ombros da história, de onde observo um oceano de seres tão iguais e tão diferentes de mim mesmo que me antecederam e me sucederão, tornando possível a construção do mundo no qual habito.

A *travessia* que promovi, tantas vezes penosa, tantas vezes deliciosa, desde uma folha em branco até a completude das páginas seguintes, só foi possível porque pude contar com essa corrente humana que se estende infinitamente para muito além de mim mesmo. Agradeço, pois, aos elos que ora me puxaram, ora me apoiaram, mas que nunca se romperam:

Agradeço à minha mãe Solange, meu pai por ofício Caio e meu irmão André, pela compreensão com a minha distância e com o meu silêncio, renúncias necessárias para que eu pudesse finalizar a jornada. Agradeço à minha família, porque me é reduto de calma, fonte de amor e exemplo de coragem.

Agradeço à Natália, minha linda namorada, fiel leitora, perspicaz corretora e, acima de tudo, infalível companheira: – Amo-te com a força do tempo! Agradeço ainda à querida família Dino, que tantas vezes me acolheu nesse seco cerrado; os almoços, as longas horas de conversa, as risadas, os ensinamentos e a cordialidade que deles recebi tornaram meu caminho mais veredas e menos sertão.

Agradeço aos meus amigos, os daqui e os de lá e, com destaque, ao Thiago, meu bom e velho companheiro de morada. Nossos amigos são nossos espelhos, pela qualidade de nossos pares, medimos nossas próprias qualidades, saneamos (ao menos tentamos...) nossos próprios defeitos e imperfeições. Vocês, meus caros, me fazem.

Agradeço à Universidade de Brasília, especialmente aos servidores que trabalham sem a glória da sala de aula para que os professores, supostos protagonistas, possam realizar a mágica da docência. Sem as Helenas, nem vocês, professores, nem eu, aluno, poderíamos realizar qualquer desventura acadêmica.

Agradeço à minha tão querida ENAM. Ana, Elisa e Jaque, vocês foram meu grande apoio. Quando tudo mais desmoronava, vocês seguraram as paredes, suportaram o teto e sedimentaram o chão para que eu pudesse escrever...Afora, tem sido uma honra compartilhar de vossa valorosa e alegre companhia nos dias de sol, pouca chuva e burocracia. Meu mais sincero obrigado!

Agradeço ao professor Menelick. Foram tantos os debates, profundos e ainda assim amenos, regados de café e pão de queijo como manda a boa cordialidade

mineira. O professor Menelick é um farol pela intelectualidade, pela erudição, perspicácia filosófica e, especialmente, por ser isso tudo isso sem deixar de se gentil e simpático camarada. As horas que passamos juntos, professor, e as lembranças que elas criaram serão para sempre caras a mim.

Por fim, mas longe de menos importante, agradeço ao professor Gregório Assagra, com quem tive a honra de compartilhar um precioso tempo. Professor Gregório, poucos nessa vida possuem o seu imenso coração. És para mim o exemplo de humanidade.

*Não há normas.  
Todos os homens são exceções a uma regra que não existe.*

Fernando Pessoa

OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. **Uma travessia no Direito:** A gênese democrática do discurso jurídico e o *Amicus Curiae* como manifestação da transição paradigmática do direito. 233f. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

## RESUMO

Qual a fundamentação necessária e possível do discurso jurídico em sociedades pluralistas como as nossas, onde as variadas formas de bem-viver e os diferentes universos semânticos criados por grupos sociais não podem ser, aprioristicamente, deslegitimados? Se já não mais podemos contar com Verdades absolutas ou com a esperança de descobrirmos qualquer sentido imanente nas coisas do mundo, como poderia o direito, um discurso datado, histórico, sócio e culturalmente localizado, ser válido para toda a sociedade? Atualmente, exige-se do direito uma *gênese democrática*, o que significa dizer que, de alguma maneira, deve ser capaz de construir consensos normativos legítimos o suficiente para aproximar os diferentes horizontes de sentidos que compõem as idiosincrasias dos grupos sociais. Para tanto, o direito e, com especial destaque, os direitos fundamentais de natureza constitucional, necessitam estar em permanente estado de abertura à comunidade de intérpretes que os cria, os atualiza, os nega ou os confirma. Transita-se, portanto, de paradigmas de caráter substancialista, em que o conteúdo do direito era arbitrado, para um *paradigma procedimentalista*, no qual a validade do direito pressupõe a possibilidade de que todos os grupos sociais, inclusive aqueles que foram excluídos ou que se encontram na periferia do sistema sociopolítico, possam participar da construção do sentido e da definição do alcance das normas jurídicas. Contudo, para que essa fundamentação democrática do discurso jurídico se manifeste, são necessários institutos que aproximem as esferas públicas de debate e de diálogo das instâncias centrais de deliberação normativo-jurídica. Em outras palavras, o direito contemporâneo procura uma *legalidade* que possibilite a sua *legitimação democrática*. Neste trabalho, se investiga a transição paradigmática pela qual passa o fenômeno jurídico por meio da reflexão jurídica e filosófica sobre um instituto emblemático: o *amicus curiae*.

**Palavras-chave:** *Amicus curiae*; paradigma procedimentalista do direito; comunidade aberta dos intérpretes da constituição; gênese democrática do direito; consenso normativo.



## ABSTRACT

What are the necessary and possible reasons of the legal discourse in pluralistic societies like ours, where various forms of living well and the different semantic universes created by social groups can not be, *a priori*, delegitimized? If we can no longer rely on absolute truths or hoping to discover any inherent meaning in the things of the world, how could the law, a speech dated, historical, social and culturally located, be valid for the whole society? Currently, it requires a democratic genesis of law, which means that, somehow, must be able to build normative consensus, lawful enough to bring the different horizons of meaning that make up the idiosyncrasies of social groups. Thus, the law, with particular emphasis on the fundamental rights of a constitutional nature, need to be in a state of openness to the community of interpreters that creates, updates, confirms or denies them. Therefore, the law is carried over from substantialist paradigms, in which the contents of the law was arbitrated, to a proceduralist paradigm, in which the validity of law presupposes the possibility that all social groups, including those who have been excluded or are on the periphery of the sociopolitical system, can participate in the construction of meaning and definition of the scope of legal rules. However, for the reasons that democratic legal discourse manifests, institutes are required to approach the public sphere of debate and dialogue of the central bodies of normative- legal determination. In other words, the contemporary law seeks a legality that allows its democratic legitimacy. In this work, we investigate the paradigmatic transition that passes the legal phenomenon through the legal and philosophical reflection on a flagship institute: the *amicus curiae*.

**Keywords:** Amicus curiae; proceduralist paradigm of law; open community of interpreters of the constitution; democratic genesis of law; normative consensus.

## SUMÁRIO

|                                                                                                                                                             |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                                                                                                      | <b>12</b> |
| <b>CAPÍTULO 1 O AMICUS CURIAE E A GÊNESE DEMOCRÁTICA DO DIREITO.....</b>                                                                                    | <b>20</b> |
| 1.1 Da legalidade à legitimidade ou Da validade da facticidade.....                                                                                         | 20        |
| 1.2 A problematização da natureza jurídica do <i>amicus curiae</i> .....                                                                                    | 26        |
| 1.2.1 Análise da adequação do arcabouço normativo do <i>amicus curiae</i> ao postulado democrático do Estado de Direito .....                               | 27        |
| 1.2.2 A diferenciação do <i>amicus curiae</i> em relação ao assistente e ao perito. O estabelecimento do interesse do <i>amicus curiae</i> .....            | 37        |
| 1.3 Definição da natureza jurídica da <i>amicus curiae</i> : instituto processual de matriz constitucional e natureza jurídica de direito fundamental ..... | 40        |
| 1.4 A força democrática do discurso jurídico.....                                                                                                           | 43        |
| <b>CAPÍTULO 2 O DISCURSO E A VERDADE .....</b>                                                                                                              | <b>47</b> |
| 2.1 Das coisas à linguagem .....                                                                                                                            | 47        |
| 2.2 Da linguagem ao conhecimento .....                                                                                                                      | 53        |
| 2.3 Do conhecimento ao consenso .....                                                                                                                       | 59        |
| 2.4 Do consenso à coação; e vice-versa .....                                                                                                                | 66        |
| 2.5 Do consenso do direito .....                                                                                                                            | 76        |
| <b>CAPÍTULO 3 O DIREITO E A VERDADE .....</b>                                                                                                               | <b>85</b> |
| 3.1 A <i>travessia</i> do direito .....                                                                                                                     | 85        |
| 3.2 Da natureza <i>simbólica</i> do direito e do caráter burguês do sistema moderno do direito.....                                                         | 91        |
| 3.2.1 Emancipação e regulação no caminho da modernidade jurídica.....                                                                                       | 91        |
| 3.2.2 O poder simbólico do discurso jurídico hegemônico .....                                                                                               | 96        |
| 3.3 Crítica ao economicismo e à mecânica histórico-teleológica implícitas na análise das funções que o direito moderno cumpriu. ....                        | 103       |
| 3.3.1 O Direito como estratégia estruturante e estruturada. ....                                                                                            | 105       |
| 3.3.2 O direito: um <i>habitus</i> burguês. ....                                                                                                            | 113       |
| 3.3.3 A burguesia é mefistofélica? .....                                                                                                                    | 122       |
| 3.4 Um direito cênico para um mito cínico: A <i>potestas</i> como máscara e violência.....                                                                  | 128       |
| 3.5 Do consenso ao dissenso: a entropia das instituições.....                                                                                               | 134       |
| 3.6 Os tribunais na sociedade contemporânea.....                                                                                                            | 141       |

|                                                                                                                 |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>CAPÍTULO 4 A TRAVESSIA JURÍDICA: RUMA AO PARADIGMA PROCEDIMENTALISTA</b>                                     |            |
| <b>DIREITO.....</b>                                                                                             | <b>159</b> |
| 4.1 A imagem social do direito e os paradigmas do direito formal burguês e do Estado providência .....          | 166        |
| 4.2 O novo paradigma do direito e a problemática constitucional contemporânea.....                              | 176        |
| 4.2.1 A hermenêutica dos direitos fundamentais.....                                                             | 183        |
| 4.2.2 Os intérpretes da constituição e a definição dos habilitados para atuarem como <i>amicus curiae</i> ..... | 197        |
| 4.3 O paradigma procedimentalista do direito e o <i>amicus curiae</i> .....                                     | 209        |
| <b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>                                                                                | <b>221</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>                                                                          | <b>229</b> |

## INTRODUÇÃO

O direito pode ser interpretado como um discurso social prático, que serve ao estabelecimento dos parâmetros de justiça, à correção normativa das condutas e à organização e legitimação da sociedade e do poder político. Em qualquer dessas interpretações complementares e simultâneas, há um elemento compartilhado: seja na caracterização do justo, na punição do desvio ou na defesa do modelo social ou político, o direito necessita ser tido como *verdade*<sup>1</sup>.

Isso porque enquanto discurso, só poderá produzir efeitos na medida em que seja *reconhecido como verdadeiro*. Entretanto, essa necessidade e essa pretensão geraram, historicamente, profundas consequências na filosofia do direito. Contudo, que fique claro desde já: não se trata de um problema exclusivamente teórico. A forma como os juristas e demais profissionais que pelo campo jurídico transitam se enxergam ao mirarem seu auto-reflexo no espelho do mundo da vida é influenciada pela imagem que a teoria jurídica vai construindo sobre ela própria.

As grandes tradições intelectuais do direito moderno, para me ater apenas ao nosso quadrante histórico, pendulam sobre fundamentos ontológicos que, em maior ou menor escala, são metafísicos e reivindicam a condição de universais. Seja o direito natural, seja a lei, seja a constituição contemporânea, procuramos, nós juristas, um auto de fé que possamos professar sem culpa; procuramos a certeza e a segurança de uma instância fundante que seja legítima e justa em si mesma. Se a encontrássemos, poderíamos confiar em nossa conduta e em nosso discernimento, bastaria seguirmos a

---

<sup>1</sup> Ao longo de todo o trabalho, utilizar-me-ei do conceito *verdade* e sua correlação com o discurso jurídico. Em regra, as reflexões práticas e teóricas acerca do direito trabalham com o conceito de *justiça* ao invés do conceito de *verdade*. Aqui, entretanto, defendo que, para algo ser considerado *justo*, necessita também ser *verdadeiro*, ou seja, só é justo aquilo que em determinada comunidade é *reconhecido e acreditado* como justo. Daí a importância que dedico às instâncias sociais de construção das *verdades* que hegemonizam o universo semântico compartilhado socialmente. Como se verá, o direito, ao lado da ciência, é, durante todo o período moderno, o sistema simbólico responsável justamente pela construção de *postulados verdadeiros* que, na prática normativa, transmutam-se em *postulados de justiça*. Assim, *verdade*, neste trabalho, é uma “racionalidade que abrange verdade proposicional, correção normativa, autenticidade e veracidade (ou: sinceridade)” (HABERMAS, 1987, 92). Em verdade, a(s) *verdade(s)*, neste trabalho, como adiante se discutirá, é uma *pretensão* ou, por vezes, um *consenso* que possibilita a fundamentação intersubjetiva dos sentidos que damos ao mundo. Assim dirá Habermas: “Julgamos que são capazes desta racionalidade todos os sujeitos que se orientam pelo entendimento e, com isso, por pretensões de validade universal, no que eles então colocam como fundamento de suas realizações interpretativas um sistema intersubjetivamente válido de mundos, digamos: uma compreensão descentrada de mundo. Este acordo que subjaz como fundamento, que nos liga previamente e no qual cada acordo faticamente visado pode ser criticado, fundamenta a utopia hermenêutica do diálogo universal e ilimitado em um mundo da vida habitado em comum.” (idem).

trilha dada pelo ato originário para que a justiça, essa quimera cega e armada, se realizasse no mundo.

Entretanto, se a justiça é quimera, a história é Belerofonte: ceifa-nos a ilusão dos paraísos idílicos fácil ou automaticamente alcançáveis . Após os tantos desmandos, prejuízos, aniquilamentos, violências, extermínios, exclusões etc. consentidos e propiciados pela modernidade, assentada desde o início sobre os alicerces de uma suposta racionalidade científica e jurídica<sup>2</sup>, não mais podemos nos esconder sob a dádiva da ignorância e seguir ingenuamente professando fé qualquer.

É preciso assumir que as coisas não são nada e por isso podem ser tudo. O fundamento do direito – seja ele qual for – nada nos diz e nada nos assegura se não quando posto em movimento dentro de um contexto de sentidos. O direito não é ente, não é um dado, é um *constructo social*. É um fenômeno social que adquire as feições que a ele dermos, é uma prática que cumprirá as finalidades que a ela dedicarmos. Precisamos compreender como as características por ele assimiladas funcionam no ambiente em que é construído e aplicado. Do contrário, seguiremos naturalizando relações de violência física e simbólica por meio do discurso jurídico, tomando o injusto como se justo fosse.

Atualmente, pode-se observar uma parcela bastante significativa dos teóricos do direito alinhados a essa percepção acerca da dissolução dos “marcos de referência da certeza” (LEFORT, 1991, 52). Advinda das reflexões profundas da hermenêutica filosófica, especialmente em razão daquelas contribuições que passaram à história como *giro linguístico*, essa caracterização do mundo como um espaço vazio de significados intrínsecos e que, justamente por isso, pode assumir os mais variados sentidos, estremeceu as bases de legitimidade e de validade sobre as quais até então a jus-filosofia repousava.

O fato de vivermos em sociedades complexas cuja marca distintiva é o pluralismo – seja este entendido como a diversidade de concepções individuais e projetos pessoais sobre o que seria a vida digna; seja ele entendido como a pluralidade de identidades sociais culturalmente singulares e historicamente construídas – nos desautoriza, enquanto juristas, a estabelecer, a priori, um conjunto de normas genéricas e abstratas que sejam válidas indistintamente para qualquer caso concreto. Resta

---

<sup>2</sup> Para uma melhor compreensão da ciência e do direito como sendo os dois principais sustentáculos da modernidade, vide: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. v.1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

desacreditada a imagem solipsista do juiz que consegue, por meio de processos hermenêuticos lógico-formais, acessar a melhor regra de aplicação de determinada norma jurídica, como se ela ali já estivesse presente, bastando ao julgador descobri-la e adequá-la à realidade.

Especialmente quando estamos no terreno do Direito Constitucional, onde uma série de valores historicamente construídos pela comunidade converteu-se em normas jurídicas nucleares dos sistemas jurídicos contemporâneos e foi sistematizada e positivada na forma de Constituições, a questão da definição do conteúdo concreto dessas normas assume o centro da discussão jurídica. Ora, afinal, se já não há mais verdades absolutas, se já não há mais “marcos de referência da certeza”, como saber qual caminho uma norma jurídica deve tomar para garantir, em sociedades multifacetadas, diversas e complexas como as nossas, a efetiva distribuição da justiça? Essa pergunta tem incomodado as últimas gerações de juristas ou, se não a todos, ao menos àqueles que se enxergam como seres nus diante de um mundo sem sentidos apriorísticos. Por certo que essa pergunta desdobra-se em um sem número de reflexões de caráter tanto teórico, quanto prático. No prefácio do livro *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, da professora Gisele Cittadino, José Eduardo Faria antecipa parte dessas reflexões ou, melhor dizendo, antecipa parte dessa problemática que é a teoria constitucional, entre nós, não ter realizado, suficientemente, essas reflexões sobre o ideal de justiça possível numa comunidade plural regida pelo signo de uma Constituição pós-convencional:

Se na Europa e nos Estados Unidos filósofos políticos, filósofos do direito e constitucionalistas têm conseguido estabelecer uma profícua discussão sobre a estrutura normativa mais adequada ao ideal de uma sociedade justa no mundo contemporâneo, entre nós esse diálogo interdisciplinar ainda continua incipiente. Presa ora a um jusnaturalismo de cartilha e cursilho, ora a um normativismo de almanaque, a filosofia do direito vive em terreno pantanoso e, ao menos nos cursos jurídicos, dele parece não ter condições de sair tão cedo. Não por acaso as contribuições mais significativas nesse campo têm, ultimamente, vindo dos cursos de Sociologia, Ciência Política e Filosofia. Até certo ponto, o Direito Constitucional também enfrenta o mesmo problema, pecando, quando circunscrito aos cursos jurídicos, pelo apego a abordagens excessivamente descritivas, no plano metodológico, pela falta de criatividade e adensamento no plano teórico, pelo atrelamento a concepções rigidamente normativistas no plano técnico-aplicado e por continuar fortemente influenciado por uma cultura jurídica de influência privatista, no plano ideológico. (FARIA *in* CITTADINO, 2013, xx)

São justamente algumas dessas questões que animam as discussões promovidas neste trabalho e que serviram de fio condutor para a proposição dos prolegômenos necessários à percepção do direito como, ao mesmo tempo, um *constructo* e um dever que depende de estruturas, mecanismos e institutos porosos e permissivos o suficiente para possibilitar a participação democrática dos grupos sociais e dos cidadãos, tanto como método de interpretação, quanto como lastro de segurança para a aplicação das normas jurídicas.

Em linhas gerais, as principais questões teóricas que perpassam este trabalho dizem respeito ao método de interpretação de normas jurídicas que cada vez mais se assemelham à estrutura de uma sociedade pós-convencional. Ou seja, já não mais nos basta a lógica binária de interpretação de regras cujo conteúdo normativo goze de certeza semântico-exegética e que apenas comporta as opções de aplica/não se aplica. Na sociedade pós-convencional – e no respectivo direito que dela emerge – a pluralidade de atores individuais e coletivos que sustentam dinâmicas e projetos de bem viver singulares – sem que possamos, contudo, excluir ou negar, a priori, validade a qualquer um deles – exige uma reflexão hermenêutica profunda que matize as variadas possibilidades de sentido de determinada norma jurídica a partir de um quadro de pré-compreensões do intérprete e dos pré-conceitos socialmente vigentes, de um contexto histórico e cultural objetivo, dos limites e das possibilidades interpretativas do próprio texto legal e, principalmente, da interpenetração de todas essas variáveis, de tal forma que intérprete, texto e contexto fundam-se na solução normativa adequada em atenção ao desafio de se concretizar o ideal de justiça eleito difusamente por aquela comunidade.

Aqui, a própria figura do *intérprete* incorpora-se à figura do *aplicador*, uma vez que da perspectiva dessa nova hermenêutica, aplicar e interpretar a norma são atos necessariamente sobrepostos e complementares. Ainda, a qualidade da legitimidade do direito também se altera: não há mais fundamento metafísico de qualquer ordem transcendente ao mundo para sustentar alguma validade em abstrato das normas jurídicas, o que coloca aos juristas um novo desafio de justificação dos mandamentos jurídicos e, especialmente, das consequências resultantes de suas decisões. Por fim, parece que o discurso jurídico, por si só, tornou-se insuficiente para dar conta da imensa complexidade que é completar os sentidos das normas jurídicas, necessitando do auxílio inter e transdisciplinar da filosofia, da política, da sociologia etc. Da mesma forma, o direito renova o interesse que exerce sobre essas disciplinas, uma vez que os consensos

normativos que incidem sobre toda a sociedade também possuem reflexos filosóficos, políticos e sociológicos.

Essas reflexões teóricas produzem imperiosas consequências práticas. Em primeiro lugar, se já não mais podemos contar com um conteúdo pré-definido, as normas jurídicas passam a ser construídas e reconstruídas a cada nova vez em que são aplicadas. Surge assim o problema da flexibilização dos sentidos, da incerteza dos resultados e o perigo do uso abusivo dessas normas. Por sua vez, a fusão teórica entre intérprete e aplicador e a percepção de que, numa sociedade complexa, todos os afetados por uma regra ou norma estão, de certa forma, legitimados e também incumbidos da tarefa de definir o alcance de sentido dela, resulta no questionamento social acerca dos limites de um direito e de uma jurisdição que tem como protagonista a figura do juiz singular como detentor quase exclusivo do poder discursivo de, na hipótese de um conflito, *dizer o direito*. A pressão social rompe as margens do círculo de intérpretes: este já não mais pode se restringir aos formalmente legitimados para proferir decisões como se profetas fossem.

Agora, toda a sociedade demanda por esferas públicas e instâncias institucionais por onde as suas reivindicações e as suas posições argumentativas, necessidades materiais e valores culturais possam ser protocolados e considerados como contribuições substantivas ao momento de definição do sentido e do alcance da norma jurídica. Exige-se diálogo, exige-se espaço e possibilidade de fala. A democracia e seus mecanismos de representação e participação, antes restritos à dimensão política, invadem a prática e a teoria do direito. É o tempo do que Peter Häberle vai chamar de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, uma sociedade em que todos os grupos sociais e todos os cidadãos estão, potencialmente, em condições de renovar, atualizar e complementar o sentido e o significado das normas jurídicas. Contudo, por ser potência, para que essa capacidade se manifeste concretamente, fazem-se necessárias tanto uma nova racionalidade jurídica – aqui traduzida no paradigma procedimental do direito, proposto por Habermas – quanto institutos por onde essa potencialidade hermenêutica possa fluir.

Neste trabalho, defendo que o *amicus curiae* é um desses institutos capazes de abrir as portas da interpretação normativo-jurídica à sociedade para que esta possa apresentar os seus pontos de vida, os seus horizontes de sentido e, assim, alinhar o alcance das normas jurídicas com suas necessidades e seus interesses. Em linhas gerais, meu objetivo central foi investigar o instituto do *amicus curiae* como manifestação da



transição paradigmática do direito no sentido de um direito procedimentalista, cuja legitimação em sociedades complexas pressupõe uma gênese democrática.

Assim, no primeiro capítulo, focalizo os aspectos legais do instituto a partir da percepção da necessidade de legitimação democrática do discurso jurídico. Para tanto, analiso a força e a potência do *amicus curiae* como canal de participação social na construção dos consensos normativos que orientam a prática e a teoria do direito. Ainda, investigo a natureza jurídica do *amicus curiae* e, divergindo de grande parte da doutrina pátria para quem o instituto tem natureza jurídica de direito processual, defendo ser ele um direito fundamental que decorre do princípio democrático, sustentáculo maior dos atuais Estados de Direito. Também diferencio o *amicus curiae* de outras modalidades de intervenção de terceiros que comumente são confundidas com o instituto, em especial, do assistente e do perito judicial. Por fim, avalio o arcabouço legal vigente que disciplina o amigo da corte e procuro demonstrar quais normas possuem, presente ou potencialmente, a capacidade de funcionarem como canais por onde a legitimidade democrática do direito pode ser construída, ou seja, procuro, entre os dispositivos legais que tratam do *amicus curiae* no ordenamento jurídico pátrio, quais são aqueles que configuram uma verdadeira *legalidade da legitimidade*.

No primeiro capítulo, apoio-me na noção, colhida do filósofo argentino Enrique Dussel, de que o direito ocupa o momento central no “sistema de legitimidade da política” (DUSSEL, 2007: 68) e na perspectiva foucaultiana de ser uma das principais instâncias sociais de produção de verdades, para dizer que o discurso jurídico goza do privilégio de normatizar a vida e de construir poderosos sentidos que tanto podem favorecer a alteridade e o reconhecimento pluralístico do outro, quanto negá-los em favor da exclusão. Por meio de seus mecanismos linguísticos e discursivos – que como explicarei nada têm de metafísicos ou imateriais – o direito pode tanto manter nossos preconceitos silentes e ativos – e assim perpetuar a reprodução dos seus efeitos, sejam eles desejáveis ou nefastos, sem que disso nos ocupemos –, como trazê-los ao plano da linguagem para que nos obriguemos de sobre eles refletir – tanto para (re)afirmar como consenso o que consideremos valioso, como para refutar aquilo que passamos a identificar como privilégio indevido e causa de dor, exclusão e sofrimento.

Para tanto, é preciso refazer o caminho hermenêutico que os entes vazios de sentido fazem até que possam ser tidos como seres plenos de significados. É preciso desconstruir a noção do conhecimento como representação de uma Verdade – estanque e imutável - e reconstruí-lo nas precárias bases de uma verdade que se reconhecem

como constructo histórico. Em atenção às advertências de José Eduardo Faria, procuro expandir o debate para além do que usualmente se encontra em trabalhos jurídicos e faço uso tanto da filosofia, quanto da literatura, na tentativa de promover aquele adensamento teórico solicitado pelo professor. Início o trajeto usando a poesia “O guardador de rebanhos”, de Alberto Caeiro, como indutor emblemático da discussão levada a efeito no primeiro capítulo acerca do giro linguístico que abalou a filosofia a retomar as reflexões de Gadamer e Habermas, para tematizar o risco da ascensão dos preconceitos em consensos e chamar a atenção dos juristas que, se procedimentos comunicativos de participação pública no debate acerca do que se toma como *verdadeiramente justo* não forem incorporados na prática jurídica, o direito não poderá esperar ser muito mais do que um conhecimento de baixa consciência sobre si mesmo e, portanto, potencialmente irresponsável e culpável pelos efeitos negativos que gerar.

No terceiro capítulo, permaneço com a tentativa de interdisciplinarizar as análises acerca do fenômeno jurídico e de aprofundá-las com elementos nem sempre considerados. Agora muito mais perto da sociologia do que da filosofia, resgato a profícua discussão sobre o caráter burguês do direito moderno e sobre as funções que o fenômeno jurídico cumpriu ao longo da Modernidade. Seja no seu momento inicial, enquanto discurso acionado para desacreditar e deslegitimar a ordem social do antigo regime em favor da burguesia nascente, seja no seu momento de maturidade, quando então é convertido de um discurso contra o *status quo* para um discurso pela manutenção da organização social conquistada, o direito pôde ser apropriado enquanto verdadeiro instrumento de poder que é, nas palavras de Pierre Bourdieu, *estruturante e estruturado*, ou seja, enquanto um discurso que estrutura – e ao mesmo tempo é estruturado pela – a ordem social. Neste capítulo, utilizo a metáfora da *travessia*, proposta por Guimarães Rosa no seu antológico *Grande Sertão: veredas*, para caracterizar esse caráter ambíguo do direito, que tanto pode ser regulação, como também se prestar a emancipação. Por fim, introduzo a discussão sobre os elementos e as características ideológicas de um direito que possui raça, cor, credo, sexo e, especialmente, classe social. Em atenção às advertências de José Eduardo Farias, é com base na análise das funções cumpridas pelo discurso ao longo da modernidade que se torna mais fácil a tarefa de compreender o porquê da cultura jurídica estar, ainda hoje e mesmo no que diz respeito ao direito constitucional, profundamente atrelada à lógica privatista.

No capítulo quarto, exponho as linhas gerais do paradigma que, entendo, é o mais adequado para lidar com toda essa complexidade plural da sociedade e a sua interconexão com a teoria constitucional contemporânea. Tal qual proposto por Habermas, o *paradigma procedimental do direito* parte da premissa que as esferas públicas de debate precisam estar fortalecidas e abertas para que os cidadãos e os grupos sociais possam atuar como verdadeiros intérpretes das normas jurídicas e propositores dos consensos que guiarão a expectativa normativa por justiça compartilhada pela comunidade. Ou seja, o paradigma proposto por Habermas e que, sem sombra de dúvidas, é muito mais normativo do que descritivo, pretende expandir as instâncias sociais e os espaços institucionais onde as normas jurídicas são completadas de sentido por meio da participação dos destinatários dessas mesmas normas. Pautado pela racionalidade comunicativa, esse paradigma emergente cuida para que projetos de bem viver alternativos àqueles hegemônicos possam também ser considerados quando da definição da justiça social; ao contrário da visão predecessora do direito que, por meio da imposição de consensos construídos por grupos e classes sociais hegemônicas acabou por silenciar, quanto não destruir, um sem número de realidades alternativas. Aqui, renasce com força a questão da legitimidade e da efetividade do direito: para ser efetivo, há que ser legítimo; para ser legítimo, há de ser participativo.

## CAPÍTULO 1 O *AMICUS CURIAE* E A GÊNESE DEMOCRÁTICA DO DIREITO

### 1.1 Da legalidade à legitimidade ou Da validade da facticidade

Dizer que vivemos sob a égide de um Estado *Democrático* de Direito, tal qual o faz a Constituição Federal brasileira logo no *caput* do seu primeiro artigo, é, basicamente, dizer que a todas e a todos os cidadãos é permitida a participação na vida política do país, de tal forma que possamos tomar parte – seja diretamente, seja por meio dos instrumentos de representação – nas principais decisões acerca dos rumos da nação. O fundamento constitucional dessa participação social nas instâncias públicas e estatais de decisão está no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao estabelecer: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Ainda, a CF estabelece diversas formas de participação direta da cidadania. Apenas para citar alguns exemplos, o parágrafo 3º do artigo 37 diz que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta; o artigo 198, inciso III, estabelece a participação da comunidade como diretriz das ações e serviços públicos de saúde; o art. 204, inciso II, determina que a população, por meio de organizações representativas, deverá participar na formulação das políticas e no controle das ações governamentais na área de assistência social; e o art. 216-A, parágrafo primeiro, inciso X, prescreve a democratização dos processos decisórios com participação e controle social como princípio do Sistema Nacional de Cultura.

Ora, visto por este ângulo, imediatamente salta aos olhos e à sensibilidade racional a distância que, no mundo da vida dos sujeitos reais postos em relações bastante concretas de jogos de poder, disputas políticas, exclusões econômicas, sociais, culturais etc., existe entre a teoria do Estado Democrático de Direito e a prática dos principais órgãos públicos e núcleos centrais de tomada de decisão.

As várias promessas da modernidade por liberdade, igualdade, solidariedade, paz, desenvolvimento e emancipação, sintetizadas em importantes documentos normativos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e a posterior Constituição

dos Estados Unidos da América, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e tantos outros tratados e pactos internacionais, regionais e nacionais, e que têm na democracia, supostamente, a forma de governo mais adequada para florescerem, estão em absoluto colapso:

[...] No que respeita à promessa da igualdade os países capitalistas avançados com 21% da população mundial controlam 78% da produção mundial de bens e serviços e consomem 75% de toda a energia produzida. Os trabalhadores do Terceiro Mundo do sector têxtil ou da eletrônica ganham 20 vezes menos que os trabalhadores da Europa e da América do Norte na realização das mesmas tarefas e com a mesma produtividade. Desde que a crise da dívida rebentou no início da década de 80, os países devedores do Terceiro Mundo têm vindo a contribuir em termos líquidos para a riqueza dos países desenvolvidos pagando a estes em média por ano mais 30 bilhões de dólares do que o receberam em novo empréstimos. No mesmo período a alimentação disponível nos países do Terceiro Mundo foi reduzida em cerca de 30%. No entanto só na área de produção de soja no Brasil daria para alimentar 40 milhões de pessoas se nela fossem cultivados milho e feijão. Mais pessoas morrem de fome no nosso século que em qualquer dos séculos precedentes. [...]. No que respeita à promessa de liberdade [...] quinze milhões de crianças trabalham em regime de cativo na Índia [...]. No que respeita à promessa da paz perpétua que Kant tão eloquentemente formulou, enquanto no século XVIII morreram 4,4 milhões de pessoas em 68 guerras, no nosso século morreram 99 milhões de pessoas em 237 guerras. Entre o século XVIII e o século XX a população mundial aumentou 3,6 vezes, enquanto os mortos na guerra aumentaram 22,4 vezes.[...]. (SANTOS, 2007, 23-24)

Recentemente, circulou pela imprensa mundial a ultrajante notícia de que o patrimônio das oitenta e cinco pessoas mais ricas do mundo equivale às posses de metade da população mundial, segundo relatório da ONG britânica OXFAM.<sup>3</sup> A estupefação é tamanha, a profundidade do abismo social é tão abissal, que uma paralisia acomete a razão, abala o moral e esvazia o espírito. Entretanto, se como nos disse Marx, nascemos sob circunstâncias históricas que não escolhemos, existimos inseridos no contexto que nos foi legado pela tradição, pelo passado, pelas gerações mortas, duas alternativas nos são dadas: quedar-nos indolentes e imóveis, alienar-nos nos refúgios fetichistas do mundo (pós) moderno; ou lutar. Lutar contra todas as formas de opressão, lutar contra cada centímetro de micro-poder ilegítimo, lutar contra macro-sistemas, contra Estados e instituições, lutar contra governos autocráticos e contra hiper-corporações; lutar em cada arena cotidiana, lutar para que em cada pedaço de sentido do

---

<sup>3</sup> Disponível em:

[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/01/140120\\_riqueza\\_relatorio\\_oxfam\\_fn.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/01/140120_riqueza_relatorio_oxfam_fn.shtml). Acesso em 11/02/14.

mundo da vida floresça o entendimento, a concordância, o diálogo emancipado ao invés da coerção e da exclusão.

Ora, uma tarefa assim tão colossal não pode ser realizada por apenas uma pessoa ou um grupo; tampouco será bem-sucedida se não nos dispormos a executá-la em todos os campos e por todos os meios nos quais a opressão se manifeste, sejam eles materiais ou *simbólicos*. Enfrentamos violências físicas, violências econômicas, violências sociais, violências políticas, mas também somos oprimidos por violências culturais, violências linguísticas, violências discursivas. A *violência simbólica* dos *discursos*, apesar de parecer para alguns bem pouca coisa, como dirá Foucault adiante, é responsável pela sedimentação de consensos autoritários que são usados como categorias de pré-compreensão e, portanto, transmitidos de geração em geração com *status* de *verdades*, reproduzindo-se assim a coerção que neles habita. Para enfrenta-la, necessitamos, pois, de táticas e de estratégias também simbólicas e discursivas, afinal, como diria Paulo Leminski: “Em la lucha de classes/ todas las armas son buenas/ piedras, noches, poemas”.

Assim é que, em certo sentido, a democracia, ou seja, o governo do povo, com o povo e para o povo, é, entre nós, sociedades ocidentais, complexas, capitalistas e organizadas em Estados de Direito, muito mais uma utopia do que uma constatação empírica, uma manifestação *simbólica*, um discurso que invocamos como estratégia discursiva. Mas, como se verá no desenvolvimento desta dissertação, encarar a democracia a partir de sua perspectiva discursiva não é necessariamente reduzi-la. Porque discursos não apenas repousam inertes ou reverberam levemente pelo ar. Discursos estão vivos, discursos são acionados no contexto da linguagem e, por sua própria força, são capazes de produzir efeitos concretos. Como veremos, habitamos um mundo da vida construído a partir de discursos que criamos pela fusão dos horizontes semânticos que, enquanto sujeitos hermenêuticos, orientam nossas práticas e a compreensão que temos do mundo.

Da perspectiva da filosofia política, a democracia é um “postulado político”, ou seja, “um enunciado logicamente pensável (possível), porém impossível *empiricamente*, que serve de *orientação* para a ação” (DUSSEL, 2007, 135). Assim é que o postulado democrático deve – ou ao menos deveria – ser capaz de conduzir nossas práticas e nossas reflexões. Os que nele se orientam necessitam avaliar, o tempo inteiro,

como as ações, como as instituições, como as instâncias públicas de debate e de deliberação, como os *locus* sociais de sedimentação da opinião, da vontade e dos consensos, podem atender ao imperativo democrático; seja para resignificar o que já existe, seja para *imaginar* novos arranjos institucionais.

Neste trabalho, elejo um campo específico de luta. Como jurista, debato o *discurso do direito* e, especificamente, destaco um instituto, o *amicus curiae*, que a primeira vista pode parecer prosaico, quem sabe até banal. Contudo, a partir dele, promovo duplo exercício: esquadrinho tanto as características já nele presentes que servem à *práxis* democrática, como procuro imaginá-lo para além do que pode ser atualmente constatável, abrindo assim o caminho para possibilidades práticas mais à frente do seu uso vigente.

Não se trata de uma mera elucubração diletante, excêntrica ou especulativa, ainda que não se negue o caráter elogioso deste exercício intelectual ao instituto estudado. Mas, mais do que um ato de contemplação, pretendo, a partir das discussões que promoverei, caracterizar a extensão estratégica que o instituto possui ou que pode vir a possuir, se olhado desde o panorama democrático. Afinal, atualmente, do direito é exigida uma *gênese democrática*, ou seja, requer-se que, para serem válidas, suas opções normativas estejam bem fundamentadas por meio da participação de grupos sociais – especialmente dos grupos sociais que mais sofrem os efeitos da exclusão e da opressão – que têm de apresentarem, de forma efetiva, suas perspectivas existenciais, seus valores, seus anseios, suas necessidades e interesses etc. – ou, em uma única palavra, como se verá adiante, seus *pré-conceitos* – como forma de legitimação daquela normatividade. Esse imperativo democrático de ter o direito sua normatividade fundamentada legitimamente através da participação construtiva dos cidadãos, Habermas identifica como sendo uma *tensão interna* entre *facticidade* e *validade* do discurso jurídico. *Facticidade* porque o direito, quer se queira, quer não, existe enquanto sistema normativo que possui sua materialização na forma de leis que podem ser coercitivamente exigidas por instituições especializadas; *validade* porque almeja, ininterruptamente, ser socialmente legítimo, reconhecido e aceito.

Ora, mas se o direito fático necessita ser válido, como garanti-lo em sociedade complexas, nas quais o fim das grandes meta-narrativas e das fundamentações metafísicas e absolutas – ou, como trabalharei, uma sociedade na qual a

Verdade, enquanto categoria universal e divinizada, está desacreditada – e a pluralidade de formas de bem-viver, todas elas igualmente legítimas, impedem que tenhamos, a priori, uma definição do que exatamente consiste essa *validade* para os vários seguimentos sociais? De certo, não será a estipulação autoritária ou a designação arbitrária de determinada forma de ver o mundo que atenderá àquela necessidade de validação democrática e pluralista do discurso jurídico.

Apenas um direito atento muito mais aos *procedimentos* de definição dos sentidos e do alcance de suas normas, do que propriamente ao conteúdo previamente estabelecido delas, pode responder de maneira adequada à indagação apresentada. As sucessivas formas jurídicas assumidas pelo direito, historicamente, ao longo da modernidade – os seus *paradigmas*, como conceituará Habermas – ensinaram-nos que um discurso jurídico que antecipa um ideal social será sempre autoritário, porque ao defender determinado projeto, ao defender determinada verdade e forma de ver o mundo, o direito estará inevitavelmente incorrendo na exclusão e na opressão daqueles grupos que não coadunam ou que não se inserem no ideal social definido.

Ao contrário, um direito *procedimentalista* não favorece uma ideia específica de sociedade, tampouco define qual seria o caminho para atingi-la. O direito *procedimentalista* tem como pressuposto a sua construção através de processos políticos deliberativos e a prática da autodeterminação cidadã. O que caracteriza o direito *procedimentalista* é exatamente o zelo em garantir as condições necessárias para que os membros de dada sociedade possam se constituir enquanto uma *comunidade jurídica*, atuando como intérpretes e como efetivadores das determinações legais e, em especial, dos direitos fundamentais positivados nas Constituições.

Neste sentido, proponho que, ao mesmo tempo em que se avalia a prática do direito desde a tensão entre *facticidade* e *validade*, precisamos tê-lo estudado também a partir da correspondente tensão entre *validade* e *facticidade*, ou seja, para que o direito possa ser legítimo, necessita de toda uma normatividade, transmutada nas formas institucionais da *legalidade* (códigos, leis, decretos etc.), que possibilite àquela legitimidade se manifestar. Dito de maneira mais precisa, o direito necessita de procedimentos, ritos, institutos etc., ou seja, de *caminhos institucionais*, devidamente estabelecidos nas formas legais que regem a prática jurisdicional, que possibilitem a participação da comunidade no desenvolvimento da normatividade jurídica.



Ademais, hodiernamente, avança por sobre a prática e a teoria do direito a percepção de que as normas processuais são normas cuja natureza jurídica remonta ao direito público. Após a percepção da *instrumentalidade do processo*<sup>4</sup>, não se é mais escusável aos juristas tomarem as normas do direito processual como normas meramente complementares ao direito material. Nas organizações estatais regidas pelo signo do postulado democrático, o direito processual possui um claro “escopo político”, na medida em que possibilitam a participação do indivíduo, ou de grupos sociais, na vida política do país, transformando-se assim em “mais um canal de desenvolvimento da democracia participativa, instrumento também de ação política” (CABRAL, 2004, 11). A partir de então, o processo judicial passa a ser um *instrumento político de participação*, porque, ressalta José Joaquim Calmon de Passo, “a democratização da sociedade fá-lo-á [o processo judicial] instrumento de atuação política” que não se presta mais apenas à tutela dos interesses individuais ou coletivos contra a intervenção ilegítima do Estado, mas também lhe é atribuído “o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade.” (CALMON DE PASSO, 1988, 95)

Como assevera o jurista Antônio do Passo Cabral, o direito de influenciar a formação de normas jurídicas por meio da participação ativa nos procedimentos estatais de deliberação é um *espectro* do direito fundamental dos cidadãos, aquilo que a doutrina chama de *status activae civitatis*. (CABRAL, 2004, 10). Ressalta ainda o autor que a participação democrática não se limita aos procedimentos típicos da democracia representativa ou participativa que ocorrem no âmbito do Poder Legislativo ou do Executivo, mas se espraia pelo Poder Judiciário e por quaisquer outras instâncias por onde flua o poder político:

De fato, a participação democrática não existe somente no âmbito legislativo, por meio da iniciativa popular de Cortes, plebiscitos, referendo e do direito de votar e ser votado. Qualquer meio de pressionar, influenciar e reivindicar as decisões estatais deve ser fomentado como forma legítima de participação (seja em abstrato, seja em concreto pelos Poderes Executivo e Judiciário). Na ação popular, o cidadão atua fiscalizando e controlando a moralidade pública, os atos lesivos ao patrimônio público, meio ambiente e outros. Também os mecanismos de ações coletivas, que podem ser manejadas por associações, encorajam, pelo Judiciário, a denúncia e reivindicação da melhoria dos serviços públicos e a proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural.

---

<sup>4</sup> Vide: GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

Em suma, fornece o processo instrumentos para que a sociedade civil contribua para a definição dos rumos políticos da nação, “institucionalizando-os”. (CABRAL, 2004, 10)

O *amicus curiae* é um exemplo da *legalidade da legitimidade* ou, em outros termos, da *legitimidade pela legalidade*. Como se verá, o instituto abre as portas das instâncias de definição do conteúdo das normas jurídicas à participação democrática e, ainda, possui características que indicam que as suas potencialidades democráticas apenas começaram a ser exploradas e utilizadas. Irei aprofundar essas questões com folego filosófico no desenvolver do trabalho. Por ora, para iluminar as características e as potencialidades do *amicus curiae* enquanto instituto fiel aos princípios do paradigma do direito *procedimentalista* e representante empírico da tensão entre *validade* e *facticidade*, discorrerei sobre o panorama dogmático-normativo que o sustenta. Contudo, antes de iniciar, é preciso alertar: não pretendo aqui esgotar o estatuto jurídico-normativo do *amicus curiae*. Já existem no Brasil obras autorizadas que o fizeram, parte delas citadas ao longo do trabalho. O que desejo é colaborar com o aprofundamento da visão que temos acerca do instituto e facilitar o processo de imaginação institucional que pode expandir os usos e concretizar as potencialidades que o amigo da corte possui enquanto *procedimento democrático de participação social*.

## 1.2 A problematização da natureza jurídica do *amicus curiae*

A natureza jurídica do instituto *amicus curiae* é um pouco controvertida. Entre os autores nacionais que se dedicaram ao estudo do tema, podemos encontrar classificações variáveis, tais como tratar-se de hipótese de intervenção de terceiros, intervenção atípica de terceiros, terceiro especial, assistência ou auxiliar da justiça. (MATTOS, 2001, 168). Não sem razão, em uma das doutrinas mais referenciadas sobre o tema, Cássio Scarpinella Bueno vai dizer que o *amicus curiae* é um “terceiro enigmático”.<sup>5</sup> Damares Medina, por exemplo, numa obra emblemática sobre o instituto, da seguinte forma conceitua o *amicus curiae*:

---

<sup>5</sup> Vide: BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

O *amicus curiae* é um terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à Corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada. (MEDINA, 2008, 12)

Da citação em epígrafe, é possível colher alguns elementos. Em primeiro lugar, percebe-se a concordância da autora com a tese de ser o *amicus curiae* um instituto cuja matriz está relacionada com o princípio democrático que se irradia por toda a normatividade do Estado Democrático de Direito. Em segundo lugar, Medina atesta tratar-se de uma *intervenção de terceiros*, contudo, sem especificar exatamente qual seria a modalidade.

A discussão é importante porque há no ordenamento jurídico brasileiro diversas normas que tratam da *intervenção de terceiros*, portanto, a definição da natureza jurídica do *amicus curiae* auxilia no momento de estabelecimento do arcabouço normativo que o sustentará no caso concreto. O Código de Processo Civil, por exemplo, estabelece no capítulo que trata da *intervenção de terceiros*, artigos 50 a 80, as regras de algumas modalidades típicas, como a denúncia da lide, chamamento ao processo etc., mas em todas elas está devidamente configurada a hipótese de aplicação, não se confundindo com o instituto em análise. Existem outras modalidades de intervenção mais próximas do *amicus curiae*, tal qual o assistente e o perito, resta saber o que exatamente as diferencia, tarefa que executarei adiante.

### 1.2.1 Análise da adequação do arcabouço normativo do *amicus curiae* ao postulado democrático do Estado de Direito

No tange à tipificação do instituto, há algumas leis que a doutrina considera tratarem especificamente sobre ele. Entretanto, o fazem de maneira distinta e controversa. Segundo os professores Eduardo Cambi e Kleber Ricardo Damasceno, podemos distinguir ao menos, três espécies de intervenções relacionadas com o *amicus curiae*:

(a) A participação do *amicus curiae* por provocação do juízo, conforme dispositivos das Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999; (b) as hipóteses em que o *amicus* atua em decorrência de seu poder de política, como ocorrem nas intervenções da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); (c) as hipóteses nas quais a legislação permite a intervenção voluntária do amigo da corte, em decorrência de um direito próprio à manifestação, como aquelas voltadas ao controle de constitucionalidade, a uniformização da jurisprudência ou sobre questão de repercussão geral. (CAMBI, DAMASCENO, 2011, 13-45)

Irei trabalhar cada uma dessas espécies, mas com uma metodologia própria. A previsão de *amicus curiae* que é buscada neste trabalho é aquela que possibilite a *legalidade da legitimidade*, ou seja, um dispositivo legal que possibilite a participação ativa e democrática dos atores sociais na interpretação das normas e na construção das soluções e dos consensos jurídicos. Avaliarei cada uma das legislações majoritariamente apontadas pela doutrina brasileira para identificar quais delas correspondem à previsão de um instituto que garanta ao direito sua *gênese democrática*.

Seguindo a classificação proposta pelos autores citados, as hipóteses de intervenção do *amicus curiae* presentes há mais tempo dizem respeito àquelas relacionadas com o poder de política. De fato, a doutrina brasileira costuma citar como sendo a primeira legislação brasileira a prever o *amicus curiae* a Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários - CVM. Diz o artigo 31 do referido diploma:

Art. 31 - Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

Percebe-se como, em que pesa as considerações majoritárias da doutrina, não se trata, no dispositivo indicado, propriamente de uma previsão de *amicus curiae* que satisfaça ao postulado democrático que se exige do discurso jurídico hodierno. A lei apenas determina que Comissão de Valores Mobiliários deverá ser notificada acerca dos processos em que se discuta matérias afetas à sua competência; não abre, contudo, qualquer possibilidade de intervenção de outros terceiros que, por ventura, possam

colaborar com novos elementos para a construção da melhor interpretação e aplicação do direito no caso concreto. Parece-me, pois, que nesta hipótese de intervenção de um terceiro atípico não estamos diante da previsão de uma modalidade de *amicus curiae* de matriz democrática e cidadã que possibilite a participação social na formação do convencimento do juízo, mas sim de uma previsão legal garante a uma autarquia, vinculada ao Ministério da Fazenda, ser comunicada e atuar nos processos que sejam de seu interesse.

Ainda na espécie de intervenção de terceiros relacionada ao poder de polícia, temos a antiga Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, revogada pela Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que, conforme aludido no artigo primeiro, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Dentre as instâncias regulamentadas pela Lei em questão, está o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça que tem por missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência, por meio de ações preventivas, repressivas e pedagógicas (fonte: <http://www.cade.gov.br/>, acesso em 26.02.2014). Nessa Lei, temos duas previsões de intervenção de terceiros. A primeira delas que merece considerações está no artigo 50, incisos I e II:

Art. 50. A Superintendência-Geral ou o Conselheiro-Relator poderá admitir a intervenção no processo administrativo de:  
I - terceiros titulares de direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;  
II - legitimados à propositura de ação civil pública pelos incisos III e IV do art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Aqui temos uma previsão interessante. Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o parágrafo único do artigo primeiro da Lei n. 12.529/11 diz: “A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”. Percebe-se como, desde o início, estamos diante de uma legislação que tratará de interesses públicos e coletivos. A previsão do artigo 50, inciso I, não inova em relação à previsão da CVM, estudada previamente. Mais uma vez, trata-se de hipótese na qual pode intervir no

processo alguém com interesse jurídico diretamente relacionado ao caso concreto. Contudo, o inciso II, quando faz referência ao inciso IV do art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – popularmente conhecida como Código do Consumidor – abre caminho para que as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos dos consumidores possam participar do processo administrativo na condição de terceiros intervenientes.

Ora, não se trata ainda daquela previsão geral que busco de uma disciplina legal que corresponda aos anseios por um direito de matriz democrática na qual os cidadãos e os grupos sociais possam participar diretamente da definição do conteúdo das normas jurídicas, porque está restrita às associações de defesa do consumidor, mas já temos um início de abertura processual da interpretação das normas e composição das soluções jurídicas à comunidade.

O segundo dispositivo da Lei n. 12.529/11 que muitas vezes é indicado pela doutrina brasileira como hipótese de intervenção de *amicus curiae* é o artigo 118, consubstanciado na seguinte redação: “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.” Aqui não restam dúvidas. A sistemática é a mesma do art. 31 da Lei n. 6.385/76 e todas as críticas acima tecidas sobre este dispositivo legal aqui repercutem. Ademais, a redação a própria redação do art. 118 diz que o Cade deverá intervir no feito na qualidade de *assistente*, reforçando, assim, meus argumentos previamente expostos.

Outra modalidade de intervenção de terceiros que algumas vezes é citada pela doutrina como hipótese de *amicus curiae* é a contida no art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, justamente a lei que dispõem, entre outras coisas, sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da administração indireta. Diz o aludido dispositivo:

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou réus, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para

esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Não me restam dúvidas de que, a priori, não se trata de uma previsão normativa que possibilite a participação democrática e cidadã em juízo, uma vez que diz respeito apenas à intervenção realizada por pessoas jurídicas de direito público. Entretanto, ainda assim a previsão interessa por dois motivos: em primeiro lugar, os legitimados para intervirem são pessoas jurídicas de direito público que podem, a depender do caso concreto, serem portadoras legítimas de demandas sociais; se assim o for, estamos diante de um caso que pode ser *potencialmente* explorado enquanto manifestação daquela *legalidade da legitimidade*, tal qual tenho defendido. Em segundo lugar, aqui há uma previsão importante, que será discutida com mais propriedade adiante, acerca da necessidade ou não do *amicus curiae* possuir interesse jurídico no processo em que for atuar. O comando legal sob análise libera o interventor da precisão de possuir *interesse jurídico* na demanda, bem como qualquer interesse direto de outra natureza, sendo-lhe suficiente o *interesse econômico indireto*. Novamente, trata-se de uma previsão normativa que sustenta uma *potencialidade*, no caso, uma *potencialidade doutrinária e argumentativa*, que pode ser utilizada para levar o instituto do *amicus curiae* para além de sua prática vigente.

Retomando a classificação proposta pelos professores Cambi e Damasceno, trabalharei conjuntamente a espécie de participação do *amicus curiae* por provocação do juízo, contida nas Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99, e a espécie de intervenção voluntária, como aquela própria do controle de constitucionalidade ou da uniformização de jurisprudência porque, nessa espécie, como se verá, o *amicus curiae* assume a condição de instrumento democrático e de expoente da *legalidade da legitimidade*.

De início, gostaria de analisar as importantes previsões democráticas de participação social contida na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Tratam-se das hipóteses regradas nos artigos 31, 32 e 33, *in verbis*:

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Conforme observado, o artigo 31 abre a prerrogativa do órgão competente utilizar-se de consulta pública, quando o processo envolver assunto de interesse geral, chegando mesmo a definir como direito do cidadão que se manifeste receber da Administração Pública resposta fundamentada. O art. 32, por sua vez, possibilita a realização de audiências públicas e, por fim, o art. 33 autoriza a participação dos administrados, diretamente ou por meio de associações representativas. Ora, estamos diante de uma das leis mais democráticas e participativas do ordenamento jurídico brasileiro. A hipótese do art. 33 trata exatamente do *amicus curiae* nos termos em que tenho defendido, ou seja, enquanto instrumento democrático de participação social nos centros de deliberação pública e de tomada de decisão.

As potencialidades dessa legislação ainda não foram completamente esgotadas. A Administração Pública possui, por força de lei, a possibilidade de, nos processos de relevante interesse e repercussão social, estabelecer um amplo debate público, no qual vários atores sociais poderiam apresentar suas perspectivas, pontos de vida, formas de ver o mundo, valores, cultura, interesse, necessidades etc. Feito isso, por certo que o consenso que do *procedimento democrático* emergir será um consenso legítimo, plenamente válido e, ao mesmo tempo, revestido da coercitividade normativa que o direito pode lhe investir. Este é um caso bastante expressivo da *legalidade da legitimidade* que tenho defendido.

De fato, no Brasil, a Administração Pública Federal vem desenvolvendo, recentemente, a *participação social como método de governo*, conforme esclarece o



“Relatório Participação Social na Administração Pública Federal: desafios e perspectivas para a criação de uma política nacional de participação”, desenvolvido no âmbito do “Projeto de Apoio aos diálogos setoriais União Europeia – Brasil”<sup>6</sup>.

Nota-se que esse processo de participação social sistemática na definição dos rumos das políticas públicas brasileiras se qualifica a partir de 2003. Consoante os dados oficiais da Secretaria-Geral da Presidência da República, entre 1941 e 2012:

[...] foram realizadas 113 conferências nacionais, das quais 74 ocorreram entre 2003 e 2010, abrangendo 40 áreas setoriais em níveis local, municipal, regional, estadual e nacional, mobilizando cerca de cinco milhões de pessoas no debate de propostas para as políticas públicas.<sup>7</sup>

Entretanto, por certo que estou aqui a falar do Poder Executivo. Historicamente, o postulado democrático no âmbito do Poder Executivo sempre se fez sentir com mais força, porque está envolvido com procedimentos eletivos de escolha de representantes. Ainda assim, como a democracia é um princípio constitucional que irradia sua força imperativa e orientadora por todo o Estado brasileiro, o Poder Judiciário poderia se influenciar pelas ações e iniciativas democráticas e de participação social que têm sido realizadas no âmbito do Executivo, razão pela qual considero a Lei n. 9.784/99 – além de outras previsões normativas do ordenamento jurídico com hipóteses semelhantes, tal qual aqueles mandamentos constitucionais aludidos acima – como manifestação da *legalidade da legitimidade* e ainda como potente fonte de inspiração e imaginação institucional que pode influenciar a tomada de decisão pública e democrática no âmbito do Poder Judiciário.

O *amicus curiae* ainda se faz presente nos procedimentos de uniformização de interpretação da jurisprudência. Tanto a Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, quanto a Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo

---

<sup>6</sup> Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/participacao%20social%20na%20administracao%20publica%20federal.pdf>. Acesso em 27/02/14.

<sup>7</sup> Dados atualizados até 2010. Disponível em

[http://www.secretariageral.gov.br/art\\_social/conselhosconferencias](http://www.secretariageral.gov.br/art_social/conselhosconferencias). Acesso em 25/11/13.

Tribunal Federal - STF, possuem dispositivos legais que preveem a participação da comunidade de intérpretes na formação dos consensos normativos que serão utilizados no momento de interpretação e aplicação de normas jurídicas. Isso porque, em ambas as legislações indicadas, é permitido tanto ao relator do procedimento de uniformização da jurisprudência (art. 14, §7º da Lei n. 10.259/11), quanto ao relator do procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante (art.3º, §2º da Lei n. 11.417/2006), admitir a manifestação de terceiros, ainda que não sejam partes do processo. Neste mesmo sentido, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no art. 332, §2º, estabelece que nos procedimentos de repercussão geral, nos moldes também do art. 543-A do CPC, eventuais terceiros interessados poderão se manifestar no prazo de trinta dias. Ora, mais uma vez, temos previsões legais de participação social na interpretação das leis e, aqui, com ainda mais propriedade, uma vez que se trata de procedimentos responsáveis por estabelecer os *consensos hermenêuticos* acerca do conteúdo e da extensão de determinada norma jurídica que orientarão a jurisprudência a partir de então quando da aplicação dessa norma ao caso concreto.

Temos ainda as duas legislações que, segundo opinião majoritária da doutrina nacional, são os principais marcos legais do instituto do *amicus curiae*. Tratam-se das Leis n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999 que, respectivamente, dispõem sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade e sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Quanto a esta, o art. 6º, §1º preconiza:

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Novamente estamos diante da possibilidade do relator da causa *sob judicium* convocar terceiros interventores para colaborar com esclarecimentos adicionais sobre a matéria. A despeito de a previsão legal mencionar expressamente que se trata de hipótese de *audiência pública*, parece-me que o dispositivo pode ser também interpretado extensivamente no sentido de permitir a participação de *amicus curiae*,

afinal, audiências públicas possuem a mesma natureza de matriz democrática que o amigo da corte e, em verdade, se prestam a mesma finalidade: permitir que atores sociais não diretamente envolvidos com a causa, mas que podem sofrer efeitos colaterais, participem do processo de estabelecimento de consensos acerca da interpretação e da aplicação das normas jurídicas.

Por fim, temos a legislação indicada pela doutrina muitas vezes como sendo a mais representativa de todas: a Lei n. 9.868/99. Tal diploma legal dispõe sobre o controle de constitucionalidade concentrado, disciplinando tanto as ações diretas de inconstitucionalidade, quanto as ações declaratórias de constitucionalidade, ambas processadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. O art. 7º, §2º preconiza:

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Não é intuito deste trabalho discorrer sobre a importância do controle de constitucionalidade concentrado. Por ora, basta ressaltar que a Constituição é o marco normativo máximo dos Estados Democráticos de Direito, de tal forma que constitui não somente o Estado, mas principalmente a comunidade de cidadãos considerados enquanto sujeitos de direito livres e iguais. Mais à frente, no capítulo IV, aprofundarei a discussão acerca da importância sócio-política e jurídica das hodiernas constituições. O fato é que o alinhamento hermenêutico de determinada norma aos princípios constitucionais é, atualmente, o que garante sustentação e fundamentação de todo o ordenamento jurídico.

Portanto, a discussão acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de determinada espécie normativa tem o condão de validade enquanto *legítima* ou de afastá-la enquanto *ilegítima*. Mas há ainda mais. Ao se discutir a constitucionalidade ou não de uma lei se está, ao mesmo tempo, definindo o conteúdo material da própria Constituição! É por meio das ações declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade que o Poder Judiciário refina o próprio entendimento que possui sobre determinado mandamento constitucional; por meio desses procedimentos, o Supremo Tribunal Federal corporifica e concretiza os princípios constitucionais e direitos fundamentais, tantas vezes acusados de serem por demais vagos e genéricos. Ao fazê-lo, o STF estabelece a exata dimensão, densidade e

alcance dos direitos fundamentais. Neste momento, é importante que a substância dos direitos fundamentais esteja alinhada com os anseios sociais, afinal, é exatamente a correspondência entre o que a comunidade necessita, valoriza, deseja, espera etc. e o conteúdo concreto que o direito fundamental adquire no momento de sua interpretação e aplicação que garante a sua *legitimidade* e, por consequência, a sua *eficácia*. Não por outra razão, ensina o jurista alemão Konrad Hesse:

[...] el contenido concreto y la significación de los derechos fundamentales para un Estado dependen de numerosos factores extrajurídicos, especialmente de la idiosincrasia, de la cultura y de la historia de los pueblos. Por ello, sólo teniendo en cuenta estos aspectos resulta posible una comprensión objetiva de las tareas, la conformación y la eficacia de los derechos fundamentales en un ordenamiento estatal concreto.” (HESSE, 1996, 84)

Há ainda, um último aspecto que gostaria de ressaltar. Em países com tradição positivista profundamente arraigada, como o nosso, temos uma hipertrofia de diplomas legais. Nosso ordenamento jurídico é deveras pródigo no número de leis que estão em vigência. Neste contexto, é difícil garantir que a interpretação e a aplicação das normas infra-constitucionais estarão alinhadas, em cada caso concreto, com os interesses sociais. Contudo, a Constituição, na qualidade de norma de máxima hierarquia, edifica o ordenamento jurídico *à sua imagem e semelhança*, por assim dizer. Ou seja, se garantirmos que os princípios constitucionais estarão alinhados aos anseios e demandas da comunidade, especialmente daquela parcela social mais vulnerável, que mais sofre com os efeitos colaterais da má aplicação das normas jurídicas porque excluída ou distantes das instâncias centrais de deliberação e formação da vontade e da opinião, e que as leis infraconstitucionais obedecerão a orientação dogmático-normativa dos direitos fundamentais constitucionais, então, de maneira reflexa, teremos garantido que as leis infraconstitucionais estejam alinhadas aos anseios sociais.

Posto isso, resta patente que a disposição do art. 7º, §2º da Lei n. 9.868/99 é uma importante previsão de *legalidade da legitimidade*, um instrumento político que possibilita a construção de caminhos institucionais e procedimentais que ligam a esfera pública e os espaços periféricos de sedimentação dos consensos sociais legítimos aos núcleos político-jurídicos de formatação dos *consensos normativos* que orientarão, em cadeia, toda a aplicação do ordenamento jurídico. Sem dúvidas, aqui estamos diante de uma previsão legal que corresponde aos imperativos do postulado democrático do Estado de Direito.

Feita a análise das principais previsões legais de regulamentação do *amicus curiae*, ainda não está satisfatoriamente respondida a questão sobre a natureza jurídica do instituto. Até aqui, pode demonstrar que se trata de uma modalidade de intervenção de terceiros completamente distinta daquelas previstas nos arts. 56 e seguintes do Código de Processo Civil, razão pela qual merece ser considerada como *atípica*. Mas a sua natureza não foi adequadamente determinada porque há ainda outra dificuldade: o que diferencia *amicus curiae* das figuras interventivas que lhe são mais próximas, tal qual o assistente e o perito? Como se verá no próximo tópico, a questão que lhes diferencia é o *interesse* envolvido.

1.2.2 A diferenciação do *amicus curiae* em relação ao assistente e ao perito. O estabelecimento do interesse do *amicus curiae*.

Dentre as figuras que, não sendo parte ou juiz da causa, podem intervir num processo judicial está o assistente. O instituto está tipificado pelo Código de Processo Civil nos artigos 50 a 55. O artigo 50 disciplina o conceito desta modalidade de intervenção de terceiros com a seguinte redação:

Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

A boa configuração e diferenciação do *amicus curiae* é importante porque, não só a doutrina, como por vezes a própria jurisprudência confunde o amigo da corte com outras intervenções típicas de terceiros. Basta ver que o próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ já equiparou *amicus curiae* ao assistente:

O *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente *secundum eventum litis*. (STJ, REsp 737.073/RS, 1ª Turma, j. 06.12.2005, rel. Min. Luiz Fux, DJU 13.06.2006, p. 700)

Outra figura que comumente se confunde com o *amicus curiae* é o a figura do perito, na qualidade de auxiliar da justiça. Tal figura tem seu regime jurídico estabelecido também pelo Código de Processo Civil, que no art. 145 disciplina que “quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito”.

Em primeiro lugar, analisemos a visível diferença entre o perito e o *amicus curiae*. Ora, ainda que os dois se prestem a fornecer conhecimentos técnicos e científicos para indispensáveis para o melhor julgamento da causa, as suas semelhanças terminam aí. O perito é um profissional especialista na matéria *sob judicium*, nomeado pelo juiz para que o auxilie com elementos técnicos necessários ao melhor convencimento jurisdicional.

Já o *amicus curiae* é um ator voluntário, que tanto pode ser um indivíduo, quanto uma entidade associativa representativa de interesses coletivos. Os elementos que o *amicus curiae* pode fornecer ao julgador não se restringem a regras técnicas ou a especialidades profissionais bem delineadas, mas podem também dizer respeito a outros campos da experiência humana. O amigo da corte pode estar em juízo para apresentar as necessidades e os valores culturais da comunidade, ilustrar os projetos de bem-viver e as formas de ver o mundo de dada coletividade, bem como colaborar na antecipação dos riscos, da violência ou da exclusão que determinada sentença pode produzir. Em síntese, o *amicus curiae* pode aproximar o *horizonte semântico* do juiz do *universo de sentidos* da comunidade. Mas, o que mais importa registrar nesse trabalho é a diferença do *amicus curiae* em relação ao assistente, porque é essa diferenciação que dará a dimensão exata do papel desempenhado pelo *amicus curiae* enquanto instrumento de democratização do direito.

Como exposto no art. 50 do CPC o assistente é um terceiro interventor que tem *interesse jurídico* na demanda e, neste sentido, assiste à uma das partes, porque a vitória ou a derrota desta lhe afetará diretamente. O assistente, ao ser admitido no processo, se vincula ao destino que a parte que lhe aprouver receber da decisão judicial; o assistente chega mesmo a compor a relação processual e constará, formalmente, na sentença proferida. Em contraste, ressalta Cabral sobre o papel do *amicus curiae* na relação processual:

O *amicus curiae*, uma vez admitida sua manifestação, não se agrega à relação processual, porque seu interesse no litígio é decorrente do direito à participação no processo. Não há interesse em integrar a relação processual, vez que o título executivo que por ventura seja formado não incluirá o amigo da Corte, pelo que, neste particular, seu interesse é reflexo ou mediato. (CABRAL, 2004, 18)

Ora, essa distinção se dá porque o amigo da corte não possui *interesse jurídico* no processo, ou seja, não está diretamente vinculado à decisão judicial. O que motiva e anima a participação do *amicus curiae* é o exercício da cidadania, é a possibilidade de colaborar com a interpretação das normas jurídicas no sentido de garantir representatividade social e legitimidade democrática às decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Neste sentido, explica Felipe Bauer Bronstrup:

Por outro lado, o interesse avalizador mantido pelo *amicus curiae* não se limita ao referido interesse jurídico. Como exposto em parágrafos anteriores, o objetivo principal deste instituto é contribuir de alguma forma para o melhor deslinde do julgamento, de modo a contribuir com uma decisão mais justa e melhor fundamentada. Assim, é forçoso concluir que, ao menos diretamente, não há qualquer interesse jurídico envolvido, já que a decisão não lhe afetará a esfera jurídica tão prontamente. Disso, conclui-se que o interesse de *amicus* transcende ao seu campo privado, defendendo um interesse difuso a toda a sociedade. (BRONSTRUP, 2012, 157)

O *amicus curiae*, da forma como o conceitualizo neste trabalho, está interessado na *legalidade da legitimidade*, ou seja, sua atuação se destina a possibilitar que, por meio de procedimentos institucionalizados, os *consensos sociais* formados na periferia do sistema socioeconômico, portanto pelos grupos sociais que estão distantes ou excluídos dos centros de formação pública da opinião e da vontade, terão lugar no estabelecimento dos *consensos normativos* que orientarão a prática jurisdicional. Assim, seu interesse não é o *interesse jurídico*, mas sim o *interesse público e social*. Comigo concordam os professores Cambi e Damasceno:

Portanto, o “amigo da corte” não está vinculado ao interesse das partes, mas ao exercício da cidadania, isto é, o interesse social na preservação da ordem jurídica, na interpretação e aplicação judiciais justas das regras e princípios jurídicos, bem como na legitimação do exercício jurisdicional, capaz de gerar precedentes judiciais, em casos de grande impacto social. É, sob esse ângulo, que a intervenção ampla torna-se não apenas uma mera possibilidade viável, mas uma opção necessária, sob o prisma democrático. (CAMBI, DAMASCENO, 2011, 29)

Não sem razão, o professor Cabral aproximará a utilização do *amicus curiae*, em nosso ordenamento jurídico pátrio, daquela figura do *ideological plaintiff*, encontrada no direito estadunidense em processos coletivos. Para o jurista – opinião da qual compartilho – o *amicus curiae* possui um nexo *ideológico* e *político* com o processo, porque não está ali para defender esta ou aquela posição; seu comprometimento é com a justiça material que pode ser alcançada com a interpretação ou aplicação de uma norma jurídica, na medida em que esta inclua ou exclua as visões de mundo sustentadas pela comunidade que suportará, de forma reflexiva, os efeitos da decisão. Diz o autor:

O *amicus curiae* não precisa demonstrar interesse jurídico. Sua atuação decorre da compreensão do relevante interesse público na jurisdição e da busca de permitir a participação política por meio do processo. A importância de sua intervenção é política e seu interesse é *ideológico*, de exercer parcela de participação, manifestando-se nos autos. Situação semelhante ocorre com a legitimação do denominado *ideological plaintiff* na litigância coletiva das *class actions* nos EUA, em que a parte não porta interesse jurídico, mas uma conexão ideológica com um interesse da comunidade, o que representa uma forma de participação processual que é sustentada e incentivada por autores como Mario Cappelletti e Vincenzo Vigoritti. (CABRAL, 2004, 19)

Percebe-se que o que distingue, em essência, o *amicus curiae* das outras figuras jurídicas de intervenção de terceiros é justamente o interesse político, social e público da sua atuação, ao contrário do interesse jurídico relacionado com o *assistente* e o *perito*.

### **1.3 Definição da natureza jurídica da *amicus curiae*: instituto processual de matriz constitucional e natureza jurídica de direito fundamental**

Agora, uma vez bem configuradas as distinções entre o *amicus curiae* e as outras figuras interventoras e bem estabelecido que o que motiva o amigo da corte é o interesse público e social, e não o *interesse jurídico*, posso desenhar um conceito de *amicus curiae* que resignifique sua natureza jurídica.



Defendo a tese que o *amicus curiae* é um instrumento processual, modalidade de intervenção de terceiros *atípica* – porque não se confunde com aquelas tipificadas no Código de Processo Civil – que tem *natureza jurídica constitucional de direito fundamental*, porque decorrente direto do princípio democrático positivado no art. 1º da Constituição Federal.

Ora, se o *amicus curiae* é um direito fundamental, de natureza constitucional, e se sua intervenção se justifica em razão do interesse público ou social, posso propor que o seu uso não está adstrito aos casos em que a lei expressamente o autoriza. Sendo um direito decorrente diretamente da forma democrática como organizamos nosso Estado de Direito, em qualquer hipótese onde se verificar uma matéria de relevante interesse social, o *amicus curiae* poderá requer a sua intervenção, independentemente de previsão legal. Ademais, em razão de certa *afinidade finalística* entre a figura do amigo da corte e do assistente – ou seja, ambos se manifestam no processo com a finalidade de apresentar novos elementos que poderão ser levados em conta pelo juízo julgador –, é possível realizar uma interpretação extensiva do art. 50, parágrafo único do CPC, que diz que “a assistência tem lugar a qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra”, e defender, por analogia, que essa previsão vale também para o *amicus curiae*.

Se assim o for, então o *amicus curiae* pode solicitar intervenção em *qualquer* tipo de processo no qual haja interesse público em contar com a participação democrática da comunidade de intérpretes; seu uso não se limita somente aqueles processos que versem sobre as leis aqui estudadas. O jurista Antonio do Passo Cabral concorda com o meu argumento:

Logo, não só nesta seara deverá incidir o instituto do *amicus curiae*, mas em *qualquer outro processo em que presente o interesse público na participação processual*, já que se trata de instrumento garantidor da participação democrática. (CABRAL, 2004, 24)

Aqui, talvez alguns aleguem que a utilização indiscriminada do instituto traria ainda mais morosidade para um Poder Judiciário já paralisado. Não entrarei na discussão de se temos que desconsiderar o uso de procedimentos democráticos que

possibilitam um salto qualitativo na construção de decisões justas e legitimamente fundamentadas em favor da celeridade processual – ou, para ser bastante direto, não discutirei se é mais importante um Poder Judiciário *rápido* ou um Poder Judiciário *justo*. Basta apenas dizer que não se trata de defender o uso indiscriminado do instituto. O juiz dispõe de uma série de ferramentas processuais para afastar a participação de *amicus curiae* com fins meramente protelatórios ou não adequadamente legitimados. Ademais, o art. 7º, §2º da Lei n. 9.868 já fixou que a intervenção do *amicus curiae* se dará em consideração a *relevância da matéria* e a em relação à *representatividade dos postulantes*.

No que diz respeito ao primeiro critério indicado – *relevância da matéria* – por certo que só poderá ser constatado no caso concreto. Em geral, processos que versem sobre direitos fundamentais coletivos, normas ou princípios constitucionais, causas de grande repercussão social etc. atendem ao critério. Sinteticamente, pode-se dizer que a intervenção do *amicus curiae* está autorizada quando houver o *interesse público* que, para Cabral, é da seguinte forma conceituado:

Por “interesse público” entendemos aquele presente não só nos interesses transindividuais (difusos ou coletivos), que decerto se confundem por vezes com este conceito e nele se compreendem, mas também os interesses individuais homogêneos, que embora titularizados individualmente, atingem significativas parcelas da população, o que justifica e autoriza a admissão do *amicus curiae* nestes casos. (CABRAL, 2004, 31)

Em relação à representatividade dos postulantes, em coerência com o que tem sido defendido aqui sobre o *amicus curiae* ser um instituto de matriz democrática, esse juízo de admissibilidade deve ser o mais amplo e extensível possível. Neste sentido, tem-se preferência pela participação de atores coletivos que representem os interesses da coletividade, mas eventualmente cidadãos e cidadãs também poderão ser portadores legítimos dos anseios sociais e podem colaborar com elementos úteis ao convencimento e fundamentação democrática da decisão. Sobre o tema, posiciona-se Cássio Scarpinella Bueno:

[...] terá “representatividade adequada” toda aquela pessoa, grupo de pessoa ou entidade, de direito público ou de direito privado, que conseguir

demonstrar que tem um específico *interesse institucional* na causa, justamente em função disso, tem condições de contribuir para o debate da matéria, fornecendo elementos ou informações úteis e necessárias para o proferimento de melhor decisão jurisdicional. Meros interesses corporativos, que dizem respeito apenas à própria entidade que reclama seu ingresso em juízo, não são suficientes para sua admissão na qualidade de *amicus curiae*. (...) Ele precisa guardar alguma relação com o que está sendo discutido em juízo, mas isso deve ser aferido no plano institucional de suas finalidades institucionais, e não propriamente seus interesses próprios no deslinde da ação e das consequências de seu julgamento. (BUENO, 2008, 162)

Em síntese, o juízo de admissibilidade do *amicus curiae* deve ter sempre presente a *natureza jurídica constitucional de direito fundamental* que motiva e fundamenta a sua utilização. Se atento à matriz democrática do instituto, o julgador poderá discernir adequadamente quando convém e quando não convém a intervenção requerida pelo terceiro.

#### **1.4 A força democrática do discurso jurídico**

Até aqui, esforcei-me em demonstrar alguns aspectos jurídico-dogmáticos do *amicus curiae* que o autorizam a figurar como verdadeiro instrumento democrático do direito que possibilita a fundamentação adequada das normas jurídica e, neste sentido, é uma manifestação daquilo que chamei, a partir de Habermas, de *legalidade da legitimidade* ou, como prefere o autor alemão, da *tensão interna entre facticidade e validade*.

Trabalhei com o arcabouço legislativo do instituto, identificando as práticas participativas que ali já se encontram e, ao mesmo tempo, tentei demonstrar como esse *potencial democrático* do *amicus curiae* apenas começou a ser explorado. Contudo, a difusão do *amicus curiae* esbarra muitas vezes no ceticismo dos órgãos julgadores, que acreditam que a ampliação dos atores legitimados para participar do debate normativo apenas traria mais morosidade e mais dificuldades à atividade jurisdicional. Ora, em resposta, além dos argumentos em favor da necessidade que o direito hodierno possui de se ver *fundamentado democraticamente*, basta dizer que o Poder Judiciário sempre foi considerado hermético e nem por isso evitou se transformar num poder lento e, portanto, ineficiente.

Ademais, talvez haja uma *visão social* latente nessa predileção por procedimentos herméticos e restritos aos círculos de intérpretes *oficiais* e *especializados*. Em outro contexto, no qual discutia a *dignidade da legislação* em relação à *dignidade da jurisprudência*, o jurista Jeremy Waldron apresenta seu argumento geral de que se desconfia da legislação porque ela nasce no Parlamento, ou seja, é fruto de amplos debates, enquanto que a jurisprudência é resultado da atividade solitária do juiz e, por causa disso, seria “mais digna”. Segundo ele, essa desconfiança com procedimentos plurais corresponde com certas tradições do pensamento político, que “suspeitam muito do explícito e do deliberado na política” (WALDRON, 2003, 20). Por analogia, podemos aproveitar as reflexões de Waldron, voltadas a defender uma prática judiciária mais apegada às leis democraticamente construídas do às decisões solipsistas e transmitidas pela tradição dos juízes do *common law*, para preferir a pluralidade de intérpretes “à calma e à solenidade” de uma decisão tomada singularmente por um órgão julgador:

Maquiavel nos preveniu, quase quinhentos anos atrás, que não nos deixássemos lograr e pensar que a calma e a solenidade são a marca de uma boa política [ou de uma boa jurisdição, eu diria], e que o barulho e o conflito são sintoma de patologia política. “Boas leis”, disse ele, podem surgir “desses tumultos que muitos maldizem inconsideravelmente”. [...] Devemos, disse ele, observar o que o conflito, o tumulto e os números podem fazer pela liberdade e não ficar facilmente desconcertados com a atmosfera barulhenta, fedorenta ou repugnante da assembleia popular. (WALDRON, 2003, 41)

Assim, é importante perceber que, da participação democrática, novos contextos semântico-normativos podem ser formados, qualificados pela legitimidade fundante e, ao mesmo tempo, melhor equipados para prevenir, evitar ou reparar os reflexos negativos que, invariavelmente, a aplicação de normas gerais e abstratas gera em sociedades pluralistas. Inversamente, como se verá, o *amicus curiae* possibilita a manifestação dos *pré-conceitos* normativos, transmitidos pela tradição, latentes no seio do discurso jurídico que, uma vez postos no plano da linguagem, podem ser avaliados se correspondem a pré-conceitos legítimos ou se, ao contrário, tratam-se de manifestações taciturnas de consensos criados a partir da coação. Ainda, devemos entender como essa participação, mais do que servir à legitimação do Estado, reverte-se em benefício dos próprios cidadãos, porque estes se *engajam* na defesa dos seus

próprios interesses e, desta forma, *experimentam* a democracia. Segundo Habermas, há algo como que uma *faceta pedagógica* na participação:

O instrumento de demanda e nome de uma associação ou de uma comunidade, bem como a criação de mediadores, de postos de arbitragem, etc., pode aliviar clientes impotentes e sobrecarregados; seria preciso, no entanto, que a proteção jurídica coletiva não se resumisse a aliviar o indivíduo através de uma representação competente, mas o *engajasse* na percepção organizada, na articulação e na imposição de seus próprios interesses. Se se quiser impedir que a tutela por parte do Estado social se alastre ainda mais por este caminho, é necessário que a pessoa envolvida experimente a organização da proteção do direito como um processo político e que *ela mesma* participe na construção do contrapoder articulando os interesses sociais. A colaboração no processo de realização do direito cria um laço entre o *status* positivo do direito, valorizado em termos coletivos, e o *status* de cidadão ativo. (HABERMAS, 2011, 150)

Em verdade, como aventado acima por Habermas, o direito que emerge em sociedades pluralistas, nas quais não há mais *verdades absolutas* a fundamentar o poder político, apenas pode pretender ser *efetivo quando for legítimo e legítimo quando for participativo*. A efetividade do discurso jurídico não provém de qualquer entidade metafísica ou de qualquer fundamentação etérea. É na materialidade dos sujeitos *engajados* na luta concreta pela *realização* da justiça que reside a “força do direito”. No Brasil, como ensina a professora Cittadino, já tivemos provas históricas substanciais que a valorização do espaço público é capaz de legitimar e de potencializar os efeitos da normatividade jurídica;

Mais do que isso, parece-nos que a “força do direito” pode estar intrinsecamente associada a um processo de reconstrução política. No Brasil da segunda metade dos anos 80, esta ligação é absolutamente evidente. Após duas décadas de autoritarismo e governos militares, a reconstrução do processo político democrático também significava a reconstrução do Estado de Direito. Neste sentido, o movimento de retorno ao direito no Brasil teve a sua mais perfeita tradução no processo constituinte. A Constituição Federal de 1988, elaborada através de um processo de participação no qual estiveram presentes as mais variadas forças, é reveladora de como o retorno ao direito pode significar uma valorização do espaço público da política. (CITTADINO, 2013, 233-234)

Mas este debate apenas começou. Enquanto jurista que não separa a prática judiciária da teoria jurídica, preciso ser capaz de demonstrar os aspectos dogmáticos e

condizentes com a aplicação concreta do instituto objeto deste trabalho, mas também, ao mesmo tempo, adensar a discussão filosófica que existe por trás da proposta de um direito *procedimentalista* e de *gênese democrática*, internamente equilibrado pela tensão entre *facticidade e validade*. No meu modo de ver, o *amicus curiae* é como a ponta de um *iceberg*, é a manifestação visível de uma *transição paradigmática* muito mais profunda; é um *fenômeno normativo-jurisdicional* emblemático na *travessia do direito*. Portanto, mergulharei mais afundo, mais além, para investigar as origens e os significados filosóficos e sociais que estão submersos abaixo do nível da água em que se pode observar o *amicus curiae*. Começarei, portanto, reconstruindo, filosoficamente, o longo percurso que as coisas vazias de significados fazem até comporem o universo de sentidos do *mundo da vida* no qual habitamos.

## CAPÍTULO 2 O DISCURSO E A VERDADE

### 2.1 Das coisas à linguagem

Desde Heidegger, a condição do ser humano no mundo é uma condição hermenêutica. Isso quer dizer que a possibilidade de se experimentar o mundo, de compreender o mundo e, especialmente, de se compreender *no* mundo, não é outra senão dotar de *sentidos* nossas práticas e nossas ações. O ser só pode *ser-no-mundo* na medida em que o interpreta. Temos aqui a especificidade do humano: somos animais eminentemente hermenêuticos, nossa atividade distintiva em relação aos outros animais é a de *ler o texto-mundo*<sup>8</sup>; nossa capacidade específica enquanto espécie é a de atribuir *algum* significado às coisas e aos fenômenos que nos cercam.

Não habitamos um mundo empírico onde objetos estão postos objetivamente. Para nós, mesmo uma simples pedra não esgota em si mesma todas as possibilidades de seu significado. Nós construímos o mundo de forma ontológica, ou seja, não nos detemos na característica ôntica das coisas (no sentido heideggeriano de *ente* existente como concreto e objetivo), mas tendemos a *compreendê-las* na sua relação com os outros seres. Uma simples pedra pode ser incorporada ao mundo *humano* de forma ontológica (quando passa a ser *compreendida* como ser) e se transformar, para nós, numa tábua ritualística onde sacrifícios devem ser executados para aplacar a ira dos deuses, na morada primordial de alguma entidade metafísica, num amuleto de fortuna ou de agouro; no final, podemos simplesmente *nomeá-la*<sup>9</sup>.

Habitamos, pois sim, um território pleno de significados<sup>10</sup>, um universo simbólico de coisas que nos chegam não de forma *imediata* e direta do mundo. O que tomamos por realidade é um mundo *mediado*; é um mundo pós-interpretado e pós-compreendido. E qual é a mediação possível entre o *ente* – enquanto existência objetiva – e o *ser* – enquanto existência compreendida, assimilada, subjetivada? O que torna a

<sup>8</sup> Por *texto* posso designar ações, práticas, condutas, ideias, discursos, emoções...Tudo aquilo passível de adquirir algum sentido para a atividade humana pode ser tomado como um texto a ser lido, interpretado e compreendido.

<sup>9</sup> Ora, e o quê significa, para nós, criaturas hermenêuticas, o ato de a algo nomear? Não seria justamente resgatar a coisa de sua existência empírica, objetiva e indistinta das outras coisas do mundo, para reconhecê-la enquanto coisa específica, enquanto ser único, diferenciado e, neste sentido, simbólico e compreendido?

<sup>10</sup> Como explica Costa: “Esse mundo pleno de significação é chamado, na tradição fenomenológica inspirada em Husserl, de *Lebenswelt*, ou seja, de *mundo da vida*. Assim, o mundo da vida não é apenas uma *visão de mundo* (*Weltanschauung*) que temos, mas é um mundo no qual habitamos, é o que chamamos mais propriamente de Realidade” (COSTA, 2008, nota de rodapé 3, 22).

flor que, indiferente e alheia, desabrocha bela e faceira toda primavera em flor *indiferente, alheia, bela e faceira*? De onde vem a adjetivação do mundo? De onde vem a beleza das formas, a justiça das leis, a finalidade da vida? Podemos encontrar a beleza, a justiça e a finalidade nas próprias coisas? Uns dirão: – *Sim, a essência das coisas* – sua beleza, sua justiça, sua finalidade – *encontramo-la na própria coisa*. Se assim o for, o agora belo, o agora justo e a finalidade de agora terão sempre e em qualquer lugar o sido. Haveria um núcleo duro, imanente e eterno – um *absoluto verdadeiro* a compor as coisas nelas mesmas tal qual um princípio cósmico e universal?

A Modernidade – tomada enquanto experiência histórica – nos ensinou que não. Nada é imutável no mundo. O belo aqui não vai além da esquina restrita do tempo e do espaço compartilhados por aqueles que o tomam como belo. Os meus critérios de justiça, os seus critérios de justiça ou os critérios de justiça de nossa comunidade não podem ser transportados indistintamente para qualquer outra comunidade. A finalidade de algo se permuta no tempo na medida em que necessidades concretas são criadas e superadas. É certo que aqueles que partem do pressuposto da existência do Divino podem ainda sustentar tais ideias ou, melhor dizendo, tais ideais. Mas a ideia de deus deixou há tempos de ser uma imposição social ao intelecto e já não mais deve ser considerada para além de sua caracterização enquanto ideia que, como todas as outras, é humana. A própria liberdade religiosa – e a tolerância religiosa que dela advém – descarta a possibilidade de sustentarmos uma essência universal e divinizada das coisas, pois tantos são os deuses possíveis, tantas e tão diferentes são as teologias existentes, que teríamos dificuldade em reconhecer, entre tantas essências, qual delas seria a verdadeira “constituição íntima das coisas” ou o “sentido íntimo do Universo”, como diz Fernando Pessoa na voz de Alberto Caeiro:

Tudo isto é falso, tudo isto não quer dizer nada./É incrível que se possa pensar em cousas dessas./É como pensar em razões e fins/Quando o começo da manhã está raiando, e pelos lados das árvores/Um vago ouro lustroso vai perdendo a escuridão./Pensar no sentido íntimo das cousas/É acrescentado, como pensar na saúde/Ou levar um copo à água das fontes./O único sentido íntimo das cousas/É elas não terem sentido íntimo nenhum./Não acredito em Deus porque nunca o vi./Se ele quisesse que eu acreditasse nele,/Sem dúvida que viria falar comigo/E entraria pela minha porta dentro/Dizendo-me, *Aqui estou!*/[...] /Mas se Deus é as flores e as árvores/E os montes e sol e o luar,/Então acredito nele,/Então acredito nele a toda a hora,/E a minha vida é toda uma oração e uma missa,/E uma comunhão com os olhos e pelos ouvidos./Mas se Deus é as árvores e as flores/E os montes e o luar e o sol,/Para que lhe chamo eu Deus? [...] (CAEIRO, V)



A beleza da flor não mais pode ser fundamentada nela mesma. À flor não cabe ser bela ou ser feia. A flor existe e segue imperturbável pelas paixões humanas. A flor é, mas a beleza da flor está nos olhos de quem a reconhece enquanto bela. O adjetivo é uma colocação do sujeito que dele se apropria para identificar e discernir o substantivo – a coisa. Diz-se que a beleza está nos olhos de quem a vê e, por meio dessa popular sentença, resta condenada toda metafísica que procura a qualidade das coisas nelas mesmas e não na sua relação mediada com o sujeito que a observa, que a julga, que a valora...em uma palavra, que a *compreende*.

Às vezes, em dias de luz perfeita e exacta,/Em que as cousas têm toda a realidade que podem ter,/Pergunto a mim próprio devagar/Por que sequer atribuo eu/Beleza às cousas./Uma flor acaso tem beleza?/Tem beleza acaso um fruto?/Não: têm cor e forma/E existência apenas./A beleza é o nome de qualquer coisa que não existe/Que eu dou às cousas em troca do agrado que me dão./Não significa nada. [...] (CAEIRO, XXVI)

A partir de então, fica inequívoco que o ato de *interpretar* – e quem interpreta compreende, a finalidade da interpretação é a compreensão – não consiste em qualquer *revelação profética* do mistério oculto e ensimesmado de algo. O intérprete não é um oráculo a enunciar a verdade imanente em determinado texto, mas aquele que pôde dotar de algum significado o texto com o qual teve contato por meio de alguma maneira sensível<sup>11</sup>.

Posso agora retornar ao questionamento que acima coloquei: *Qual é a mediação possível entre o ente e o ser?* Posso ainda reescreve-la em termos mais precisos: *Qual é a mediação capaz de dar sentido ao ente que me chega vazio do Mundo [empírico] para transformá-lo num ser inteligível que habite a Realidade [mundo da vida]? O medium através do qual o intérprete dota de sentidos*

<sup>11</sup> Os textos vêm a nós por meio de nossos sentidos, que colhem os entes empíricos para colocá-los como ‘problemas’ às nossas estruturas de compreensão. Cada manifestação desse mundo vazio de significado que nos chega leva-nos, querendo ou não, a pensar sobre ela. Posso não querer pensar e, ainda assim, ser obrigado a pensar nesse não querer pensar. A arte tem trabalho com esse dilema: Alberto Caiero, ironiza: “Há metafísica bastante em não pensar em nada./O que penso eu do mundo?/Sei lá o que penso do mundo!/Se eu adoecesse pensaria nisso./Que ideia tenho eu das cousas?/Que opinião tenho sobre as causas e os efeitos?/Que tenho eu meditado sobre Deus e a alma/E sobre a criação do Mundo?/Não sei. Para mim pensar nisso é fechar os olhos/E não pensar. É correr as cortinas/Da minha janela (mas ela não tem cortinas)./O mistério das cousas? Sei lá o que é mistério!/O único mistério é haver quem pense no mistério. [...]” (V, grifo meu). Diz o samba *Cosas do mundo, minha nega*, de Paulinho da Viola: “As coisas estão no mundo só que eu preciso aprender.” O fato é que não nos é dada a opção de recusar a atividade interpretativa, comprovando, por outras vias, a já afirmada condição hermenêutica dos seres humanos. Dar sentido às coisas é um imperativo; é a Realidade do mundo da vida – que de maneira equiprimordial, nos cerca e é por nós construída – a ecoar eternamente o desafio lançado a Édipo pela esfinge de Tebas: “Decifra-me ou devoro-te”.

*transcendentes* as manifestações que colheu sensitivamente do mundo empírico para transformá-las em seres compreensíveis às estruturas cognitivas que possui é uma peculiar habilidade humana: a linguagem.

Digo significados transcendentos justamente porque os entes, quando passam a ser seres, abandonam a mera existência física e adquirem um sentido que já não lhes é mais objetivo e empírico. Tal qual a rocha que se transforma em amuleto ou a flor que se transmuta numa representação do belo, os entes são adjetivados pelos conceitos já construídos da Realidade humana. Aqui é necessário cautela. Não posso corroborar a dualidade Humano/Natureza, tão típica da racionalidade instrumental e do programa da modernidade, que acabou por hierarquizar o mundo de maneira antropocêntrica. O que quero salientar, apoiado pela perspectiva da filosofia da linguagem, é o imperativo da condição hermenêutica do ser humano que é a de *ser-no-mundo*. Movemo-nos interpretando esse mundo, no qual nascemos e o qual dotamos de significações, por meio de nossa linguagem, na tentativa de torna-lo inteligível. Esse universo simbólico – a imagem linguística que fica do mundo após ele ser *compreendido* – é o *resultado histórico* da sedimentação de vários discursos – que nada mais são do que a linguagem em ação – que, em conjunto, vão configurar o que chamamos *realidade*.

Também é necessário distanciarmo-nos daquela concepção que distingue um “mundo das ideias” do “mundo das ações”. Não devemos tomar o ato de conhecer como uma atividade meramente abstrata ou como uma ação encerrada no sujeito cognoscente em contraposição à passiva realidade cognoscível. Não podemos conceber as atividades intelectuais, do pensamento, em oposição às atividades práticas e objetivas. O ser é analógico, compõe-se em constante dinâmica dialética entre ação e pensamento; e entre esses e o conjunto das relações sociais que o cerca. Da mesma forma se comporta o mundo social: os sistemas, estruturas, instituições e institutos pensados e realizados pelos seres humanos advêm de uma prática refletida e reflexiva em relação à realidade circundante. A filosofia chamou essa articulação entre ação e reflexão de *práxis*.

Nós produzimos a moral, a filosofia, a política, o direito, a religião da mesma maneira que produzimos alimentos, vestuários, estradas e satélites. Aqui há toda uma problemática filosófica – entre as escolas que buscam a ontologia no trabalho e aquelas que a buscam na linguagem – que, para minha argumentação geral, não é necessário resolver. Assumo neste trabalho a condição hermenêutica do ser humano

para dizer que interpretar é *produzir* sentidos e que sentidos não são abstrações metafísica, e sim algo que pode ser concretizado. Quando o primeiro homem cortou a primeira árvore e fez desta uma tábua para atravessar um rio, como negar que, por meio da atividade prática do *trabalho*, ele dotou a tábua de um novo *significado*: ser ponte? Não pretendo aproximar Marx da filosofia da linguagem, mas há uma zona partilhada por ambos: a realidade social é construída de maneira histórica, por seres humanos reais travando relações concretas. Sejam estas relações de produção, sejam estas relações semânticas, trata-se de construir um mundo inteligível para os *seres* a partir da objetividade – o que nos é oferecido pela natureza – e também da negatividade – o que nos é escasso na natureza, configurando *necessidade* – do mundo empírico dos *entes*. Habermas tangenciou essa discussão ao se confrontar com categorias gadamerianas acerca da hermenêutica. Em célebre texto, ele esclarece como a alteração nos modos de produção transformam nossas categorias linguísticas e como nossas categorias linguísticas são *médiuns* por meio dos quais as transformações nos modos de produção tornam-se compreensíveis as novas práticas que delas decorram. Diz Habermas:

Uma transformação dos modos de produção acarreta uma reestruturação da imagem linguística do mundo. Isto pode ser estudado, por exemplo, no alargamento do terreno profano em sociedades primitivas. Não há dúvida de que revoluções nas condições de produção da vida material são, por sua vez, mediadas linguisticamente; mas uma nova práxis não é posta em ação apenas por uma nova interpretação, e sim antigos modelos de interpretação vêm a ser também, “de baixo para cima”, atingidos por uma nova práxis e revolucionados. (HABERMAS, 1987, 22)

Talvez num uso impróprio de Karl Marx, mas definitivamente polêmico e provocativo, para completar o que foi esboçado acima por Habermas, afirmo que a “linguagem da vida real” é a “atividade material e o intercâmbio material dos homens”, entrelaçada com a “produção das ideias, das representações, da consciência” dos seres humanos (MARX, 2009: 31). Segue ainda o pensador:

O representar, o pensar, o intercâmbio espiritual dos homens aparece aqui ainda como direta exsudação do seu comportamento material. O mesmo se aplica à produção espiritual como ela se apresenta na linguagem da política, das leis, da moral, da religião, da metafísica etc., de um povo. Os homens são os produtores das suas representações, ideias etc., mas os homens reais, os homens que realizam, tal como se encontram condicionados por um determinado desenvolvimento das forças produtivas e pelas relações que a estas correspondem até as suas formações mais avançadas. A consciência, nunca pode ser outra coisa senão o ser consciente, e o ser dos homens é o seu processo real de vida. (MARX, 2009, 31)

Desse entrelaçar entre o mundo das ideias e o mundo das ações – que nada mais é do que a construção do ser consciente desde os processos reais de produção e manutenção da vida – nascem *discursos* com os quais organizamos nossa compreensão acerca dos *entes* de tal modo que eles passem a ter aqueles atributos tão transcendentais e tão humanos: beleza, justiça, finalidade, moral, semelhança, ordem etc. Todos esses atributos e os grandes discursos que conformam – a estética, a ética, o direito etc., – não possuem uma história autônoma, ou seja, não se desenvolvem separados da história real de seres humanos reais. Mais uma vez com Marx:

A moral, a religião, a metafísica, e toda outra ideologia, e as formas da consciência que lhes correspondem, não conservam assim por mais tempo a aparência de autonomia. Não têm história, não têm desenvolvimento, são os homens que desenvolvem a sua produção material que, ao mudarem essa sua realidade, mudam também o seu pensamento e os produtos do seu pensamento. Não é a consciência que determina a vida, é a vida que determina a consciência. (MARX, 2009, 32)

Não se trata, portanto, de construir ideias (ou significados e sentidos) para depois enquadrá-las na coisa em si. Da mesma forma, não se trata de apreender da coisa em si determinado significado (ou determinada ideia). Como bem disse Marx, não existe qualquer sentido nas coisas que seja autônomo aos seres humanos. É inútil procurar a Verdade como essência metafísica. Todas as qualidades que são constadas nos entes são um resultado, correspondem ao produto histórico da atividade prática – seja conceituada como trabalho, seja conceituada como hermenêutica – de pessoas reais. Essa atividade projeta conjuntos de sentidos e de discursos; esse conjunto é o que tomamos por realidade, esse conjunto é o que aceitamos como *verdadeiro*. Como explica Costa:

A função dos discursos é dar sentido ao mundo. Não é descrevê-lo simplesmente, mas organizar nossas percepções e imaginações de uma forma tal que a realidade faça algum sentido. Assim, diferente do Mundo (que tem somente existência), a Realidade não existe para além do discurso e da linguagem. É essa Realidade que a fenomenologia chama de Mundo da Vida (*Lebenswelt*), o qual não é o conjunto dos fatos, mas esse lugar que o homem habita na medida em que constitui a rede de significados que o compõe. (COSTA, 2008, 30)

É, portanto, na linguagem – esse fenômeno vivo resultante da articulação de vários discursos – que se assenta o mundo *vivo*, *vivido* e *compreendido* dos seres humanos. O sentido do mundo não está nele mesmo ou em alguma razão universal. O

sentido do mundo não pode ser encontrado, porque o mundo empírico – e as coisas que o compõem – simplesmente não possui qualquer sentido imanente e autônomo. A vida, o acaso, a ordem, a natureza – nada disso está, *a priori*, dotado de significado, ou seja, enquanto não atravessam o filtro da linguagem, são apenas dados objetivos e não suscitam qualquer problema, questionamento ou interesse ao gênio humano; a linguagem envolve o mundo: "[...] A linguagem constitui-se no modo fundamental de realização de nosso ser-no-mundo, a forma de constituição de mundo que tudo envolve" (GADAMER, 2004, 255). A vida, o acaso, a ordem, a natureza etc. só passam a ser *relevantes* – só passam a constituir uma questão que merece a atenção do gênio humano – depois que entram no plano da linguagem comumente compartilhada pelos seres humanos. As coisas, abandonadas à natureza, apenas existem. Como afirma Costa: “[...]Fora da linguagem pode até existir o mundo, mas trata-se apenas do mundo dos fatos empíricos, do mundo sem sentido das coisas em si.” (COSTA, 2008, 31)

A linguagem é a trama que engendra todos nós, seres humanos, nessa construção coletiva e compartilhada que é dotar um mundo vazio e estéril de uma profusão de significados. A linguagem é a força que acopla o passado ao presente, na medida em que transmite os sentidos, os discursos e as verdades sedimentadas socialmente às gerações vindouras. A linguagem possibilita a existência do futuro, pois permite que o ato de existir seja uma continuidade historicamente inteligível. Não é diferente a percepção de Gadamer:

Creio que a linguagem desempenha a função de uma síntese constante entre o horizonte do passado e o do presente...A linguagem tem sua própria historicidade. Cada um de nós tem sua própria linguagem. Não existe, em absoluto, o problema de uma linguagem comum para todos. Existe apenas a maravilha de que, apesar de termos todos uma linguagem diferente, podemos nos compreender além dos limites dos indivíduos, dos povos e dos tempos. (GADAMER, 2004, 71)

## **2.2 Da linguagem ao conhecimento**

O mundo da vida é, enfim, o mundo já interpretado pela atividade humana. Aqui, não mais existem fatos puros e sim interpretações acerca desses fatos. Aqueles objetos antes vazios de significado, impassíveis diante do desenrolar do tempo, adquirem qualidades, finalidades, características etc. à imagem e semelhança do homem. A linguagem, quando posta em ação para compreender os fatos empíricos,

segmenta-se nos vários discursos sociais que descrevem e organizam o modo como percebemos o que comumente tomamos por *realidade*. Esses discursos sobre as coisas resultam no *conhecimento* que temos sobre as coisas. A linguagem é acionada e colocada em movimento pelos seres humanos para *conhecer* um mundo físico que é impassível e alheio a qualquer esforço cognitivo ou interpretativo:

[...] O mundo não procura absolutamente imitar o homem, ele ignora toda lei. Abstenhamo-nos de dizer que existem leis na natureza. É contra um mundo sem ordem, sem encadeamento, sem formas, sem beleza, sem sabedoria, sem harmonia, sem lei, que o conhecimento tem de lutar. É com ele que o conhecimento se relaciona. Não há nada no conhecimento que o habilite, por um direito qualquer, a conhecer esse mundo. Não é natural a natureza ser conhecida. (FOUCAULT, 2002, 18)

E de onde vem o impulso de conhecer? Abordei na primeira seção a universalidade do problema hermenêutico, ou seja, o imperativo que se coloca diante de nós que é tomar contato de forma sensível com as coisas que estão ao nosso redor e sobre elas ter de refletir, pensar, interpretar e conhecer. Será que esse imperativo é como um impulso ao conhecimento inscrito na natureza humana como o “mais antigo instinto”? Ensinam Nietzsche e Foucault que não: “[...] O conhecimento tem relação com os instintos, mas não pode estar presente neles, nem mesmo por ser *um* instinto entre os outros” (FOUCAULT, 2002, 16). O conhecimento é o resultado do confronto entre nossos instintos. Estamos todos nus diante do destino e sobre nós se coloca o problema hermenêutico. Temos fome, temos frio, temos cansaço, temos medo. Nossos instintos passam a operar para superar essas dificuldades e proteger o corpo da decadência. Contudo, esses vários estímulos acionam instintos diferentes que por vezes entram em confronto: a fome exige caça, mas o medo a impede; o frio exige abrigo, mas o cansaço faz que nos deixemos ficar ao léu. O conhecimento surge desse embate, é o acordo possível e provisório desse jogo de impulsos contraditórios:

O conhecimento tem por fundamento, por base e por ponto de partida os instintos, mas instintos em confronto entre si, de que ele é apenas o resultado, em sua superfície. O conhecimento é como um clarão, como uma luz que se irradia mas que é produzido por mecanismos ou realidades que são de natureza totalmente diversa. O conhecimento é o efeito dos instintos, é como um lance de sorte, ou como o resultado de um longo compromisso.” (FOUCAULT, 2002, 17)

Há, portanto, uma descontinuidade entre o conhecimento e as coisas a conhecer. De forma alguma poderia se considerar aquele como o resultado natural

dessas tal qual fosse uma continuidade. O conhecimento não é uma propriedade misteriosa contida na coisa e pronta a ser revelada<sup>12</sup>. Se não mais podemos partir dessa continuidade entre as coisas a conhecer e o conhecimento sobre elas, se não é mais possível olhar as coisas e delas colher sua essência, sua razão, sua justiça ou qualquer outra característica imanente, então, o que assegura a *verdade* – aqui empregada sentido de uma harmonia passível entre a subjetividade cognitiva do intelecto e os eventos e entes do mundo empírico – do conhecimento? Certamente, estamos órfãos de deus e já nele não mais poderemos confiar<sup>13</sup>. Depois de rompida aquela continuidade, nada mais pode garantir a *verdade* do conhecimento. Com Nietzsche e com Foucault, conhecer passa a ser uma relação de violência e de dominação com as coisas porque é o resultado da divergência entre “mecanismos do instinto, os jogos do desejo, os afrontamentos da mecânica do corpo e da vontade.” (FOUCAULT, 2002, 20).

Destarte, na raiz do conhecimento estará o confronto. Doravante, conhecimento será uma relação de poder. Essa eloquente afirmação resulta em duas importantes consequências: o conhecimento não deve mais ser caracterizado – como reiteradamente o fez a filosofia ocidental – pelo logocentrismo, pela semelhança, pela adequação, pela unidade, pela pacificação. Assim, não é mais o *filósofo* com sua forma de vida ascética o protagonista da trama pelo conhecer; contra os “reis filósofos”, se conhecimento é luta e poder, o grande ator passa a ser o político e a invenção do conhecimento passa a ter uma *história política*:

---

<sup>12</sup> Alberto Caeiro versifica esse estranhamento entre as coisas e o significado das coisas e se ri da ingenuidade dos filósofos que procuram o sentido delas nelas mesmas como se esse fosse o conhecimento fosse um mistério ocultado pela natureza: “O mistério das cousas, onde está ele?/Onde está ele que não aparece/Pelo menos a mostrar-nos que é mistério?/Que sabe o rio disso e que sabe a árvore?/E eu, que não sou mais do que eles, que sei disso?/Sempre que olho para as cousas e penso no que os homens pensam delas,/Rio como um regato que soa fresco numa pedra./Porque o único sentido oculto das cousas/É elas não terem sentido oculto nenhum,/É mais estranho do que todas as estranhezas/E do que os sonhos de todos os poetas/E os pensamentos de todos os filósofos./Que as cousas sejam realmente o que parecem ser/E não haja nada que compreender./Sim, eis o que os meus sentidos aprenderam sozinhos: —/As cousas não têm significação: têm existência./As cousas são o único sentido oculto das cousas.” (CAEIRO, XXXIX)

<sup>13</sup> Sobre o afastamento de percepções divinizadas acerca do conhecimento, que popularmente se conhece como “a morte de deus”, assevera Foucault: “[...] O que, efetivamente, na filosofia ocidental assegurava que as coisas a conhecer e o próprio conhecimento estavam em relação de continuidade? O que assegurava ao conhecimento o poder de conhecer bem as coisas do mundo e de não ser indefinidamente erro, ilusão, arbitrariedade? O que garantia isto na filosofia ocidental, senão Deus? Deus, certamente, desde Descartes, para não ir mais além e ainda mesmo em Kant, é esse princípio que assegura haver uma harmonia entre o conhecimento e as coisas a conhecer. Para demonstrar que o conhecimento era um conhecimento, em verdade, nas coisas do mundo, Descartes precisou afirmar a existência de Deus.” (FOUCAULT, 2002, 19)

Pode-se então compreender como uma análise desse tipo nos introduz, de maneira eficaz, em uma história política do conhecimento, dos fatos de conhecimento e do sujeito do conhecimento. (FOUCAULT, 2002, 23)

A segunda consequência da assimilação da descontinuidade entre conhecimento e coisas a conhecer e da aproximação definitiva entre poder e conhecimento é que este deixa de ser algo ensimesmado. Conhecer já não pertence mais ao campo do absoluto, do imanente e do imutável. É agora um signo datado, produzido historicamente, sob certas condições sociais, conforme determinadas relações políticas, onde variadas necessidades e variados interesses estão imbricados. Seu caráter é perspectivo: como não há conhecimento em si, não pode ser universal; será sempre precário e provisório e seu uso sempre parcial e estratégico:

Ou seja, o conhecimento é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado. É essa relação estratégica que vai definir o efeito do conhecimento e por isso seria totalmente contraditório imaginar um conhecimento que não fosse em sua natureza obrigatoriamente parcial, oblíquo, perspectivo. O caráter perspectivo do conhecimento não deriva da natureza humana, mas sempre do caráter polêmico e estratégico do conhecimento. Pode-se falar do caráter perspectivo do conhecimento porque há batalha e porque o conhecimento é feito dessa batalha. (FOUCAULT, 2002, 25)

Gostaria de frisar esse ponto no que diz respeito a dois aspectos: 1) o conhecimento é um acontecimento histórico. Portanto, os discursos – que podem tanto ser sinônimos do vocábulo *conhecimento* quanto coletâneas de conhecimentos – são também históricos e datados, tal qual exposto na primeira sessão. Nenhum discurso pode ter-se como eterno e universal<sup>14</sup>. Assim, torna-se vã toda tentativa de encontrar, edificar ou defender uma moral com valores que atravessem o tempo sem sofrerem mutação em seu conteúdo semântico, um direito que tenha critérios de justiça impermeáveis e indiferentes ao espaço e à ocasião de aplicação, um sistema político legítimo e válido quaisquer que sejam as circunstâncias de sua manutenção; em síntese, não há texto compreensível fora de contexto. Mesmo a hermenêutica teológica sofre alterações e revisões com o caminhar da história. Todas as interpretações que fazemos sobre o mundo empírico são precárias e provisórias, o que faz com que o mundo da vida esteja fundamentado no passado – já que construído com as interpretações que sobre os

---

<sup>14</sup> Em **Verdade e Formas Jurídicas**, Foucault vai partir das considerações de Nietzsche – em a **Vontade do poder**, o filósofo alemão afirma que, assim como não há ser em-si, não pode haver conhecimento em-si – para trabalhar um conceito de conhecimento que, ainda quando se utiliza de elementos que poderiam passar por universais, será sempre um efeito ou um acontecimento histórico e pontual de condições que não são da ordem do conhecimento. (FOUCAULT, 2002, 24)



*entes* vão sendo concebidas pelo esforço cognitivo de os compreender – mas em permanente estado de abertura para o futuro – pois não há interpretação, não há discurso e não há conhecimento que perdure; em uma palavra, a linguagem é provisória:

[...] O que estou descrevendo é o modo da experiência humana no mundo em geral. Chamo-a de experiência hermenêutica, uma vez que o processo assim descrito repete-se constantemente no que nos é familiar. É sempre um mundo já interpretado, um mundo já ordenado em suas relações, no qual a experiência entra como um elemento novo, que destrona o que guiava nossas expectativas, colocando uma nova ordem ao que é destronado. O primeiro elemento não é o mal-entendido e nem a estranheza, de modo que a tarefa primordial e inequívoca seria evitar o mal-entendido. Ao contrário, o assentamento no que é familiar e no acordo possibilita o trânsito para o estranho, a assunção do que vem deste, e com isso a ampliação e enriquecimento de nossa própria experiência no mundo." (GADAMER, 2004, 268)

No final da passagem citada, Gadamer opera um importante deslocamento: a primeira tarefa da interpretação não é afastar a estranheza ou evitar o mal-entendido. Pensar assim seria retornar àquele estágio filosófico em que se acreditava poder desvelar o sentido oculto das coisas contido nelas mesmas e com isso validar o conhecimento que delas foi *revelado*. Agora, o autor vai mostrar o contrário: o estranhamento só é possível a partir do mundo da vida, a partir dos entes já interpretados e transmutados em seres. Não posso dizer que o sentido que empreguei a determinado fato empírico seja, por si só, *falso*. O fato empírico apenas é. A validade, a legitimidade, a efetividade, a funcionalidade etc. de determinado sentido não pode ser constada na coisa tomada isoladamente. A *verdade* de uma interpretação – ou de um conhecimento ou de um discurso – não é uma propriedade da coisa; antes é uma característica que apenas se apreende quando percebemos essa coisa interpretada em relação analógica com outras coisas também interpretadas. A *verdade* de uma interpretação não é (apenas) objetiva. O intérprete carrega consigo uma consciência histórica formada por compreensões prévias: opiniões, experiências, preconceitos etc. Tais compreensões são partilhadas em maior ou menor grau com o resto da comunidade linguística que o cerca. Um sentido só será *verdadeiro* na medida em que se adegue mais ou menos tanto às compreensões prévias subjetivas quanto às compreensões prévias partilhadas intersubjetivamente, numa relação circular em que o sentido “ganha uma compreensão explícita através do fato de as partes, determinadas pelo todo, determinarem por seu lado esse mesmo todo.” (GADAMER, 2004, 72). Esse conhecido

postulado da retórica antiga foi transferido da arte de falar para a arte de compreender. É o que a hermenêutica conhece como *círculo da compreensão*.

A partir da virada ontológica promovida por Heidegger – quando a interpretação deixa de ser um método ou um procedimento de leitura e reflexão crítica, ou seja, um problema filológico, para se tornar um *condição ontológica do ser humano*, o modo de ser no mundo e, portanto, um problema filosófico – o conceito de *círculo da compreensão* (também chamado de *círculo hermenêutico*) é alterado. Antes, tal qual concebido por Espinoza, Ast e Schleiermacher, o conceito restringia-se à relação mútua entre o *todo* do texto e suas *partes* (RAMBERG & GJESDAK, 2005, s/n). Com Heidegger, a relação entre o *todo* e a *parte* deixa de ser formal e estática. Na concepção clássica, o *todo* era tomado como um conjunto dado e externo ao intérprete que deveria *retirar* daquele a compreensão sobre a *parte*. Para tanto, uma série de métodos e procedimentos foram desenvolvidos pela hermenêutica clássica para que se garantisse a extração fidedigna do sentido de determinado enunciado. Nesse período, procedimentos tais qual a subsunção lógica, a interpretação extensiva, a analogia etc. ocuparam os filósofos e os juristas na pretensão de, por meio dessas estratégias interpretativas, assegurar que o *verdadeiro significado* seria encontrado. O título da maior obra de Gadamer, *Verdade e Método*, é justamente uma provocação a essa ideia de que por meio do rigor metódico poder-se-ia afiançar a verdade.

Agora, o *todo*, a *parte* e o intérprete estão numa relação de mútua determinação. O *todo* não é externo ao intérprete, o intérprete *define* o *todo* na medida em que este está limitado pelas estruturas prévias da compreensão sobre o mundo que aquele possui. Da mesma forma, a interpretação da *parte* está contida nessa *parcialidade histórica* do *todo* e do intérprete. Por trás de toda interpretação está algo que o intérprete (ou a comunidade de intérpretes) possui previamente, vê previamente ou concebe previamente<sup>15</sup>. Como afirma Gadamer:

Na analítica de Heidegger, portanto, o círculo hermenêutico ganha uma significação totalmente nova. A estrutura circular da compreensão manteve-se, na teoria que nos precedeu, sempre nos quadros de uma relação formal entre o individual e o todo ou de ser reflexo subjetivo: a antecipação divinatória do todo e sua explicitação consequente no caso singular. [...] Heidegger, pelo contrário, reconhece que a compreensão do texto permanece sempre determinada pelo movimento pré-apreensivo da compreensão prévia. O que Heidegger descreve dessa forma não é outra coisa do que a tarefa de concretização da consciência histórica. Junto com essa concretização, exige-se tomar consciência das próprias opiniões prévias e preconceitos e realizar a

<sup>15</sup> Vide NEGRU, 2007, 54.

compreensão guiada pela consciência histórica, de forma que a apreensão da alteridade histórica e o emprego que ali se faz dos métodos históricos não consista simplesmente em deduzir o que a ela se atribuiu de antemão. (GADAMER, 2004, 77)

Gadamer reconhece, portanto, que foi Heidegger quem resignificou a estrutura circular da compreensão numa nova temporalidade. Na hermenêutica clássica, a compreensão era uma propriedade das coisas a conhecer, uma qualidade inerente e presente nas próprias coisas que aguardava passivamente até que o intérprete ou o sujeito cognoscente dela tomasse consciência. O tempo do círculo hermenêutico era o infinito já que o significado estaria eternamente ali, já determinado e pronto para ser revelado.

Com Heidegger, o processo circular da compreensão adquire um novo tempo, já não mais infinito, mas agora histórico. Como não há sentido válido ou absoluto estabelecido à priori, o sujeito, ao se deparar com a coisa, interpretá-la-á desde si próprio e da posição histórica que ocupa. Ou seja, o sentido de algo será construído a partir dos elementos de pré-compreensão que o intérprete detenha: sua pertença à tradição e os pré-conceitos que tenha adquirido ao longo de sua existência enquanto ser contingente, temporal e finito. A compreensão está inserida no fluxo da histórica que, tal qual as margens do rio, limita as possibilidades de sentido. Como sintetiza Gadamer:

A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermediam constantemente passado e presente. É isto que deve ser aplicado à teoria hermenêutica que está excessivamente dominada pela ideias dos procedimentos de um método. (GADAMER, 2005, 385)

### 2.3 Do conhecimento ao consenso

A interpretação e o conhecimento – enquanto sentido dado às coisas – estão assentados sobre estruturas prévias de compreensão adquiridas historicamente e que, ao serem partilhadas pela comunidade de intérpretes, conformam aquela imagem linguística do mundo que se tem conceituado como *mundo da vida*. O conhecimento produzido e organizado naquilo que chamamos de discurso científico – ou simplesmente ciência – é um exemplo bastante pedagógico e ilustrativo desse aspecto histórico da interpretação. Desde a noção de paradigmas científicos de Thomas Kuhn, é possível dizer que o que se toma por científico é um conjunto de postulados, teorias e práticas *normais*, aceitas e

partilhadas pela comunidade de especialistas como sendo *corretas* para a construção de *interpretações científicas* sobre fenômenos mundanos<sup>16</sup>. Contudo, esse conjunto de interpretações está sujeito a rompimentos, saltos e profundas alterações. O que é *ciência* hoje talvez não mais o seja amanhã, justamente porque a *comunidade científica* pode alterar o *significado científico* de determinada coisa ou fenômeno<sup>17</sup>. Plutão, até bem pouco tempo, era classificado como o nono planeta de nosso Sistema Solar. Se *ser planeta* fosse uma propriedade constatável na própria *coisa* que nomeamos “Plutão” e, conseqüentemente, em todas as outras coisas que partilhassem determinadas similitudes, essa classificação jamais poderia ser revista. Ainda assim, o corpo celeste ‘Plutão’ foi rebaixado e hoje não é mais classificado como ‘planeta’. Podemos perceber aqui como mesmo a semelhança entre coisas empíricas é uma qualidade dada hermeneuticamente pelos *seres* aos *entes*.

Visualiza-se como a interpretação é uma espécie de *projeção* do intérprete desde estruturas prévias convencionais e convencionadas. Eu parto tanto de minhas próprias convicções, quanto das convenções socialmente partilhadas, para dotar de sentido a coisa inerte que, enquanto permanecer nesta condição, está a-compreensível. Gadamer designará genericamente essas estruturas de compreensão por *preconceitos*. Segundo o autor, é imperioso reconhecer que toda compreensão é preconceituosa, pois não pode acontecer sem a utilização de preconceitos que nada mais são do que “todo juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão” (GADAMER, 2005, 360). Ele revitaliza a noção corrente do senso comum para dizer que nossos preconceitos não estão necessariamente vinculados a opiniões intolerantes e discriminatórias. Antes, são antecipações dos sentidos partilhados socialmente e, neste sentido, a característica da nossa historicidade enquanto *seres no mundo*. Diz o autor:

[...] mais que nossos conceitos, são nossos preconceitos que perfazem nosso ser.[...] Os preconceitos não são necessariamente injustificados e errôneos, de modo a distorcer a verdade. Na realidade, o fato de os preconceitos, no sentido literal da palavra, constituírem a orientação prévia de toda nossa

<sup>16</sup> Vide KHUN, Thomaz. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

<sup>17</sup> Um dos ganhos da ciência contemporânea foi o de eliminar o “mito positivista” de uma ciência que chegaria à leis imutáveis, eternas e universais. Hoje, pelo contrário, como nos ensinam Carvalho Netto e Scotti, “[...] é o saber que se sabe precário, que não se julga absoluto, que sabe ter de expor com plausibilidade a fundamentação de tudo o que afirma. Leis científicas, por definição, são temporárias. Serão refutadas. A refutação só prova que determinadas teses foram científicas enquanto foram críveis, plausíveis, para nós.” (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, 26)

capacidade de experiência é constitutivo da historicidade de nossa existência. São antecipações de nossa abertura para o mundo, que se tornam condições para que possamos experimentar qualquer coisa, para que aquilo que nos vem ao encontro possa nos dizer algo. (GADAMER, 2004, 261)

Os preconceitos formam o pano de fundo que possibilita aos seres humanos a comunicação. São essas estruturas prévias de compreensão que possibilitam a partilha de um sentido comum mínimo para as coisas do mundo. É a pré-compreensão que temos sobre as coisas que vai nos possibilitar a abertura de sentido das coisas. Contudo, certamente, essa rede oculta de concepções, em regra, não está em questão. Na maior parte do tempo, nossos preconceitos funcionam como truísmos naturalizados, um “pano de fundo tacitamente compartilhado de silêncio”. Enquanto esses preconceitos não são postos em debate no plano de linguagem, funcionam como pontes linguísticas e semânticas, ligando, de maneira irrefletida, tão variadas e destoantes formas de existência. Aqui reside o paradoxo da linguagem: o que torna possível o fenômeno improvável da comunicação entre os seres humanos – ou seja, que possamos compartilhar um mundo da vida de sentidos inventados a partir de um mundo empírico totalmente sem sentido sendo continuamente interpretado por um sem número de projetos existenciais – não é o som, não é a fala, não é o discurso que verbalizamos ou o sentido que transmitimos gestualmente, mas sim o silêncio que mantemos de forma tácita e naturalizada sobre um *mínimo semântico* que em determinado momento histórico demos as coisas. Carvalho Netto e Scotti da seguinte forma sintetizam:

A comunicação como tal, por meio da linguagem, é muito improvável e, no entanto, ela se dá, nós nos comunicamos graças a esse pano de fundo compartilhado de silêncio que, é claro, é sentido naturalizado. Daí a natureza contrafactual desse pressuposto residir precisamente no paradoxo da linguagem: “nós nos comunicamos porque não nos comunicamos”. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, 31)

Ora, se é justamente graças ao silêncio compartilhado sobre os preconceitos sedimentados que nos comunicamos, como poderíamos atualizar, por meio da linguagem, o sentido das coisas no mundo? Como poderíamos, utilizando os preconceitos, alterar nossos preconceitos, refundar nossos preconceitos, negar nossos preconceitos ou superar nossos preconceitos? Aqui entra em cena o caráter performático da linguagem, ou seja, a atuação da linguagem na construção e na renovação dos sentidos. Quando nossos preconceitos se exercem eles ascendem ao plano da linguagem, ao espaço público onde os debates vão consolidar e difundir as

interpretações do mundo da vida. É nesse espaço público de debate que podemos apreender com propriedade os mecanismos de funcionamento dos jogos de linguagem e da disputa entre discursos.

Quando eu aciono de maneira mais ou menos consciente um preconceito, seu conteúdo pode ser desacreditado, pode ser endossado ou pode ser refutado pelo meu interlocutor. Meu preconceito pode ainda agredir ou exaltar meu interlocutor. De toda sorte, quando a comunidade linguística se movimenta sobre aquele pano de fundo de silêncio compartilhado, de forma ativa ou reativa posições vão sendo tomadas. Haverá os que concordam, haverá os que discordam, haverá aqueles que são incluídos e haverá os que são excluídos por determinado preconceito. Tais posições põem em questão meu preconceito, levando-me a ter de racionalizá-lo:

Na verdade, o preconceito próprio só entra realmente em jogo quando ele está em jogo, ou seja, quando está em questão. É só na medida em que esse preconceito se exerce que ele entrará em jogo com o outro, e isto de tal forma que também este pode se exercer. (GADAMER, 2004, 81)

Tenho agora de tomar uma *decisão* em relação ao preconceito. Posso escolher descartá-lo ou escolher mantê-lo. Seja como for, desse discernimento restará não mais *mero* preconceito e sim um *saber* que poderá ser refutado ou defendido tendo como base os outros posicionamentos e os outros saberes que estão em permanente disputa. O fato de eu ter de me posicionar perante meus preconceitos para então construir o conhecimento resulta em três importantes conclusões acerca dos atributos do que possui o conhecimento: primeiro remonta à afirmação acima feita de que não existe *conhecimento em si*, mas que todo conhecimento é *relativo*. É apenas nesses jogos de linguagem, funcionando sobre mecanismos que excluem, validam, acoplam e superam os vários discursos com *vontade de verdade* que circulam na sociedade, que poderemos estabelecer o conteúdo de nossos conhecimentos e o sentido que damos às coisas do mundo. Michel Foucault, a partir de uma análise sobre as estruturas que convalidam ou que excluem o discurso, consegue delimitar algumas das várias instituições sociais que tem como função designar como *verdadeiro* determinado saber, determinado sentido, determinado conhecimento:

Ora, essa vontade de verdade como os outros sistemas de exclusão, apoia-se sobre um suporte institucional: é ao mesmo tempo reforçada e reconduzida por todo um compacto conjunto de práticas como a pedagogia, é claro, como o sistema dos livros, da edição, das bibliotecas, como as sociedades de sábios

outrora, os laboratórios hoje. Ela é também reconduzida, mais profundamente sem dúvida, pelo modo como o saber é aplicado em uma sociedade, como é valorizado, distribuído, repartido e de certo modo atribuído. (FOUCAULT, 2011, 17)

Segundo, todo conhecimento implica em desconhecimento. Quando escolho um sentido, inevitavelmente excluo um sem número de outros sentidos possíveis. O existencialismo identificou aqui a raiz das angústias do ser humano: toda escolha requer uma ou mais renúncias. Conhecer é renunciar, conhecer é limitar. Não é possível conhecer a coisa em sua completude, simplesmente porque não há completude a ser descoberta nas coisas enquanto abandonadas à sua mera existência. Eu apenas posso conhecer algo quando posiciono esse algo em relação aos outros ‘algos’ em jogo na linguagem:

Somos seres humanos, datados, com o olhar marcado por aquilo que vivemos. Só podemos ver o que a nossa sociedade permite que vejamos, o que a nossa vida concreta em sociedade permite que vejamos. Qualquer luz necessariamente projeta sombras. Se podemos ver muito bem alguns aspectos é porque outros restam ofuscados pelo brilho daqueles que enfocamos em destaque. Toda produção de conhecimento requer redução de complexidade e, nessa medida, produz igualmente desconhecimento. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, 28)

Em terceiro lugar, o conhecimento é parcial. Não há saber descompromissado ou desinteressado. Todo conhecimento é *arbitrado* de acordo com a posição que o intérprete e a coisa a ser interpretada ocupam nos embates de linguagem que perfazem o mundo da vida. Assim, os discursos podem ser usados de forma estratégica para atender a determinadas finalidades ou para responder a determinados interesses. O intérprete elabora um *projeto* de interpretação e o testa naquele espaço público em que as *verdades* são produzidas. A aceitação ou a negação de certa interpretação como *válida* ou *verdadeira* é uma medida de *poder* porque os discursos não apenas descrevem o que é realidade, mas também aquilo pelo que lutamos para *ser* realidade<sup>18</sup>. A linguagem não é somente a descrição da realidade; por meio dos movimentos estratégicos da linguagem nós construímos a realidade:

---

<sup>18</sup> Michel Foucault demonstra como o discurso é também aquilo pelo que lutamos e, nesse sentido, é não só a ferramenta que revela ou oculta nossas pretensões como também um objeto de desejo: “Por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem, revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e com o poder. Nisto não há nada de espantoso, visto que o discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é o objeto do desejo; e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar.” (FOUCAULT, 2011, 10)

[...] No espelho da linguagem, reflete-se, antes, tudo que é. Nele e somente nele encontramos o que não encontramos em parte alguma, porque somos nós mesmos (e não apenas o que pensamos e sabemos acerca de nós mesmos). No fundo, a linguagem não é nenhum espelho, e o que vemos nela não é reflexo de nosso ser nem do ser de todos, mas uma interpretação e revitalização do que existe conosco, tanto na dependência real de trabalho e dominação como em tudo mais que constitui nosso mundo. A linguagem não é um sujeito anônimo, finalmente encontrado, de todos os processos e ações sócio-históricos, que se oferece ao nosso olhar contemplativo junto com o conjunto de suas atividades e objetivações. Ela é, antes, o jogo em que todos participamos. Aqui ninguém tem precedência. Cada qual está 'envolvido' e é 'mão' no jogo. Isso acontece quando compreendemos, e justamente quando vislumbramos os preconceitos ou desmascaramos subterfúgios que desfiguram a realidade. É ali que mais 'compreendemos'. Então, quando vislumbramos algo que nos parecia estranho e incompreensível, quando o alojamos sob nosso mundo ordenado pela linguagem, então, finalmente, a coisa fica clara, como num árduo cálculo de xadrez onde só compreendemos a necessidade de alguma posição absurda na resolução final da partida. (GADAMER, 2004, 283)

Ora, se o conhecimento não pode ser encontrado na coisa mesma a conhecer; se o conhecimento é construído historicamente por nós desde nossos preconceitos; se o conhecimento é relativo, limitado e parcial; se a *verdade* ou a *validade* do conhecimento não podem ser encontradas *a priori* no objeto do conhecimento, mas apenas “justificadas” depois de inserido esse objeto em jogos de linguagem e jogos de poder onde variados conhecimentos se interpelam, se chocam, se excluem e se superam; posso dizer que o conhecimento não é a consequência de ato místico de revelação, mas sim o resultado de um *procedimento* executado através de jogos da linguagem em diferentes instâncias e instituições sociais, de forma *violenta*<sup>19</sup>, que surge quando as paixões, os instintos e os interesses em conflito conseguem chegar a um *acordo* possível e precário. O conhecimento, ou melhor, a *verdade* do

---

<sup>19</sup> A violência da *disputa* pelo conhecimento não é necessariamente física. Posso dizer que é violenta porque todo conhecimento implica em desconhecimento e, neste sentido, exclui um sem número de outros conhecimentos possíveis. Entretanto, diversas vezes ao longo da história o conhecimento se firmou por meio sim da violência física e da eliminação de povos e culturas. Basta pensar nas consequências fáticas do programa do Iluminismo [*Aufklärung*] europeu que, para superar a suposta *imaturidade* das culturas não-europeias – que na percepção de Immanuel Kant eram não só imaturas, como também *responsáveis* por tal situação uma vez que lhes faltaria *coragem* para usar de seu próprio entendimento sem a tutela do outro (Vide KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: o que é esclarecimento?** Tradução Luiz Paulo Rouanet. Brasília: Casa das Musas, 1783.) – achou-se à vontade e até legitimado para dizimar as culturas autóctones das terras de ultramar que se tornariam colônias da Europa como se estivesse fazendo a elas um imenso favor. Tal *discurso* de justificação da violência como sendo o preço a ser pago pelo *progresso ocidental e moderno* é o que Enrique Dussel vai definir como o *caráter mítico da modernidade*. (Vide DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: conferências de Frankfurt**. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993).



conhecimento é, portanto, o consenso que estabelecemos e compartilhamos como *válido* sobre o sentido das coisas do mundo.

[...] O que entendemos por verdade - revelação, desocultação das coisas - tem, portanto, sua própria temporalidade e historicidade. Em todo o nosso esforço por alcançar a verdade, descobrimos admirados que não podemos dizer a verdade sem interpelação e sem resposta e assim sem o caráter comum do consenso obtido. O mais admirável, porém, na essência da linguagem e do diálogo é que eu próprio não estou ligado ao que penso quando falo com outras pessoas sobre algo, e que nenhum de nós abarca toda a verdade em seu pensar, mas que a verdade no seu todo, no entanto, pode abarcar a todos nós em nosso pensar individual. Uma hermenêutica adequada à nossa existência histórica deveria assumir a tarefa de desenvolver as relações semânticas entre linguagem e diálogo, que nos atingem e ultrapassam. (GADAMER, 2004, 71)

Essa afirmação profana o conceito da *verdade* ao lhe dar um caráter histórico e procedimental. Da mesma forma, atualiza a tarefa da hermenêutica – que sempre esteve intimamente empenhada em responder ao questionamento “*Qual é a verdade da coisa? O que essa coisa quer ou tem para me dizer?*” – para que passe a ser a de identificar, de um lado, o que Michel Foucault chama de a “história interna da verdade”, ou seja, os mecanismos linguísticos e semânticos que funcionam como regras de produção e como princípios de regulação da verdade; e de outro lado, a “história externa da verdade”, os variados *lugares e espaços sociais* onde tanto a verdade, quanto as regras do *jogo da verdade*, são definidas.

Nesse ‘novo’ *programa hermenêutico*, a própria filosofia adquire uma ampliação de sentido tal qual já colocado por K. Marx na célebre XI Tese sobre Feuerbach e reconfigurado por Foucault da seguinte maneira:

A questão tradicional da filosofia política poderia ser esquematicamente formulada nesses termos: como pode o discurso da verdade, ou simplesmente a filosofia entendida como o discurso da verdade por excelência, fixar os limites de direito do poder? Eu preferiria colocar uma outra, mais elementar e muito mais concreta em relação a esta pergunta tradicional, nobre e filosófica: de que regras de direito as relações de poder lançam mão para produzir discursos de verdade? Em uma sociedade como a nossa, que tipo de poder é capaz de produzir discursos de verdade dotados de efeitos tão poderosos? [...] Não há possibilidade de exercício do poder sem uma certa economia dos discursos de verdade que funcione dentro e a partir desta dupla exigência. Somos submetidos pelo poder à produção da verdade e só podemos exercê-lo através da produção da verdade. (FOUCAULT, 1979, 179-180)

Talvez, assim reconfiguradas a hermenêutica, a verdade e a sua relação com a organização e distribuição do poder, uma outra perspectiva emerja. Talvez, àqueles que se propõem tanto interpretar quanto modificar o mundo e seu universo de sentido a questão central já não seja mais sobre filosofia política e sim sobre a política da filosofia.

#### **2.4 Do consenso à coação; e vice-versa**

A revitalização dos pré-conceitos, promovida por Gadamer, esclarece como eles funcionam, dentro do círculo hermenêutico, enquanto categorias de pré-compreensão. Quando o intérprete está diante da coisa a ser compreendida, ele aciona aquelas categorias para, a partir delas, alcançar o entendimento. Essas categorias são tanto internas – os pré-conceitos adquiridos ao longo da existência do intérprete –, quanto externas – o contexto no qual o texto e o intérprete estão inseridos.

Um pré-conceito, após sedimentar-se, transforma-se em conceito e, uma vez utilizado repetidamente pela comunidade, pode ser encarado como um consenso daquela comunidade. Esses conceitos e consensos vão sendo transmitidos de geração em geração, de tal sorte que as novas interpretações os tomam como ponto de partida. Essa função, de servir de início para um novo giro do círculo da compreensão, foi valorizada por Gadamer. Como consequência, o autor redimensiona o papel da tradição na qual o intérprete está inserido como ponte condutora que liga o passado ao presente.

A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermediam constantemente passado e presente. É isto que deve ser aplicado à teoria hermenêutica que está excessivamente dominada pela idéia dos procedimentos de um método. (GADAMER, 2005, 385)

Note-se que, para Gadamer, não se trata de um método, ou seja, o círculo da compreensão não é um procedimento formal em que o autor deverá atuar conforme o roteiro: identificação dos conceitos, transmitidos pela tradição, pertinentes ao contexto – utilização desses conceitos como pré-conceitos para uma nova interpretação – sedimentação do novo entendimento. O autor eleva a hermenêutica à categoria ontológica do ser humano, transformando-a em condição de *ser-no-mundo*. Isso quer dizer que dotar as coisas de sentido, desde pré-conceitos delegados pela tradição, não é

algo metódico, e sim *existencial*; não há escolha ou caminho pré-definido para a interpretação ocorrer, ela não é um procedimento que possa ser controlado; a compreensão se manifesta nas entranhas do intérprete quer ele queira, quer não; ela é um acontecimento, uma característica vital que se realiza.

Como afirma Gadamer, estamos desde o início presos ao nosso momento histórico, de tal sorte que somos determinados por este momento, isto é, pela educação, pela sociedade, pela política, pela religião etc. Não há compreensão possível fora da história na qual fomos lançados. Não há sequer um lugar *puro* ou *transparente* para o qual pudéssemos nos transpor, livre de nossos próprios pré-conceitos. Pelo contrário, estamos acorrentados à historicidade que nos envolve. Mais uma vez, é interessante como a perspectiva gadameriana se aproxima da proposta materialista para a História, formulada por Karl Marx. Este, ao tratar do golpe de Estado dado por Louis Bonaparte, conhecido como 18 Brumário, reflete sobre o peso do contexto e da *tradição* que nos oprime, mesmo nos contextos de criação revolucionária:

Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem segundo a sua livre vontade; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos. E justamente quando parecem empenhados em revolucionar-se a si e às coisas, em criar algo que jamais existiu, precisamente nesses períodos de crise revolucionária, os homens conjuram ansiosamente em seu auxílio os espíritos do passado, tomando-lhes emprestado os nomes, os gritos de guerra e as roupagens, a fim de apresentar e nessa linguagem emprestada. (MARX, 1851, 6)

Apesar da similitude entre as perspectivas, Gadamer, enquanto autor do século XX, vai se afastar de Marx num ponto crucial: no desencanto com a *razão*. O intelectual do século XIX, na mais típica tradição moderna, está ainda inebriado pelas luzes do *Esclarecimento* (*Aufklärung*) e aposta numa *razão* de contornos universalizantes como motor emancipatório capaz de livrar os seres humanos das formas de opressão que entorpecem a consciência e alienam o sujeito. O programa do *Esclarecimento* vai desacreditar os preconceitos porque sugere um ser humano totalmente reflexivo e racional, de tal sorte que não haja espaço para pré-concepções. “*Sapere aude!* [Ousa saber!] Tenha a coragem de te servir de teu próprio entendimento, tal é portanto a divisão do Esclarecimento”, dirá Kant logo no início do célebre texto *Resposta à pergunta: o que é o Esclarecimento?* (KANT, 1783, 13). O *homem esclarecido* é aquele que alcançou a *maioridade*, que pensa de forma autônoma e liberta

de qualquer preconceito, já que estes nada mais são do que “rédeas” que impedem o homem de pensar (KANT, 1783, 18).

Já o autor de *Verdade e Método*, por sua vez, limita a razão na medida em que defende que ela não pode ser senhora de si, pois mesmo ela não pode escapar à história que a engendra; dito por outras palavras, também a *razão* é um projeto arquitetado e balizado pelo momento histórico, e não uma ideação abstrata capaz de, por si só, superar as incorreções e incompreensões de *ser-no-mundo*. Em verdade, nada pode superar essa ontologia hermenêutica, “é só o reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda a compreensão que pode levar o problema hermenêutico a sua real agudeza” (GADAMER, 2005, 14). Destarte, o autor vai negar aquela concepção do *Esclarecimento* de serem os preconceitos sempre ‘obstáculos ao entendimento’ ou ‘falso entendimento’ para concebê-los justamente como *condições do entendimento*, passíveis de serem tanto *ilegítimos* como *legítimos, válidos ou verdadeiros*:

Se quiser fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma reabilitação radical do conceito de preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos. (GADAMER, 2005, 368)

Acontece que Gadamer, para promover a reabilitação radical do conceito de preconceito, acaba por sobrevalorizar a tradição. Para o autor, a tradição e a herança histórica possuem *autoridade* enquanto um conhecimento que foi *consagrado* pela comunidade e sendo transmitido de geração em geração. No processo, tornou-se anônimo e, portanto, prescinde de fundamentação. Dessa forma, haveria algo como uma “autoridade verdadeira”, fundada no *reconhecimento* da comunidade. O conhecimento, quando transmitido por essa “autoridade verdadeira” – que não seria *obedecida* e sim *reconhecida* –, seria um conhecimento *legítimo*; da mesma forma, os pré-conceitos mantidos pela tradição e propagados pela autoridade verdadeira, também seriam *legítimos*. Ou seja, para Gadamer, a permanência de determinado pré-conceitos, ou mesmo de determinado conhecimento, na *tradição* é razão suficiente para considerá-los legítimos. A tradição transforma-se aqui na *fonte de legitimidade* dos consensos, conhecimentos, sentidos etc.

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de

sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmo vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão, não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”, por isso, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão. (GADAMER, 2005, 389)

Esse “momento estrutural ontológico da compreensão” é o que o Gadamer vai chamar de *universalidade da hermenêutica*. Temos de compreender a *universalidade da hermenêutica*, defendida por Gadamer, de duas formas: em primeiro, como universalidade da dimensão linguística da compreensão e, de outro lado, como universalidade da compreensão humana sobre o mundo. A universalidade da dimensão linguística foi abordada na acima e posso sintetizá-la no fato da compreensão ser linguística, não só na sua produção, mas na sua transmissão, para qualquer um de nós, no momento em que temos contato com a tradição. O segundo aspecto da *universalidade da hermenêutica* reside no fato de ser por meio da linguagem que o ser humano experimenta o mundo. Em ambas as formas, portanto, a universalidade da hermenêutica é dada pela universalidade da linguagem.

Para Gadamer, atividade hermenêutica – composta de suas várias instâncias e condições – seria capaz de, por si só, gerar a compreensão e, neste sentido, o *conhecimento* e a *verdade*. Especialmente no que diz respeito à aos preconceitos e à tradição, Gadamer parece leniente e propenso a considerar a compreensão hermenêutica do intérprete como suficiente para alcançarmos o entendimento válido. É como se fosse um movimento cujo vetor apontasse para um único sentido: o intérprete, ao tomar contato com a coisa a ser compreendida, contextualiza-a a partir dos elementos de sua pré-compreensão; configurado o entendimento desde os preconceitos, não há atividade reflexiva, ou seja, a compreensão do intérprete não é novamente acionada por este para reavaliar tanto o conhecimento produzido, como os próprios elementos de pré-compreensão.

Ora, é exatamente daqui que Jürgen Habermas vai tecer suas críticas às concepções gadamerianas. No famoso diálogo entre os dois autores, composto por uma série de artigos escritos entre o final da década de 60 e o começo da década de 80 do século XX, Gadamer e Habermas travam uma batalha intelectual e filosófica ao redor do que o segundo autor chama de *pretensão à universalidade da hermenêutica*, em

oposição à *universalidade hermenêutica*, defendida por Gadamer. Habermas, partindo da percepção gadameriana de que a universalidade da hermenêutica advém da universalidade da linguagem, alega que Gadamer não se atém, suficientemente, ao fato de que, por um lado, a linguagem pode ser uma forma de dominação, afinal, também é produto histórico e, neste sentido, resultado do poder social; por outro lado, a linguagem pode ser afetada por fatores subconscientes que a distorcem sistematicamente. Para Habermas, a compreensão deve ir além do diálogo e da consciência hermenêutica. “O argumento de Habermas contra Gadamer pode resumir-se na afirmação de que, apesar de a compreensão hermenêutica ser um primeiro passo necessário na compreensão, não pode ser o último.” (HEKMAN, 1986, 189). A acusação que Habermas faz a Gadamer é de não considerar a contento o segundo vetor da compreensão: a reflexão, que ameaça e pressiona as bases da própria compreensão.

Assim como Gadamer, Habermas vai partir dos pré-conceitos como sendo categorias de pré-compreensão. Segundo este autor, os preconceitos “são condições do conhecimento possível” (HABERMAS, 1987, 17). Entretanto, o conhecimento produzido acaba por se voltar, reflexivamente, contra os próprios preconceitos:

Este conhecimento se eleva à reflexão quando ele torna transparente o quadro de referencia normativo, à medida que ele se movimento dentro deste. Assim, a hermenêutica eleva à consciência aquilo que nos atos da compreensão sempre esteve preestruturado historicamente através de tradições inculcadas. [...] A estrutura preconceitual que se tornou transparente não pode mais funcionar à maneira de preconceito. Mas é exatamente isso que Gadamer parece supor. (HABERMAS, 1987, 17)

Habermas não sobrevaloriza a tradição, como parece fazer Gadamer. Enquanto este defende a *autoridade* do conhecimento ou do preconceito *reconhecido* (e transmitido) pela tradição, Habermas vai questionar até que ponto essa *autoridade* é legítima e se se mantém após ser reavaliada pela *reflexão*:

Não há duvida que o conhecimento se enraíza em tradição fática; ele permanece ligado a condições contingentes. Mas a reflexão não trabalha na facticidade das normas transmitidas sem deixar vestígios. Ela é condenada a chegar depois, mas, ao olhar para trás, desenvolve uma força retroativa. Nós só podemos nos voltar para as normas interiorizadas depois de termos aprendido primeiro cegamente a segui-las sob um poder que se impôs de fora. À medida, porém, que a reflexão recorda aquele caminho da autoridade, no qual as gramáticas dos jogos de linguagem foram exercitadas dogmaticamente como regras da concepção do mundo e do agir, pode ser tirado da autoridade aquilo que nela era pura dominação, e ser dissolvido na coerção sem violência da inteligência e da decisão racional. (HABERMAS, 1987, 18)

Assim, para Habermas, não basta, para se chegar ao conhecimento legítimo, que as coisas do mundo adquiram sentido, fática e contingencialmente, ao passarem pelo filtro da linguagem e da compreensão hermenêutica e que esse sentido seja transmitido, linguisticamente, pela *tradição*. Citando seu opositor intelectual, Habermas vai formular a seguinte crítica:

Se eu vejo bem, Gadamer é da opinião de que o esclarecimento hermenêutico de manifestações vitais incompreensíveis ou malcompreendidas sempre deve remeter a um consenso, que foi previamente ensaiado de maneira confiável através de tradição convergente. Esta tradição, porém, é para nós objetiva no sentido de que nós não a podemos confrontar com uma pretensão de verdade em termos de princípios. A estrutura preconceitual da compreensão não apenas proíbe, mas faz mesmo aparecer como sem sentido, recolocar, em questão aquele consenso faticamente alcançado, e que cada vez subjaz ao nosso mal-entendido e à nossa incompreensão. Hermeneuticamente, nós nos atemos a nos referir a acordos prévios concretos que em última análise se reportam à socialização, à introdução (treinamento, aprendizado, exercitação) em contextos comuns de tradição. Nenhum deles poder fugir, em princípio, à crítica, mas nenhum pode ser posto em questão abstratamente. (HABERMAS, 1987, 61)

Para o autor em epígrafe, um segundo filtro, o filtro da reflexão, será ainda necessário para que *consensos válidos* sejam criados. Isso porque, sob o manto da linguagem, esse fenômeno universal aos seres humanos, responsável por sua experiência de *ser-no-mundo*, esconde-se também o poder e a dominação social. Não ascendem apenas consensos legítimos ao plano da linguagem. Muita violência é exercida na criação e na reprodução de nossos signos linguísticos, de nossas regras gramáticas, de nossos jogos de linguagem, de nossos sentidos semânticos etc. Como assevera Habermas:

Há um bom sentido em conceber linguagem como uma espécie de meta-instituição, da qual dependem todas as instituições sociais; pois a ação social só se constitui na comunicação de linguagem corrente. Mas esta meta-instituição da linguagem como tradição é evidentemente, por sua vez, dependente de processos sociais, que não ficam absorvidos por contextos normativos. Linguagem *também é médium* de dominação e de poder social. Ela serve à legitimação de relações de violência organizada. Na medida em que as legitimações não manifestam a relação de violência, cuja institucionalização possibilitam, e na medida em que isso apenas se exprime nas legitimações, a linguagem *também é ideológica*. Aí não se trata apenas de enganos numa linguagem, mas sim de engano com a própria linguagem. A experiência hermenêutica que topa com uma tal dependência do contexto simbólico com referência às relações fáticas passa a ser crítica da ideologia. (HABERMAS, 1987, 21)

Habermas contesta os limites da universalidade da hermenêutica. Segundo esse autor, a compreensão não pode ater-se, apenas, à universalidade da linguagem e aos procedimentos da hermenêutica, porque os preconceitos, os consensos, os jogos de linguagem, enfim, as regras internas à própria compreensão hermenêutica não são suficientes para identificarem os casos em que os sujeitos falantes não estão, verdadeiramente, diante de uma situação de mútuo entendimento *legítimo* – isento de qualquer coação – e sim inseridos num cenário de *comunicação sistematicamente distorcida* ou de *pseudocomunicação*. Segundo Habermas, uma comunicação “pode ser perturbada quando (algumas) condições linguísticas para um entendimento direto entre (pelo menos) dois participantes da interação não são preenchidas” (HABERMAS, 1987, 87).

A própria consciência hermenêutica não é capaz de, por si só, reconhecer os diálogos, os discursos ou os consensos cunhados sob a *pseudocomunicação*, porque a *pseudocomunicação* não afeta, necessariamente, a autocompreensão hermenêutica. Isto é, um caso de comunicação sistematicamente distorcida não é obrigatoriamente um caso em que a compreensão falhe ou em que não possa ocorrer. A compreensão da hermenêutica pode negligenciar essas distorções e construir pontes de consenso e entendimento entre falantes, ainda que tais pontes sejam erigidas sobre o solo arenoso de elementos da *pré-compreensão* ou da *tradição* advindos da coerção entre esses mesmos falantes. Por mais capaz, experiente, habilidoso ou técnico que seja o intérprete, sua competência comunicativa, adquirida naturalmente em razão de sua inserção na *tradição linguística* de sua comunidade, é insuficiente para perceber a *pseudocomunicação*, porque esta não é explicável apenas a partir da estrutura, trazida à consciência pela hermenêutica. É o que nos afirma Habermas:

A autocompreensão da hermenêutica só poderá ser abalada quando se mostrar que modelos de comunicação sistematicamente distorcidos retornam também no discurso “normal”, digamos, no discurso perceptivelmente patológico. Assim ocorre no caso da pseudocomunicação, em que não fica reconhecível aos participantes uma perturbação da comunicação. Somente alguém que chegue de fora perceberá que um entende mal o outro. A pseudocomunicação gera um sistema de mal-entendidos que não é descoberto ou percebido na aparência de um falso consenso. Pois bem, a hermenêutica nos ensinou que nós, enquanto nos movemos numa linguagem natural, sempre estamos participando como interessados e não podemos nos evadir do papel de parceiros refletidos. Não dispomos, por isso, de nenhum critério geral que nos permita verificar quando é que estamos presos na consciência falsa de um acordo (ou entendimento) pseudonormal, e consideramos algo, que em verdade careceria de uma explicação sistemática, como sendo dificuldades a serem esclarecidas apenas hermeneuticamente. A experiência



hermenêutica do limite consiste, portanto, em que nós descubramos ou revelemos como tais os mal-entendidos gerados sistematicamente – sem antes “concebê-los ou compreendê-los”. (HABERMAS, 1987, 42)

Assim, para Habermas, a concepção de Gadamer não é satisfatória na medida em que não se atém aos distúrbios comunicacionais que resultam na pseudocomunicação. Essa comunicação patológica pode ser decorrente de fatores do subconsciente. Habermas vai usar da psicanálise freudiana para demonstrá-la atuando em pacientes vítimas de neuroses, psicoses e outros distúrbios psicológicos, que acabam por desenvolver símbolos linguísticos cujo significado é privado, ou seja, símbolos linguísticos com significados não compartilhados pelo resto da comunidade de falantes e que não podem mais ser empregados de acordo com as regras da linguagem pública. Tais símbolos são sintomas, muitas vezes manifestos na forma de recalques, que, entretanto, não são imediatamente identificados como sintomas de uma patologia. Isso porque o falante que desenvolve tais símbolos dissociados da comunicação pública não está, a despeito, excluído da comunicação pública. Ele pode continuar a empregá-lo em diálogos aparentemente “normais” sem que o distúrbio linguístico e o descompasso semântico sejam percebidos pelo interlocutor. Com base nessas considerações, Habermas vai propor uma *hermenêutica de profundidade*.

Nesta hermenêutica profunda, não basta partirmos dos momentos e dos elementos de pré-compreensão transmitidos pela tradição, que se formam e se alteram no interior da própria comunicação linguística. A *hermenêutica de profundidade* pressupõe uma avaliação sistemática do próprio *modelo de comunicação*, isto é, as condições para além da linguagem na qual o sujeito que fala está inserido; mais que isso, a *hermenêutica de profundidade* pressupõe a construção de um *sistema* da linguagem em geral, ou seja, diz respeito às condições de fala do sujeito e às condições de construção, reprodução e transmissão da própria linguagem, tendo sempre presente que essa linguagem pode se desenvolver pela *tradição* de forma “patológica”, ainda que se manifeste “normal”, e resultar em *falsos consensos*. Explica melhor o filósofo:

A compreensão na hermenêutica profunda necessita por isso de uma pré-compreensão sistemática que abarca as linguagens como um todo, enquanto a compreensão hermenêutica parte a cada vez de um entendimento ou acordo prévio determinado pela tradição, que se forma e se altera no interior da comunicação linguística. (HABERMAS, 1987, 57)

Assim, a proposta de Habermas é que a *universalidade da hermenêutica* é, de fato, a condição do *ser-no-mundo*. Entretanto, mesmo enquanto categoria ontológica, a hermenêutica não é suficiente para esgotarmos o processo de compreensão e, menos ainda, para validarmos, normativamente, o conhecimento, os preconceitos e os consensos que da atividade hermenêutica resultem. O círculo hermenêutico da compreensão possui limites: sem uma compreensão sistêmica e reflexiva acerca dos elementos formadores da compreensão – os conceitos e os preconceitos, transmitidos pela *tradição* – o círculo fecha-se sobre si mesmo – sobre seus próprios elementos motivadores – e passa a produzir compreensões que podem ser resultado da *pseudocomunicação*. A roda gira em falso; reproduz sentidos patológicos como se normais fossem. A partir da constatação da pseudocomunicação, alcançada pela análise do micro-sistema paciente-médico, apreendida das experiências da psicanálise, Habermas vai, por analogia, defender que o mesmo possa acontecer, sistematicamente, na comunicação social.

A hermenêutica gadameriana, segundo Habermas, precisa ser completada com um modelo teórico crítico da sociedade que identifique as *condições ideais de fala*, ou seja, aquelas condições em que, estando o sujeito na posse, poderá produzir *consensos válidos*. Da mesma forma, esse modelo teórico tem que prever aquelas condições em que os consensos criados são resultado da coerção sofrida ou empregada pelo falante. Tal modelo *externo e sistêmico* é necessário porque, por dentro dos processos e mecanismos da comunicação, nem sempre é possível se reconhecer os desvios existentes na própria linguagem. Esta, mesmo quando se manifesta de maneira aparentemente racional, pode ter se cristalizado sobre bases altamente irracionais, transmitidas pelos intérpretes em diálogos intra e intergeracionais.

Ora, nós temos motivo para supor que o consenso de fundo das tradições enraizadas e dos jogos de linguagem habituais pode ser uma consciência integrada por coação, um resultado de pseudocomunicação, não só no caso particular dos sistemas familiares perturbados, mas também em sistemas de sociedade global. A liberdade de movimento de uma compreensão hermenêutica alargada para a crítica não pode por isso ficar presa ao espaço de jogo tradicional das convicções vigentes. Já que uma hermenêutica de profundidade comprometida com o princípio regulativo do discurso racional tem de buscar, e pode encontrar, mesmo nas concordâncias fundamentais e nas legitimações reconhecidas, os vestígios histórico-naturais da comunicação perturbada, uma privatização de suas pretensões de esclarecimento e uma restrição da crítica da ideologia ao papel de um tratamento institucionalizado na relação médico-paciente seriam inconciliáveis com seu ponto de partida metódico. O esclarecimento, que produz uma compreensão radical, é sempre político. Está claro que também a

crítica permanece vinculada ao contexto de tradição que ela reflete. Frente a uma certeza de si monológica que arroga para si a crítica, a objeção hermenêutica de Gadamer tem razão. Para a interpretação de hermenêutica profunda não há nenhuma confirmação fora da auto-reflexão que sucede no diálogo, realizada por todos os interessados. A partir do *status* hipotético das interpretações gerais resultam de fato *a priori* graves restrições na escolha do *modus*, segundo o qual cada vez a pretensão imanente de esclarecimento da compreensão crítica deve ser atendida. (HABERMAS, 1987, 68-69)

Para Habermas, nem tudo é interpretação; existe um elemento de explicação causal que precisa ser considerado. Afinal, até a interpretação possui regras que devem ser seguidas. A questão é que parte do *mundo da vida* são sistemas regulados por normas de regulação e de controle que desconhecemos. O intérprete tem de ser capaz de “descobrir” o porquê do seu interlocutor ter se sentido no direito de “apresentar determinadas afirmações (como verdadeiras), reconhecer determinados valores e normas (como corretos), externar determinadas vivências (como sinceras)”. Somente sobre este pano de fundo “de elementos cognitivos, morais e expressivos da provisão cultural do saber”, compartilhado pela comunidade linguística e sobre o qual ela construiu suas interpretações, é que “pode-se tornar manifesto o sentido do texto”. (HABERMAS, 1987, 89). O papel do intérprete é, neste sentido, performático, ou seja, ele atua como agente comunicacional que esclarece as opacidades do texto; ele tem de ser capaz de esclarecer as origens dessa opacidade e por que as razões que o autor dessa opacidade eventualmente possuía já não mais podem ser acatadas no contexto partilhado pela comunidade.

A *compreensão profunda* do texto, portanto, consiste em desnudar essas normas de regulação e de controle operantes nos processos comunicacionais, o que é possível a partir de uma teoria crítica e normativa da sociedade. Essa teoria, para Habermas, tem que ter como central a construção de uma comunidade tal em que os sujeitos possam exercer suas competências comunicacionais livres de toda forma de opressão; se assim o for, os consensos emergentes serão consensos verdadeiramente *legítimos*, fundamentados na razão emancipatória de seres livres e iguais. Compreender não é apenas concordar. Na busca pelas interpretações, sentidos, consensos, em uma palavra, conhecimentos *válidos*, compreender significa saber se aquela manifestação hermenêutica ou se aquele diálogo aconteceu respeitadas as regras do modelo normativo de uma comunicação emancipada e emancipatória.

## 2.5 Do consenso do direito

A compreensão de que habitamos um mundo empírico vazio de significados não nos leva, necessariamente, a adotar uma postura niilista<sup>20</sup> perante a vida. Quando nos deparamos com o fato de que as coisas são apenas coisas, certo *horror vacui* tende a nos causar a mesma paralisia que assola quem da borda mira o abismo. Entretanto, o giro ontológico ensinou que ao ser humano é dada a extraordinária capacidade de interpretar o mundo a sua volta para dotá-lo de infinitas possibilidades de sentido.

Aceitar que não há qualquer essência na coisa é ter honestidade intelectual para com a nossa condição de seres históricos e precários. Não há texto sem contexto e, se ainda assim julgarmos que no princípio houve o Verbo, este só passou a ser compreensível depois de inserido numa cultura viva onde sujeitos reais travam relações concretas e cotidianas de amor, ódio, amizade, interesse etc.

A hermenêutica filosófica, quando deixa de ser considerada como um caminho para a Verdade, possibilita que nos vejamos enquanto seres criadores e responsáveis por nossos próprios destinos. Já não há mais desígnios divinos. As mazelas e as belezas que nos cercam não podem ser creditadas a entidades metafísicas, e sim assumidas enquanto realizações humanas. A transitividade da existência das pessoas, das coisas e dos sentidos das coisas mantém abertas as portas do futuro para que façamos dele o que dele quisermos. O mundo permanece um mistério, mas este já não é mais uma parte oculta contida nos entes. Como nos afirmou Alberto Caeiro, não há mistério maior no mundo do que haver quem pense no mistério. O enigma talvez seja o de que, mesmo contra todas as possibilidades, os seres humanos se comunicam por meio de um universo simbólico silencioso que por todos é compartilhado e, por meio desse ato, vão construindo outros símbolos, sentidos e universos.

O conhecimento é a ‘parcela’ da linguagem que reservamos para a sistematização, compreensão e incidência sobre as coisas advindas do deserto do mundo empírico para a ecologia do mundo da vida. É fruto do gênio humano, uma espécie de discurso posto em movimento com finalidades determinadas. O mal é que nem sempre isso foi plenamente assumido pela racionalidade moderna. A ciência dedicou imensa parte de sua energia dissimulando ser um saber e um discurso neutro, imparcial e

---

<sup>20</sup> Aqui emprego a expressão como sendo a redução ao nada e o ponto de vista que considera que não há qualquer sentido na existência. Não pretendo, entretanto, formular qualquer juízo de valor sobre o niilismo enquanto postura filosófica.

exorcizado de todo preconceito. Como coloca Gadamer, a questão é perguntar se com tal abstração não estaríamos nós edificando um conhecimento perigoso:

Com efeito, devemos perguntar como legitimar o condicionamento hermenêutico de nosso ser frente à existência da ciência moderna, uma vez que esta se baseia totalmente no princípio da imparcialidade e na ausência de preconceitos. [...] E se não se esclarecerem as pressuposições sob as quais se encontram essas possibilidades de conhecimento e de produção, isso não acarretará que a mão que emprega esses conhecimentos acabará se tornando destrutiva? (GADAMER, 2004, 262-263)

A revitalização dos preconceitos, ao contrário, enquanto categoria prévia de compreensão, possibilita que assumamos nossa posição sim de seres preconceituosos. Esta é a maneira de nos colocar os problemas que nossos preconceitos silentes e compartilhados criam na medida em que excluem ou incluem o outro no espaço público de mútuo reconhecimento. A questão agregada por Habermas, portanto, esclarece que esses preconceitos não possuem legitimidade em si mesmos, ainda quando tenham sido transmitidos de geração em geração ou quando funcionam como pontos de mútuo entendimento e de formação de consensos entre os sujeitos falantes. Antes de reconhecermos determinado sentido, consenso ou conhecimento como sendo legítimo e, neste sentido, *verdadeiro*, é necessário avaliarmos, ao menos, dois aspectos:

Em primeiro lugar, devemos investigar se esses consensos, que em maior ou menor medida sempre dependerão dos pré-conceitos difundidos na sociedade, uma vez que esses funcionam como categorias de pré-compreensão, não são, na verdade, originários de um distúrbio patológico da linguagem, ou seja, de uma comunicação patológica entre sujeitos que se comunicam sem perceberem que não estão produzindo um mútuo entendimento. Seja por inabilidade comunicativa, seja por um descompasse semântico entre dois falantes, os interlocutores podem estar transmitindo significados que não pertencem ou que não são suficientemente partilhados e compartilhados pela linguagem pública. Um exemplo literário bastante eloquente dessa dificuldade comunicacional entre os seres é Milan Kundera, autor tcheco, cuja produção se inicia no final do século XX, e que dedica grande parte de sua obra aos equívocos na comunicação, ao mútuo estranhamento entre subjetividades humanas que se falam, mas que são incapazes de se compreenderem e de se reconhecerem numa verdadeira comunhão<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Vide KUNDERA, **Risíveis Amores**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

Em segundo lugar, devemos enfrentar a *ética daquela comunicação*. Habermas nos alerta que, sob o manto da linguagem e dos consensos transmitidos pela geração, muito poder e opressão estão encobertos. O autor propõe que a hermenêutica não é suficiente para abarcar todo o fenômeno da comunicação, uma vez que os consensos e os discursos originados de expedientes coercitivos precisam ser de alguma forma identificados e revisados pela comunidade. Não basta, para tanto, que os preconceitos e os discursos cunhados de maneira autoritária ou *irracional* ascendam ao plano da linguagem. Há que se ter um *diálogo ético* que leve ao mútuo entendimento dos participantes da comunidade linguística e também entre estes e o *mundo da vida*. Ou seja, a hermenêutica tem de ser completada por uma teoria social crítica que se proponha a criar, de fato, uma comunidade de princípios onde sujeitos livres e iguais formulam seus consensos e, neste sentido, constroem suas *verdades*. Essa teoria é o modelo que valida ou desacredita a pretensão de validade dos discursos, e não apenas o fato isolado deles terem sido transmitidos pela geração.

Com base nessa preocupação com o fundamento de legitimidade da comunicação social e, especialmente dos consensos, discursos e conhecimentos normativos que ela sintetiza, Habermas vai propor uma “*ética do Discurso*”. Conforme define o autor, a “*ética do Discurso*” consiste nos pressupostos comunicacionais e de condição de fala do sujeito que têm de ser obedecidos para que os falantes produzam discursos normativos emancipados e emancipatórios. Para Habermas, essa *ética* é procedimental e não material, isto é, o conteúdo *verdadeiro* dos consensos e dos conhecimentos não pode ser dado *a priori* e abstratamente, porque não cabe à comunidade enumerar todas as formas possíveis de bem viver na concepção dos indivíduos que pertencem àquela comunidade. A *ética do Discurso* tem que estabelecer os pressupostos *procedimentais* de validade, ou seja, as condições sobre as quais um diálogo livre de coerção pode acontecer entre sujeitos iguais para a produção de *consensos legítimos*.

A ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um *procedimento* rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O Discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente. É só com esse proceduralismo que a ética do Discurso se distingue de *outras* éticas cognitivas, universalistas e formalistas, tais como a teoria da justiça de Rawls. (HABERMAS, 2003, 149)

Conforme explica o professor Zanella, a *ética do Discurso* se inicia a partir de uma condição pragmático-formal: nos procedimentos argumentativos os participantes tem que imaginar, pragmaticamente, que “todos os interessados compartilhem, enquanto seres livres e iguais, de uma busca cooperativa da verdade, na qual só vale a força do melhor argumento” (ZANELLA, 2012, 142). Em outras palavras, os indivíduos estarão legitimados a produzir consensos válidos na medida em que aderem às normas do processo argumentativo. Esses indivíduos agora possuem uma *reponsabilidade ética* para com a comunidade entre iguais, para com o diálogo livre e com o mundo da vida que os envolve. A comunicação e o mútuo entendimento passam a ser, então, um ato não apenas cognitivo, mas também volitivo. Os participantes dessa comunidade *escolhem* se envolverem ativamente, na qualidade tanto de falantes, quanto de ouvintes, na prática comunicativa cotidiana que busca *consensos intersubjetivamente válidos e verdades cooperativamente construídas*. Como esclarece o professor Diego Carlos Zanella:

A teoria ética de Habermas tornou-se significativa no contexto contemporâneo por motivar e promover o envolvimento efetivo e participativo do cidadão no processo da discussão, compartilhado de modo intersubjetivo, na comunidade de comunicação ideal e fundamentado em um consenso alcançado através do discurso. Os sujeitos capazes de falar e de agir são constituídos como indivíduos pelo único fato de que eles integram, enquanto membros de uma comunidade linguística, um mundo da vida compartilhado de modo intersubjetivo. Nesses casos, aqueles que participam do processo comunicativo precisam possuir a competência da racionalidade, da objetividade e do discernimento, uma vez que o agir é regulado por normas. (ZANELLA, 2012, 146)

Ora, e qual seria, em nossa sociedade, o discurso com maior *poder e legitimidade* social de produzir *consensos institucionalizados e verdades normativas*? Estou certo que, ao longo da modernidade, dois discursos se firmaram como sendo as principais instâncias sociais detentoras do prestigiado poder de dizer *a verdade*. Como exposto logo no início deste capítulo, concordo com Boaventura de Sousa Santos: ao discurso científico e ao discurso jurídico coube o privilégio de racionalizar um *mundo de trevas*, considerado obscuro e irracional, até que este se transformasse na imagem e semelhança do Homem Moderno: um mundo – tanto o mundo da natureza, quanto o mundo da sociedade – plenamente regulado e previsível; à ciência e ao direito foi delegada a tarefa de livrar os seres humanos daquela condição chamada por Kant de

minoridade e, neste sentido, de encontrar/construir as *verdades* e os *consensos* que deveriam ser utilizados, regularmente, pela comunidade linguística para a produção de sentidos socialmente partilhados, ou seja, para a produção do que a filosofia da linguagem chamou de *mundo da vida*. Acontece que não basta a autoridade da ciência ou do direito, no mundo moderno, para que as normas por eles produzidas – e consuetudinariamente transmitidas – sejam legítimas. Tampouco não é suficiente que estas normas sejam criadas e ou explicadas segundo as regras do discurso analítico-instrumental próprio das ciências. Mais que isso, as normas, singularmente consideradas, perdem sua força, porque sua validade está agora vinculada ao contexto mais amplo de uma ordem principiológica compartilhada pelos membros da comunidade:

Por maior que seja a autoridade reclamada pelas ciências na sociedade moderna, as normas do direito não se tornam legítimas a partir do momento em que os seus significados e conceitos são explicitados, sua consistência é examinada e os motivos uniformizados. O trabalho profissional da doutrina jurídica pode dar uma contribuição para a legitimação somente quando e na medida em que ajudar a satisfazer a necessidade de fundamentação, a qual surge na medida em que o direito como um todo se transforma em direito positivo. Na visão de seus destinatários e de seus administradores, a modificabilidade do direito positivo só pode ser combinada com a pretensão à validade legítima, na medida em que eles puderem supor que as modificações do direito e os seus desdobramentos em contextos modificados podem ser fundamentados sobre princípios evidentes. As contribuições de sistematização dos juristas profissionais chamaram a atenção para o modo pós-tradicional da validade do direito. Ou seja, no direito positivo, as normas perderam, em princípio, a validade consuetudinária. Por isso, as proposições jurídicas singulares têm que ser fundamentadas como componentes de uma ordem jurídica que resulta de princípios, sendo que os próprios princípios podem colidir entre si, estando expostos a um exame discursivo. (HABERMAS, 2011, 200)

Portanto, toda a problemática acerca da legitimidade dos pré-conceitos, dos elementos de pré-compreensão, dos consensos transmitidos pela tradição, dos princípios socialmente vigentes, enfim, da *linguagem*, assume, para o direito, centralidade filosófica e prática. A legitimidade das decisões, das proposições normativas, da regulamentação das condutas – no que diz respeito tanto à sua permissão, quanto à sua proibição/criminalização – passa a depender de avaliação *ético-discursiva*. Os sujeitos participantes de uma comunidade linguística têm de avaliar, em todos os momentos da fala e do agir, se determinado enunciado foi cunhado – e se está sendo utilizado – em condições ideais que permitam o debate emancipado de qualquer coerção ou, se pelo contrário, aquele entendimento precário está fundamentado sobre bases autoritárias e



violentas, gerando não o mútuo reconhecimento, e sim a opressão e a submissão do *homem pelo homem*. Mais uma vez, tenho em Habermas meu interlocutor:

A Ética do Discurso vai inserir-se, então, no círculo das ciências reconstrutivas que têm a ver com os fundamentos racionais do conhecer, do falar e do agir. Se não aspirarmos mais ao fundamentalismo da filosofia transcendental tradicional, conseguiremos novas possibilidades de controle para a ética do Discurso. Ela poderá, em concorrência com outras éticas, ser mobilizada para a descrição de representações morais e jurídicas empiricamente constatadas, ela poderá ser inserida em teorias do desenvolvimento da consciência moral e jurídica, tanto no plano de desenvolvimento sociocultural quanto no plano da ontogênese, e assim tornar-se acessível a um controle indireto. (HABERMAS, 2003, 121)

A ausência de percepção de que os sentidos que damos às coisas do mundo são consequência de nossos preconceitos e que, tantas vezes, esses preconceitos são produtos da violência, da usurpação, da coerção etc., gerou, em tantas situações históricas, aquele conhecimento destrutivo sobre o qual Gadamer nos alertava mais acima. (GADAMER, 2004, 262-263).

O direito esteve por tempo demais embebecido pelo mito de sua própria imparcialidade. Acreditou-se que, por meio da delimitação de regras bem configuradas e positivadas num ordenamento jurídico qualquer, a aplicação do direito levaria, automaticamente, a decisões *legítimas* e *racionais* que, aos olhos da racionalidade moderna, bastariam para serem tomadas como *justas*. Esquece-se que o que consideramos como “justiça” é em maior ou menor medida também um *preconceito* compartilhado. Como exposto, não pode haver qualquer coisa de divino ou natural na justiça. Portanto, as leis não são necessariamente expressão de justiça. Se os lírios não nascem da lei, tampouco a lei nasce dos lírios. A lei – tomada em seu contexto de expressão da Justiça – não pode ser encontrada como um dado da natureza. Antes, a tomada de decisão legítima, que é buscada pelo direito, precisa ser construída pela ação e pela compreensão de sujeitos moralmente empenhados em construir uma verdadeira comunidade de seres humanos livres e iguais. A legalidade pode até colaborar neste processo, desde esteja permeada da argumentação moral que inspeciona, caso a caso e concretamente, a adequação das manifestações simbólicas e normativas à pretensão de validade que o discurso ético e emancipatório requer:

[...] a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental. (HABERMAS, 2011, 203)

Portanto, as instâncias sociais responsáveis pela formulação e aplicação do direito – que na atual fase volta a se pretender um discurso de correção normativa – tem de cada vez mais assumir uma postura dialógica, porosa ao procedimento de avaliação moral, para com o auditório sobre o qual esse direito recairá. Cada vez menos esse auditório é apenas ouvinte. Somos todos partícipes dos jogos de linguagem onde a *verdade* – aqui abrangendo verdade proposicional, correção normativa, autenticidade e veracidade – já não é revelada, mas consensuada. É isso: **a verdade é consenso compartilhado**. Se desejarmos que o direito seja uma prática social que cria consenso e não decisões arbitrárias e autoritárias – sob o risco, neste caso, de replicarmos pré e pós conceitos geradores de exclusão, violência e coerção –, o método proposto por Habermas é que tomos os afetados pelas decisões jurídicas necessitam participar, de alguma forma, enquanto sujeitos ativos e passivos, do processo de tomada de decisão e de construção colaborativa do que será tomado como *verdade* por aquele grupo:

Por isso, Karl-Otto Apel e eu sugerimos tomar a própria argumentação moral como processo adequado para a formação racional da vontade. Ora, o exame de pretensões de validade hipotéticas representa esse processo, pois todo aquele que deseja argumentar seriamente tem que entrar em contato com as suposições idealizadoras de uma forma de comunicação exigente. Todo aquele que se envolve numa prática de argumentação tem que pressupor pragmaticamente que, em princípio, todos os possíveis afetados poderiam participar, na condição de livres e iguais, de uma busca cooperativa da verdade, na qual a única coerção admitida é a do melhor argumento. (HABERMAS, 2011, 215)

O alarme maior que pretendo fornecer, com este trabalho, à teoria do direito talvez possa ser resumido de uma vez por todas na seguinte sentença: aqueles que ficam alijados dos espaços onde as verdades sociais são produzidas estarão sempre à mercê e subjugados pelos senhores donos da(s) verdade(s), os proprietários desses espaços.

Nesse sentido, a hermenêutica filosófica retorna à filosofia do direito para lhe ensinar que não há direito justo em abstrato e que uma decisão tomada de forma isolada é arbitrária e tenderá a reforçar os preconceitos contidos naquele que a professa, podendo gerar não o direito ou a justiça, mas o torto e o injusto. Apenas critérios, conceitos, princípios, mandamentos, em uma palavra, saberes, criados a partir de uma

postura pós-convencional, ou seja, depois de racionalizada e finalmente sedimentada num acordo precário e possível depois de todo o processo violento que perfaz qualquer construção de sentido, poderá ter legitimidade e nos dar uma garantia mínima de que está incluindo e não excluindo a alteridade. Mais do que isso, a revisão permanente de nossos preconceitos e conceitos do mundo da vida é o que possibilita que reparemos os prejuízos que qualquer conhecimento ou tomada de decisão gera. Jürgen Habermas vai resumir da seguinte forma as contribuições metodológicas que a hermenêutica filosófica pode dar à construção dos sentidos que depois de racionalizados serão tomados como consensos (*standards*) de racionalidade:

[...] que o intérprete só pode esclarecer a significação de uma manifestação simbólica enquanto virtual participante do processo de entendimento dos partícipes imediatos; que o posicionamento performativo sem dúvida o vincula à pré-compreensão da situação hermenêutica inicial; que, porém, esta vinculação não ter de prejudicar a validade de sua interpretação; porque ele pode tornar útil para si a estrutura interna (*Binnenstruktur*) racional do agir orientado para o entendimento e para reivindicar reflexivamente a competência avaliadora de um participante responsável da comunicação, para; por em relação sistematicamente o mundo da vida do autor e de seus contemporâneos com o seu próprio mundo da vida; e para construir a significação do *interpretandum* como o conteúdo objetivo (*Sachgehalt*) pelo menos implicitamente avaliado de uma maneira criticável. (HABERMAS, 1987, 94)

Esses ‘conselhos’ da hermenêutica filosófica podem ser recebidos não só pela hermenêutica jurídica – que nada mais é do que um capítulo da hermenêutica geral – e pela teoria do Direito para abrir as instituições responsáveis pela formulação e pelo arbítrio da lei para o fato de que qualquer saber ou conhecimento aplicado à coletividade já nasce viciado pelos preconceitos que possuem os sujeitos concretos que naquelas instituições atuam. O saber/poder aplicado que é o direito, esse discurso prático que é o fenômeno jurídico, deve incluir em suas etapas coincidentes e complementares de interpretação/aplicação procedimentos que possibilitem por no plano a linguagem aqueles preconceitos inconfessáveis dos “operadores do direito” para, a partir de então, possibilitar que a comunidade de princípios *escolha e avalie* o sentido e o conteúdo das normas a que estará sujeita.

Neste trabalho, levanto a hipótese que o *amicus curiae*, quando satisfatoriamente manejado, é um desses procedimentos discursivos de avaliação sobre o caráter da decisão e, porque não dizê-lo, da *verdade* que esta sendo produzida nos espaços institucionais próprios do direito. O *amicus curiae* talvez seja capaz de

investigar a pretensão de validade de determinada aplicação concreta da norma jurídica na medida em que resgata, arqueologicamente, os pré-conceitos que foram conjurados para a configuração da sentença judicial.

O *amicus curiae*, enquanto participação efetiva dos concretamente afetados por determinada aplicação normativa ou tomada de decisão jurídica que altere as condições da vida material da comunidade, responde, em primeiro lugar, à necessidade de validação ética da própria decisão normativa. Em segundo lugar, possibilita a validação dos interesses ou das necessidades reais dos afetados pela norma, afinal, não há ninguém melhor do que os próprios envolvidos para deliberarem sobre suas necessidades reais e problemas concretos. Em terceiro, o *amicus curiae* permite a validação do conhecimento para além do saber dos especialistas, pois os afetados pela decisão estão melhor posicionados para prever os riscos, as consequências e os efeitos colaterais da aplicação da norma ou da decisão jurídica (ZANELA, 2012, 135). Por fim, esclarece o professor:

Assim, os fins poderão ser projetados e as ações realizadas em cada forma concreta de vida a partir dos discursos práticos reais dos membros da comunidade real. É pelo fato de que os discursos são reais, regulados pela norma formal-procedimental, que eles se constituirão como um padrão comunicativo histórico do ser com os outros, com direitos iguais e igual corresponsabilidade nas diferentes formas de vida socioculturais, as quais possibilitarão que as diferentes comunidades projetem a sua auto realização, o seu bem-viver e o seu bem-estar. (ZANELA, 2012, 136)

Mas, antes de passar à caracterização e defesa efetiva do instituo jurídico do *amicus curiae*, precisarei ainda fazer duas digressões: no próximo capítulo, analisarei as funções sociológicas e políticas cumpridas pelo direito e pelos tribunais ao longo da modernidade, de tal modo que fique satisfatoriamente caracterizado o *poder do discurso jurídico*. Tratar-se-á, portanto, de me concentrar nos processos e nos procedimentos que acontecem no interior e também no exterior daquelas instâncias sociais que conformam a *economia política da verdade*.

## CAPÍTULO 3 O DIREITO E A VERDADE

### 3.1 A travessia do direito

No capítulo anterior, esforcei-me para percorrer a longa trajetória que faz, constantemente, o animal *homo sapiens* até que, finalmente, possa se metamorfosear em *ser humano*. Desde um mundo empírico de entes despossuídos de qualquer atributo para além de si mesmos, a atividade humana vai construindo um mundo da vida repleto de significados, uma ecologia de sentidos que não estão nas coisas-em-si, mas na relação entre estas e os sujeitos, de tal forma que, pela mútua interação, o homem constrói a realidade *à sua imagem e semelhança* ao mesmo tempo em que se constrói a si mesmo.

A necessidade de interação com o mundo, esse imperativo que é (re)significar a realidade circundante, foi identificada como a condição de *ser-no-mundo*, ou seja, como a atividade que distingue os seres humanos dos outros animais, responsável inclusive pelo próprio estatuto de *ser humano*; neste sentido, *interpretar* o mundo para dotá-lo de significados é um circunstância *ontológica e existencial*, tanto que Gadamer vai sentenciar: a condição humana é uma *condição hermenêutica*.

Os autores da filosofia responsáveis em identificar tais aspectos ficaram conhecidos como filiados à Filosofia da Linguagem e representam aquilo que na história da filosofia nomeou-se por giro linguístico. Este, por sua vez, é justamente a migração que a hermenêutica fez ao passar de mero procedimento metódico de apreensão de sentidos supostamente contidos no interior das próprias coisas e dos próprios objetos, para a percepção de que, em verdade, nada – ou pelo menos nada que interessa ao gênio humano – existe, *à priori*, nos entes empíricos; todas as suas características, atributos, qualidades, finalidades etc. são *criadas* pela ação hermenêutica dos seres humanos.

Esclareci, ainda, que o *médium* que possibilita a interpretação que o sujeito faz das coisas ao seu redor é a linguagem. Por meio dela, vamos criando um pano de fundo de sentidos tacitamente compartilhados pela tradição na forma de pré-conceitos, os quais invocamos a todo o momento, como categorias prévias de compreensão, para a constituição de outros sentidos ou para a atualização dos sentidos já existentes, expandindo, assim, as fronteiras do mundo da vida. Pela linguagem, elaboramos o *conhecimento* que nos permite produzir, manter e reproduzir a vida. Graças ao

conhecimento, que nasce do conflito entre nossos instintos e das necessidades que temos enquanto animais frágeis e finitos diante de um mundo impassível às aflições da existência, erigimos nossas sociedades, nossas sociabilidades, nossa subjetividade de seres. Pelo caminho, fomos elegendo e sedimentando as *verdades* que, tal qual o Cruzeiro do Sul, têm nos guiado milênios afora, cada vez mais longe e mais fundo, na eterna busca de sentidos e de respostas para as perguntas mais elementares: quem, afinal, nós somos?

Essas verdades, quando as despimos da metafísica antecessora que acreditou estarem contidas e passíveis de serem encontradas nas próprias coisas ou, em outras palavras, a metafísica que pregou ser a verdade uma qualidade das coisas-em-si, nada mais e nada menos são do que *consensos* compartilhados pela comunidade. Ou seja, não é algo que possa ser descoberto, não é algo que *é*, eternamente, uma qualidade dos seres, mas sim um elemento parcial, construído, revisado, substituído e mesmo negado na medida em que vai sendo utilizado ou inutilizado enquanto entendimento válido naquela comunidade de sujeitos comunicativos.

Por essa razão Michel Foucault vai dizer que existe uma *economia política da verdade*, que nós temos que produzir verdades tanto quanto temos que produzir nossos abrigos, nossas moradas, nossos alimentos, nossas ferramentas, enfim, nossas formas de vida. A verdade é uma qualidade que possui finalidade e que existe e persiste no seio daquela comunidade enquanto for útil, enquanto funcionar conforme determinadas regras de produção e de exclusão e na medida em que vai sendo sedimentada como um entendimento válido, porém, provisório.

Ora, e o que é o direito? Esse maravilhoso fenômeno humano *simbólico*<sup>22</sup> que, na mais sincera das visões, pretende harmonizar as relações sociais ao redor daquilo que a comunidade nomeou como *justo*, não seria ele também um *discurso verdadeiro* ou, ao menos, um discurso que disputa o estatuto de *Verdade*? Já foi dito, ao direito moderno reservou-se a tarefa de, ao lado da ciência moderna, ser instância privilegiada de produção e de proferimento da *verdade social*. No desenrolar dos últimos três ou quatro séculos, a miscigenação entre direito e ciência irá reforçar, em ambos, essa função. A cientifização do direito, identificada especialmente com a filosofia do positivismo, dará ao fenômeno jurídico, além de todas as suas fórmulas quase mágicas e sua liturgia pretensamente profética, uma carapaça metódica e

---

<sup>22</sup> Mais à frente, esclarecerei a perspectiva aqui mencionada de ser o discurso jurídico um *sistema simbólico*,

racionalizada. O direito passa a ter, então, as duas faces de Janus: de um lado, mantém vivo o fascínio que sua faceta simbólica exerce sobre as pessoas. Do outro lado, sustenta a feição taciturna e ponderada que à racionalidade acompanha.

Entretanto, tal qual observado, sob o manto digníssimo das formas jurídicas e dos consensos elevados à categoria de princípios ou mandamentos jurídicos, um rio de opressão pode correr sem que dele nos demos conta. O que na aparência emerge como acordo livre, como procedimento racional, como *pré-conceito legítimo* ou como *consenso justo*, pode estar maculado, desde sua origem, pelo toque de Midas da comunicação autoritária, que a tudo corrompe. Precisamos, pois, em primeiro lugar, ter sempre presente, quando refletirmos com a devida intencionalidade sobre o direito, que ele é um fenômeno mundano, parcial e provisório e que, apesar de todo seu vistoso discurso, nada tem de *natural* ou de *divino*. Em segundo lugar, que por ser um fenômeno humano, um *conhecimento-regulação*, um *discurso-poder*, o direito possui parcialidade, classe social, cor, credo e sexo; possui as virtudes e as vicissitudes inerentes a tudo o mais que é humano e precário; por ser linguagem, o direito pode resultar de um consenso legítimo, mas também é capaz de transfigurar consensos autoritários e comunicações patológicas em edifícios da justiça que ocultam a e dissimulam uma argamassa de iniquidades. Afinal, o direito não nasce no éter viscoso do cosmos ou na intimidade nuclear dos átomos. Como nos alerta o sociólogo Boaventura de Sousa Santos, não há conhecimento verdadeiramente universal, porque “não nos esqueçamos que sob a capa dos valores universais autorizados pela razão foi de facto imposta a razão de uma ‘raça’ de um sexo e de uma classe social” (SANTOS, 2007, 30). O direito é criação social, originário de instituições, instâncias e *locus* sociais especialmente dedicados à sua produção, reprodução e desenvolvimento.

É preciso, portanto, clareza e honestidade intelectual para com o direito. Precisamos entender as funções sócio-políticas que cumpriu e que cumpre para, dessa forma, identificar-lhe as rachaduras e sanear-lhe as perversidades. O direito é também *travessia*. Quero com isso dizer que a forma do direito *ser é sendo*. O caráter, a natureza, a racionalidade etc., do fenômeno jurídico assumem, historicamente, tantas e tão singulares roupagens que dificilmente conseguiríamos defini-lo abstratamente, tampouco seria possível desenhar alguma tal forma genérica que pudesse ser válida para a conceituação e caracterização do que é direito em qualquer tempo ou espaço. O discurso jurídico pode ser tão variado e distinto, áspero e ameno, sólido e languido, quanto o são o *sertão* e as *veredas*.

Talvez por isso, talvez em razão de ser tão fungível, possamos compartilhar, ao metermo-nos a desbravar a paisagem jurídica, a mesma angústia expressada pelo jagunço Riobaldo, personagem do maior romance de Guimarães Rosa, quando sentencia: “Sertão: estes teus vazios.” (ROSA, 2001, 47). A complexidade do direito – a forma como o organizamos, o *locus* social aonde o fomos buscar e a finalidade que lhe destinamos ao longo da história das mulheres e dos homens – é tamanha e que definir o ser do direito é tarefa sisífica: mal a finalizamos e já ameaça rolar por sobre as nossas cabeças. Roberto Lyra Filho, um dos juristas brasileiros mais provocativos e instigantes, escreveu, em 1982, um opúsculo com o título “O que é direito”. Seria um tanto quanto ousado definir, em apertadas páginas, o conceito desse fenômeno tão complexo, nos termos em que tenho problematizado. Entretanto, o professor assim explica:

Nosso objetivo é perguntar, no sentido mais amplo, o que é Direito (com ou sem leis), mas é preciso esclarecer, igualmente, que *nada* é, num sentido perfeito e acabado; que *tudo* é, *sendo*. Queremos dizer, com isso, que as coisas não obedecem a essências ideais, criadas por certos filósofos, como espécie de modelo fixo, um cabide metafísico, em que penduram a realidade dos fenômenos naturais e sociais. As coisas nestas próprias condições de existência que prevalecem na Natureza e na Sociedade, onde ademais se mantêm num movimento de constante e contínua transformação. É desse modo que elas se entrosam na totalidade dos objetos observáveis e das forças naturais e sociais, que os modelam e orientam a sua evolução. Cada fenômeno (fenômeno é, etimologicamente, coisa que surge) pode, então, revelar o seu fundamento e sentido, que só emerge em função daquela totalidade móvel. Isoladamente, cada um perde a significação própria e a conexão vital, assim como o órgão sem o organismo em que funciona, ou o homem, sem a sociedade, fora da qual ele não existe humanamente e regride na escala zoológica. (LYRA FILHO, 2006, 12)

O professor Lyra Filho, defende, portanto, que a compreensão acerca do sentido das coisas não é um processo que se possa realizar isoladamente, tomando apenas a coisa-em-si. Em outras palavras, o *sentido* do texto depende do seu *contexto*, como tenho aqui debatido. Ainda, não há sentido imanente e imutável; mais uma vez, *tudo é sendo*. A Verdade, enquanto essência a ser encontrada na intimidade dos seres, está desacredita e cede lugar à percepção de que o que existe é um complexo *sistema da verdade* ou a *economia política da verdade*, aludida por Foucault. Por essas razões, o direito pode ser pensado desde a perspectiva da *dialética da travessia*, pois, como diria Riobaldo, sertanejo tihoso: “o real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia.” (ROSA, 2001, 80).

Note-se, no *meio da travessia*, e não algures. Dizer que não devemos esperar acessar a *verdade íntima* do direito não é o mesmo que dizer que ele não pode



ser inteligível ou que é algum fenômeno para além da compreensão humana. Não poderá sê-lo, uma vez que o direito é concebido pelo gênio humano. Ao contrário, o debate que proponho é que o direito não pode ser encontrado fora da história dos sujeitos reais, fora de nossos preconceitos, princípios, cultura, interesses, necessidades etc. Nesta mesma linha, segue o professor:

Nesta perspectiva, quando buscamos o que o Direito é, estamos antes perguntando o que ele e a ser, nas transformações incessantes do seu conteúdo e forma de manifestação concreta dentro do mundo histórico do ser social. Isso não significa, porém, que é impossível determinar a “essência” do Direito – que, apesar de tudo, ele é, enquanto vai sendo: o que surge de constante, na diversidade, e que se denomina, tecnicamente, ontologia. (LYRA FILHO, 2006, 13)

Lyra Filho, ao longo de toda sua trajetória de jurista, buscou apresentar o discurso jurídico enquanto um fenômeno mutável, construído no passo da história em constante interação dialética com os diversos *campos* que arquitetam a realidade e não como uma caixa hermética de normas auto-referenciáveis.

Trata-se, pois, de um paradoxo. Se tomarmos o direito enquanto acabado, de conteúdo fixo e de natureza imanente, o que pode nos parecer a forma mais fácil e correta de proceder, por sê-lo demais complexo para o encaixotarmos na estreiteza do momento estático, corremos o sério risco de sermos vítimas das mais variadas abstrações metafísicas e falaciosas. Em outras palavras, não se deve tentar compreender o direito ensimesmado.

Apenas quando partimos daquela ideia de movimento, construção e interação, quando não tentamos compreender o fenômeno jurídico como um todo hermético e pronto a nos emanar mandamentos que estão externos e para além de nós mesmos – mulheres e homens em convivência social real – é que se nos torna mais fácil e honesta a tarefa de lhe identificar os *sentidos*, os *pré-conceitos* e as *verdades* que aciona para cumprir suas principais tarefas: regular a sociedade, regular a política e promover a correção normativa. Portanto, ao proceder da maneira como poderia aparentar ser a mais curta e objetiva, aquela na qual se tira uma foto do fenômeno que se quer entender – pretensamente capturando sua totalidade, sua entidade distinta e bem discriminada – não estamos verdadeiramente apreendendo esse fenômeno; estamos negando-lhe o tempo e o espaço e dificultando – quiçá impossibilitando – nosso trabalho.

Pelo contrário, ao aceitarmos a complexidade que envolve a dialética da *travessia*, ao cedermos à necessidade de tomarmos as coisas como *sendo*, apenas quando analisamos o direito enquanto constante movimento dinâmico de *ser* e também de *devir*, de vir a ser, é que lhe podemos identificar as constâncias e, neste sentido, sua *essência*<sup>23</sup>. E tudo o que se move, move-se porque se relaciona com o meio que o circunda e com as forças que o animam. Isso significa que, para melhor compreender as várias implicações que a aplicação do discurso jurídico produz, precisamos, antes, compreender a sua *condição* histórica. Quero dissecar-lhe as entranhas e expor-lhe sua ossatura e seus órgãos, de tal forma que os limites e as possibilidades do fenômeno jurídico fiquem à mostra. Isso porque tenho para com ele *intencionalidade política*. Pretendo buscar a melhor definição material – o *conteúdo* – daquilo que compõe o direito para atingir êxito na tarefa que acredito que ele possa cumprir: ser instrumento de *fundamentação democrática* do poder político e, ao mesmo tempo, estratégia *emancipatória* que permita identificar, afastar ou revisar os *pré-conceitos ilegítimos* e os *consensos autoritários* ou, como diria Boaventura de Sousa Santos,

a tarefa científica e política que se nos coloca pela frente pode ser formulada da seguinte maneira: como reinventar o direito para lá do modelo liberal e demo-socialista e sem cair na agenda conservadora – e, mais ainda, como fazê-lo de modo a combater esta última de uma maneira mais eficaz. (SANTOS, 2003, 8)

Filio-me à posição ideológica daqueles que acreditam que o discurso jurídico é importante estratégia de luta; considero, junto com tantos outros juristas da

---

<sup>23</sup> Usar o vocábulo ‘essência’ implica que se façam algumas advertências. Quando afirmo que algo é *essencial* a um fenômeno qualquer, não poso supor como o faz parte considerável da tradição filosófica, que basta aquele algo em si mesmo considerado para compreendermos a ontologia desse fenômeno; pensar assim nos leva a considerar que há um elemento imutável livre e fora de toda temporalidade e qualquer historicidade a repercutir inelutavelmente nesse fenômeno; um núcleo sólido, compacto e imanente que força alguma pode perturbar; um componente absoluto em que a Verdade repousaria imperturbável. Ora, em analogia, nem os núcleos atômicos possuem tal propriedade. Com Theodor Adorno, considero “[...] de um lado, que o essencial é o interesse por leis do movimento da sociedade, sobretudo leis que expressam como se chegou á situação presente e qual a sua tendência. Além disso, que essas leis se modificam e valem apenas enquanto efetivamente aparecerem. Por fim, como um terceiro passo, que a tarefa da sociologia reside em, ou apreender a partir da essência inclusive essas discrepâncias entre essência e fenômeno, quero dizer: apreender teoricamente, ou ter efetivamente a coragem de abrir mão de conceitos de essência ou de leis gerais, absolutamente incompatíveis com os fenômenos e também não passíveis de mediação dialética. [...] Peço agora não tomar esse conceito de essência conforme o modo como é compreendido no sentido estrito da teoria do conhecimento, isto é, como um ser em si, puramente conceitual, em certa medida prévio à facticidade e a ser conhecido em sua pureza.” (ADORNO, 2008, 92-93)

*teoria crítica*, que o direito pode ser uma *práxis de libertação*. Diz o filósofo argentino Enrique Dussel que a *práxis* é aquilo que indica a “atualidade do sujeito no mundo” e que essa *práxis*, quando entra em conflito com as estruturas hegemônicas do sistema político, transforma o sujeito em *ator*, especialmente quando esse ator for coletivo – “o povo em ação” –, de tal sorte que a *práxis de libertação* passa a ser “o motor, a força, o poder que *faz história*”, ao negar, desconstrutivamente, o que está dado e ao propor a construção do novo (DUSSEL, 2007, 115-116). A prática do *amicus curiae*, parece-me, é um dos momentos ou dos movimentos da *prática emancipatória* do direito porque tanto pode contribuir para a identificação de comunicações distorcidas e viciadas pela coerção e pelo autoritarismo – o que Habermas vai chamar de *pseudocomunicação* –, quanto possibilitar que os grupos de interesse e os concernidos participem dos espaços público-jurídicos de debate e de tomada de decisão, o que lhes possibilitaria a inserção de elementos pré-conceituais condizentes à sua própria forma de vida e ao seu ideal de vida boa; a participação comunicativamente ativa dos afetados e dos interessados por decisões judiciais no momento de sua produção também aumenta a chance de que o sentido que terá sido dado à aplicação normativa do direito naquele caso produzirá menos efeitos negativos ou que, se os produzirem, que possam ser mais rapidamente constatados e corrigidos.

Contudo, para que eu tenha parâmetros reais capazes de me indicarem uma concepção do fenômeno jurídico consequente, ou seja, um modelo teórico-prático onde eu possa testar a hipótese do meu argumento, será ainda necessário que eu me detenha na *travessia* que a forma jurídica que vem realizando ao longo do quadrante histórico que nos cabe: a modernidade.

### **3.2 Da natureza *simbólica* do direito e do caráter burguês do sistema moderno do direito.**

#### **3.2.1 Emancipação e regulação no caminho da modernidade jurídica**

Este específico direito, que poderíamos denominar *sistema jurídico moderno*, foi sendo moldado – e também moldando – na estratégia revolucionária do sujeito histórico que levou a cabo a transição moderna rumo à superação do sistema de produção feudal e implantação do capitalismo: a classe burguesa. A superação do

regime feudal, ou da “Idade das Trevas”, como foi pejorativamente nomeada desde a modernidade, possui um programa filosófico-político: o *Aufklärung*, também conhecido entre nós como *Esclarecimento*. Disposto a controlar a natureza e a sociedade para garantir a supressão da ordem feudal e a posterior manutenção do *status quo* burguês, o programa do *Esclarecimento* articular-se-á ao redor das figuras da “minoridade irracional e oprimida” e da “maioridade esclarecida e emancipada”. Como explicam os intelectuais Theodor Adorno e Max Horkheimer, o princípio central do programa é a *autoconservação* e o sujeito lógico para implementá-lo é o burguês:

[...] O sistema visado pelo esclarecimento é a forma de conhecimento que lida melhor com os fatos e mais eficazmente apóia (sic) o sujeito na dominação da natureza. Seus princípios são o da autoconservação. A menoridade revela-se como a incapacidade de se conservar a si mesmo. O burguês nas figuras sucessivas do senhor de escravos, do empresário livre e do administrador é o sujeito lógico do esclarecimento. (ADORNO HORKHEIMER, 1985, 72)

O discurso jurídico moderno, por seu turno, especialmente a partir de meados do século XVIII em diante, em razão da cientifização do direito e da postura positivista que a ciência do direito assumirá em obediência ao programa do *Esclarecimento*, foi aperfeiçoado para dotar de relativa estabilidade – tanto no que diz respeito à correção normativa e punição das condutas desviantes, quanto à legitimação da nova ordem política que se configurava – o conturbado e conflituoso cenário sócio-político que restou após a derrocada do *Ancien Régime* e ascensão do capitalismo. Conforme confirma Boaventura de Sousa Santos:

Ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorrera num clima de caos social que era, em parte, obra sua. O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientifização da sociedade, o *ersatz* que mais se aproximava – pelo menos no momento – da plena cientifização da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna. Para desempenhar essa função, o direito moderno teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e tornar-se ele próprio científico. A cientifização do direito moderno envolveu também a sua estatização, já que a prevalência política da ordem sobre o caos foi atribuída ao Estado moderno, pelo menos transitoriamente, enquanto a ciência e a tecnologia a não pudessem assegurar por si mesmas. (SANTOS, 2007, 120)

Contudo, antes do direito ser conjurado como elemento de estabilização do regime capitalista, ele foi fundamental enquanto estratégia prático-discursiva para a desconfiguração e derrocada da ordem feudal. A classe burguesa empregou, ao longo da modernidade, duas racionalidades distintas, cada qual vinculada à utilidade que o direito poderia ter em relação à necessidade do momento histórico que se apresentava. Enquanto ainda não possuía a hegemonia político-social, o direito foi-lhe útil para deslegitimar o poder aristocrático, principalmente por meio de um discurso jurídico que invocava fundamentos para além da ordem feudal que então dominava o mundo da vida: esse discurso seria o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII. Ao completar suas revoluções políticas e econômicas e se tornar a classe hegemônica, já no século XIX, a burguesia livra-se do Direito Natural e subverte a racionalidade jurídica em favor de outra que não mais sirva à transformação social, mas sim à reprodução (e aprofundamento) do arranjo capitalista burguês.

Essa ambiguidade histórica do direito – ter sido utilizado tanto como um discurso de *emancipação*, quanto como um discurso de *regulação* – foi identificada por Boaventura de Sousa Santos como típica do paradigma jurídico moderno. Segundo o autor, não só o direito, como quanto todo o conhecimento produzido na modernidade estará mais ou menos equilibrado na tensão entre regulação e emancipação, ou seja, caminhará ora como *conhecimento-emancipação*, ora como *conhecimento-regulação*, com especial destaque para os dois principais *discursos* que funcionaram como pilares à racionalidade moderna: o direito e a ciência. O sociólogo resume, pois, seu argumento nas seguintes linhas gerais:

[...] defendi que as infinitas promessas e possibilidades de libertação individual e colectiva contidas na modernidade ocidental foram drasticamente reduzidas no momento em que a trajectória da modernidade se enredou no desenvolvimento do capitalismo. Defendi também que a ciência moderna teve um papel central nesse processo. Essa funcionalização da ciência, a par da sua transformação na principal força produtiva do capitalismo, diminuiu-lhe radical e irreversivelmente o seu potencial para um racionalização emancipatória da vida individual e colectiva. A gestão científica dos excessos e dos défices, tal como a burguesia ascendente a entendia, transformou o conhecimento científico num conhecimento regulador hegemónico que absorveu em si o potencial emancipatório do novo paradigma. (SANTOS, 2007, 119)

Santos alega que a tensão entre *regulação* e *emancipação* no discurso jurídico, contudo, é ainda mais antiga do que no discurso científico e remonta à recepção do direito romano na Europa do século XII. Conforme explica o português, o fato seria de tal forma decisivo que ele, entre outros juristas e professores da envergadura de Harold Berman, Michael Tigar e Madeleine Levy, o consideram como o fato mais importante na criação da tradição jurídica moderna ocidental. Neste momento, entre os séculos XII e XIII, a burguesia estava imersa em uma sociedade que não dominava nem política, nem culturalmente. Era uma classe nascente, alimentada pelo comércio que ensaiava dar passos maiores e mais lucrativos rumo ao oriente após a primeira Cruzada, em 1096, ter reaberto a rota comercial pelo Mediterrâneo (SANTOS, 2007, 122). O direito romano, também chamado de *direito erudito*, passa a ser ensinado na Europa, especialmente na Universidade de Bolonha, com a proposta de ser um corpo de leis cuja aplicação era pretensamente mais favorecerá as relações comerciais e contratuais, convergindo assim o ensino e a difusão do *direito erudito* com os anseios da classe social burguesa em ascensão. Esse *conhecimento*, que neste momento histórico correspondia às expectativas de emancipação burguesa, desenvolvido e promovido pela Academia enquanto *conhecimento disciplinar*, mais tarde transmutar-se-á em *poder disciplinar*, quando passar a ser aplicado enquanto *poder jurídico*. Nas considerações do professor Boaventura de Sousa Santos, citando o historiador do direito Franz Wieacker:

Como Wieacker muito bem acentua, a recepção d direito romano é o resultado de uma convergência única de interesses econômicos e culturais. Essa convergência proporcionou o aparecimento de um saber jurídico autónomo, humanista e laico que pôs a autoridade do *imperium romanum* e o fascínio pelo ideal cultural romano ao serviço de um novo projecto jurídico, político e societal. Ao contrário do que nessa época acontecia nas universidades do Noroeste da Europa (Paris e Oxford), o *studium civile* de Bolonha não era uma corporação eclesiástica hierarquizada, mas uma *universitas scolarium*, uma associação de eruditos. De acordo com o argumento sobre a interpenetração do poder disciplinar e do poder jurídico, [...], o “direito erudito” começou por ser uma disciplina académico, isto é, um conhecimento disciplinar que mais tarde se tornou poder jurídico – a forma de poder que Foucault contrapõe ao poder disciplinar – quando, em finais do século XII, passou a ser aplicado como direito residual. A partir daí, o direito romano reuniu as duas formas de poder-saber, e foi provavelmente esse o segredo dos notáveis resultados que obteve. No final do século XII, havia em Bolonha milhares de estudantes de direito que rapidamente divulgaram os novos conhecimentos por toda a Europa, como diplomatas, conselheiros reais, juízes, notários, etc. Ao lado do clérigo, surgiu o jurista ou legista que, nos séculos seguintes, iria monopolizar a administração pública e o sistema judicial em toda Europa. (SANTOS, 2007, 122-123)

As exigências práticas, advindas do contexto específico de renascimento comercial e cultural da Europa do final do século XII em diante, de uma regulação jurídica centralizada, universalista, racional e autônoma em relação aos poderes feudais, colocaram o direito, especialmente o “direito erudito” recepcionado pelas universidades europeias, a serviço dos interesses progressistas e emancipatórios da burguesia que, neste momento, iniciava seu longo trajeto de classe social que implodirá o Antigo Regime. Entretanto, à medida que as condições específicas da época se alteram, as características do direito romano que possibilitavam o desenvolvimento da faceta *emancipatória* do discurso jurídico foram cedendo lugar aos seus aspectos regulatórios. O “direito erudito” que fora buscado alhures, atuou, ao longo dos séculos XIII e XVIII, em atenção à racionalidade metafísica e naturalista que invocava fundamentações para além da ordem estabelecida, justamente porque a ordem estabelecida não atendia aos anseios, necessidades e expectativas da classe ascendente. Já no século XIX, superada a etapa de suplantação do regime feudal, a burguesia converterá a racionalidade jurídica para que passe a defender a nova ordem implantada. Para tanto, o direito romano será transformado, especialmente pelos Pandectistas, numa “estrutura formal e hierarquizada de regras jurídicas, que obedecia a um rígido sistema lógico” (SANTOS, 2007, 123). A riqueza emancipatória do direito romano do primeiro período será “reduzida a um formalismo técnico-racional, supostamente neutro em relação à ética e apenas preocupado com a perfeição técnica, a coerência lógica, a abrangência e previsibilidade totais” (SANTOS, 2007, 124). Por fim, sentencia o professor:

A tensão, muito particular, entre regulação e emancipação, que caracterizou a recepção do direito romano, era parte integrante do projeto histórico da nova burguesia europeia, em luta pela conquista do poder económico e cultural e, por último, do poder político. Uma vez conquistado o poder político, essa tensão perdeu toda a utilidade histórica. (SANTOS, 2007, 124)

Conforme observará ainda o professor de história do direito da Universidade Autónoma de Lisboa, Antônio Hespanha, o discurso jurídico cumprirá, ao longo do século XIX, uma tarefa ambivalente: de um lado, deslegitimar, com base nos argumentos cunhados pelo discurso do *Aufklärung*, a ordem social e jurídica pré-burguesa, acusando-a de irracional e injusta; de outro lado, potencializar a luta burguesa contra essa ordem e revestir a proposta sócio-jurídica burguesa de aspectos *naturais*, livres da irracionalidade e da historicidade anteriores. Em outras palavras, durante a

invenção da modernidade, o direito será acionado para desacreditar o arranjo social estabelecido pelo Antigo Regime e creditar à classe em ascensão o papel de portadora de uma nova ordem legítima, natural, racional e livre de toda a dominação. Neste sentido:

A história jurídica – como a história, em geral – desempenhara uma função jurídica (e também sociocultural) bem definida na primeira metade do século XIX. No universo ideológico que envolveu o ascenso político da burguesia, à história competira uma dupla tarefa: por um lado, a de relativizar e, conseqüentemente, desvalorizar a ordem social e jurídica pré-burguesa, apresentando-a como fundada na irracionalidade, no preconceito e na injustiça; por outro, a de fazer a apologia da luta da burguesia contra essa ordem ilegítima e a favor da construção de um direito e de uma sociedade “naturais” e harmônicos, isto é, libertos da arbitrariedade e historicidade das anteriores. (HESPANHA, 1977, 19)

Por fim, merecem destaque as precisas e irônicas palavras do jurista Roberto Lyra Filho ao comentar a alternância do uso do direito e da racionalidade jurídica que a burguesia promoveu em atenção às suas necessidades e aos seus interesses históricos de busca por hegemonia cultural, econômica e política:

[...] a burguesia chegou ao poder desfraldando a bandeira ideológica do direito natural [...] e, tendo conquistado o que pretendia, trocou de doutrina, passando a defender o positivismo jurídico (em substância, a ideologia da ordem assente). Pudera! A ‘guitarra’ legislativa já estava em suas mãos. A primeira fase contestou o poder aristocrático-feudal, na força do capitalismo em subida, para dominar o Estado. A segunda fez a digestão da vitória, pois já não precisava mais desafiar um poder de que se apossara. É daí que surge a transformação do grito libertário (invocando direitos supralegais) em arrote social de pança cheia (não admitindo a existência de Direito senão em suas leis). (LYRA FILHO, 2006, 26)

### 3.2.2 O poder simbólico do discurso jurídico hegemônico

Por ter sido central à estratégia de ascensão burguesa, não é de se admirar que, ao longo do processo histórico, o direito tenha-se transformado, ele próprio, em um *direito burguês*. Isso que dizer que o discurso jurídico ocidental foi sendo, paulatinamente, lapidado à imagem e semelhança da classe burguesa: os consensos, os sentidos e as verdades que produziu são consensos, sentidos e verdades *burguesas* e não universais, ou seja, são consensos, sentidos e verdades *parciais* e não *totais*. As regras



de interpretação, os princípios e, mais importante, as consequências da aplicação do direito moderno tendem a corresponder às necessidades e aos interesses da classe social que, durante séculos, dedicou-se ao estudo e à formulação de um sistema de direito que atacasse a ordem estabelecida enquanto esta não fosse alinhada e que a mantivesse quando fosse oportuna e favorável. O historiador do direito Paolo Grossi compartilha de minha análise. No veemente texto *A formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora*, o professor italiano irá afirmar:

O historiador tem, porém, o dever e a responsabilidade de acrescentar que aquilo que nos aparece como natural, ou seja, como conexo à natureza mesma do direito, é apenas o fruto de uma transformação que este sofreu em um tempo histórico e em um espaço geográfico bem delimitados. Para nos explicarmos melhor, é transformação que se verificou somente no ápice da idade moderna e na Europa continental. Aquele que pode nos parecer natural é todavia historicamente relativo; como se dizia mais acima, é nada mais do que o resultado de uma sagaz estratégia da classe burguesa, cônica da relevância do direito para um exercício completo de poder e resolvida a controlá-lo. (GROSSI, 2006, 92)

Tal noção, de que o direito não é *essencialmente* burguês e de que tampouco sua racionalidade está *naturalmente* voltada para a satisfação dos interesses e das necessidades dessa classe social, é importante se queremos desvelar a *verdade funcional* do discurso jurídico, ou seja, quais são as finalidades a que se tem prestado. Tenho defendido a coincidência histórica entre racionalidade jurídica e interesses/necessidades burguesas, equilibrando-me na tênue linha que separa a percepção de ser o direito uma ferramenta nas mãos da classe hegemônica daquela que, paradoxalmente, prega que o direito é, por si só, um discurso da classe hegemônica. A diferença entre a primeira e a segunda percepção é que nesta o direito não passa de um discurso do poder constituído, cuja função *será* sempre a de trabalhar como instrumento regulatório e de opressão dos poderosos contra os oprimidos – aqui, ainda reside a ilusão metafísica de que o direito possuiria algum tipo de orientação espiritual em favor da opressão, ou seja, que a *verdade do direito* é a coerção, a subjugação, o autoritarismo; enquanto que naquela primeira percepção, o direito *está* com sua faceta regulatória hipertrofiada, mas ainda assim é *potencialmente* capaz de cerrar fileiras na permanente batalha pela emancipação humana, justamente porque, enquanto fenômeno humano, podemos interpretá-lo e a ele dedicarmos o sentido que quisermos.

Contudo, se venho afirmando que o direito tem servido à regulação muito mais do que à emancipação, e que tal diagnóstico se deve ao seu alinhamento com os interesses burgueses, tentarei explicar mais detalhadamente como se dá a relação entre *interesses hegemônicos* e *racionalidade discursiva* socialmente compartilhada. Novamente apoiado em Marx e Engels, por terem eles apreendido o mecanismo reflexivo entre a racionalidade do discurso hegemônico num período histórico singularmente identificado e a classe hegemônica do mesmo período. Em conhecida síntese, afirmam:

As idéias da classe dominante são, em todas as épocas, as idéias dominantes, ou seja, a classe que é o poder *material* dominante da sociedade é, ao mesmo tempo, o seu poder *espiritual* dominante. [...] As idéias dominantes não são mais do que a expressão ideal [*ideell*] das relações materiais dominantes, as relações materiais dominantes concebidas como idéias; portanto, das relações que precisamente tornam dominante uma classe, portanto as idéias de seu domínio. (ENGELS, MARX, 2009, 67)

Ora, o direito, essa construção racional de determinado discurso de poder, capaz de regular, organizar, normatizar e mesmo normalizar a sociedade, de forma prática, ao redor de preceitos, mandamentos e regras é, portanto, um *sistema simbólico* construído em atenção aos interesses *das idéias da classe dominante*.

Contudo, não devemos aqui repetir o erro da teologia e de inúmeras tradições filosóficas, a exemplo do idealismo, assumindo posição “escolástica” sobre o tema, como diria Marx. Não devemos conceber as atividades intelectuais, do pensamento, em oposição às atividades práticas, objetivas. O ser é um só, compõe-se em constante dinâmica dialética entre ação e pensamento; e entre esses e o conjunto das relações sociais que o cerca. Da mesma forma se comporta o mundo social: os sistemas, estruturas, instituições e institutos pensados e realizados pelos seres humanos advêm de uma prática que se coloca em razão da realidade circundante.

Nas célebres *Teses sobre Feuerbach*, K. Marx critica o materialismo que o precedeu. A divergência do pensador parte da denúncia de uma lacuna ontológica: o materialismo antigo ignora a objetividade social, sua construção e obstinada atualização realizada pela atividade sensível dos seres humanos. Nessa estrutura de pensamento, a realidade é exterior e contraposta ao sujeito que a mentaliza, não havendo qualquer

outro vínculo entre subjetividade e objetividade, permanecendo ambas estanques em suas próprias esferas. Marx afirma na II Tese:

O problema se ao pensamento humano corresponde uma verdade objetiva não é um problema da teoria, e sim um problema prático. É na prática que o homem tem que demonstrar a verdade, isto é, a realidade e a força, o caráter terreno de seu pensamento. O debate sobre a realidade ou a irrealidade de um pensamento isolado da prática é um problema puramente escolástico. (MARX, 1977, 118-120)

Assim, o conceito de *sistema simbólico*, mencionado mais acima, é utilizado justamente para afastar qualquer posicionamento escolástico sobre a relação entre classe objetivamente dominante e racionalidade subjetivamente dominante. Aqui, parto da definição de Pierre Bourdieu: “sistemas simbólicos” – tal qual a arte, a religião e a língua – são “instrumentos de conhecimento e comunicação” que gozam do *poder simbólico* de estruturar, influenciar e, de sobremaneira, determinar aspectos e elementos da realidade do mundo social porque são eles mesmos, os *sistemas simbólicos*, “estruturados”; são estruturas simultaneamente *estruturantes e estruturadas* que exercem *poder simbólico* (BOURDIEU, 2010, 7-9):

O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem *gnoseológica*: o sentido imediato do mundo (e, em particular, do mundo social) supõe aquilo a que Durkheim chama o *conformismo lógico*, quer dizer, ‘uma concepção homogênea do tempo, do espaço, do número, da causa, que torna possível a concordância entre as inteligências. Durkheim [...] tem o mérito de designar explicitamente a *função social* (no sentido do estruturo-funcionalismo) do simbolismo, autêntica função política que não se reduz à função de comunicação dos estruturalistas. Os símbolos são instrumentos por excelência da ‘integração social’: enquanto instrumentos de conhecimento e de comunicação [...], eles tornam possível o *consensus* acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social: a integração ‘lógica’ é a condição da integração “moral”.(BOURDIEU, 2010, 10)

A classe dominante é capaz de impor a sua visão particular do mundo às outras classes sociais como se fosse a visão do mundo de toda a sociedade. A dominação ideológica, instituída pelos *sistemas simbólicos* e objetivada pelo *poder simbólico* e pela *violência simbólica* que este gera, presta essencial *função política* para a legitimação da ordem estabelecida: a ideologia dominante assiste à integração real da

classe dominante – “assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes” – e à integração aparente do complexo social no seu conjunto, através da dissimulação das contradições e distinções internas da sociedade. A cultura hegemônica força as outras culturas, tratadas como *subculturas*, a definirem-se em relação à distância de que se encontram daquela cultura. Como resultado, tem-se o mascaramento das próprias relações de dominação que conformam a sociedade, dando a ordem estabelecida a aparência legítima de natural (*ortodoxia*). (BOURDIEU, 2010, 10). Ou seja, as relações de força implícitas nos sistemas simbólicos, em regra, apenas se manifestam na forma irreconhecível de relações de sentido, conhecimento, consenso, ou mesmo como verdades. (BOURDIEU, 2010, 14).

Esse *capital simbólico* é produzido e acumulado pela classe hegemônica, tanto quanto o é o capital econômico. Aquele depende, na forma e no conteúdo, deste e é acionado pelos agentes ou pelas instituições envolvidos nas relações de poder, enquanto instrumento “estruturado e estruturante de comunicação e de conhecimento”, para a imposição ou para a legitimação da dominação, reforçando assim com sua própria força às relações de força que sedimentam. (BOURDIEU, 2010,11) O capital econômico acumulado pela classe economicamente hegemônica fornece-lhe os meios materiais e culturais – de produção, difusão e reprodução – necessários à imposição de sua *espiritualidade*, de seu modo de vida – seus princípios, suas virtudes, seus vícios –, de sua arte, de sua língua, de sua religião; e, com maior centralidade nos termos deste trabalho, de *seu* direito.

Vê-se que a tendência para universalizar o seu próprio estilo de vida, vivido e largamente reconhecido como exemplar, o qual é um dos efeitos do etnocentrismo dos dominantes, fundamentador da crença na universalidade do direito, está também na origem da ideologia que tende a fazer do direito um instrumento de transformação das relações sociais e de que as análises precedentes permitem compreender que ela encontra a aparência de um fundamento na realidade: não é em qualquer região do espaço social que emergem os princípios práticos ou as reivindicações éticas submetidas pelos juristas à formalização e à generalização. (BOURDIEU, 2010, 247)

Percebe-se então que a luta de classes econômica travada objetivamente na sociedade corresponde esta outra, muito mais sorrateira e silenciosa, que é necessária e inevitavelmente seu reflexo subjetivado: há uma luta de classes simbólica entre os diferentes grupos sociais na busca também por hegemonia ideológica. Sua arena é a

linguagem e o prêmio do vencedor é ter seus consensos e seus sentidos considerados como Verdades pelo resto da comunidade ou, no caso do direito, ver os seus princípios, interesses, necessidades, valores etc. transformados em regras jurídicas de regulação social, de correição normativa e de legitimação política.

Mas as complexas relações de vassalagem e suserania do mundo da vida que se manifestam pela linguagem não podem ser tomadas de forma simplista. Como bem identificou o sociólogo lusitano Boaventura de Sousa Santos, há uma permanente tensão entre regulação e emancipação inerente ao paradigma da racionalidade moderna. Ainda que o capital econômico seja o fator preponderante na construção da hegemonia ideológica, não é o único fator. Pensar assim poderia nos levar a acreditar que a cultura social que se tem pertence unicamente à classe dominante e que não haveria possibilidades de mudá-la, ou mesmo influenciá-la, sem ter primeiramente a benesse do capital econômico o que, sabemos, não é verdade. Ser-nos-iam, portanto, incompreensíveis fenômenos culturais típicos das classes populares, como o samba e mesmo o *funk* dos morros e das favelas cariocas, que conquistam parcelas sensivelmente expressivas das classes e grupos hegemônicos, ou mesmo a construção e o aperfeiçoamento de institutos e instituições jurídicas, como a regulação da jornada de trabalho, o próprio direito do trabalho como um todo ou os importantes avanços na teoria e na prática de proteção aos direitos fundamentais positivados pelas cartas constitucionais ao redor do mundo, além de toda a sistemática internacional de proteção e de defesa dos direitos humanos.

O que se observa é, na realidade, aquela constante luta simbólica (ideológica) entre as classes, com supremacia da classe dominante, mas conquistas importantes das classes e grupos sociais dominados. O direito, assim como os outros sistemas simbólicos, é um discurso que está em constante disputa social. Ao ser usado com maestria pela classe burguesa como ferramenta de construção de hegemonia, desvelou, historicamente, suas poderosas faces, tanto a faceta regulatória, quanto a faceta emancipatória, abrindo-se assim um flanco por onde outros grupos sócias podem implementar lutas e disputas por sentidos, princípios, regras, em síntese, verdades consensuadas que atendam interesses e necessidades favoráveis à construção de uma sociedade verdadeiramente de sujeitos livres e iguais. Esse caráter de disputa e de negociação pelo sentido do direito foi bem compreendido, além de Pierre Bourdieu, pelo jurista mexicano Óscar Correias:

Em nossa concepção, o direito é um discurso de poder que -serve para exercê-lo. Mas como o poder é um bem partilhado, ainda que desigualmente, entre os distintos grupos sociais, o direito é um discurso que 'reflete' – que tem como causa – a correlação de forças entre os grupos. Neste sentido o direito é o *resultado* da luta entre classes e setores sociais. Não é o produto – efeito – da vontade da classe dominante, como se pode pensar a partir de uma concepção um tanto ingênua sobre o exercício do poder. Como vimos em outro lugar, o reconhecimento do direito coloca limites ao poder. Quem dita o direito não tem na verdade todo o poder social; não pode impor totalmente sua vontade; tem que negociar politicamente com outros grupos sociais, e o direito é o resultado desta negociação. (CORREAS, 1996, 110)

Contudo, enquanto classe hegemônica, a burguesia foi capaz de mascarar, dissimular e *universalizar* qualquer avanço social como se seu fosse e capitalizá-lo para si. Como é ela quem cede legitimidade – ao menos de forma aparente e nos momentos regulares do desenvolvimento social, ou seja, nos momentos não revolucionários, de não ruptura – aos discursos, a classe dominante age como “naturalizadora” e “normalizadora” dos processos sociais, dando-lhes, em última instância, a sua marca. Esse mecanismo, de forma cíclica e reflexiva, acaba também por reforçar a sua própria legitimidade social em relação às outras parcelas da sociedade.

As relações entre ser e dever-ser são dialéticas. Forma e conteúdo constroem-se histórica e reciprocamente na dinâmica do real. O direito (e também os outros *sistemas* simbólicos) é essa forma híbrida de objetividade e subjetividade, pois enquanto discurso – *estruturante e estruturado* – é capaz de atuar de forma prática e por sua própria força produzir efeitos, criando e conformando, ao mesmo tempo em que é criado e conformado, o mundo social. (BOURDIEU, 2010, 237)

A burguesia beneficiou-se dessa característica, desse *poder simbólico*, para ascender e por fim tornar-se a classe hegemônica. Contudo, conforme já dito, elaborou racionalidades distintas, a variar em relação a *função política* que necessitava ver cumprida pelo direito. O jusnaturalismo racionalista foi a racionalidade jurídica formulada e divulgada no longo conflito social travado por aquela classe contra a aristocracia-feudal. Até o total florescimento da Modernidade, será tal racionalidade a estratégia ideológica revolucionária burguesa. Para suportar meu argumento de que o direito transitou entre duas racionalidades ao longo da modernidade mais uma vez socorro-me das agudas observações do professor Lyra Filho:

A contestação burguesa da ordem aristocrático-feudal, internamente, assim como do sistema internacional montado, recorreu, então, à forma do direito natural, que denominamos antropológico, isto é, do homem, que extraía os princípios supremos de sua própria razão, de sua inteligência. Esses princípios, e de novo não por mera coincidência, eram, evidentemente, os que favoreciam as posições e reivindicações da classe em ascensão – a burguesia – a das nações em que capitalismo e protestantismo davam as mãos para a conquista do seu “lugar ao sol”. (LYRA FILHO, 2006, 48)

Mas, tão logo a classe burguesa conquiste a supremacia social, abandonará aquela racionalidade e passará a usar a força do *poder simbólico* do direito transviado em outra racionalidade, agora não mais revolucionária e emancipatória, e sim reacionária e regulatória. A nova racionalidade será o positivismo jurídico. Durante o desenrolar de seu processo histórico, sob a regência do programa do *Esclarecimento*, a modernidade irá configurar, progressivamente, um *mito sacrificial*. De forma paradoxal, a tentativa de racionalizar por completo o mundo da vida resultará na construção de um mito pretensamente racionalista para acobertar toda a irracionalidade da ordem moderna. Especialmente no que diz respeito a nós, povos latino-americanos que pelos europeus foram colonizados, o discurso pelo fim da “minoridade”, da opressão e da selvageria encobertará atrocidades, genocídios e extermínios em massa, além do descomunal saque de nossas riquezas naturais e culturais. No próximo tópico, tentarei esclarecer ao menos uma centelha do que foi encoberto pelas luzes do *Esclarecimento* e situar a parcela de responsabilidade do direito nos crimes cometidos em favor do *progresso* e da *razão*. Meu objetivo é desvelar ao leitor as vicissitudes e as mazelas geradas pela ordem iníqua e pelo direito injusto que acabaram implodindo o pilar da emancipação – também presente enquanto *potência* nos principais discursos e sistemas simbólicos modernos – em favor da regulação e da racionalidade instrumental que acabou por fetichizar e coisificar os seres humanos e as suas criações.

### **3.3 Crítica ao economicismo e à mecânica histórico-teleológica implícitas na análise das funções que o direito moderno cumpriu<sup>24</sup>.**

<sup>24</sup> Este tópico é devido ao professor Alexandre Araújo Costa, que tanto me preveniu sobre os perigos de minha análise desaguar numa reflexão economicista e historicista dos fenômenos estudados. Talvez este seja o maior perigo da proposta de se sistematizar as funções do direito moderno com base nas racionalidades duais que venho propondo. Espero que, neste tópico, possa esclarecer melhor alguns aspectos sobre o desenrolar da história sem cair no abismo teleológico de se impor finalidades específicas à fenômenos humanos como se eles estivessem ali definidas à priori.

Depois de situada a discussão acerca das funções cumpridas pelo direito ao longo da modernidade, discussão inclusive que remete a outro trabalho por mim redigido<sup>25</sup>, necessito, mais uma vez, interromper a marcha construtiva do estudo para, numa nova inflexão, exercer uma crítica contundente sobre meu próprio pensamento. Isso porque o nível de abstração sobre o qual sua escala analítica se assenta abre-lhe flancos evidentes por onde pode ser demolido. Ademais, talvez na forma como fora escrito e as conclusões que dele extraí, algumas coisas não exatamente pressupostos podem ter parecido como se pressupostas fossem. Quero aqui focalizar duas possíveis acusações:

A primeira delas, de ter realizado uma interpretação teleológica de fatos históricos à posteriori, ou seja, de ter pinçado acontecimentos reais para reescrevê-los de traz para frente, de tal forma que o que na prática foi uma consequência contingente tenha se invertido, na minha análise, em causa necessária. Aqui, em especial, trato do fato do direito ter sido instrumento de ascensão da burguesia e da acusação de que a burguesia não poderia ter traçado, desde o início e com séculos de antecedência, uma estratégia vitoriosa de conquista de poder com base (também) no discurso jurídico. Essa etapa da auto-crítica diz respeito à eventuais observações de caráter histórico-teleológico.

A segunda acusação que posso pertinentemente responder é de ter demonizado a burguesia ou, uma crítica que a essa complementa, ter vinculado, de maneira imediata, o desenvolvimento da superestrutura do conhecimento jurídico ao desenvolvimento da infraestrutura econômica e social, ou seja, uma crítica que muito tem a ver com a origem marxista e, por vezes, um tanto quanto marxiana, de minhas reflexões. Entretanto, como demonstra os referenciais teóricos conjurados ao longo deste trabalho, às reflexões marxianas tenho agregado análises de outras matrizes filosóficas, sociológicas, históricas e jurídicas, porque a realidade é por demais complexa e indomesticável e a tradição intelectual do ocidente tem aprofundado e complementado o pensamento marxista, dando-lhe outras vertentes e outras facetas de análises objetivas e subjetivas que, a princípio, ali não estavam, o que, em minha

---

<sup>25</sup> Vide: OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. **O Poder Simbólico do discurso jurídico: emancipação e regulação no caminho da modernidade.** *O Direito Alternativo*, v. 1, n. 1, p. 190-213, agosto 2011.



opinião, enriquecem o já profícuo patrimônio intelectual deixado por Karl Marx e seus posteriores comentaristas. Enfrentarei, brevemente, ambas as questões, nos tópicos que se seguem.

### 3.3.1 O Direito como estratégia estruturante e estruturada.

Estou convencido da importância histórico-estratégica do direito para a ascensão política da burguesia. Durante a invenção da modernidade, o discurso jurídico cumpriu tarefas bem delimitadas: desacreditar a ordem estabelecida pelo *Ancien Régime* e creditar à classe em ascensão o papel de portadora de uma nova ordem *legítima, natural, racional* e livre de toda a dominação.

O problema da percepção é que, elaborada como está, oculta os refinados processos pelos quais as tarefas que foram de fato cumpridas pelo direito se desenvolveram, podendo sobre mim recair a acusação de ter realizado uma interpretação teleológica dos processos históricos. Pretendo delimitar um pouco mais precisamente a intersecção entre as características do discurso jurídico e os instrumentos que foram desenvolvidos e utilizados, de forma tática e cotidiana, para responder a determinadas necessidades particulares que, por uma série de motivos cuja totalidade talvez nos fuja, transmutaram-se em condições materiais para a dominação burguesa. O que quero dizer é que, de alguma forma, a satisfação dessas necessidades particulares à determinada classe ou seguimento social, que tanto poderiam ser da burguesia nacional, como da burguesia local ou mesmo de grupos sociais menores e específicos, foram construindo o caminho que, séculos depois, trouxe-nos até o presente quadrante da história onde, de fato, a classe detentora dos meios de produção é a classe detentora do poder econômico, político e jurídico. A razão de ser de uma instituição, tais quais as instituições que materializam o discurso jurídico, não está diretamente relacionada com a *vontade* da classe ou do grupo social que dela aproveitar-se-á, mas sim com o complexo sistema de disputa e antagonismo pela racionalidade e, porque não dizê-lo, pela *verdade* que se pretende ter como hegemônica naquela sociedade. Neste sentido, com muita propriedade irá afirmar Bourdieu:

[...] Que o carácter abstracto, formal e, por assim dizer, “idealista” de medidas tomadas na mais completa ignorância das condições da sua concretização tenha contribuído, à revelia, para a inversão paradoxal que as fez reverter por fim, a favor dos seus autores ou – o que já não é a mesma coisa – da sua classe é um facto em que não podemos ver o resultado de um cálculo cínico e, menos ainda, de uma espécie de milagre do inconsciente “burguês”. O que é necessário compreender é a relação entre estas medidas (ou o *habitus*, característico de uma classe, que aí se exprime em termos, por exemplo, do universalismo e do formalismo das suas intenções) e a lógica do campo em que se geram – em função de *habitus* que nunca se circunscrevem completamente a ele – as reacções por elas suscitadas. A razão e a razão de ser de uma instituição não está na “vontade” de um indivíduo ou de um grupo mas sim no campo de forças antagonistas ou complementares no qual, em função dos interesses associados às diferentes posições e dos *habitus* de seus ocupantes, se geram as “vontades” e no qual se define e se redefine continuamente, na luta – e através da luta – a realidade das instituições e dos seus efeitos sociais, previstos e imprevisos. (BOURDIEU, 2010, 81)

Quero ainda afirmar que nessa tortuosa trilha pouco iluminada, com seus sem número de pontos obscuros e outros tantos desvios acidentais, há o caos preponderante, mas não absoluto. Da mesma forma que não há harmonia absoluta pelo universo, não pode haver o caos absoluto. O todo hermético não é capaz de responder satisfatoriamente, enquanto categoria e enquanto método de pensamento, às indagações de uma realidade que se constrói de forma dialética. Várias teorias científicas têm confirmado essa noção aplicada ao mundo natural. As estrelas ou os átomos não obedecem cegamente a regras universais e imutáveis, o discurso científico vem consolidando a noção que tais regras correspondem mais a um comportamento estatístico do que a rotinas infinitamente configuradas, tal qual o dado que se jogado aleatoriamente várias vezes cairá com a sexta face voltada para cima na proporção de trinta e seis para um.

Quando passamos á análise dos fenômenos humanos e sociais, essa percepção tem de ser qualificada uma vez que aqui estamos diante do mistério da vida e do encantamento dos seres. As mulheres e os homens possuem, mais do que qualquer outro organismo vivo conhecido, esse magnífico elemento espiritual de transcendência definido por J. J. Rousseau como sendo a capacidade de recusar aos instintos puramente naturais para, impregnados de ações teleológicas, construir a realidade a sua volta. Não completamente, não plenamente racional, já que ao nascermos, inserimo-nos em relações que não escolhemos, que estavam antes de nós e se conservarão indeterminavelmente para além de nós, como nos diria Karl Marx. Ainda assim, dentro das margens do que é volúvel ou volutuário, dentro do limitado alcance que à nossa

visão é permitido ter o capricho da vontade e da deliberação, somos construtores de nós mesmos e da realidade que nos circunda. No compasso do existencialismo, somos seres responsáveis e, por isso mesmo, angustiados.

Olhando agora de perspectiva, talvez eu possa afirmar que uma tênue linha, quase invisível e indivisível num emaranhado novelo, liga o presente ao passado. Posto numa interação dialética, do velho surge o novo da mesma forma que do novo pode-se extrair um novo velho. Os movimentos artísticos de resgate e releitura, como o parnasianismo ou o neoclássico, colaboram com o meu argumento. Mas não quero com isso afirmar a correspondência entre a forma jurídica e a estrutura econômica. Não quero reforçar a aquela determinada concepção de que o direito seria a tradução imediata de interesses econômicos da classe dominante. Pretendo que esta análise seja útil para aprofundar a compreensão sobre o fenômeno jurídico. É importante que se tome o direito como possuidor de uma história em certa medida particular, como um *campo* ao mesmo tempo relacional e autônomo, para dele retirar a compreensão de seus mecanismos próprios e específicos. A forma jurídica adquire historicamente uma racionalidade e uma lógica peculiar que muito estrutura e, ao mesmo tempo, é estruturada pelo campo político. O sociólogo Pierre Bourdieu, ao se debruçar sobre a questão da intencionalidade ou não das estratégias dos grupos sociais ao longo da história, ou seja, sobre a discussão acerca do cinismo ou do voluntarismo de perspectivas teleológica sobre os fatos e racionalidades pretéritas, formula a seguinte expressiva passagem:

A forma particular de ilusão retrospectiva que conduz à ilusão teleológica leva-nos a conceber como produto de uma estratégia consciente e calculada, e até mesmo cínica, a acção com finalidade objectiva do *habitus*, estratégia objectiva que, muitas vezes, só tem sucesso devido à sua inconsciência e ao seu “desapego”: é assim que os que são bem sucedidos, em política ou mesmo nas artes ou na literatura, podem aparecer retrospectivamente como estratégias inspirados, enquanto que o que era *objectivamente* um investimento racional pôde ser vivido como uma posta arriscada e até como uma loucura. A *ilusio*, que a pertence a um campo exige e produz, exclui o cinismo, e os agentes quase nunca dominam explicitamente aqueles mecanismos cujo domínio prático é a condição do seu êxito; assim, por exemplo, no campo literário ou artístico, as *reconvenções* – de um género para outro, de um estilo para outro, etc. – são vividas – e devem, sem dúvida sê-lo para terem êxito – como *convenções*. Em suma, o recurso à noção de estratégia que permite romper com a ilusão bem fundamentada do desinteresse e também com todas as formas de mecanicismo – ainda que se tratasse do mecanicismo finalista do *Deus in machina* – não implica o

regresso a uma forma ingênua de finalismo (e de interaccionismo). (BOURDIEU, 2010, 82)

É exatamente no instante de tensão dialética entre o *campo político* e o *campo jurídico* que poderemos pensar, compreender e utilizar o discurso jurídico como *estratégia política*. Aliás, é justamente desse ponto que melhor observamos o direito: enquanto fenômeno jurídico-político. Parto do pressuposto que a burguesia de fato fez do direito tal uso de forma algumas vezes mais e outras muito pouco consciente. Contudo, uma vez expandida nossa compreensão acerca dos mecanismos próprios do discurso jurídico, acerca desses elementos que dão a automaticidade relativa necessária e suficiente para o configurarem como um *campo* passível de ser estudado segundo sua própria história e especificidade, poderemos potencializar o uso do direito com pretensões políticas. Aliás, como explica António M. Hespanha, a análise dos fenômenos sociais, quando feita na forma de uma narrativa universal que não possui espaço para as especificidades próprias do objeto que se estuda, perde riqueza por desprezar a tensão dialética própria entre o todo e o particular das relações sociais:

Voltando - após este excuro - ao tema das virtualidades da abordagem teórica antes descrita dir-se-á que este sublinhar da irredutibilidade do nível jurídico como objecto específico da análise histórica (e teórica), se permite a recusa de todas as formas de idealismo ou de voluntarismo na explicação da realidade social, permite também superar uma concepção mecanicista das relações entre o sistema jurídico e a base económica, ou seja, uma concepção que configure o direito como decorrendo directamente e sem quaisquer mediações das relações estabelecidas ao nível do aparelho de produção económica. O sentido do intento de pulverizar a história global é precisamente o de excluir qualquer pretensão de estabelecer, de nível para nível da prática humana, relações directas de determinação ou dependência que conduzam a um esquematismo explicativo redutor da complexidade social. O que não excluiu, como se tornará claro mais adiante, a afirmação de que existam entre os vários níveis relações intercondicionantes, em termos de se tornar ilegítimo qualquer método que não tenha em conta a tensão dialéctica da totalidade social, em última instância determinada pelas relações de produção. (HESPANHA, 1977, 25-26)

A advocacia popular em grande medida já faz isso, mas mais comumente de forma tática. Nos movimentos sociais avança a percepção de ser o direito importante arena de disputa. A questão agora é traçar os prolegômenos possíveis para esclarecermos com mais propriedade quais macro e micromecanismos favoreceram

àquela percepção geral das distintas racionalidades empregadas ao fenômeno jurídico terem acabado por contribuir na ascendência sócio-econômica burguesa; para tanto, escolhi o seguinte viés analítico: primeiro, apresentar o discurso jurídico como um *saber*, um conhecimento *verdadeiro* que possui uma história política e que tanto contribuiu à história política geral e à organização do poder; depois, explorar a capacidade de funcionar o direito como estratégia que estrutura ao mesmo passo em que é estruturada.

Começarei desmontando a seguinte noção que talvez de minhas análises emerja: a burguesia *não* traçou uma estratégia apriorística e definitiva de conquista de poder. De fato, essa hegemonia burguesa desenvolveu-se de maneira tão complexa, sintática e, em grande parte, contingente, que não me seria possível fazer tal afirmação sem recorrer a alguma noção tipicamente moderna de que a história possui um sentido imanente; a alguma crença na existência de uma meta-história que está pronta a se auto-realizar.

Ao contrário, o estudo secular, profano e rigoroso do tempo histórico permite perceber que vários foram os processos verticais, mas também horizontais, paralelos, endógenos, exógenos e transcendentais, precedidos de maior ou menor clarividência, que acabaram por desaguar na organização social aos moldes burgueses. Esses processos se iniciam na esfera econômica e, ontologicamente considerados, correspondem a determinadas necessidades materiais de determinada classe social; quando esta mesma classe atinge um nível de coesão e hegemonia ótimo, a *alquimia social*, como nos diria Pierre Bourdieu, promove uma inversão dialética – tornando-se então a parte o todo – até que aquelas mesmas necessidades localizadas transmutam-se em necessidades gerais e passam a sintetizar o interesse da sociedade como um todo; através do *poder simbólico* acumulado, as manifestações do espírito e a consciência social geral refletem as relações reais de poder e se expressam em harmonia com as necessidades hegemônicas – note-se: as necessidades materiais de uma classe social, quando analisadas politicamente, tornam-se interesses políticos daquela classe social. Aqui, não posso deixar de transcrever uma das mais célebres e complexas passagens de Marx, justamente aquela em que ele expõe sua principal tese e que relaciona a maneira de satisfação das necessidades materiais da sociedade, ou seja, a *forma de produção*, com a criação das *formas de consciência*, ou seja, os discursos simbólicos superestruturais:

O resultado geral a que cheguei e que, uma vez obtido, serviu-me de fio condutor aos meus estudos, pode ser formulado em poucas palavras: na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. [...] O modo de produção da vida material condiciona o processo em geral de vida social, político e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência. (MARX, 1978, s/n)

Não me proponho a abordar todos aqueles processos de sublimação de necessidades materiais parciais em discursos simbólicos gerais, tampouco os conheço taxativamente nem suponho que alguém o possa. Basta, entretanto que percebamos o momento de ascendência dos interesses particulares em interesses supostamente universais, tal qual nos orienta Boudieu:

A história só pode produzir a universalidade trans-histórica produzindo, por meio das lutas tantas vezes impiedosas dos interesses particulares, universos sociais que, por efeito da alquimia social das suas leis históricas de funcionamento, tendem a extrair da defrontação dos interesses particulares a essência sublimada do universal. (BOURDIEU, 2010, 73)

De minha parte, deixo-me centralizar pela função que o direito moderno exerceu sobre o movimento enquanto eficaz instrumento ideológico. Trabalho o direito como um *conhecimento* que de natural nada possui. A vontade de conhecer não está inscrita na natureza humana; não se pode dizer que o impulso ao conhecimento seja “o mais antigo instinto do homem”. Antes, o conhecimento é a resultante da constante luta entre nossos divergentes instintos. Conforme a discussão exposta no capítulo segundo deste trabalho e de acordo com o que ensinam Nietzsche e Foucault, o conhecimento é o resíduo que fica quando finalmente nossas paixões, impulsos e desejos, após se atropelarem, baterem-se e se ajustarem, alcançam o compromisso equilibrado e possível. (FOUCAULT, 2002, 16)

O discurso jurídico, aquilo que se toma como direito – suas normas, seus procedimentos, seus símbolos, seus rituais, suas instituições etc. – considerado enquanto *conhecimento* é esse resultado do conflito, do constante choque entre as várias razões,

interesses e experiências práticas que circulam em determinada comunidade e, por um processo histórico de exclusão, complementação, afirmação, mutação, ocasião etc. acaba por se instituir como *verdade*.

E mais, para avançar na definição das peculiaridades do fenômeno jurídico, útil que o encaremos enquanto um *discurso prático* construído historicamente no seio daquele conflito, capaz de conformar, coagir, orientar, inibir e direcionar a vontade dos que o temem ou o professam; um discurso que assume, por excelência, a forma de “discurso actuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos” e que “faz o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este” (BOURDIEU, 2010); é um *saber-poder* que possui uma história política – porque fruto de intrincadas relações de poder – e funciona dentro de determinado sistema de verdades – de uma *economia política da verdade*, como ensina Foucault:

Em nossas sociedades, a “economia política” da verdade tem cinco características historicamente importantes: a “verdade” é centrada na forma do discurso científico e nas instituições que o produzem; está submetida a uma constante incitação econômica e política (necessidade de verdade tanto para a produção econômica, quanto para o poder político); é objeto, de várias formas, de uma imensa difusão e de um imenso consumo (circula nos aparelhos de educação ou de informação, cuja extensão no corpo social é relativamente grande, não obstante algumas limitações rigorosas); é produzida e transmitida sob o controle, não exclusivo, mas dominante, de alguns grandes aparelhos políticos ou econômicos (universidade, exército, escritura, meios de comunicação); enfim, é objeto de debate político e de confronto social (as lutas ideológicas). (FOUCAULT, 1979, 13)

Isso quer dizer que numa determinada sociedade, vários são os discursos que circulam tendo todos a pretensão de ser *reconhecidos* como verdadeiros. Tal pretensão é aquilo que Foucault denomina como “vontade de verdade”. Como não podemos esperar encontrar a *verdade verdadeira* em algum deles – pelo menos, não poderíamos sustentar essa esperança sem acreditar que de alguma maneira a verdade existe pré-escrita na essência dos fenômenos e anterior ao desenvolvimento desses, imanente e imutável, apenas aguardando pacientemente até ser surpreendida pela genialidade ou revelada por profetas – o que de fato ocorre é que historicamente esses vários discursos colidem, complementam e se anulam uns aos outros, desenhando um movimento geral que pode ser descrito como um *sistema institucional de exclusão* onde

o que é reconhecido como verdadeiro por aquela comunidade é, na realidade, *instituído* como verdadeiro.

Dessa perspectiva, o papel do intelectual é recolocado e atualizado. Não lhe cabe atuar como o ‘rei-filósofo’ platônico, capaz de entregar à sociedade aquilo que é *essencialmente* o Belo, o Bem e o Justo. Antes, a partir da percepção do combate pela verdade, desvelar as funções econômicas e políticas que o discurso tido como verdadeiro desempenha e os mecanismos através dos quais se define o que é falso e o que é verdadeiro.

A verdade não é metafísica, mas uma característica prática que dota os discursos de funcionalidade e eficácia. Sua construção é localizada – há instâncias sociais e instituições dentro das quais é produzida –; especializada – há um corpo profissional cujo trabalho se diferenciou até o ponto em que apenas os produtos que dele resultam podem ser reconhecidos como verdadeiros – e obedece a uma metodologia específica – há procedimentos necessários pelos quais qualquer discurso tem de antes passar se deseja o status de verdade. Nisso consiste o que Foucault chamou de *política geral da verdade*:

O importante, creio, é que a verdade não existe fora do poder ou sem poder [...]. A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua ‘política geral’ de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro. (FOUCAULT, 1979, 12)

A verdade é poder. Sua produção é condição materialmente necessária intensamente requisitada pelo exercício do poder. Como observado, a verdade é construída apoiada neste *sistema de exclusão*. Ora, aqueles que estão alijados do processo de produção da verdade, no discurso jurídico, recebem deste mandamentos prontos que não são, necessariamente, condizentes com suas necessidades/interesses. São mandamentos – seja na forma de lei, seja na forma de decisão – concebidos alhures que, hodiernamente, fecham-se sobre si mesmo e excluem uma imensa parcela da sociedade. O discurso jurídico e principalmente, as instituições que o materializam,



atravessa uma fase de hermetismo: suas arenas comunicativas de produção de argumentos e de verdades estão fechadas ao cidadão comum, a quem só cabe obedecer ou ser punido. Tenho defendido, neste trabalho, o *amicus curiae* como forma de participação no momento de definição do direito porque participar desse momento é *exercício de poder*. Ainda, um direito engendrado em instâncias argumentativas democráticas, um direito *aberto aos seus intérpretes*, é a forma de direito que pode dar conta dos anseios da parcela da sociedade que mais dele necessita porque está mais diretamente sendo vítima das injustiças sociais. Nós, enquanto juristas e intelectuais dedicados à defesa da racionalidade emancipatória da modernidade, devemos identificar esta e outras brechas do sistema de direito para alarga-las e, quem sabe assim, refundar o fenômeno jurídico numa *forma jurídica* que seja mais legítima e menos danosa à maioria.

### 3.3.2 O direito: um *habitus* burguês.

A classe burguesa, assim como não possuía um plano estratégico geral de dominação social, ainda que, por inúmeras razões históricas, tenha sido levada a tanto pela configuração de uma série de condições materiais, tampouco possuía a visão global acerca das racionalidades que estrategicamente empregaria ao fenômeno jurídico. Invoco a mesma razão precedente para esta impossibilidade, qual seja, a inexistência do futuro como destino previamente dado. A análise, da forma como feita, permitiu-me observar e categorizar, agora, olhando o passado desde o presente, os benefícios do discurso jurídico dos quais se aproveitou a classe dominante como instrumento de hegemonização para, quem sabe assim, (re)orientar vetorialmente a *práxis* jurídica para a emancipação humana. Contudo, durante o processo de hegemonização, não se poderia separar o que foi intencional daquilo que foi residual; as ações que foram previstas daquelas que foram casuais; as instituições previamente estruturadas daquelas posteriormente aproveitadas contingencialmente. Em verdade, nem é mesmo necessário que se o faça.

Através da noção de *habitus* e *campo* adotada por Bourdieu, é possível tanto refutar a ideia de que a função exercida pelo direito é fruto de uma cínica vontade única

e central; quanto também a crença de que a burguesia teria agido ingenuamente, sem qualquer intencionalidade política e que, portanto, beneficiou-se do direito meramente por uma trapaça do destino ou por um golpe de sorte do acaso. Não se trata nem de cinismo, nem de ingenuidade. Como explicam Marx e Bourdieu, a situação previamente existente condiciona em determinado sentido a vontade e a ação do sujeito. Ou seja, seu desejo tende a se adequar às exigências de sua própria realização:

Quando a herança se apropriou do herdeiro, como diz Marx, o herdeiro pode apropriar-se da herança. E esta apropriação do herdeiro pela herança, esta apropriação do herdeiro à herança, que é a condição da apropriação da herança pelo herdeiro (e que nada tem de mecânico nem fatal), realiza-se pelo efeito conjugado dos condicionamentos inscritos na condição do herdeiro e da ação pedagógica dos predecessores, proprietários apropriados. O herdeiro herdado, apropriado à herança, não precisa de querer, quer dizer, de deliberar, de escolher, ou de decidir conscientemente, para fazer o que é apropriado, aquilo que convém aos interesses da herança, da sua conservação e do seu aumento: embora possa não saber nem o que faz nem o que diz, ele nunca fará nem dirá nada que não esteja em conformidade com as exigências da herança. (BOURDIEU, 2010, 84)

As estratégias executadas pelos sujeitos dentro de determinado *campo* são inconscientes aos sujeitos, são o produto do *habitus* ajustado a uma determinada *illusio* (interesse) histórica e socialmente localizada; mas aqui não se quer dizer que sejam totalmente inconscientes ou que sejam práticas sem reflexão. Antes, os sujeitos que as realizam as enxergam como evidentes e naturais, ou seja, as ações e as obras realizadas se adequam, na prática, às necessidades<sup>26</sup> específicas de determinada configuração social. Neste sentido, diz Bourdieu:

[...] a existência de um campo especializado e relativamente autônomo é correlativa à existência de alvos que estão em jogo e de interesses específicos: através dos investimentos indissolavelmente econômicos e psicológicos que eles suscitam entre os agentes dotados de um determinado *habitus*, o campo e aquilo que está em jogo nele produzem investimentos de tempo, de dinheiro, de trabalho etc. [...] Todo o campo, enquanto produto histórico, gera o interesse, que é condição de seu funcionamento. (BOURDIEU, 1990, 126-128)

---

<sup>26</sup> Note-se que necessidade e interesse são meramente variações de perspectivas – do ponto de observação que se adota – sobre o mesmo fato. A necessidade que se reconhece externamente, de fora para dentro, em alguém – indivíduo ou grupo – torna-se interesse quando apreendida internamente, de dentro para fora, nesse mesmo alguém.

O sociólogo francês formata as categorias de *habitus* e de *campo* para analisar uma realidade complexa como a nossa, onde sistemas relativamente autônomos inter-relacionam-se e nos quais os indivíduos assumem posturas coletivas coerentes com as práticas e a cultura do *campo* no qual atuam. Esse instrumental teórico é útil, especialmente, para a observação de *sistemas simbólicos* onde profissionais altamente treinados reproduzem verdadeiros *costumes institucionais* de tal forma arraigados que é criam uma identidade objetiva e subjetiva entre o *campo* e o *sujeito*, podendo-se, portanto, identificar o *habitus* daquela coletividade. Um típico exemplo de aplicação dessas categorias é o direito – e as instituições jurídicas que o materializam. Seja em razão de suas roupas e maneiras, seja em razão de seus valores e, principalmente, de sua linguagem erudita, quase incompreensível para os *não-iniciados*, os profissionais que circulam pelo *campo* do direito – os *juristas* – são facilmente distinguíveis no meio da multidão; o reconhecimento de seu *habitus* é tanto externo – os indivíduos que não pertencem ao *campo* – quanto interno – ou seja, os profissionais do campo possuem quase que senhas e códigos de linguagem que permitem o mútuo e imediato reconhecimento.

Em linhas gerais, segundo Bourdieu, *habitus* é o “lado ativo do conhecimento prático” (BOURDIEU, 2010, 61). Nas palavras da professora Maria da Graça Jacintho Setton, que assimilou as reflexões do sociólogo e as incorporou aos estudos de pedagogia, o *habitus* surge:

[...] como um conceito capaz de conciliar a oposição aparente entre realidade exterior e as realidades individuais. Capaz de expressar o diálogo, a troca constante e recíproca entre o mundo objetivo e o mundo subjetivo das individualidades. *Habitus* é então concebido como um sistema de esquemas individuais, socialmente constituído de disposições estruturadas (no social) e estruturantes (nas mentes), adquiridos nas e pelas experiências práticas (em condições sociais específicas de existência), constantemente orientado para funções e ações do agir cotidiano. Pensar a relação entre indivíduo e sociedade com base na categoria *habitus* implica afirmar que o individual, o pessoal e o subjetivo são simultaneamente sociais e coletivamente orquestrados. O *habitus* é uma subjetividade socializada. Dessa forma, deve ser visto como um conjunto de esquemas de percepção, apropriação e ação que é experimentado e posto em prática, tendo em vista que as conjunturas de um campo o estimulam. (SETTON, 2002, 63)

Já a noção de *campo* na obra de Bourdieu, sintetizada por Setton, refere-se a uma noção que traduz a concepção social do autor; seriam espaços de estruturantes da e

estruturados pela realidade social, verdadeiras arenas simbólicas dotadas de relativa autonomia e racionalidade própria onde jogos de linguagem e de poder se desenvolvem:

Campo seria um espaço de relações entre grupos com distintos posicionamentos sociais, espaço de disputa e jogo de poder. Segundo Bourdieu, a sociedade é composta por vários campos, vários espaços dotados de relativa autonomia, mas regidos por regras próprias. (SETTON, 2002, nota de rodapé 12, 64)

O conceito de *habitus* possibilita a percepção dialética de como as relações historicamente constituídas (passado) se atualizam nas práticas – estratégias e táticas – dos sujeitos pertencentes a um determinado *campo* (presente) de modo a orientar o devir em determinado sentido (futuro), sem que com isso haja qualquer coisa tanto de destino mecânico, quanto de criação espontânea e originária. Por meio de tal categoria, é possível compreender o movimento da realidade funcionando em atenção a uma lógica própria que foi e é a todo o momento definida e redefinida, mas que não está, de maneira alguma, pré-determinada, senão por sua própria história:

Tendo como base a definição de *habitus* como sistema de disposições ligado a uma trajetória social, a teoria praxiológica pretende apreender a historicidade e a plasticidade das ações. Ou seja, as ações práticas transcendem ao presente imediato, referem-se a uma mobilização prática de um passado (trajetória) e de um futuro inscrito no presente como estado de potencialidade objetiva. Enfim, o conceito de *habitus* não expressa uma ordem social funcionando pela lógica pura da reprodução e conservação; ao contrário, a ordem social constitui-se através de estratégias e de práticas nas quais e pelas quais os agentes reagem, adaptam-se e contribuem no fazer da história. (SETTON, 2002, 65)

Tampouco o *habitus* pode ser considerado uma *qualidade essencial*, passível de ser encontrada já inscrita, de antemão, como princípio do próprio *campo*. O *habitus* é definido pela *tradição* daquele *campo* e, uma vez sedimentado, passa a definir, dialeticamente, o comportamento futuro dos profissionais, mas não sem correções e revisões:

Princípio de uma autonomia real em relação às determinações imediatas da ‘situação’, o *habitus* não é por isso uma espécie de essência a-histórica, cuja existência seria o seu desenvolvimento, enfim destino definido de uma vez por todas. Os ajustamentos que são incessantemente impostos pelas

necessidades de adaptação às situações novas e imprevistas podem determinar transformações duráveis do *habitus*, mas dentro de certos limites: entre outras razões porque o *habitus* define a percepção da situação que o determina. (BOURDIEU, 1983, 106)

Essas práticas, valores, ou seja, essa cultura do *campo* sedimenta-se em instituições. Aquilo que era cotidiano assume um caráter perene e aquilo que eram ações práticas e táticas elevam-se à condição de comportamentos estratégicos. Neste movimento, constroem-se *consensos* que, por sua vez, podem se materializar, a depender do nível de coesão social e da necessidade empírica, em *instituições sociais*. Enrique Dussel esclarece com mais propriedade a forma como essas ações práticas e cotidianas podem se transmutar em instituições estratégicas e singulares:

Ninguna acción estratégica puede dejar de tener referencia a las instituciones como el horizonte funcional original, como marco que sitúa el accionar cotidiano, constructivo. Si se debiera siempre comenzar de nuevo desde un punto cero, desaparecería la historicidad comunitaria de la política (la continuidad histórica) y con ello toda posible eficacia de su accionar. La factibilidad institucional instaura, entonces, una tradición, pero, además, objetiva, es decir, resultado de acciones que se tornan empíricamente reales, siempre presupuestas, y que tienen exigencias propias más allá del accionar monológico (o solipsista) del actor estratégico político. Las instituciones son momentos estructurados en sistema, objetivadas con validez intersubjetiva, que determinan relativamente (nunca de manera absoluta) comportamientos mutuamente funcionalizados, definidos, fijados, diferenciados y reconocidos heterogéneamente por todos los miembros del cuerpo. Aun la innovación, la invención, la creatividad transformativa del disidente presupone siempre e inevitablemente el antecedente de la institución consensual dada. Ante el caos no puede haber disidencia. Hay disidencia creadora ante el orden institucional.” (DUSSEL, 2009, 244)

Acontece que, conforme tenho argumentado, a racionalidade, os valores, os anseios etc. que estão representados nessas instituições são justamente aqueles condizentes com os interesses da classe hegemônica. Durante algum tempo, pode ser que essa classe seja, de fato, a portadora de uma nova ordem, menos iníqua e mais emancipatória, como o fora a própria burguesia. Contudo, em razão *entropia* das instituições, caso elas não mantenham uma permanente estado de abertura social que possibilite a incorporação de interesses que não sejam exclusivos da classe hegemônica, ou seja, caso as instituições percam a capacidade de expandir suas fronteiras para receber as reivindicações dos atores sociais que, naquele arranjo sócio-político, não são

os detentores do capital e do poder simbólico hegemônicos, elas fatalmente se converterão em instituições de baixa legitimidade, chegando até o ponto em que se fecham sobre si mesmas e se fetichizam. Neste estágio, as instituições limitam o seu campo semântico para que os discursos, os sentidos e os conhecimentos que são nelas produzidos tenham como única interpretação e aplicação possível a sua própria manutenção e reprodução. Ainda, numa engenhosa inversão dialética, essa limitação de sentidos, que sem sombra de dúvidas é uma limitação parcial, é travestida da carapaça universal e natural, como se à história não houvesse alternativa senão manter a ordem das coisas tal qual agora está. Neste sentido, esclarece-nos o saudoso jurista argentino Luis Alberto Warat:

Habitualmente, as estratégias de controle social são montadas a partir de instituições sociais, as quais são encarregadas da legitimação do conhecimento ou de sua censura. O controle institucional é um controle discursivo que se exerce através do poder do discurso, o qual impõe uma só possibilidade interpretativa. Mais precisamente, a ação que a instituição exerce sobre seu discurso é no sentido de impedir a possibilidade de cadeias evocativas contrárias ao exercício do poder institucional. [...]. O discurso institucional nos persuade de que a organização social existente responde à “natureza das coisas” e aos fins “universais” e “igualitários”. Ele também apresenta o conhecimento geral, flutuante, acientífico mas pragmático, institucionalizante, privilegiado e enfatizado como hegemônico e racional, para assegurar sua “reprodução”. (WARAT, 1988, p. 38)

O que vimos acontecer ao longo da história moderna foi esse processo: as instituições e, neste caso, o campo do direito foi configurado, ao mesmo tempo em que configurou, um discurso simbólico engajado com os interesses da classe hegemônica – convertida posteriormente em classe dominante – em desfavor dos interesses das classes periféricas. O discurso jurídico, acionado, mantido e reproduzido pelo *habitus* dos juristas, passou a funcionar de forma estratégica pela manutenção da distribuição do poder, de tal forma que não só os detentores do capital econômico, social e simbólico se mantivessem no topo da pirâmide, como também que esse estado de coisas pudesse ser aprofundado. Com o passar do tempo, observamos que o direito tem se prestado muito mais a *expropriar os já expropriados*, do que em remediar as injustiças decorrentes da instalação da atual ordem político-econômica.

O direito está, então, factualmente alinhado aos interesses da classe hegemônica. Por meio de seu discurso e de suas instituições, ele foi utilizado

historicamente como estratégia para constituir essa hegemonia. A questão central é que não é nem mesmo imprescindível que tais ações, discursos ou instituições sejam realizadas “pessoalmente” pela classe dominante, uma vez que a configuração das estratégias que serão naquelas e por aquelas realizadas decorre justamente da correlação de forças e do antagonismo de interesses entre os vários estratos sociais que ocupam posições diferentes e cumprem papéis distintos dentro de um mesmo *campo* especificado. E mais, o choque contingente entre o ser e o devir conduzem o planejado – ainda que tenha sido planejado, ainda que haja alguma coisa inicialmente programada – para materialidades nunca antes imaginadas ou previstas, mas que, se uma vez alcançadas, iniciam um estágio mais ou menos automatizado e alienado de produção, manutenção e reprodução:

Que o carácter abstracto, formal e, por assim dizer, ‘idealista’ de medidas tomados na mais completa ignorância das condições da sua concretização tenha contribuído, à revelia, para a inversão paradoxal que as fez reverter, por fim, a favor dos seus autores ou – o que já não é a mesma coisa – da sua classe é um facto em que não podemos ver o resultado de um cálculo cínico e, menos ainda, de uma espécie de milagre do inconsciente ‘burguês’. O que é necessário compreender é a relação entre estas medidas [...] e a lógica do campo em que se geram – em função de habitus que nunca se circunscrevem completamente a ele – as reações por elas suscitadas. A razão e a razão de ser de uma instituição (ou de uma medida administrativa) e dos seus efeitos sociais, não está na ‘vontade’ de um indivíduo ou de um grupo mas sim no campo de forças antagonistas ou complementares no qual, em função dos interesses associados às diferentes posições e dos habitus de seus ocupantes, se geram as ‘vontades’ e no qual se define e se redefine continuamente, na luta – e através da luta – a realidade das instituições e dos seus efeitos sociais, previstos e imprevistos. (BOURDIEU, 2010, 83)

O processo é preponderantemente caótico, mas não absolutamente caótico. As finalidades que eventualmente tenham sido definidas na micropolítica atendem a determinadas necessidades que não são apenas cotidianas. São necessidades macrossociais e macroeconômicas que ao mesmo tempo determinam e são determinadas por condições sócio-históricas.

Ao analisarmos os rumos e a repercussão que determinadas ações podem assumir, não é correta a ideia de um futuro ilimitadamente aberto de possibilidades. O passado, tanto aquele que efetivamente foi quanto aquele que deixou de ser, acumula-se como *capital histórico*. Esse capital histórico ao mesmo tempo em que nos permite a criação do novo – por meio dos mecanismos dialéticos de recombinação, suspensão,

superação e negação do que está posto até a pacificação na síntese que, por definição, é nova, mas não pode ser de todo inédita –, limita o repertório de possibilidades alternativas de criação do novo. O velho rio de Heráclito não corre aleatoriamente, mas respeita seu leito e por suas margens é oprimido, ainda que seja tarefa das águas também àquelas transformar.

Cada vez que uma opção é escolhida ou cada vez que uma posição é assumida, excluem-se as demais; o deliberado fica então impresso no ser social e tende a atender a lógica autônoma que as coisas instituídas têm de buscarem sua própria permanência. Com isso, conforme a história se desenrola avança em determinado sentido, fica cada vez mais dispendiosa e cada vez mais forçosa a persecução de realidades paralelas, de “possíveis laterais”, como diria Bourdieu:

O processo de instituição, de estabelecimento, quer dizer, a objectivação e a incorporação como acumulação nas coisas e nos corpos de um conjunto de conquistas históricas, que trazem a marca das suas condições de produção e que tendem a gerar as condições de sua própria reprodução (quanto mais não fosse pelo efeito de demonstração e de imposição das necessidades que um bem exerce unicamente pela sua existência), aniquila continuamente possíveis laterais. À medida que a história avança, estes possíveis tornam-se cada vez mais improváveis, mais difíceis de realizar, porque a sua passagem à existência suporia a destruição, a neutralização, ou a reconversão de uma parte maior ou menor da herança histórica – que é também um capital –, e mesmo mais difíceis de pensar, porque os esquemas de pensamento e de percepção são, em cada momento, produto das opções anteriores transformadas em coisas. Qualquer ação que tenha em vista opor o possível ao provável, isto é, ao porvir objetivamente inscrito na ordem estabelecida, tem de contar com o peso da história reificada e incorporada que, como um processo de *envelhecimento*, tende a reduzir o possível ao provável. (BOURDIEU, 2010, 101)

Assim é que não era necessário um plano geral de poder, por parte da burguesia, para identificar o direito como estratégia de poder. Uma fagulha de consciência já bastaria para colocar o direito no rol dos instrumentos estratégicos disponíveis para a ascensão burguesa. De forma paradoxal, quanto mais o direito se consolida enquanto esse mecanismo de organização e de manutenção do poder burguês, menos consciência burguesa ele necessita. Quanto mais ele serve às necessidades e aos interesses da classe hegemônica, mais o direito prescinde da atuação da própria classe hegemônica. O *habitus* cuidará para que no *campo* do direito esse sentido impregnado seja reproduzido.



Isso explica em grande parte posicionamentos aparentemente irracionais por parte de membros do Poder Judiciário. Tantas decisões aqui emanadas servem a interesses de representatividade social baixíssima. É o caso de decisões dadas a indivíduos em flagrante desfavor à sociedade como um todo e, em alguns casos, mesmo contra os prováveis interesses dos próprios profissionais jurídicos envolvidos no caso concreto, em antagonismo à percepção geral do senso comum de que por traz de decisões jurídicas que, em aparência, satisfazem impulsos egoísticos do julgador jaz apenas e sempre uma conduta corruptiva por parte agente público serventuário do Sistema de Justiça. Acontece que o *habitus* do *campo* jurídico já se certificou da orientação ideológica e do viés estratégico que tem de ser respeitado. Dentro de um mesmo *campo*, essas condições sócio-históricas atuam como mediadoras, já que o que fazem é posicionar os sujeitos nos vários níveis da escala ‘dominado/dominador’; ou da escala ‘mandante/mandatário’, em termo tipicamente jurídicos. A menos que o sujeito em concreto rompa, de alguma forma consciente, com a lógica autônoma instituída, ele *naturalmente* servirá a interesses estranhados inconscientemente<sup>27</sup>.

Por essa razão, as instituições precisam possuir procedimentos, institutos e canais de comunicação e participação que sejam porosos e permeáveis aos anseios sociais periféricos tal qual o é o *amicus curiae* da forma como o tenho apresentado. O sistema jurídico de decisão e de assimilação e validação e argumentos, se quiser escapar da armadilha da autonomia do *campo*, sedimentada pelo *habitus* de seus agentes, que reproduz uma ordem iniqua, que limita as possibilidades de construção de sentidos alternativos ao *status quo* e voltada muito mais para a realidade da regulação do que para já antiga promessa de emancipação, deverá ser capaz de assimilar, por meio de instâncias em permanente estado de abertura, os consensos compartilhados por outros

---

<sup>27</sup> Aqui cabe, por analogia, a ressalva que Pierre Bourdieu faz através da descrição da serventia da ciência aos interesses da indústria: “Devemos abster-nos, mais uma vez, de ler este processo numa lógica puramente teleológica, como faz certa crítica ingênua e falsamente radical da ciência: a ciência não serviria tão bem a indústria (e até, sendo caso disso, a indústria de guerra) se todos os investigadores (e sobretudo aqueles que, pela sua forte competência, quer dizer, pelo seu capital específico, são levados a uma grande distância em relação às pressões externas) estivessem diretamente orientados para os fins que as suas descobertas poderão via a servir (da mesma forma, devemos abster-nos de sobrestimar, como faz a visão criptocrática, a capacidade dos dirigentes para avaliarem racionalmente os efeitos econômicos e sobretudo sociais das invenções bem recebidas). Os investigadores não conhecem nem reconhecem fins a não ser os *interesses* (vividos como desinteressados e implicando, frequentemente, a indiferença em relação às utilizações técnicas possíveis) que se geram na concorrência no seio do campo relativamente autônomo da pesquisa; e podem, com plena (boa) consciência, denunciar como *desvios indignos* as utilizações feitas das suas descobertas as quais nascem do *encontro não desejado* entre certos produtos do campo científico e as exigências da indústria.” (BOURDIEU, 2010, 102, nota de rodapé n. 38)

sujeitos sociais, tanto para que possa produzir decisões e validar sentidos mais pertinentes porque correspondentes a reivindicações por justiça e emancipação advindas daqueles que dessas precisam, ou seja, das classes periféricas e dos grupos sociais excluídos, quanto para alterar o *habitus* de seus agentes e, desta forma, não cair no abismo da ilegitimidade político-social.

### 3.3.3 A burguesia é mefistofélica?

A conclusão que o direito ocupou um momento central dentro do processo de ascensão e consolidação da ordem burguesa parece irrefutável. Historicamente, são inúmeros os exemplos de legislações e práticas jurídicas que combateram, regularam e recriminaram condutas divergentes das necessidades e interesses da classe capitalista. Apenas para dar como exemplo, no período imediatamente anterior à revolução industrial inglesa, houve as legislações que cuidaram dos cercamentos e da expropriação rural sobre as terras comunais de camponeses para transformá-las em pastagens que alimentaram a nascente indústria têxtil. Desprovida de seus meios de subsistência, essa população do campo foi empurrada ao trabalho assalariado, tornando-se então o proletariado disponível para ser gasto nas propriedades rurais mercantis e na insaciável dinâmica industrial. Karl Marx, ao analisar esse cenário legislativo da Inglaterra, declara-o como uma verdadeira “forma parlamentar de roubo” das populações pobres e camponesas:

A forma parlamentar do roubo cometido sobre as comunas é a das ‘leis sobre a vedação das terras comunais’ (*bills dor inclosure of commons*). Leis que são, na realidade, decretos por meio dos quais os proprietários fundiários se presenteiam a si mesmos com as terras comunais, decretos de expropriação do povo. (MARX, 1974, 21-22)

É também por meio de leis que a jornada de trabalho e mesmo o salário pago aos trabalhadores serão estabelecidos e regulados<sup>28</sup>, ou seja, matérias relacionadas

---

<sup>28</sup> Conforme nos confirma K. Marx ao analisar o *Statute os Labourers*, importante diploma jurídico inglês pré-revolução industrial que tratava das diferenças entre patrões e seus operários: “Estabeleceu-se uma tabela legal dos salários para a cidade e para o campo, para o trabalho à tarefa e para o trabalho ao dia. Os operários agrícolas tinham que se alugar ao ano, os das cidades que estabelecer as suas condições no ‘mercado público’. Foi proibido, sob pena de prisão, pagar mais do que o salário legalmente fixado:

diretamente com a extração da mais-valia e com a taxa de lucro da atividade industrial. Essa estratégia jurídico legal adubará o terreno em que florescerá a revolução industrial e se perpetuará no tempo, sendo ainda regulada a jornada de trabalho e o salário mínimo por leis. Também por leis serão criminalizadas as diversas condutas que atentam contra a organização do trabalho. As associações de trabalhadores estão sob o forro cerrado da norma jurídico-penal ao longo de todo o período moderno, conforme indicara Karl Marx já com relação à Revolução Francesa:

Desde o começo da tempestade revolucionária que a burguesia francesa ousou despojar a classe operária do direito de associação que ela acabava de conquistar. Por uma lei orgânica de 14 de junho de 1791, todos os pactos entre os trabalhadores para a defesa dos seus interesses comuns foram estigmatizados como ‘atentados contra a liberdade e a Declaração dos direitos do Homem’, puníveis com uma multa de 500 libras e a privação dos direitos de cidadão activo durante um ano. (MARX, 1974, 47)

Por fim, as condutas individuais têm sua liberdade restringida pelo *dever disciplinar* do trabalho. Uma lei decretada na Inglaterra por Henrique VIII, em 1530, estabelecia:

Os mendigos idosos e incapacitados para o trabalho obtêm licenças para pedir esmolas. Os vagabundos robustos são condenados ao chicote e à prisão. Amarrados atrás de uma carroça, são açoitados até que o sangue escorra do seu corpo; em seguida, têm que se comprometer, sob juramento, a regressar ao seu lugar de nascimento, ou ao lugar onde habitaram nos últimos três anos, e a voltar ao trabalho. (MARX, 1974, 38)

Entre nós não é diferente. Basta lembrar que ainda vige a contravenção penal de vadiagem, punida com prisão simples de quinze dias a três meses. Contudo, o que melhor ressalta o caráter de classe dessa legislação – e por consequência seu uso estratégico e dotado de intencionalidade política – é que o tipo penal só se configura se a pessoa entrega-se a ociosidade “sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de

---

mas quem receba esse salário superior incorre numa punição mais severa do que quem o dá. Assim, as secções 18 e 19 do estatuto de aprendizagem de Isabel punem com dez dias de prisão o patrão que pague um salário demasiado alto, e com vinte e um dias o operário que o aceite.” Idem, p. 43. Não sem razão, vai dizer Adam Smith: “Quando a legislação intenta resolver os diferendos entre patrões e os seus operários, toma sempre os patrões por conselheiros.” (SMITH Apud MARX, 1974, nota de rodapé, 43)

subsistência” e que a aquisição superveniente de renda é causa extintiva da pena<sup>29</sup>. Portanto, o ilícito afeta apenas àqueles que dependem do próprio trabalho para viver e não os que vivem do trabalho dependentes do trabalho alheio.

Esses exemplos são prosaicos para confirmar o argumento geral exposto ao longo deste trabalho. Aqui procurei expandir a análise até o nível da teoria do conhecimento para validar a posição de que, independentemente de ter sido traçada uma estratégia apriorística de dominação de classe fazendo uso do direito, o discurso jurídico teve tal fim. Conforme ressaltei, o discurso jurídico é um *conhecimento* que possui uma *história política* ao mesmo tempo dependente e autônoma e é instrumento bastante íntimo da *economia política da verdade*. Partindo-se das percepções de Foucault e Bourdieu, pude demonstrar como o que é tido como *verdade* não tem relação com qualquer coisa de absoluto ou divino, mas se constrói historicamente num imbrincado processo de legitimação e exclusão. As regras peculiares do *campo* e as características sócio-culturais e pedagógicas próprias do *habitus* garantem reprodução e longevidade da ordem vigente através da manutenção das intencionalidades e dos direcionamentos políticos uma vez instaurados sem que esses tenham de ser necessariamente conscientes.

Conforme a História avança, o direito é estruturado e vai estruturando os limites do próprio avanço histórico e as possibilidades de desvios e alternativas à realidade já instituída. As exposições aqui feitas favorecem a hipótese de ser o direito elemento delimitador e delineador na condução daquele movimento que faz com que a estratégia cotidiana, localizada, não se perca completamente na finitude do espaço-tempo em que é formulada ou executada, mas que se mantenha e repercuta até às escalas maiores de organização da sociedade. O processo de organização social não se perde no caos absoluto da contingência, ainda que por ela possa ser sempre limitado, impedido ou completamente revolucionado. Certamente, os recursos simbólicos disponíveis na sociedade são essenciais na direção mais ou menos teleológica desse processo. E o direito – em razão da importância crescente que adquiriu ao longo de toda a Modernidade e das várias peculiaridades que o compõem – é o espaço por excelência dessa condução. As demonstrações e o esforço intelectual até aqui promovidos têm seu valor sintetizado sob duas perspectivas:

---

<sup>29</sup> Decreto-Lei n. 3688, de 3 de outubro de 1941. Art. 59.

Em primeiro lugar, para desconstruir a ideia de uma *verdade* imanente na essência qualquer das coisas. O direito, sendo central na economia política da verdade, tende a ser encarado de forma sacralizada, profética e messiânica; o discurso jurídico é comumente visto e ouvido como a manifestação do *Justo* e do *Bom*. Contudo, é um fenômeno humano, profano e fundamente histórico. Percebê-lo como a *Verdade* nos cega para o fato que tantas e tantas vezes sob a carapaça do direito está o torto e o não-direito; que tantas e tantas vezes a injustiça é produzida – reproduzir – dentro das regras tidas como existentes para produzir justamente *o justo*; e que esses desvios não são e acidentais, mas resultado de ações – que podem ser mais ou menos conscientes – dotadas de finalidade política. Neste sentido, concorda o historiador português do direito António Hespanha:

Fazer da história do direito a história de um nível específico da actividade humana abre importantes perspectivas teóricas. Permite, por um lado, dissolver o principal fundamento filosófico do idealismo. Por detrás das principais correntes do idealismo jurídico está, de facto, a crença em que é o ‘homem’ – na sua razão, na sua experiência vital, no seu espírito – que se deve buscar a origem dos valores jurídicos. Agora, pelo contrário, vamos encontrar como entidade constituinte do direito (i. e., responsável pela existência e sentido dos valores jurídicos) a estrutura historicamente determinada de um aparelho produtivo; um aparelho institucional criado, é certo, pelos homens e no qual os homens actuam, mas *cuja lógica* - inter-relacionada, de resto, com a de outros ‘aparelhos’ e dependente, em última instância, da lógica global da totalidade social - não está *na disponibilidade dos indivíduos ou, mesmo, das classes*. Por isso, se este entendimento exclui a explicação do direito com recurso a entidades ideias como a ‘boa razão’, o ‘espírito do povo’, a ‘natureza das coisas’, a ‘lógica material’, o ‘sentimento do justo’, não deixa de excluir, também, o recurso explicativo à ‘vontade ou interesses da classe dominante’. Esta última afirmação carecerá, eventualmente, das seguintes precisões. A afirmação de que o direito não corresponde à satisfação directa e integral das aspirações jurídico-políticas da classe diferente é a afirmação da neutralidade de classe do direito e do Estado, tese claramente excluída pelos clássicos e por toda a tradição do marxismo; a doutrina jurídica burguesa (incluindo o reformismo) fazem, no entanto, cavalo de batalha desta ideia de que o Estado e o direito são entidades que radicam em realidade e interesses supraclassistas. O problema que então *se põe* [...] é o de construir a matriz que dê conta dos mecanismos ‘internos’ (e não dos factores ‘externos’, como a vontade consciente de um indivíduo ou de uma classe) através dos quais é garantida a adequação entre o ordenamento jurídico e o equilíbrio político de uma dada formação social. (HESPANHA, 1977, 23-24)

Em segundo lugar, a sistematização desses aspectos e atributos do fenômeno jurídico maximiza nossa percepção e utilização do direito enquanto instrumento da transformação social no sentido que a esta quisermos dar. Os movimentos sociais, a

advocacia popular e os juristas engajados na luta pela emancipação humana talvez assim tenham mais elementos para transitarem pelo terreno da estratégia e se sentirem mais à vontade para antever o contingente e planejar o resultado de suas intervenções jurídicas e também o reflexo das ações e mutações que qualquer oscilação no discurso jurídico possa ter sobre a organização do poder.

Assim, o fato do direito moderno ser um direito de caráter burguês não é uma crítica em si. Como venho afirmando, todos os fenômenos do mundo da vida são geográfica, social, cultural e historicamente localizados. A burguesia não é uma entidade mefistofélica, tampouco a corporização de um horrível mal secular. Os problemas não estão, necessariamente, no fato do direito não ser um direito universal, ou seja, um direito colhido do cosmos ou dos átomos, inscrito nalguma natureza íntima das coisas ou revelado por messias e profetas, afinal, somos seres hermenêuticos e nossos discursos e conhecimentos sempre estarão a serviço de sujeitos reais postos em relações sociais reais. Quaisquer fenômenos, sentidos, consensos ou, em uma palavra, *verdades* do mundo da vida podem ser arqueologicamente investigados até que encontremos suas origens de *classe, credo, cor e sexo*. Contra esta condição, a condição hermenêutica de seres humanos que interpretam e constroem a sua realidade circundante a partir de seus próprios pré-conceitos, pouco podemos e nada queremos fazer, porque a alternativa é cairmos no mundo dos entes, um deserto de coisas empíricas vazias de significado. Mais do que isso, justamente porque desconhecemos fenômenos sociais que sejam universais e atemporais, nossos discursos, conhecimentos, práticas, instituições etc. estão em permanente transformação, o que tanto pode significar o seu aperfeiçoamento, quanto a sua degeneração. Assim, o direito moderno e burguês é considerado, em diversos aspectos, um avanço significativo da sociedade a caminho da construção de uma comunidade de sujeitos livres e iguais.

Tampouco os problemas decorrentes do discurso jurídico moderno ser um discurso jurídico *burguês* estão pautados nalgum sentimento de ódio de classe, de má vontade ou de implicância com a burguesia. Como o direito, esta classe social também não é necessariamente boa ou ruim ao resto da comunidade de viventes (ainda que tantas vezes produza discursos no sentido de se beatificar como a classe social escolhida para retirar a humanidade das trevas ou da minoridade). Os problemas gerados pelo direito burguês não são problemas *essenciais*, ou seja, não estão gravados na própria

condição burguesa do direito. Tratam-se, como dirá com maior razão Paolo Grossi, de problemas *históricos*:

O problema histórico jurídico, para o qual alguns historiadores do direito incrivelmente não se mostram ainda advertidos, está exatamente em apresentar-se este ideário geral como sistema perfeito e completo de verdades geométricas: como o químico e o físico do século XVIII leram, graças à conquistada capacidade de seus olhos, as regras objetivas eternas que subjazem à natureza das coisas e as determinam, analogamente os extirpadores do decrépito e sufocante aparato pré-revolucionário puderam colocar a claro, depois de uma obra absolutamente liberatória, a ordem natural e essencial de uma sociedade política. O problema está, pois, no conjunto de princípios e regras que se apresentam não como solução para a França do final do século XVIII, mas sim como projetados para a eternidade e estendíveis a todos os lugares como percepção de uma verdade objetiva e portadores de uma justiça intrínseca. (GROSSI, 2006, 87)

A questão está, portanto, em alçar o direito jurídico moderno à categoria de Verdade, tal qual fosse uma Verdade revelada, profética e atemporal, ao invés de tomá-lo como produtor e portador de *verdades* parciais, precárias, localizadas histórica e geograficamente. O problema é acreditar que esse direito *moderno e burguês* vigente, em maior ou menor medida, por todo o mundo ocidental, é “portado de uma justiça intrínseca” ou então de se imaginar, pretensiosamente, que esta forma jurídica que conhecemos é a única e a última das formas jurídicas possíveis. A questão central talvez seja que a orientação social do direito, ou seja, sua natureza de *classe, cor, credo e sexo*, não é divulgada. Ao contrário, o discurso prático-teórico dos profissionais do campo do direito, sejam estes juristas teóricos ou operadores práticos, esforça-se em colorir de cores dogmático-universais os princípios e as regras jurídicas que foram construídas histórica, geográfica e teleologicamente. O problema é que, ao suspender a *fluidadez* do direito e paralisá-lo num tempo-espaço restrito e específico, o discurso jurídico *moderno e burguês* estrangula sua faceta emancipatória em atenção aos anseios regulatórios de uma classe social que não pretende abrir mão de seus privilégios de classe *hegemônica*<sup>30</sup>. Como explica o professor italiano, o problema é um problema epistemológico e profissional:

---

<sup>30</sup> Hegemonia é um dos conceitos centrais para a teoria crítica. Cunhada por uma longa tradição intelectual de pensadores que se propuseram a deflagrar as cólicas e tribulações que a ordem estabelecida gera, seria-me um tanto quanto difícil esgotar a complexidade da *hegemonia* enquanto categoria filosófica, sociológica e política. Para os fins deste trabalho, importa dizer, em consonância com Boaventura de Sousa Santos: “Na pegada de Marx e de Gramsci, a teoria crítica sempre entendeu

O problema histórico-jurídico está todo aqui: na crença difusa de conquistas últimas e eternas, na fixação de uma dogmática imobilizadora, na indiscutibilidade de certas categorias; o problema – que é absolutamente metodológico – está na des-historização de todo um material historicíssimo, respeitável fruto de vicissitudes históricas, e por isso discutível, e portanto entregue ao devir do tempo e à usura. O pior é que, se um tal resultado é compreensível como estratégia atenta do poder político moderno para controlar toda a dimensão jurídica tida já como indispensável ao seu próprio exercício eficiente, o é muito menos a aceitação reverente dos juristas, a sua abdicação a um papel ativo, aliás a sua contribuição para a legitimar a entrega (sic) do direito nas mãos dos detentores do poder. (GROSSI, 2006, 89)

Ora, se estamos diante da constatação de um problema científico, epistemológico, precisamos, pois, atuar em dois movimentos:

De um lado, formular uma teoria normativa do direito que dê conta dessa complexidade e que permita a abertura aos outros seguimentos sociais para que possam também eles reivindicar um discurso do direito e da justiça capaz de receber, absorver, assimilar e responder aos seus interesses e as suas necessidades. Neste trabalho, indicarei, mais à frente, no próximo capítulo, que tal teoria jurídica já vem sendo desenhada. Aqui, tratarei especificamente do *paradigma procedimentalista do direito* na forma que Habermas expos.

De outra sorte, necessário criarmos mecanismos e institutos práticos de abertura democrática e semântica que possam ser manejados pelos juristas profissionais no cotidiano das instituições do sistema do direito. Em consonância com o que tenho proposto, o *amicus curiae* corresponde em parte àquela necessidade, tanto quando avaliamos a sua utilização hodierna, quanto quando o pensamos como um instituto que ainda não viu suas potencialidades de mecanismo de fundamentação democrática da normatividade jurídica esgotadas.

### **3.4 Um direito cênico para um mito cínico: A *potestas* como máscara e violência**

---

por hegemonia a capacidade das classes dominantes em transformarem as suas ideias em ideias dominantes. Por via dessa transformação, as classes dominadas acreditam estar a ser governadas em nome do interesse geral, e com isso consentem na governação. A teoria crítica teve um papel central em denunciar o caráter repressivo deste consenso e a mistificação ideológica em que assentava. E, ao fazê-lo, suscitou maior conflitualidade social embriú (sic) campo para alternativas sociais e políticas para além do consenso hegemônico.” (SANTOS, 2007, 34).



Ao terminar a transição moderna, com a derrocada do *Ancien Régime*, a burguesia congrega ao seu redor *consenso social* o suficiente para transformar-se na comunidade com *poder político* para instituir uma nova ordem social feita a sua imagem e semelhança, e que tem no estado moderno e no mercado (sistema de trocas de mercadorias) suas representações icônicas por excelência.

Enrique Dussel categoriza esse *poder político* de determinada comunidade política capaz de alcançar *consenso social* ao redor de si como “*potentia*” (DUSSEL, 2007, 25 e ss). Esse consenso social *político* que, segundo Dussel, é o que organiza a produção e reprodução da vida dos membros da comunidade e que tem na “vontade-de-viver” sua “essência positiva” (DUSSEL, 2007, 26), gera então toda uma institucionalidade que deverá consubstanciar o poder da comunidade em exercício empírico porque, como nos explica E. Dussel:

[...] o mero poder da comunidade, não obstante seja o fundamento último, não possui ainda existência real, objetiva, empírica. A mera vontade consensual factível da comunidade permanece inicialmente *indeterminada, em-si*, ou seja, é como a semente, que possuindo em *potência* a árvore futura, ainda não é uma árvore [...]. (DUSSEL, 2007, 31)

Ora, parece-me claro que, se o direito foi um dos elementos centrais na ação estratégica política da burguesia para transmutar-se em comunidade política hegemônica (*potentia*) e instaurar a ordem social que melhor lhe satisfizesse, seja então a sua configuração moderna – o sistema jurídico moderno e burguês, tal qual o conhecemos – justamente uma dessas instituições mediadoras (*potestas*) do poder político. É neste sentido então que Dussel irá afirmar que o *sistema de direito* ocupa o momento central do “sistema de legitimidade política”: “O sistema da legitimidade política tem um momento central referencial, o ‘sistema de direito’, em sentido amplo.” (DUSSEL, 2007, 68) Ainda seguindo os passos do autor, ele explicita-nos a gênese do direito enquanto *potestas* desde a *potentia*, senão vejamos:

Quando o poder indiferenciado (*potentia*) decide organizar-se institucionalmente, o exercício delegado do poder se determina em primeiro

lugar como poder instituído (*potestas*) que, com relação a uma possível constituição, *constitui-se* a si próprio como poder constituinte (que se concretiza como assembleia constituinte). A *constituição* (que deve positivizar os *direitos humanos*) estabelece, por sua vez, necessariamente um órgão que deverá ditar as leis. Assim nasce o *poder legislativo*, que promulga e atualiza permanentemente o *sistema de direito* constitucionalmente. Por sua vez, o *Poder judiciário* interpreta o sistema do direito e o *aplica* aos casos singulares, resolvendo os conflitos que se apresentam na comunidade política. Todos os níveis indicados, e tornado ademais hábito na comunidade política de maneira estável, consensual e última instância normativa, cria um “Estado de direito”. O mesmo *Poder executivo* (que entraria dentro da esfera da factibilidade) atua legítima e administrativamente dentro do marco legal (do direito). (DUSSEL, 2007, 69-70)

Contudo, concordamos que, hodiernamente, vivemos o crepúsculo dessa ordenação social. Após o período de efetiva tutela do sistema construído pela burguesia ao longo da Modernidade – cuja faceta econômica é o capitalismo e cujo domínio político é o liberalismo – as contradições inerentes tanto o ruíram que suas fundações começam a vacilar.

A injustiça social – resultado de séculos sob a batuta da propriedade privada, da troca de mercadorias e da exploração do trabalho alheio – “passeia pelas ruas com passos seguros” como diria o poeta alemão Berthold Brecht no antológico *Elogio da Dialética*<sup>31</sup>. Quanto às promessas feitas pela Modernidade, hoje podemos ver que se tratavam de falácias.

Mas mais do que apenas falaciosa, a Modernidade apresenta uma ambiguidade antagônica e por vezes paradoxal: por meio da ciência – ou melhor, do que considera como ciência – reproduz o discurso da plena racionalização do mundo da vida contra quaisquer explicações místicas, ou seja, explicações que não sejam produzidas conforme os parâmetros estabelecidos sobre o que se considera como “científico”; mas, do outro lado, programa a violência irracional, “sacrificando” seres humanos no “altar” do progresso econômico. Enrique Dussel, aproveitando-se das incisivas contribuições de Karl Marx, percebeu o caráter o caráter sacrificial da Modernidade, tantas vezes revestido e legitimado na história pelo discurso religioso e filosófico:

A boca da mina representa metaforicamente para o narrador a boca de Moloc pela qual se sacrificavam vítimas humanas, porém agora não mais ao

---

<sup>31</sup> Disponível em: <http://www.culturabrasil.org>

sanguinário Huitzilopchtli, mas ao ‘invisível’ deus-capital (o novo deus da Civilização Ocidental e Cristã). A economia como sacrifício, como culto, o dinheiro (o ouro e a prata) como fetiche, como religião terrena (não celeste), semanal (não sabática, como dizia Marx em *A questão judaica*) começava sua caminhada de 500 anos. [...] A ‘civilização’, a ‘modernização’ inicia seu curso ambíguo: racionalidade contra as explicações míticas ‘primitivas’, mas afinal mito que encobre a violência sacrificadora do Outro. (DUSSEL, 1993, 53)

A Modernidade, inebriada pelas luzes do *esclarecimento*, autoproclamou-se Idade da Razão. Theodor W. Adorno e Max Horkheimer vão dizer que o “programa do iluminismo era o de livrar o mundo do feitiço.” (ADORNO, HORKHEIMER, 2006, 17). Mas, por traz de toda a pretensão racionalizadora, esconde-se um poderoso “mito” a “encobrir” com a carapaça do discurso científico – e através do poderoso exercício de controle social prestado pelo direito – a mais refinada forma histórica de violência e exploração do homem pelo homem, padecendo, pois, de crônica irracionalidade. Enquanto mito, a modernidade justificará a “violência civilizadora”: no século XVI, fundamentará a pregação do cristianismo; posteriormente, será o discurso em favor da democracia, do livre mercado, do capitalismo etc. (DUSSEL, 1993, 84). Dussel sintetiza, por fim, o que em sua opinião corresponde ao “mito” da Modernidade:

[...] O *mito* poderia ser descrito assim: a) a civilização moderna se autocompreende como mais desenvolvida, superior (o que significará sustentar sem consciência uma posição ideologicamente eurocêntrica). b) A superioridade obriga, como exigência moral, a desenvolver os mais primitivos, rudes bárbaros. c) O caminho do referido processo educativo de desenvolvimento deve ser o seguido pela Europa (é, de fato, um desenvolvimento unilinear e à europeia, o que determina, novamente sem consciência alguma, a ‘falácia desenvolvimentista’). d) Como o bárbaro se opõe ao processo civilizador, a práxis moderna deve exercer em último caso a violência, se for necessário, para destruir os obstáculos de tal modernização (a guerra justa colonial). e) Esta dominação produz vítimas [...] violência que é interpretada como um ato inevitável, e com o sentido quase-ritual de sacrifício: o herói civilizador investe suas próprias vítimas do caráter de ser holocausto de um sacrifício salvador [...]. f) Para o moderno, o bárbaro tem uma ‘culpa’ (o fato de se opor ao processo civilizador) que permite que a ‘Modernidade’ se apresente não só como inocente mas também como ‘emancipadora’ dessa ‘culpa’ de suas próprias vítimas. g) Por último, e pelo caráter ‘civilizatório’ da ‘Modernidade’, são interpretados como inevitáveis os sofrimentos ou sacrifícios (os custos) da ‘modernização’ dos outros povos ‘atrasados’ (imaturos), das outras raças escravizáveis, do outro sexo por ser fraco, etc. (DUSSEL, 1993, 186)

Portanto, se o direito foi e é central no processo histórico de configuração do conteúdo *positivo* – no sentido de posituação da racionalização plena do mundo da vida – da Modernidade, naturalmente também tem de ter sido e ser instrumento central na manutenção e reprodução de seu conteúdo negativo, ou seja, do “mito sacrificial” moderno. Ao realizarmos tal reflexão, torna-nos inevitável afirmar que o *sistema de direito* enquanto momento referencial do “sistema da legitimidade política” – como nos afirma E. Dussel –, tem funcionado eficazmente como ferramenta dissimulada, encobrindo o sacrifício pessoal ao progresso econômico que tantos seres humanos são obrigados a efetuar diuturnamente.

Contudo, muito mais do que para ‘apenas’ encobrir o “mito”, o direito moderno foi usado sistematicamente como *meio* de atuação e propagação da *violência civilizatória* que o “*ego conquiro*”<sup>32</sup> empregará para expandir-se pelo mundo na *pretensão totalizante e universalista* do sistema capitalista, o que mais tarde chamar-se-á, aquela *pretensão*, por globalização. O jurista Óscar Corrêas corrobora meu argumento:

O certo é que a história do capitalismo mostra claramente que este não podia ter-se imposto como forma dominante sem a produção de um direito favorável. Em primeiro lugar, o próprio Marx investigou minuciosamente o papel das leis industriais da Inglaterra na construção do capitalismo. E em segundo lugar, a lenta mas brilhante assimilação – e também a sua adulteração para sua adequação ao capitalismo – do direito romano cumprida desde o final da idade média, atesta que a burguesia não teria podido chegar a ser classe dominante sem este instrumento ideológico. (CORREAS, 1996, 106)

O direito moderno apoia-se no discurso do *esclarecimento* – cuja pretensão é, através da plena cientificização metódica positivista, livrar o mundo do ‘encantamento’ – para efetuar uma perspicaz inversão: acusa as vítimas de *feitiçaria*, diz-lhes estarem como que numa Idade pré-racional e pré-científica, ‘mitológica’, devendo pagar o ‘custo do progresso’ rumo ao *esclarecimento*. Neste mesmo movimento, o direito moderno tanto se afirma como instrumento promotor da

---

<sup>32</sup> E. Dussel usa a expressão ‘*ego conquiro*’ para desvelar a verdadeira racionalidade moderna, muito mais precisa nessa definição do filósofo argentino do que o pretensioso ‘*ego cogito*’ de René Descartes. Conferir: DUSSEL, 1994, 44 e ss.

racionalidade como, paradoxalmente, se aproxima ainda mais do aspecto mitológico pertinente à modernidade, como bem notaram T. Adorno e M. Horkheimer:

O que não se submete ao critério da calculabilidade e da utilidade torna-se suspeito para o esclarecimento. [...] Passa então com as suas ideias acerca do direito humano o mesmo que se passou com os conceitos universais mais antigos. Cada resistência espiritual que ele encontra serve apenas para aumentar sua força. Isso se deve ao fato de que o esclarecimento ainda se reconhece a si mesmo nos próprios mitos. Quaisquer que sejam os mitos de que possa se valer a resistência, o simples fato de que eles se tornam argumentos por uma tal oposição significa que eles adotam o princípio da racionalidade corrosiva da qual acusam o esclarecimento. O esclarecimento é totalitário. (ADORNO, HORKHEIMER, 2006, 19)

Assim, a racionalização do cotidiano<sup>33</sup> procedida pelo direito é autoritária e violenta. Óscar Correias identifica no *sistema do direito* moderno o monopólio do uso autorizado da violência social e adverte, todavia, que essa concepção de direito – ser ferramenta autorizativa da “violência oficial” do Estado – é uma concepção *moderna* do direito, e não algo *historicamente inerente*, tampouco *essencial*, do que venha a ser o fenômeno jurídico (CORREAS, 1996, 51). Diz ainda o professor que a violência não é um artifício do direito a garantir-lhe eficácia, tal qual algo externo que garante a obediência das normas. Antes, a violência é “o próprio direito”, é por ele organizada e através dele é exercida de forma oficial:

[...] Mas ainda mais que isso, há que entender que a violência não é um apoio externo do direito e sim o próprio direito. Ou seja, não é que este discurso que estamos tratando de descrever esteja apoiado como se fosse de fora pela violência, e sim que *é este discurso o que a organiza*. (CORREAS, 1996, 52)

Mas, há de se retomar aqui um aspecto muito relevante, já trabalhado acima. Há uma expressiva tradição jusfilosófica, de raiz marxista, que define o direito como ‘efeito da estrutura econômica’, portanto, “como *posterior* às relações sociais, e portanto como um fenômeno social que *não tem capacidade transformadora* destas.” (CORREAS, 1996, 105 e ss)

---

<sup>33</sup>A corriqueira definição empregada por juristas do direito enquanto instrumento ‘racional’ de resolução de conflitos demonstra justamente a pretensão de ser o direito portador indelegável das ‘luzes modernas’ na racionalização dos conflitos cotidianos.

No presente trabalho, não devo me estender nessa celeuma. Basta dizer, o que, ademais, já havíamos sido deixado como indício, que não concordo com aquela tradição. Conforme tenho debatido ao longo deste trabalho, o direito não *é*, o direito *está*. Como mesmo explicou Óscar Correas, essa violência intrínseca aplicada pelo direito moderno não é necessariamente inerente ao *fenômeno jurídico*. Antes, corresponde à forma jurídica que o fenômeno assumiu pela modernidade em razão da *intensionalidade política* que lhe foi dada pela classe dominante.

E mais, como investigado brevemente, a burguesia muito se aproveitou do *potencial emancipatório* do discurso jurídico para se colocar na posição de classe dominante. A “história do capitalismo” demonstra isso, como bem salientou o jurista mexicano. Parece-nos, pois, que o direito é como o artista, atua conforme o roteiro que lhe dão. Não há mais espaços para metafísicas grosseiras, de se achar que o fenômeno jurídico é qualquer coisa de abstrato, autônomo, regido de si para si com leis próprias; o direito compõe a política. É esta quem lhe escreve o roteiro.

A questão, pois, que se nos coloca é a seguinte: queremos que o fenômeno jurídico permaneça encenando o papel cênico e cínico de organizar e encobrir o sacrifício das vítimas? Desejamos delegar ao direito a triste e trágica tarefa de colaborador central na perpetuação de uma ordem tão iníqua que começa a ameaçar de extinção o sistema ecológico terrestre? Ou, pelo contrário, iremos apoiar a utilização dos mecanismos que possibilitam a revisão dos *consensos jurídicos* assentados sobre a coerção e a participação efetiva de diversos grupos sociais na construção de uma *normatividade emancipatória*?

### **3.5 Do consenso ao dissenso: a entropia das instituições**

Com a pergunta com a qual terminei a sessão precedente quero alertar para a urgência imperativa de (re)definirmos as finalidades que delegamos a algumas das instituições (*potestas*) advindas do poder político da comunidade (*potentia*). Em especial, aqui trato do direito ou, termos mais precisos, do *sistema moderno do direito*. Contudo, antes de seguir com a identificação das rachaduras que ameaçam a qualidade emancipatória do edifício jurídico, devo desmistificar alguns aspectos:

Em primeiro lugar, as instituições tomadas abstratamente não são boas ou ruins. Instituições são *necessárias* enquanto atualizações da *potentia* no mundo, ou seja, é a forma como o poder *em-si* materializa-se no mundo da vida, possibilitando uma organização heterogênea da comunidade para alcançar fins diferenciados. Enrique Dussel explica:

[...] Esta cisão entre *potentia* e *potestas* [...] entre (a) o poder da comunidade política como sede, origem e fundamento (o nível oculto ontológico) e (b) a diferenciação heterogênea de funções por meio de instituições que permitam que o poder se torne real, empírico, factível, que apareça no campo político (como fenômeno) é necessária, e marca a aparição antiga da política, sendo ao mesmo tempo o perigo supremo como origem de todas as injustiças e dominações. Graças a esta cisão, todo serviço político será possível, mas também toda corrupção ou opressão inicia sua corrida incontrolável. O *ser* sucede o *ente*, e entra na história da justiça e seus opostos. (DUSSEL, 2007, 32)

Em segundo lugar, as instituições, ainda que as mais necessárias, não são – e nem o podem ser – perfeitas. Para que o fossem seriam necessários, como diz Dussel, “inteligência infinita, fraternidade pura, tempo infinito, impossíveis para a finitude humana.”(DUSSEL, 2007, 83). Devido à finitude do ser, toda instituição é imperfeita, o que acarreta, ainda que sem intencionalidade, algum efeito negativo que, geralmente, é sentido pelas *minorias*, pelas “vítimas” da imperfeição institucional.

Por conta de tal característica, as instituições são, conforme conceitua Enrique Dussel, *entrópicas*, ou seja, estão sujeitas, dentro de determinado sistema, a variações de desequilíbrio e de desordem; isso quer dizer que, por mais necessárias que tenham sido, há de chegar o momento que sua primeira finalidade já não subsiste, ou que sua ação passa a produzir mais efeitos negativos do que positivos, momento este em que devem ser aniquiladas ou transformadas. E. Dussel demonstra o ciclo diacrônico das instituições:

(a) Em seu nascimento, as instituições respondem a reivindicações negadas e por elas organizam o desenvolvimento da vida ou legitimidade. São *disciplinas* ou limites (os *diques* de Maquiavel) de toda ação eficaz. (b) Na época clássica, de equilíbrio, as instituições cumprem sua função adequadamente, mas começam a produzir um peso inerte que tende a perpetuar-se não funcionalmente. (c) Na crise institucional, a instituição se torna burocrática, auto-referente, opressora, não-funcional. É necessário

transformá-la ou suprimi-la. O fetichismo institucional é um apegar-se à instituição como se fosse um fim em si mesmo. (DUSSEL, 2007, 61)

Ao resgatar aquela discussão que aqui foi proposta, sobre as distintas racionalidades que o sistema jurídico assumiu ao longo da Modernidade, posso facilmente identificar esse processo diacrônico de entropia das instituições apontado por E. Dussel como incidente sobre o direito nesse ao longo de todo esse período. Naquele primeiro momento em que não detinha hegemonia sobre o poder político – período que se estende, em termos mais aproximados do que exatos, do século XIII, com o início da assimilação do direito romano, ao século XVIII, já na fase em que se propagavam fundamentos naturais para fundamentar a construção de institutos jurídicos tipicamente burgueses, como o são a propriedade privada e o contrato – institucionalizou um discurso jurídico (o jusnaturalismo) capaz de lhe satisfazer “reivindicações negadas” pela então ordem vigente.

Ao longo do *período clássico* – categoria usada por E. Dussel texto supracitado e que provém de K. Marx – quando a burguesia alcança o auge da hegemonia social – o que temporalmente, podemos localizar entre meados do século XIX, terminadas as revoluções econômicas, políticas e culturais promovidas pela burguesia, até meados do século XX, quando, após as Grandes Guerras, ambas de natureza imperialista, percebe-se que o modelo sócio-político econômico burguês além de insustentável é deveras perigoso – o direito encontra-se naquele estágio “(b)” de entropia institucional definido por E. Dussel como o período de equilíbrio que a instituição cumprem adequadamente suas finalidades, mas começa a acumular efeitos negativos que tendem a lhe tornar não mais funcional.

Podemos encontrar as causas de tais efeitos negativos justamente na finalidade da racionalidade jurídica juspositivista: conservar e aprofundar a ordem social burguesa então conquistada. As leis ditadas por funcionários autorizados através de todo um complexo sistema burocrático de legitimação e coerção – o Estado – assumem o caráter metafísico *generalizado* e *universal* de representarem o que é tido como *socialmente justo*. Especialmente a partir do século XIX, as leis passaram a ser o arquétipo e o emblema da identidade de tudo aquilo que se proponha jurídico, de tal maneira que o historiador do direito italiano Paolo Grossi irá afirmar uma verdadeira “legolatria” dos juristas para com as normas, que passam a encerrar em si, ao menos



para as teorias do direito fiéis a esta visão, toda as múltiplas facetas do fenômeno jurídico:

Cada manifestação jurídica, contanto que fosse legislativa, contanto que fosse proveniente do órgão depositário da soberania estatal, era tida como justa e passível de total obediência, quase como se o legislador fosse uma espécie de rei Midas, hábil a transformar em ouro tudo aquilo que tocava. Em toda a idade moderna repetiram-se genuflexões imotivadas à lei, sem que se desse conta da consideração elementar de que ela nada mais era do que um recipiente vazio e que somente os conteúdos podiam merecer a observação dos destinatários. (GROSSI, 2006, 88-89)

Aqui, convém ainda expor a pertinente análise feita por Boaventura de Sousa Santos sobre o “pressuposto metateórico”, alinhado à mecânica newtoniana e ao racionalismo cartesiano, que reside embaixo de um conhecimento jurídico temente e fiel às leis, como se essas fossem ídolos sagrados e não meras manifestações da vontade e dos interesses de legisladores bastante reais, feitos de carne, osso e imperfeições, tal qual qualquer outro ser humano:

Um conhecimento baseado na formulação de leis tem como pressuposto metateórico a ideia de ordem e de estabilidade do mundo, a ideia de que o passado se repete no futuro. Segundo a mecânica newtoniana, o mundo da matéria é uma máquina cujas operações se podem determinar exactamente por meio de leis físicas e matemáticas, um mundo estático e eterno a flutuar num espaço vazio, um mundo que o racionalismo cartesiano torna cognoscível por via da sua decomposição nos elementos que o constituem. [...]O determinismo mecanicista é o horizonte certo de uma forma de conhecimento que se pretende utilitário e funcional, reconhecido menos pela capacidade de compreender profundamente o real do que pela capacidade de o dominar e transformar. No plano social, é esse também o horizonte cognitivo mais adequado aos interesses da burguesia ascendente, que via na sociedade, em que começava a dominar, o estágio final da evolução da humanidade [...]. (SANTOS, 2007, 64-65)

Talvez eu possa afirmar que esse “pressuposto metateórico” seja, de certa forma, esperançoso e ingênuo: crê na capacidade da forma legislativa criar, mecanicamente, a ordem virtuosa que seja justa. Esquece-se, porém, da condição hermenêutica dos seres humanos. Conforme bem salientou o jurista italiano, a lei é um repositório vazio, cujo conteúdo é preenchido no momento de sua aplicação. Neste momento, as nossas categorias prévias de compreensão, como os nossos pré-conceitos e as nossa experiência no mundo, são acionadas para que, de fato, aquele mandamento

silente e inerte ganhe vida e passe a produzir efeitos reais, por meio da incorporação e da construção de sentidos. Não nos é mais permitida a ingenuidade. O direito, se se pretende um discurso de correição normativa, se se pretende um discurso que procura um *justo funcional* para aquela comunidade, ou seja, uma decisão que esteja alinhada com os consensos sociais construídos historicamente acerca do que seria considerado, ali, como justo, não pode (mais) acreditar que mandamentos abstratos e universais seriam capazes de materializar, quaisquer que fossem as condições do tempo e do espaço onde incidirá, a centelha divina e absoluta de alguma Justiça metafísica, acabada e pronta para encantar e orientar os seres humanos para todo o sempre.

Mais uma vez, apenas pessoas reais em situações reais são capazes de, numa conjuntura determinada, vislumbrar, dentro da moldura normativa, o *sentido* e o *significado* completo que a norma ou a decisão jurídica deverá adotar para que a *justiça possível* possa emergir. O sociólogo Pierre Bourdieu captou de forma excepcional como o *sistema do direito moderno* prega sua *universalidade* justamente para conservar a ordem social atingida e a reproduz como se fosse absolutamente geral à toda sociedade (e a todas as sociedades), deturpando assim a visão sobre o que realmente é: uma instituição criada para satisfazer necessidades específicas de determinada parcela – burguesa – do campo social:

O trabalho jurídico exerce efeitos múltiplos: pela própria força da codificação, que subtrai as normas à contingência de uma ocasião particular, ao fixar uma decisão exemplar (um decreto, por exemplo) numa forma destinada, ela própria, a servir de modelo a decisões ulteriores, [...] ele liga continuamente o presente ao passado e dá a garantia de que, salvo revolução capaz de pôr em causa os próprios fundamentos da ordem jurídica, o porvir será à imagem do passado e de que as transformações e as adaptações inevitáveis serão pensadas e ditas na linguagem da conformidade com o passado. [...] pela sistematização e pela racionalização a que ele submete as decisões jurídicas e as regras invocadas para as fundamentar ou as justificar, ele confere *o selo da universalidade*, factor por excelência da eficácia simbólica a um ponto de vista sobre o mundo social que, como se viu, em nada de decisivo se opõe ao ponto de vista dos dominantes. E, deste modo, ele pode conduzir à *universalização prática*, quer dizer, à generalização nas práticas, de um modo de acção e de expressão até então próprio de uma região do espaço geográfico ou do espaço social. (BOURDIEU, 2010, 245)

Inicia-se assim o terceiro período diacrônico da instituição – o “(c)” do modelo de E. Dussel – quando, conforme a definição do filósofo argentino, começa a crise institucional. A instituição passa a ser “burocrática, auto-referente, opressora”.

Assim, o sistema do direito transmuta-se em um *discurso do poder* “fetichizado”. O filósofo argentino, a partir da categoria marxiana de “fetiche”, vai esquematizar o processo de “fetichização” do discurso do poder político<sup>34</sup>:

[...] a absolutização da ‘vontade’ do representante [...], que deixa de responder, de fundar-se, de articular-se com a ‘vontade geral’ da comunidade política que diz representar. A conexão de fundamentação da *potestas* (o poder que devia ser exercido *delegadamente*) desconecta-se da *potentia* (o poder do próprio povo), e por isso se absolutiza, pretende fundar-se em si mesmo, auto-reflexiva ou auto-referencialmente. (DUSSEL, 2007, 44)

Aquele sistema jurídico de normas que antes fora organizado com base nas necessidades organizacionais e de legitimidade de determinada comunidade política quando esta possuía o consenso social – o que lhe tornava hegemônica –, fetichiza-se a partir do momento que esta comunidade política atravessa a “crise de legitimidade”, ou seja, deixa de aglutinar ao redor de si os interesses sociais verdadeiramente *gerais* – deixa de ser hegemônica para tornar-se *dominante* – produzindo uma notável *inversão* – o sistema jurídico passa a servir ao seu interesse *parcial*, contudo é aplicado à *totalidade* da sociedade, em outras palavras, toma-se a parte pelo todo. O sistema do direito, que enquanto não fetichizado era “momento central do sistema de legitimidade política” passa a ser *instrumento de poder de legitimação política*. Conforme nos explicou E. Dussel sobre a impossibilidade de perfeição das instituições, com o passar do tempo elas produzem efeitos negativos. Esses efeitos negativos materializam-se, no mundo da vida, em “vítimas do sistema político vigente” (DUSSEL, 2007, 97). Segundo o autor:

Os que sofrem os efeitos negativos são as *vítimas*. [...]. Vítimas, porque não podem viver no grau relativo à evolução histórica da humanidade; vítimas que de algum modo se encontram em assimetria na participação, ou simplesmente foram excluídas da mesma. Enfim, a ordem política manifesta por suas vítimas sua ineficácia, pelo simples feito de existirem tais vítimas –

<sup>34</sup>Não irei me demorar nessa questão, mas proponho a seguinte reflexão: aquele sistema jurídico de normas que antes fora organizado com base nas necessidades organizacionais e de legitimidade de determinada comunidade política quando esta possuía o consenso social – o que lhe tornava hegemônica –, fetichiza-se a partir do momento que esta comunidade política atravessa a “crise de legitimidade”, ou seja, deixa de aglutinar ao redor de si os interesses sociais verdadeiramente *gerais* – deixa de ser hegemônica para tornar-se *dominante* – produzindo uma notável *inversão* – o sistema jurídico passa a servir ao seu interesse *parcial*, contudo é aplicado à *totalidade* da sociedade, em outras palavras, toma-se a parte pelo todo. O sistema do direito, que enquanto não fetichizado era “momento central do sistema de legitimidade política” passa a ser *instrumento de poder de legitimação política*.

já que não pode distribuir a todos os benefícios da ordem vigente. (DUSSEL, 2007, 87)

A *potestas*, nessa última fase “(c)”, fecha-se sobre si mesma, transformando-se em “Totalidade” num processo de “totalização totalitária” que faz com que as vítimas transmutam-se em excluídos daquela ordem vigente (*potestas*). Assim surge a categoria dusseliana do “Outro”, ou seja, é o Outro em relação à Totalidade, o Outro que é *exterioridade*. Contudo, essa exterioridade do Outro não é absoluta, já que este se mantém numa “posição complexa”. Por um lado, pertence à *potestas* enquanto vítima, enquanto “bloco social ‘dos oprimidos’ no sistema. Mas, ao mesmo tempo, passa a ser externo à Totalidade vigente. Ajudado pelas considerações de K. Marx, Dussel ainda complementa:

Os que estão *fora*, como ‘nada espectrais’, ignorados, invisíveis ‘são figuras que não existem para ela (para a economia política burguesa, explica Marx), mas somente para outros olhos’, ‘o mero homem de trabalho pode precipitar-se cada dia desde seu *nada acabado* para um *nada absoluto*’. O povo, antes de sua luta, é ignorado, não existe, é uma *coisa* à disposição dos capitalistas. (DUSSEL, 2007, 97-98)

Assim como a comunidade política dominante fundou-se graças ao *consenso social* acumulado ao seu redor em determinado período histórico em que era hegemônica, quando os oprimidos e excluídos – o Outro, o povo, as vítimas – tomam consciência de sua opressão e *exterioridade*, e se essa consciência atinge ela também *consenso social crítico* (crítico porque contrário ao consenso dominante, porque é dele “dissidente”), instala-se uma “crise de legitimidade, crise de hegemonia” (DUSSEL, 2007, 99).

Nesses momentos, a organização social então vigente perde coesão – o *contrato social* é revogado –, abrindo-se a possibilidade histórica da fundação de uma nova ordem. Os sujeitos capazes de feito tão notável só podem ser justamente aqueles oprimidos e excluídos das instâncias político-sociais de tomada de decisão que, postos em movimento, passam a lutar contra a opressão e a exclusão – porque são eles as “vítimas”, e apenas as “vítimas” teriam a “Vontade-de-Vida” e o *consenso social crítico*, além da percepção histórica da “factibilidade” que “outro mundo é possível”, suficientes para desafiar o *poder dominante* que, não nos esqueçamos, detém o

monopólio da violência social – o aparato militar estatal – através do controle que mantém sobre o sistema do direito. Esse *contra-poder* é um “hiper-poder” chamado por E. Dussel de *hiperpotentia*:

Se a *potentia* é uma capacidade da comunidade política, agora dominante, que organizou a *potestas* em favor de seus interesses e contra o povo emergente, a *hiperpotentia* é o poder do povo, a soberania e autoridade do povo [...] que emerge nos momentos criadores da história para inaugurar grandes transformações ou revoluções radicais. (DUSSEL, 2007, 100).

A ação reivindicatória – a luta – da *hiperpotentia* é o que E. Dussel define de “práxis de *libertação*”, ou seja, quando o indivíduo, o grupo social ou o povo abandona a condição passiva de sujeito observador para pôr-se em movimento, para atuar como agente da transformação que através de sua prática e de suas ações “*faz a história*”. (DUSSEL, 2007, 116). Essa práxis insurgente é a ação humana dos sujeitos sociais coletivos e organizados *desde baixo* ou *desde fora*, desde o *Outro*, capaz de forçar as fronteiras da *potestas* que se fetichizou e por isso perdeu sua utilidade e sua legitimidade, devendo ser transformada ou substituída.

### 3.6 Os tribunais na sociedade contemporânea

Numa perspectiva sociológica, o déficit de legitimidade se agrava se passarmos a entender a função que o sistema de direito cumpre no Estado democrático de direito sobre o qual a maior parte das nações do ocidente estão, em maior ou menor medida, fundadas. No arranjo institucional estatal contemporâneo, a figura do juiz, núcleo elementar de identificação e de definição do sistema de justiça formal, se projeta em quase todos os aspectos da vida social, passando a ocupar inclusive papéis que antes eram reservados às instituições especializadas da política e às de auto-regulação da própria sociedade (BURGOS, SALLES, VIANNA, 2007, 39). Durante todo o desenvolvimento dos Estados modernos, a resolução dos conflitos e a distribuição da justiça estarão, de maneira crescente, vinculadas a processos heterocompositivos altamente regulamentados, como o são os sistemas de justiça das sociedades ocidentais contemporâneas, ao passo que as formas autocompositivas de solução de conflitos –

formas históricas pelas quais a humanidade resolvia, tradicionalmente, os conflitos individuais e coletivos – serão desacreditadas e paulatinamente desestimuladas, quando não proibidas, e abandonadas.

Como assevera Boaventura de Sousa Santos, os tribunais “são um dos pilares fundadores do Estado constitucional moderno, um órgão de soberania de par com o Poder Legislativo e o Poder Executivo.” (MARQUES, PEDROSO, SANTOS, 1996: s/n). Esse Estado constitucional, cuja forma se aperfeiçoa a partir do século XIX, é o resultado prático-institucional, no campo do direito, do longo processo histórico de configuração da modernidade. Ou seja, a configuração do paradigma moderno, produto histórico de múltiplas variáveis econômicas, culturais, sociais, políticas e filosóficas, vai sedimentar uma série de instituições representativas desse paradigma. Conforme já trabalhado no tópico sobre a entropia das instituições, a *potentia* – poder político potencial da comunidade – da organização social se materializa no momento em que essa comunidade organiza as instituições que representarão e exercerão, concretamente, esse poder.

Entretanto, seguindo a proposta metodológica do sociólogo português, convém periodizar a atuação sócio-política do Poder Judiciário, ao longo do Estado moderno, para melhor compreensão das funções que, hodiernamente, estão delegadas aos tribunais.

Por certo que os vários países sujeitos à organização estatal moderna e constitucional experimentaram evoluções diferentes, a depender da posição que ocupam no sistema da economia-mundo e do nível de desenvolvimento social que as instituições e a cultura jurídica interna possuem. Ainda assim, é possível traçar uma análise, em linhas gerais, que atenda às necessidades de posicionamento e contextualização deste trabalho suficiente para identificar pontos em comum na história jurídico-institucional dos Estados modernos,

[...] não só porque os estados nacionais partilham o mesmo sistema interestatal, mas também porque as transformações políticas são em parte condicionadas pelo desenvolvimento econômico, que ocorre a nível mundial no âmbito da economia do mundo capitalista implantada desde o século XV. (MARQUES, PEDROSO, SANTOS, 1996: s/n)

O primeiro espaço de tempo analisado por Santos, Marques e Pedroso compreende o período do Estado liberal, que se estende por todo o século XIX até a Primeira Guerra Mundial. Tal período, por sua longevidade e por suas particularidades,

é essencial para a consolidação do modelo judicial moderno. (MARQUES, PEDROSO, SANTOS, 1996: s/n)

Talvez a característica mais marcante desta fase seja a neutralização política do Poder Judiciário, resultante em grande medida da forma como foi concebida a teoria clássica da separação dos poderes. Oriunda das necessidades de uma nova organização político-institucional que atendessem aos anseios das revoluções burguesas do século XVIII, tal teoria iria implodir a noção de soberania concretamente identificada com o senhor territorial ou com o rei, do qual emanava toda a normatividade. Além da perda do poder político e econômico da aristocracia para as classes burguesas em ascensão, essa soberania personificada implicava em problemas práticos para o exercício da jurisdição. O rei ou o senhor não poderia saber de tudo ou estar presentes em todos os lugares, de tal forma que se tornou forçoso entregar parte das prerrogativas jurisdicionais a centros locais de aplicação do direito, identificando-as como *longa manus* daquela soberania.

Contudo, quando as revoluções políticas burguesas se sedimentam, o conceito de soberania estaria revisto. Já não mais o rei, mas a nação seria a fonte da qual a normatividade se espalharia<sup>35</sup>. Por ser um conceito volátil e abstrato, a *nação* é maleável o suficiente para manter “a manutenção do caráter uno, indivisível, inalienável e imprescritível da soberania em perfeita harmonia com um princípio de divisão dos poderes” (FERRAZ JUNIOR, 1994, 14), resolvendo assim as dificuldades funcionais enfrentadas pela burguesia ascendente de ter que descentralizar conceitual e geograficamente o poder e, ao mesmo tempo, (re)concentrá-lo nas mãos da nova elite econômico-política. O arranjo conceitual permite então que a soberania seja exercida, em nome da *nação*, por sua autoproclamada representante: a burguesia.

Amparada por esse novo conceito de soberania, a concepção clássica de divisão dos poderes vai repartir as funções políticas e institucionais reservadas a cada um deles. O poder político, que fora retirado das classes aristocráticas e redistribuído socialmente entre os setores da classe burguesa, passa a se comportar de maneira diferente dentro do Estado. Legislativo, Executivo e Judiciário são concebidos como instâncias de fluxo de poder que deveriam se inibir e se controlar mutuamente. Dentro deste arranjo político-institucional, ao Legislativo é permitido exercício mais direto e

---

<sup>35</sup> A revolução política burguesa que comumente é tida como a mais completa e emblemática é a Revolução Francesa. Na sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, está normativamente registrada essa transição do conceito de soberania. Diz o art. 3º: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na nação”.

visível do poder político, ao Executivo é reservada a função de materializar os mandamentos abstratos em ações efetivas e também de resguardar a ordem estabelecida por meio dos aparelhos de violência e repressão, enquanto que ao Judiciário resta o papel de dirimir os casos concretos de conflitos resultantes da não observância de direitos. Note-se como, neste primeiro momento, o exercício mais fluído e direto do poder político está ideologicamente neutralizado dentro do Poder Judiciário, ou seja, conforme a interpretação e a aplicação inicial que se deu à teoria clássica de separação dos poderes, o Judiciário deveria cumprir suas funções distante dos embates políticos:

A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante e com a finalidade de implodir a concepção monohierárquica do sistema político, iria garantir, de certa forma, uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política no governo, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente no Executivo e fortemente neutralizado no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do estado de direito. Ressalte-se, nesse sentido, o importante papel do princípio da divisão dos poderes assinalado por Montesquieu na garantia da liberdade do cidadão (...). Montesquieu, na verdade, via na divisão dos poderes muito mais um preceito de arte político do que um princípio jurídico. Ou seja, não se tratava de um princípio para a organização do sistema estatal e de distribuição de competências, mas um meio de se evitar o despotismo real. Nesse sentido, o princípio não era de *separação* de poderes, mas de *inibição* de um pelo outro de forma recíproca; no exercício desta função, dos três, o Judiciário era o que menos tinha a ver com força política; por isso dizia Montesquieu: “dos três poderes mencionados, o de julgar é em certo modo nulo. Não restam senão dois”. Não obstante, o reconhecia como a mais alta autoridade dos governos constitucionais. (FERRAZ JÚNIOR, 1994, 14)

Dos tribunais é retirada quase qualquer atuação que resultasse em produção ou mesmo revisão legislativa. A distinção central da organização estatal nascida neste período é o Império da Lei, que relega à aplicação do direito um funcionamento nos moldes de um procedimento lógico formal. Com base nela, o direito irá, progressivamente, se separar da política, o que resultará, anos mais tarde, num positivismo jurídico indiferente a questões éticas e sociais no momento de interpretação e aplicação das normas.

De fato, a neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do estado de direito burguês. Ela se torna, no correr do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos. Em consonância com o princípio da tripartição dos poderes, ela será o eixo que permitirá a substituição da unidade hierárquica, concretamente simbolizada pelo *rex* por uma estrutura complexa de comunicação e controle de comunicação entre forças mutuamente interligadas. A neutralização assinalará a importância da



imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apartidário do desempenho de suas funções. (FERRAZ JUNIOR, 1994, 14)

Ora, essa leitura parece corroborar minha tese sobre as funções cumpridas pelo direito ao longo da modernidade. Se pensarmos o direito da forma como tenho proposto, ou seja, como um discurso que se materializa num sistema institucional, percebemos como esse conhecimento normativo acabou por sedimentar a estrutura do Estado. O Legislativo dita as regras, o Executivo as faz cumprir e o Judiciário, aparentemente neutralizado, garante a manutenção da ordem. Neste período, que fora o auge do liberalismo e é comumente identificado com o século XIX, a burguesia acabara de se elevar à condição de classe social hegemônica. O discurso do direito é, então, redirecionado para não mais criticar a ordem vigente, tal qual acontecera ao longo da transição de poder entre a sociedade feudal e aristocrática para a sociedade industrial e burguesa, mas sim para fundamentá-la. Note-se como a aparente neutralização do Poder Judiciário, do qual foram retiradas as funções diretamente políticas, é nada mais do que uma ação política! Com o Poder Judiciário adstrito à aplicação formalista e mecânica das normas, estava garantida a imperturbabilidade do novo regime sócio-burguês: as decisões emanadas pelo Poder Judiciário atenderiam aos anseios e expectativas da classe política dirigente, na medida em que esta promulgava as leis, enquanto que àquele bastava cegamente aplicá-las. Assim, por mais que internamente o Poder Judiciário estivesse “anulado” politicamente, externamente, enquanto instância de produção do discurso jurídico, ele cumpriu com a essencial tarefa de estabilizar a hegemonia burguesa. Neste sentido, em harmonia com o que tenho defendido, ainda concluem Santos, Marques e Pedroso acerca da função legitimadora e de estabilização do regime burguês recém implantado:

Podemos, pois, concluir que, nesse período, a posição institucional dos tribunais os predispôs uma prática judiciária tecnicamente exigente, mas eticamente frouxa, inclinada a traduzir-se em rotinas e, por consequência, a desembocar numa Justiça trivializada. Nessas condições, a independência dos tribunais foi o outro lado do seu desarme político. Uma vez neutralizados politicamente, os tribunais independentes passaram a ser um ingrediente essencial da legitimidade política dos outros poderes, por garantirem que a produção legislativa destes chegava aos cidadãos “sem distorções”. (MARQUES, PEDROSO, SANTOS, 1996: s/n)

Complementarmente, a organização estatal assumirá a forma de Estado de Direito. Aqui, o império da Lei garantirá que toda medida ou decisão tomadas em

obediência a uma norma positivada será, automaticamente, justa. Isso significa dizer que a justiça das decisões não é avaliada a partir do conteúdo e da substância dessas, e sim do respeito formal às leis vigentes (ainda quando manifestamente injustas). A partir de então, a legitimidade das atividades estatais medir-se-á pela sua correspondente legalidade. O Legislativo, enquanto poder funcionalmente competente para a promulgação das leis passa a ser o protagonista no exercício do poder político.

Os autores Santos, Marques e Pedroso ainda identificam outras cinco ideias sobre as quais se assenta aquele modelo (MARQUES, PEDROSO, SANTOS, 1996: s/n):

1. Ao longo do século XIX, vigorará um princípio exegético de legalidade, segundo o qual os tribunais não podem julgar *contra legem*, tampouco procederem a qualquer inovação. Em tese, até mesmo a interpretação das leis estava proibida, cabendo aos juízes simplesmente subsumir, de maneira lógico-formal, os fatos do mundo da vida às leis vigentes sem que, na operação, fossem levadas em conta quaisquer considerações sociais, éticas ou políticas. Dessa forma, a função dos tribunais é retroativa, ou seja, procura reestabelecer, por meio da aplicação lógico-formal do aparato legal, uma “realidade normativa plenamente constituída”.
2. Os tribunais só podem atuar reativamente, ou seja, quando solicitados por partes concretamente envolvidas em um litígio. A prestação jurisdicional é assim uma abstração inerte que apenas se manifesta quando efetivamente requisitada. Ainda, é vedado aos tribunais influenciar o nível e o volume dessas demandas.
3. Os tribunais apenas admitem o julgamento de demandas individuais, no sentido de ocorrerem entre indivíduos – para tanto, o direito criará a abstração jurídica da *pessoa jurídica*, ou seja, um ente coletivo que é individualizado para poder ser tratado tal qual um sujeito singular -, e de demandas individualizadas, no sentido de possuírem contornos claros e fronteiras definidas de tal modo que o julgamento de uma causa não repercuta, em regra, sobre outra causa.
4. A priorização do princípio da segurança jurídica, decorrente do princípio da legalidade e do procedimento de subsunção lógico-formal dos fatos

às leis. Dessa maneira, a contingência do futuro é pretensamente controlada pelo rigor procedimental de aplicação das leis e pela garantia de continuidade das decisões com base na jurisprudência sedimentada em casos julgados.

5. A independência dos tribunais é decorrente do princípio da legalidade e da aplicação formalmente mecânica das leis. Ou seja, sua autonomia está diz respeito à *liberdade negativa* – que será abaixo analisada – do processo decisório, garantindo que este está vinculado, única e exclusivamente, ao império da lei. Dessa forma, a liberdade do processo decisório pode conviver com a dependência administrativa e orçamentaria dos tribunais perante os poderes Legislativo e Executivo.

Esse arranjo prático-conceitual que orientou a função dos tribunais ao longo do período do liberalismo clássico acabou por lhes relegar do centro do debate político da época, sobrando-lhes, ao menos na aparência, pouco peso político e o papel de coadjuvantes em relação aos poderes Legislativo e Executivo. Os autores invocados concluem da seguinte maneira a importância político-funcional do Poder Judiciário ao longo do quadrante histórico se estende do início do século XIX até meados do século XX:

Esse período testemunhou o desenvolvimento vertiginoso da economia capitalista no seguimento da Revolução Industrial e, com ele, a ocorrência de maciços deslocamentos de pessoas, o agravamento sem precedentes das desigualdades sociais, a emergência da chamada questão social (criminalidade, prostituição, insalubridade, habitação degradada etc.). Tudo isso deu origem a uma explosão dos conflitos sociais de tão vastas proporções que foi em relação a ela que se definiram as grandes clivagens políticas e sociais da época. Ora, os tribunais ficaram quase totalmente à margem desse processo, dado que o seu âmbito funcional se limitava à microlitigiosidade interindividual, extravasando dele a macrolitigiosidade social (MARQUES, PEDROSO, SANTOS, 1996: s/n)

J. Habermas nomeia o modelo do sistema de direito que vigorou durante o período clássico do liberalismo e até meados do século XX de “direito formal burguês”. Conforme ensina o autor, esse modelo pretendia institucionalizar uma sociedade econômica por meio do direito privado, especialmente, através dos dois edifícios jurídicos centrais desse direito: a propriedade privada e a liberdade contratual.

Elevados à categoria de verdadeiros princípios fundamentais, os dois institutos representam a pretensão liberal de reduzir o Estado a mero garantidor das

liberdades individuais e sem qualquer papel decisivo na regulação econômica da sociedade. Desse modo, a consciência teórica do liberalismo retira da esfera estatal a tarefa de realizar o bem comum e a entrega à “ação espontânea dos mecanismos de mercado” (HABERMAS, 2011, 138).

A lógica que atravessa o direito formal burguês e todo o restante do modelo liberal é que essa “sociedade de direito privado” chegaria ao bem comum por meio das ações espontâneas e autônomas de sujeitos de direito que, enquanto livre participantes do mercado, buscariam alcançar a felicidade através da busca racional de interesses próprios. A *expectativa normativa* desse modelo era que, por meio da delimitação de esferas de liberdade individual, chegar-se-ia, quase que mecanicamente, à justiça social. Aqueles direitos fundamentais – a propriedade privada e a liberdade contratual – passam a desenhar a concepção de um “*status* jurídico negativo”, ou seja, um núcleo de direitos e garantias que não estaria disponível à intervenção do Estado. Note-se que, nessa concepção, esses direitos estão vinculados aos indivíduos e não há coletividade. Aliás, esta, em determinada situação, é prejudicada em favor daqueles, tal qual, por exemplo, nos casos de ocupação coletiva de propriedades privadas flagrantemente improdutivas ou ociosas. A predileção pelos indivíduos e não pela coletividade será, ainda, a característica mais marcante da interpretação e da aplicação das normas pelo Poder Judiciário o que é, como já afirmado, uma das causas de sua aparente neutralização e irrelevância política durante o período.

A defesa conceitual de direitos fundamentais estritamente pertencentes aos indivíduos, e a só eles, permanece presente no imaginário jurídico ainda nos dias presentes. O professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, assinala que os direitos fundamentais seriam, em primeiro plano, direitos que “asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público.” (MENDES, 1999, s/n). Adiante, o autor aduz:

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Esta concepção de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando um lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais. Esta concepção, sobretudo, objetiva a limitação do poder estatal a fim de assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade. Para tanto, outorga ao indivíduo um direito subjetivo que permite evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal. (MENDES, 1999, s/n)

Contudo, especialmente ao longo do século XX, a função do Poder Judiciário será resignificada. Os tribunais irão, paulatinamente, aprofundar o protagonismo social que exercem e se equiparam em importância, no que diz respeito aos funcionamento institucional do Estado e à divisão sistêmica do poder político, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

O professor Luiz Werneck Vianna, em coautoria com Marcelo Burgos e Paula Salles, identifica como marco simbólico desse período de centralidade do Judiciário o segundo pós-guerra. O Tribunal de Nuremberg inaugura o julgamento de agentes estatais por violações aos Direitos Humanos, agora já com fundamento numa universalidade que se distanciou das características metafísicas dos Direitos Naturais e se aproximou de noções pós-convencionais, especialmente com sua institucionalização pelo direito internacional, capaz até, como no exemplo citado, de se sobrepor ao sistema jurídico local. Como consequência, as constituições nacionais passam a conter princípios fundamentais que expressam os valores que deverão pautar os dirigentes políticos no intuito de delimitar campo axiológico por onde podem transitar e armar o judiciário da capacidade de “exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo soberano”. Após as mazelas da guerra, uma nova ordem econômico-política, o *Welfare State*, ainda tentará “organizar o capitalismo e introduzir relações de harmonia entre as classes sociais, com suas fortes repercussões no sentido de trazer o direito para o centro da vida social”. (BURGOS, SALLES, VIANNA, 2007, 39-40)

A legislação do *Welfare State* tentará, então, regular o futuro a partir do presente. Sua ambição é programar a sociedade para, ao mesmo tempo, conciliar interesses dos grupos econômicos detentores dos meios de produção e ansiosos por lucro, com os interesses da classe trabalhadora por uma vida boa. Além desses interesses tipicamente econômicos e antagônicos, o *Welfare State* terá ainda o desafio de legitimar interesses existenciais e culturais de minorias<sup>36</sup> que, numa sociedade pretensiosamente democrática, não podem mais ser ignorados ou desqualificados sob o argumento de não serem interesses de caráter geral.

---

<sup>36</sup> Minorias aqui podem tanto ser numéricas, quanto simbólicas, ou seja, detentoras de menor capital simbólico e, por isso, de menos força política, como por exemplo, no Brasil, os negros e as mulheres, que tendem a ser numericamente superiores aos brancos e aos homens e mesmo assim, não gozar dos privilégios reservados a estes, tampouco compartilhar, com a mesma relevância, dos espaços de deliberação e discussão públicos.

Em razão desses desafios, o sistema de leis do Estado de direito abandona, lentamente, a postura convencional do liberalismo ortodoxo, onde as regras jurídicas funcionavam restritas a códigos binários de “licito/ilícito”, “direito/não direito”, para transmutarem-se em regras principiológicas pós-convencionais, ou seja, mandamentos abertos e indeterminados que só adquirem sentido concreto no exato momento de sua aplicação ao caso concreto que pretenda incidir e tutelar. Essa “abertura aos intérpretes”, como definirá depois Peter Haberle, corresponde à tentativa de se construir Estados e ordenamentos jurídicos capazes de por um lado corresponder às expectativas de *vida boa* das sociedades complexas e, de outro lado, controlar e prevenir os riscos e as contingências inerentes àquelas sociedades.

A complexificação social e a tentativa de se regular, com ainda maior intensidade, as contingências do mundo da vida por meio de um sistema institucional político-jurídico moldam as funções que os tribunais então passam a assumir. Essas mudanças abalaram as próprias estruturas da racionalidade do discurso jurídico e, especialmente, a aplicação do direito e a forma política do Estado. Sem uma análise muito detida acerca das características do *Welfare State*, também chamado de *Estado-providência*, os autores Santos, Marques e Pedroso vão sintetizar da seguinte forma o impacto sociopolítico que essas mudanças produziram:

1. A teoria da separação dos poderes colapsa, sobretudo em vista da predominância assumida pelo Poder Executivo. A governamentalização da produção do direito cria um novo instrumentalismo jurídico que, a cada momento, entra em confronto com o âmbito judicial clássico.
2. O novo instrumentalismo jurídico traduz-se em sucessivas explosões legislativas e, conseqüentemente, numa sobre-juridificação da realidade social, que põe fim à coerência e à unidade do sistema jurídico. Surge um caos normativo, que torna problemática a vigência do princípio da legalidade e impossível a aplicação da subsunção lógica.
3. O Estado-providência distingue-se pelo seu forte componente promocional do bem-estar, ao lado da tradicional componente repressiva. A consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos, tais como o direito ao trabalho e ao salário justo, à segurança no emprego, à saúde, à educação, à habitação, à segurança social significativa, entre outras coisas, a juridificação da justiça distributiva. A liberdade a proteger juridicamente deixa de ser um mero vínculo negativo para passar a ser um vínculo positivo, que só se concretiza mediante prestações do Estado. Trata-se, em suma, de uma liberdade que, longe de ser exercida contra o Estado, deve ser exercida pelo Estado. O Estado assume assim a gestão da tensão, que ele próprio cria, entre justiça social e igualdade formal; dessa gestão são incumbidos, ainda que de modo diferente, todos os órgãos e poderes do Estado.
4. A proliferação dos direitos, sendo, em parte, uma conseqüência da emergência na sociedade de atores coletivos em luta pelos direitos, é, ela própria, causa do fortalecimento e da proliferação de tais atores e dos interesses coletivos de que eles são portadores. A distinção entre litígios individuais e litígios coletivos torna-se problemática na medida em que os

interesses individuais aparecem, de uma ou de outra forma, articulados com interesses coletivos. (MARQUES, PEDROSO, SANTOS, 1996: s/n)

A importância dessa descrição é que ela denota, sinteticamente, como aquela neutralidade política dos tribunais, típica do primeiro período liberal, foi solapada. A crescente “juridificação da justiça”, nos termos acima expostos, compeliu o Poder Judiciário a assumir, crescentemente, sua *cota-parte de responsabilidade política*. Ainda, a explosão da litigação, resultado do avanço do discurso jurídico sobre aspectos do mundo da vida que antes estavam entregues à regulação de outra natureza, seja moral, seja política, também conferiu maior visibilidade a atuação jurisdicional do Estado. Agora, encarada como serviço público essencial, a jurisdição passa a ser medida e avaliada por seus *clientes*, os cidadãos, em termos antes desconhecidos: questões como eficácia, eficiência e acesso à justiça entram em pauta e passam a fazer parte da percepção de legitimidade que os tribunais possuem perante a sociedade. Ainda, a consagração constitucional dos direitos fundamentais e, especialmente, dos direitos sociais, “tornou mais complexa e ‘política’ a relação entre a Constituição e o direito ordinário e os tribunais foram arrastados entre as condições do exercício efetivo desses direitos.” (MARQUES, PEDROSO, SANTOS, 1996: s/n). Todas essas características combinadas vão colocar os tribunais em um dilema:

Se continuassem a aceitar a neutralização política vinda do período anterior, perseverando no mesmo padrão de desempenho clássico, reativo, de microlitigação, poderiam certamente continuar a ver reconhecida pacificamente pelos outros poderes do Estado a sua independência, mas fã-lo-iam, correndo o risco de se tornarem socialmente irrelevantes e de, com isso, poderem ser vistos pelos cidadãos como estando, de fato, na dependência do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Pelo contrário, se aceitassem a sua cota-parte de responsabilidade de responsabilidade política na atuação promocional do Estado – nomeadamente através de uma vinculação mais estrita d direito ordinário à Constituição, de modo a garantir uma tutela mais eficaz dos direitos de cidadania –, corriam o risco de entrar em competição com os outros poderes e de, como poder mais fraco, começar a sofrer as pressões do controle externo, quer por parte do Poder Executivo, quer por parte do Poder Legislativo, pressões tipicamente exercidas por uma das três vias: nomeação dos juízes para os tribunais superiores; controle dos órgãos do poder judicial; gestão orçamental. (MARQUES, PEDROSO, SANTOS, 1996: s/n)

Já para o jurista francês Antoine Garapon, a explicação dessa ascensão de relevância do Poder Judiciário está no enfraquecimento do Estado como um todo. O autor identifica esse enfraquecimento com a crise de legitimidade relacionada às insuficiências e faltas de respostas adequadas do processo democrático, tal qual está

configurado nos Estados ocidentais, às arbitrariedades e mazelas da sociedade contemporânea e também a um fenômeno de contornos existenciais ainda maior que afeta a própria consciência histórica e identidade intersubjetiva que temos, enquanto seres humanos contemporâneos. Nas palavras do autor, atravessamos o “desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democráticos” (Garapon, 1999, 26). Diante dessa falência,

[...] o juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia a dia, cidadãos indiferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto. (GARANPON, 1999, 48)

Percebe-se, então, como os tribunais, ao se reposicionarem no cenário institucional por onde o poder político fluí, acabaram expondo sua própria faceta política. Se durante o período do liberalismo clássico o Poder Judiciário pôde contar com um discurso de neutralização política, agora, não lhe é mais dada essa prerrogativa. Tanto no que diz respeito à sua relação com os outros poderes institucionais, Legislativo e Executivo, quanto, e principalmente, no que diz respeito à sua imagem perante a sociedade, cada vez mais a legitimidade dos tribunais está atrelada às respostas sócio-políticas que são capazes de fornecer. Aquela característica, já identificada durante toda a modernidade, de ser o discurso do direito um momento central do sistema de legitimidade da política se complexifica de sobremaneira. Basta observar, por exemplo, a utilização de códigos, tais como “democracia”, “eficiência”, “conflitos coletivos”, que eram antes identificados com outras instâncias políticas, sendo reproduzidos e exigidos também do sistema institucional do direito.

Se ao longo da modernidade o direito se justificou, primeiramente, com base no direito divino e ou natural e, depois, na abstração da lei fundamental que dotava o sistema automaticamente de justiça, recentemente, com o descrédito e a queda das compreensões metafísicas sobre o mundo, não basta que os juízes e quaisquer outros profissionais autorizados a *dizer o direito* evoquem argumentos cujo âmago não esteja bem identificado com práticas, discursos e instituições terrenas, humanas e empiricamente constatáveis. Ou seja, os sentidos do discurso jurídico não podem mais se sustentar em abstrações metafísicas de qualquer espécie, e sim têm de ser produzidos



por meio de canais de comunicação que possibilitem o diálogo em condições efetivas de igualdade de participação. Ainda, esses sentidos, sedimentados a partir dos pré-conceitos que são transmitidos pela tradição e funcionam como categorias de pré-compreensão, necessitam passar, constantemente, pelos filtros da comunicação social para serem validados – ou afastados – enquanto consensos válidos e socialmente compartilhados pelos cidadãos, pois assim adquirem a plena vigência e eficácia que só a legitimidade pode lhes garantir.

A questão central, portanto, com a qual os tribunais se deparam hodiernamente é sua fundamentação social, ou seja, trata-se de se avaliar se não só os nossos tribunais, mas também as outras instituições responsáveis pela consubstancialização do discurso jurídico, estão correspondendo aos imperativos de uma legitimidade que já não pode mais ser apreendida de qualquer abstração metafísica. A função dos tribunais nas sociedades contemporâneas é ditar um direito racional, no sentido de estar alinhado com os anseios da sociedade e de permitir que variados grupos sociais acessem os canais e as instâncias comunicacionais por onde os sentidos do discurso jurídico são produzidos na forma de consensos compartilhados. Esses sentidos transmutam-se em *verdades* que são reproduzidas na sociedade e que geram uma série de repercussões, tanto positivas, quanto negativas.

Acontece que, atualmente, já não podemos mais nos dar a benevolência da ignorância. Uma sociedade complexa, que se pretende, tal qual disposto na Carta Constitucional de 1988, livre, justa e solidária, deve zelar pela abertura democrática de suas instituições de tal forma que o espaço público de debate seja acessível aos cidadãos que, ademais, serão os “próprios afetados” pelo discurso público. Ainda, como observado, o sistema do direito está cada dia mais atrelado ao sistema político, uma vez que a este sede legitimidade. Em contrapartida, o direito recebe da política os instrumentos que coercitivos que garantem o respeito e a efetividade das normas jurídicas. Portanto, as mesmas qualidades que são cobradas do sistema político são também requisitadas do sistema jurídico. Aspectos como democracia e transparência se estendem, cada vez mais, às instituições jurídicas. Devemos, pois, enquanto juristas, refletir, construir e aplicar os institutos que permitam e favoreçam a porosidade da decisão judicial às reivindicações coletivas. O discurso jurídico está em permanente estado de abertura e de disputa social. Aqueles que estão alinhados com a faceta emancipatória do direito e que veem nele não apenas um instrumento de imposição de consensos autoritários, concordarão que a tarefa hodierna dos tribunais, numa

perspectiva libertadora, é promover espaços públicos de debate e construção de sentidos nos quais os pré-conceitos ilegítimos sejam negados e os consensos compartilhados afirmados. Confio, portanto, que o *amicus curiae* possa contribuir naquela tarefa, na medida em que permite à sociedade civil organizada e aos grupos sociais integrarem-se, de forma efetiva, à comunidade de intérpretes da Constituição.

### 3.6.1 A crise de legitimidade do direito em dados

Até aqui, tentei desbravar os grandes sertões e as veredas do sistema simbólico do direito. Minhas investigações, articuladas com a perspectiva filosófica que identificou na hermenêutica e a necessidade de construção e de revisão de sentidos que damos as coisas advindas do mundo factual que nos cerca. Esta atividade, a atividade interpretativa, é a condição e mesmo a possibilidade de *ser no mundo*, ou seja, é por meio de nossos preconceitos, de nossos consensos e de nossos discursos compartilhados sobre as coisas e sobre os fenômenos que nos envolvem que semeamos a ecologia do mundo da vida. É por meio da nossa linguagem e dos sentidos que produzimos, reproduzimos e transformamos que podemos abandonar a aridez do deserto de um mundo empiricamente existente, vazio de sentidos, para erigir os magníficos e monólitos edifícios do conhecimento e das instituições nos quais abrigamos tudo aquilo que nos acostumamos a chamar de *sociedade*.

No trajeto que tenho percorrido, pude demonstrar como produzir sentidos é uma necessidade, tanto quanto produzir abrigos e alimentos. Entretanto, esses sentidos, discursos e conhecimentos, sempre parciais e precários, tantos e tantas vezes contingentes e efêmeros, tendem a ser confundidos com *verdadeiras Verdades*, ou seja, tendem a ser tomados como se fossem a materialização de alguma centelha divina, como se fossem a manifestação da própria ideia de deus, ou de alguma outra representação do absoluto, atuando na Terra. Quando isso ocorre, esses discursos, esses conhecimentos ou, em uma única palavra, essas *verdades* são elevadas à condição de universais e atemporais e passamos a acreditar que as podemos aplicar, indiscriminadamente, em qualquer tempo ou em qualquer lugar. Em grande medida, foi isso o que aconteceu com os discursos científico e jurídico ao longo da modernidade.

Acontece que, conforme debatido, essas *verdades* são elaboradas e difundidas a partir de instâncias sociais bem localizadas e obedecem a regras de

produção. Tanto é assim que Michel Foucault vai defender uma arqueologia que escave a *história política do conhecimento* e que procure identificar a *economia da verdade*. Diz o intelectual francês que toda verdade possui duas histórias: uma história interna e uma história externa e que, neste sentido, a produção da verdade obedece, portanto, a regras *internas* – que, neste caso, seriam os princípios de auto-regulação e de auto-correção – e a regras *externas* – aqui entendidas como sendo as regras definidas em instâncias sociais onde as verdades serão propagadas e difundidas (FOUCAULT, 2002, 11). Nas nossas sociedades modernas, esse privilégio de *dizer a verdade* coube, com distinção, à ciência e ao direito e comigo concorda Foucault:

As práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas. (FOUCAULT, 2002, 11)

Ora, o *encanto* exercido pelo fenômeno jurídico sobre a subjetividade humana possibilitou, ao longo do tempo e, com especial singularidade, ao longo da modernidade, que o direito funcionasse como emissor de verdades para primeiro deslegitimaram a ordem social anterior e depois reestruturaram um novo arranjo social ainda hoje está vigente.

Acontece que, pelo caminho, esquecemos – enquanto intelectuais e enquanto juristas – que ao lado de todo o conhecimento reside o desconhecimento, que toda projeção de luz resulta em jogos de sombras. Ao mesmo tempo em que instituições e grupos sociais foram se tornando hegemônicos, outras tantas práticas e parcelas das comunidades afetadas foram sendo solapadas e silenciadas pelos conhecimentos e pelos discursos *oficiais*. A modernidade, cujo projeto *esclarecido* era livrar o mundo da irracionalidade e de um suposto estágio de minoridade, criou um mito ao redor de sua própria racionalidade e, diuturnamente, sacrifica corpos, almas, costumes e culturas no altar do progresso. As instâncias sociais de produção da verdade foram muradas. Dentro dos muros, apenas aos autorizados é permitido manejar a matéria escura e densa com a

qual construímos as normas e proferimos as decisões que irão ditar a maneira como o resto da sociedade deverá se comportar e se conduzir. É também dessa mesma matéria que revestimos de legitimidade nossos sistemas políticos, de tal forma que suas consequências danosas e o silenciamento autoritário que impõe aos *de fora* permaneçam ocultados pelo metal nobre e luminoso da *Justiça* e do *Conhecimento*.

Mas o ídolo começou a rachar. De dentro das fendas, escorre o sangue e o sofrimento daqueles que foram excluídos dos espaços de poder. A alteridade que foi vítima ou que foi alijada das arenas de embate comunicacional e de tomada de decisão ameaça oxidar e corroer o arranjo social. Este já não goza mais de plena legitimidade. As vicissitudes foram por demais expostas. A modernidade enfrenta a ferrugem resultante de séculos de rejeição de sentidos e de experiências de vida alternativas a ela. Os consensos compartilhados durante séculos pela tradição foram denunciados como resultantes de comunicações patológicas, como resultantes de *pseudocomunicações* nas quais o radical foi a opressão e a autoridade, ao invés do debate livre entre seres humanos iguais, com igual *vontade-de-viver* e iguais pretensões de *bem viver*.

Especialmente quanto aos seus dois pilares discursivos e simbólicos – a ciência e o direito –, a modernidade enfrenta uma *crise de reconhecimento*, ou seja, uma *crise de legitimidade*. Muitos são os aspectos dessa crise e muitos são os estudiosos que com acuidade têm diagnosticado o sintoma e debatido o tratamento. Porque, em verdade, trata-se mesmo disto: a crise de legitimidade de nossas instituições é um sintoma e não a doença. Nossas instituições não padecem, *naturalmente*, no sentido de ser a elas *natural* ou congênito, de falta de legitimidade. Em algum momento histórico, os discursos e as instituições sociais que agora veem sua credibilidade e sua efetividade questionadas foram construídas de maneira mais ou menos intencional em atenção a determinadas necessidades e a específicos interesses.

Contudo, no presente, as necessidades e os interesses originários ou foram superados ou já não conseguem mais agremiar, ao redor de si, o consenso social necessário para manterem-se de pé. Mais do que isso, os efeitos negativos e a quantidade de vítimas e ou de excluídos que geraram agora irrompem de fora, forçando os limites dos espaços de atuação do poder político, de tomada de decisão que foram privatizados e internalizados nas instituições e nos discursos. Agora, grande parte de sua atividade é direcionada para a sua simples manutenção. Como explicou Dussel, quando

as instituições – e, por analogia, conforme o debate que tenho feito, quando os discursos – voltam-se para si mesmas, significa que entraram em sua etapa entrópica final. Colocam-se, pois, dois caminhos: ou as instituições e os discursos assumem sua insuficiência histórica e se abrem para incorporar as necessidades e os anseios dos grupos sociais que estavam excluídos dos processos deliberativos e das instâncias de comunicação e debate; ou o aprofundamento da fetichização pela qual já atravessam pode resultar no seu ocaso. Neste caso, tal qual uma estrela que começa a morrer, talvez as instituições ainda se expandam e aprofundem o processo de distanciamento e de fetichização em relação à sociedade até o ponto no qual a entropia será insuficiente para evitar seu colapso.

Este mesmo modelo teórico pode ser aplicado ao direito: sua legitimidade está vacilante depois de séculos de desenvolvimento de um discurso jurídico guiado por normas pretensamente *universais* e *genéricas*, mas que, na raiz, atendem a interesses *particulares* e *específicos*; um direito construído, ou melhor, *profetizado* por agentes públicos consagrados como detentores da prerrogativa de interpretar essas normas, *declarar* o direito e entregar pronta a decisão jurídica que afetará a coletividade ou um sem número de indivíduos sem que estes tenham, efetivamente, participado, enquanto atores e sujeitos ativos, na composição da solução que os concernirá. Tal qual K., personagem de “O Processo”, de Franz Kafka, aqueles são objeto das normas e das decisões jurídicas aguardam, angustiadamente, o desfecho de seus processos até que um dia, sem maiores explicações, o Estado, por meio de seus representantes, irrompe sala adentro e os carrega para o alto da colina para ali serem sentenciados. Contudo, esse arranjo institucional e procedimental do sistema do direito demonstra visíveis sinais de desgaste. No Brasil, as instituições relacionadas ao direito formal atravessam uma crise de legitimidade e estão sob constante ataque da opinião pública. Esta crise de legitimidade, acredito, está relacionada mais diretamente com dois aspectos.

Em primeiro lugar, diz respeito ao que tenho tratado aqui, qual seja, esse aspecto qualitativo e substancial da *participação*, da *oportunidade* de fala e do *conteúdo* do direito. O procedimento de elaboração das normas e das decisões jurídicas alijou parcela social por demais significativa. A verdade é que muitos poucos estão autorizados a *declarar* o direito. Uma elite profissional e intelectual é responsável por ditar as regras e os princípios que deverão ser obedecidos e aplicados pelo resto da sociedade. Mesmo decisões de caráter coletivo são tomadas na solidão do gabinete dos

juízes, sem a participação direta dos afetados ou da coletividade envolvida. Além do fato das instâncias de tomada de decisão manterem canais de comunicação e de debate fechados ao resto da sociedade, essas decisões ainda tendem a se alinhar à racionalidade do programa do *Esclarecimento* e aos interesses e necessidades de uma parcela social muito específica: a burguesia.

O segundo aspecto que gostaria de expor sobre a crise de legitimidade do discurso jurídico diz respeito à eficiência e à efetividade do sistema do direito. É um aspecto, pois, de caráter quantitativo. Mais uma vez, utilizarei números relativos ao Poder Judiciário para extrair conclusões extensíveis aos outros atores do sistema, porque é ele a representação sintética, no imaginário social, de tudo o que o discurso do direito representa, chegando mesmo a ser toda a complexidade do fenômeno jurídico reduzida às práticas dos tribunais de justiça estatais.

No Brasil, o diagnóstico que temos sobre o volume de processos judiciais é elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. O relatório anual “Justiça em Números” apresenta um balanço da quantidade de ações que tramitam nos tribunais, bem como cuida das taxas de congestionamento, dos recursos dispendidos etc. Segundo o relatório de 2013, referente ao ano de 2012, tramitaram no país 92,2 milhões de ações judiciais, o que equivale a um aumento de 4,3% com relação a 2011, e de 10,6% no quadriênio 2009-2012. Apesar do orçamento do Poder Judiciário ter crescido 7,2%, em 2012, em relação à 2011, e do quadro de funcionários ter registrado aumento de 3,2% no número de magistrados e de 6,3% de servidores, as sentenças aumentaram apenas em 4,7%. Os gráficos do relatório ainda indicam que houve crescimento do total de processos baixados (27,8 milhões). No entanto, mais uma vez, o número de feitos baixados foi inferior ao de casos novos. Isso aponta para uma tendência de que o estoque de processos ainda em tramitação, ou seja, sem julgamento definitivo, aumente em 2013. Em termos relativos, os casos novos são os que mais cresceram, com aumento de 8,4% no ano, enquanto os baixados tiveram incremento de 7,5%, ou seja, os tribunais sentenciam e baixam quantidade de processos em patamares inferiores ao ingresso de casos novos, especialmente a partir de 2012, conforme indica o estudo.<sup>37</sup>

Ora, com base nesses números, se tomarmos a jurisdição estatal como um serviço público, percebemos como o Poder Judiciário tem sido ineficiente. Ano após

---

<sup>37</sup> Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio\\_jn2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf)

ano, o número de processos não solucionados aumenta e os estoques se acumulam. Ainda que pese o dado do aumento também da demanda, o Poder Judiciário não pode se escusar da crítica. Os juízes brasileiros, detentores de salários que podem chegar a mais de 35 vezes o valor do salário mínimo, não têm sido capazes de decidir todos os casos que lhes chegam. Alguns processos judiciais demoram dez anos ou mais para serem solucionados e, de maneira geral, o Poder Judiciário ainda se ocupa muito mais de casos individuais do que de demandas coletivas, sendo que, estas, em geral, possuem repercussão muito mais importante para o resto da sociedade do que aquelas. Ou seja, a prestação jurisdicional tem sido cara, lenta, ineficiente e pouco satisfatória.

Mais uma vez, constatamos que as instituições materializadoras do discurso jurídico e da racionalidade do direito moderno atravessam um período de questionamento. O professor Joaquim Falcão, na pesquisa “O Judiciário segundo os brasileiros”, realizada em 2009 pela Fundação Getúlio Vargas, fez uma série de perguntas aos cidadãos para deles colher as impressões acerca do Poder Judiciário. Num dos aspectos indagados, foram feitas perguntas divididas em pares de características contrárias, conforme o quadro a seguir (FALCÃO, 2009, 6):

#### **Opinião em relação a características e aspectos do Poder Judiciário (%)**

| Características                                           | Total (%) |
|-----------------------------------------------------------|-----------|
| Ágil                                                      | 8         |
| Lento                                                     | 88        |
| NS/NR                                                     | 4         |
| Honesto                                                   | 39        |
| Corrupto                                                  | 37        |
| NS/NR                                                     | 23        |
| Independente                                              | 28        |
| Se deixa influenciar pela mídia, empresários ou políticos | 63        |
| NS/NR                                                     | 9         |
| Age com Neutralidade                                      | 22        |
| Beneficia alguns setores                                  | 69        |
| NS/NR                                                     | 9         |
| Seus custos são caros                                     | 78        |
| Seus custos não são caros                                 | 12        |
| NS/NR                                                     | 9         |

Com base nas respostas, posso então resumir que a Justiça, na opinião de 88% dos entrevistados, é lenta. Os custos do Judiciário foram taxados de elevados por

78% dos entrevistados e 69% deles acreditam que o Judiciário beneficia alguns setores da sociedade. Apenas 28% consideram o Judiciário independente, contra os 63% que acreditam que ele se deixa influenciar pela mídia, por empresários ou por políticos. Por fim, há um empate técnico entre aqueles que consideram a Justiça corrupta e aqueles que a consideram honesta. Assim, de uma maneira geral, os cidadãos consideram que o judiciário é lento, caro, parcial e de questionável honestidade.

Esses dois aspectos da crise de legitimidade, o aspecto qualitativo e o aspecto quantitativo, que tentei aqui ilustrar a partir de variadas pesquisas e da interpretação de alguns dados desaguam na constatação de que uma parcela significativa dos cidadãos simplesmente não confia nas instituições. Como demonstra o “Índice de Confiança Social”, pesquisa realizada anualmente, desde 2009, pelo IBOPE, a confiança dos brasileiros no Poder Judiciário, entidade que sintetiza, para o senso comum, toda a percepção social acerca do sistema de justiça, vem caindo ano a ano, e hoje está no insuficiente patamar de 46% de confiabilidade. Interessante ainda notar como justamente a instituição social responsável em proferir as leis, ou seja, o Parlamento, está na base da tabela e goza do baixíssimo índice de apenas 29% de confiabilidade. Em termos prático, significa dizer que de cada dez brasileiro, nem ao menos três confiam e, neste sentido, sentem-se representados pelo Legislativo. É o que se vê no quadro abaixo que apresenta a evolução nos últimos cinco anos do “Índice de Confiança Social”:



|                                | 2009      | 2010      | 2011      | 2012      | 2013      |
|--------------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| • Família                      | 90        | 91        | 90        | 91        | 90        |
| • Amigos                       | 67        | 69        | 68        | 70        | 67        |
| • Brasileiros de um modo geral | 59        | 60        | 60        | 59        | 56        |
| • Vizinhos                     | 59        | 59        | 59        | 61        | 57        |
| • Corpo de bombeiros           | 88        | 85        | 86        | 83        | 77        |
| • Igrejas                      | 76        | 73        | 72        | 71        | 66        |
| • Forças armadas               | 71        | 69        | 72        | 71        | 64        |
| • Meios de comunicação         | 71        | 67        | 65        | 62        | 56        |
| • Empresas                     | 61        | 60        | 59        | 57        | 51        |
| • Organizações Civis           | 61        | 61        | 59        | 57        | 49        |
| • Polícia                      | 52        | 52        | 55        | 54        | 48        |
| • Bancos                       | 61        | 58        | 57        | 56        | 48        |
| • Escolas públicas             | 62        | 60        | 55        | 55        | 47        |
| • Poder judiciário/ Justiça    | 52        | 53        | 49        | 53        | 46        |
| • Presidente da República      | 66        | 69        | 60        | 63        | 42        |
| • Governo Federal              | 53        | 59        | 53        | 53        | 41        |
| • Eleições/ Sistema eleitoral  | 49        | 56        | 52        | 47        | 41        |
| • Governo do seu município     | 53        | 50        | 47        | 45        | 41        |
| • Sindicatos                   | 46        | 44        | 44        | 44        | 37        |
| • Sistema Público de saúde     | 49        | 47        | 41        | 42        | 32        |
| • Congresso nacional           | 35        | 38        | 35        | 36        | 29        |
| • Partidos Políticos           | 31        | 33        | 28        | 29        | 25        |
| <b>GERAL</b>                   | <b>60</b> | <b>60</b> | <b>58</b> | <b>57</b> | <b>50</b> |

(FONTE: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Cai-a-confianca-dos-brasileiros-nas-instituicoes-.aspx>)

Como percebido, a crise de legitimidade está muito longe de ser um privilégio exclusivo das instituições relacionadas ao discurso jurídico. Ela se abate, em geral, sobre todas as instituições estatais e, em especial, sobre as instituições por onde circula mais visivelmente o poder político. Ainda assim, se concordarmos com Dussel quando diz que o direito é o “momento central do sistema de legitimação da política”, o fato das instituições com menor confiança social serem justamente aquelas relacionadas

mais diretamente com o discurso político é um indicativo de que o sistema do direito não está conseguindo cumprir com a missão de estabilizador e de legitimador da ordem política. A professora Fabiana Luci de Oliveira concorda com a tese de ser o discurso do direito – por meio das instituições jurídicas que o materializam – ser um dos critérios centrais de aferição da legitimidade do discurso político. Partindo de seus estudos sobre a “judicialização da política” e citando a pesquisadora latino-americana Pilar Domingo, irá dizer a professor:

Uma referência importante quando se discute a judicialização da política no contexto da América Latina é Pilar Domingo. Segundo a autora, a judicialização da política reflete, no nível do discursivo, o grau em que a legitimidade do regime é crescentemente construída sobre a percepção pública da capacidade e da credibilidade do Estado em termos de desenvolvimento do *rule of law* e da proteção dos direitos. Esses são os dois elementos centrais para a democracia constitucional. O grau em que as cortes tomam parte na política e na criação da lei e a extensão em que disputas políticas e sociais são resolvidas por recursos legais variam de país para país, e quanto mais lato esse grau maior a proximidade do país com a democracia constitucional. (OLIVEIRA, 2011, 16)

Se meu argumento, apoiado nas reflexões aqui citadas, sobre a correlação entre legitimidade do sistema do direito e legitimidade do sistema político, estiver correto, posso afirmar que ainda quando o baixo índice de confiança social não está diretamente relacionado com as instituições jurídicas, ele é afetado e afeta a legitimidade dessas, já que é uma das principais funções dedicadas ao direito moderno – de ser o discurso legitimador do arranjo político-institucional resultante da revoluções burguesas – está vacilante. O destino do direito está entrelaçado ao destino da política. Os Estados modernos foram edificados sobre as bases do discurso jurídico. Se um ruir, o outro tenderá a derrocar.

#### **CAPÍTULO 4 A TRAVESSIA JURÍDICA: RUMA AO PARADIGMA PROCEDIMENTALISTA DO DIREITO**

No terceiro capítulo, tentei demonstrar alguns aspectos relacionados com a sociologia do fenômeno histórico-cultural que é o direito. Seja por meio da discussão acerca das finalidades cumpridas pelo direito ao longo da modernidade, seja elencando as características e as funções cumpridas pelos tribunais na sociedade contemporânea, minha intenção foi configurar aquilo que Habermas vai chamar de “imagem implícita da sociedade” que é compartilhada pelos atores que *produzem e propagam* o direito.

Essa imagem implícita é o pano de fundo que fornece coesão e coerência às concepções de justiça e de normatividade que circulam pela sociedade. Ou seja, são o substrato de sentidos e de consensos que possibilitam o mútuo entendimento e o mútuo reconhecimento social dos argumentos e discursos produzidos enquanto argumentos e discursos jurídicos ou discursos justos, porque, já o disse, direito e justiça não estão, necessariamente, articulados. Assim, foi necessário um pouco de filosofia, de história e de sociologia porque, sem elas, a doutrina jurídica passa a ser apenas uma abstração alienada do contexto social na qual foi produzida, chegando mesmo ao cúmulo de se eximir da atividade hermenêutica para se transmutar em mera reprodução mecânica. Pelo contrário, ao visualizar o fenômeno jurídico a partir da perspectiva de outros campos do conhecimento é possível antever alguns *consensos* e *pré-conceitos* que são utilizados ordinariamente pelo discurso jurídico mas que sobre os quais não são refletidos em razão de sua assimilação como *categoria prévia de interpretação* ou como aquele *pano de fundo tacitamente compartilhado* pelos atores do sistema de justiça. Como observa Habermas:

[...] pudemos constatar que a teoria do direito, lançando mão de uma abstração generalizadora e sem abandonar a perspectiva participante, distancia-se do trabalho de interpretação judicial, sempre referido a casos singulares; ao passo que o olhar objetivador do historiador focaliza os contextos sociais nos quais o direito está inserido enquanto sistema de ação, e os quais alimentam implicitamente as concepções que servem de pano de fundo à justiça e à doutrina jurídica contemporânea. Tal perspectiva do observador permite vislumbrar os conjuntos de sentido não percebidos diretamente pelos afetados, os quais, porém são capazes de criar laços subjetivos e objetivos entre o sistema jurídico e o seu ambiente social, servindo-se da imagem que os juristas se fazem acerca de seu respectivo contexto social. A partir daí torna-se claro que os especialistas interpretam as proposições normativas em dois contextos: o do corpo jurídico tomado como

um todo e o da pré-compreensão dominante na sociedade. (HABERMAS, 2011, 123)

Ora, tentei desnudar minimamente essa “imagem” e as principais características e categorias de pré-compreensão que têm servido aos juristas, de forma mais ou menos consciente, no momento em que vão dotar de sentidos atualizados e atuantes as inertes normas jurídicas porque, sem uma adequada compreensão acerca delas, a decisão jurídica, tantas vezes tomada de forma nuclear e individualmente pelo juiz, pareceria ininteligível ou, ao menos, não se perceberia o vínculo sistemático que existe entre decisões aparentemente tão díspares, mas que conformam, quando observadas de maneira mediata, a integridade e a coerência do sistema do direito. Ademais, essa digressão realizada no capítulo anterior foi inspirada em Habermas que, na forma de um conselho metodológico, ensina:

Para entender os argumentos e decisões que acompanham as respostas dadas pelos atores a algo, é necessário conhecer a imagem implícita que eles formam da sociedade como um todo, além de saber que estruturas, realizações, potenciais e perigos eles atribuem à sociedade contemporânea, quando tentam realizar a sua tarefa, que é a de concretizar o sistema dos direitos. (HABERMAS, 2011, 124)

O professor alemão, citado o jurista F. Wieacker, continua e explica que, por meio da imagem social ou do modelo social sobre o qual está assentada determinada ordem jurídica, é possível dissecar o “arcabouço secreto que é encoberto pela continuidade da tradição científica determinada humanística, literária e conceitualmente” (HABERMAS, 2011, 124).

Contudo, o que se observa no cotidiano das instituições onde o discurso jurídico é produzido e circula, a regra é encontrarmos operadores do direito que o acionam sem qualquer reflexão contextual e, de forma automatizada, reproduzem os vícios e, tantas vezes, os *consensos ilegítimos* – ilegítimos na medida em que são consensos produzidos nos centros de decisão sem a participação dos grupos sociais que se encontram na periferia do sistema ou que foram excluídos das esferas públicas de formação da opinião e da vontade – que foram sedimentados como *verdadeiros* durante anos pela tradição jurídica. A consequência é que os juristas possuem uma baixa e

superficial compreensão sobre os argumentos e discursos que eles mesmos estão produzindo e reproduzindo. Não se trata apenas de semântica. Mais do que a ignorância quanto à extensão dos sentidos do discurso jurídico, a falta de reflexão sobre o pano de fundo social no qual o direito é produzido impede, além da possibilidade de se identificar argumentos ou consensos ilegítimos e suas consequências negativas, também a percepção e a antecipação quanto aos riscos que determinada interpretação/aplicação de uma norma jurídica pode gerar. O direito e, em especial, o jurista, cai na aporia de não conseguir formular respostas para as perguntas que ele mesmo formula e, mais ainda, de não conseguir solucionar os problemas que a sua própria aplicação criou. Habermas expõe então o seguinte impasse que se coloca à profissão de jurista:

[...] ou ela articula, de modo convincente, uma compreensão do direito que se liga com um projeto constitucional talhado segundo o formato de sociedades complexas; ou abandona definitivamente qualquer compreensão normativa do direito, o que significa perder de vez a esperança de que o direito venha a transformar a força imperceptível de convicções – formadas sem violência e compartilhadas intersubjetivamente – em poder social integrador, o qual é capaz de superar, em última instância, qualquer tipo de violência pura e simples, pouco importante a máscara que ela utiliza para ocultar-se. (HABERMAS, 2011, 126)

A alternativa habermasiana para essa questão é a proposição de um novo paradigma para a teoria e a prática do direito, um paradigma que dê conta tanto de superar a “cegueira social” do direito formal burguês, quanto de diagnosticar os efeitos colaterais e disfuncionais que o Estado de bem-estar social acarreta, mas que foram ignorados durante algumas décadas pelos intelectuais e pelos juristas que o defendem. Habermas centraliza a questão da “insensibilidade das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes” e afirma que essa consequência danosa do *Welfare State* é uma “fraqueza do paradigma do Estado social simétrica à da “cegueira social” do direito formal burguês” (HABERMAS, 2011, 125). Defende ainda o autor que a ampliação da juridificação do mundo da vida, tratada de forma tangencial no tópico anterior que diz respeito às funções dos tribunais na sociedade contemporânea, acabou por abalar a divisão dos poderes. Conforme pude demonstrar, a assimilação, pelo Judiciário, de tarefas que antes pertenciam a outras instituições e, especialmente, ao Legislativo e à Administração Pública, abalou a divisão e a atuação dos poderes no Estado. O paradigma defendido por Habermas e que será exposto ao longo deste capítulo como sendo um modelo normativo adequado para dar

conta dos problemas de legitimidade e de efetividade do direito, indicados no capítulo anterior, foi nomeado por ele como sendo um *paradigma procedimentalista*: parte-se da premissa que as esferas públicas de debates precisam estar fortalecidas e abertas para que os cidadãos possam atuar como verdadeiros intérpretes das normas jurídicas e propositores dos consensos que guiarão a expectativa normativa por justiça compartilhada pela comunidade. Inicialmente e em linhas gerais, explica o autor:

Os efeitos indesejáveis da providência do Estado social podem ser enfrentados por uma política de qualificação dos cidadãos, a qual fundamenta os direitos a prestações tomando como referência um *status* de pessoa privada que garante simultaneamente a autonomia privada e pública. Além disso, o novo catálogo de tarefas do Estado e o domínio ampliado de funções da administração geram problemas para a divisão de poderes. Ora, é possível enfrentar a autoprogramação de uma administração independente e a delegação não-autorizada de resoluções do Estado através de um deslocamento da divisão funcional de poderes no interior do próprio sistema administrativo – por intermédio de novos elementos de participação e de controle, oriundos de esferas públicas específicas. (HABERMAS, 2011, 127)

Portanto, tentarei elencar as principais características do paradigma proposto por Habermas para, ao final, incorporar a discussão sobre como o instituto do *amicus curiae* pode corresponder, em parte, aos anseios e as necessidades da teoria e da prática jurídicas porque, na pegada do afirmado acima pelo autor, pode se configurar como um eficaz elemento de participação e de controle à disposição dos grupos sociais para que possam ser inseridos e participar, efetivamente, da esfera pública de construção de sentidos e de consensos normativos.

#### **4.1 A imagem social do direito e os paradigmas do direito formal burguês e do Estado providência**

Cresce a percepção, entre os juristas e demais teóricos do fenômeno jurídico, de que, para se compreender o sentido das normas jurídicas, precisamos identificar o “ideal social” ou “visão social” compartilhada pelos profissionais que aplicarão aquelas normas. Essa categoria – ideal social ou visão social – pode ser simplesmente nomeadas por “teoria” e, segundo Habermas, nada mais é do que

[...] concepções implícitas de cada pessoa acerca da própria sociedade e [que] conferem uma perspectiva à prática da criação e da aplicação do direito, ou melhor, conferem orientação ao projeto geral de concretização de uma associação de parceiros do direito, livres e iguais. (HABERMAS, 2011, 127)

A *imagem social latente* que sustenta e integra do discurso jurídico é justamente o que vai configurar aquilo que Habermas chama por *paradigma*. Funcionando como um pano de fundo, esses paradigmas penetram na consciência de *todos* os atores que transitam pelos espaços de poder nos quais os discursos são criados, ou seja, os cidadãos, os legisladores, os juristas práticos e os teóricos, os estudantes das faculdades de direito, os advogados, os funcionários das instituições do sistema de justiça e da administração pública, além de outros grupos civis ou públicos de interesse. (HABERMAS, 2011, 131). Diz-nos o autor:

Um **paradigma de Direito** delimita um modelo de sociedade contemporânea para explicar como princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais devem ser concebidos e implementados para que cumpram naquele contexto as funções a eles normativamente atribuídas. Se um “modelo social do Direito” retrata algo como uma teoria social implícita do sistema jurídico, e, assim, a imagem que esse sistema faz para si próprio de seu ambiente social, um paradigma jurídico, portanto, afirma como os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito hão de ser entendidos no quadro teórico de tal modelo e como podem ser realizados. (HABERMAS, 211, p. 89)

Percebe-se, portanto, como a *imagem social* que os juristas possuem acerca de sua própria sociedade vai influenciar a interpretação e a aplicação das normas jurídicas nos casos concretos. Para ser mais exato, a teoria social implícita na teoria jurídica é muito mais do que apenas “influyente”. Ela configura o quadro possível de sentidos das normas jurídicas, delimita as necessidades e as funções que podem ser satisfeitas por meio do direito, avalia e pondera os riscos que a comunidade está sujeita, elenca as prioridades, prescreve os benefícios e malefícios de determinada aplicação ou interpretação; em síntese, a *imagem social* e o consequente *paradigma do direito* que dela resulta vão estabelecer o *programa político* do direito e também o *sistema institucional de verdades* que o sustenta, de tal forma que a concretização dos direitos, em especial dos direitos fundamentais eleitos pela sociedade, tenha seus limites e possibilidades conformados:

Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação e de uma estruturação ulterior. Por isso, o paradigma jurídico procedimentalista, como qualquer paradigma, necessita de elementos normativos e descritivos. (HABERMAS, 2011, 180-181)

Neste sentido, tentei indicar alguns dos elementos da teoria social que serviu de pano de fundo à aplicação das normas jurídicas durante a maior parte do período moderno. Seja em relação à discussão das funções cumpridas pelo direito ao longo da modernidade, seja na perspectiva filosófica de ser o direito uma das principais instâncias sociais legitimadas para construir, atualizar, declarar ou dizer a *verdade*, essas discussões tiveram o condão de problematizar a imagem que temos do discurso jurídico e, ao mesmo tempo, ressaltar parte dos pressupostos que sustentam o direito: sua natureza, seus atributos e os variados papéis performáticos que podem ser por ele incorporados.

Note-se que a tentativa por mim executada de se deflagrar a imagem social do direito é, na verdade, uma indicação metodológica que advém do próprio Habermas, uma vez que, como bem disse o autor alemão, atualmente, a doutrina e a prática do direito não conseguem mais se esquivar do fato de que tal “teoria social” atua como integradora e como substrato do discurso jurídico, como um “saber orientador que funciona de modo latente” e, mais ainda, que “o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social”. Esse modelo social pressuposto é também o ponto de partida da fundamentação e justificação autocrítica do próprio discurso jurídico (HABERMAS, 2011, 129).

A partir das análises que propus, pude demonstrar como a imagem social que, preponderantemente, animou o direito moderno – e, portanto, sua aplicação e interpretação, bem como sua utilização enquanto estratégia de tomada e manutenção de poder – foi uma imagem individualista da sociedade, ou seja, aquela imagem tipicamente liberal, formalista e burguesa, na qual a liberdade individual deveria ser



protegida, não só em relação Estado, como também em relação aos próprios indivíduos. Note-se que tal liberdade parte da premissa do indivíduo egoísta, separado por meio de articulações discursivas metafísicas da sociedade que o sustenta; é o “homem separado do homem e da comunidade” ou da “liberdade do homem como mônada isolada, virada sobre si própria”, dirá Karl Marx (MARX, 2010, 63). Habermas descreve, a partir dessa dissociação entre o indivíduo singularmente considerado e a comunidade que o cerca, como a liberdade proposta pelo direito formal burguês era meramente uma liberdade jurídico-formal, incapaz de, na prática, favorecer a justiça social:

Segundo este modelo [direito formal burguês], uma sociedade econômica, institucionalizada através do direito privado (principalmente através de direitos de propriedade e da liberdade de contratos), deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos do mercado. [...] A expectativa normativa, segundo a qual a delimitação de esferas de liberdade individual, ou seja, a garantia de um *status* jurídico negativo (com a pretensão a uma correspondente proteção jurídica individual), garante a instauração da justiça social, apoiava-se no entrelaçamento entre o princípio da liberdade jurídica e o direito geral à igualdade. Pois o direito *de cada um*, de fazer e de não fazer o que bem entender, no âmbito da lei, só pode ser preenchido, se essas leis garantirem tratamento igual no sentido de uma igualdade do conteúdo jurídico. Parecia que este já estava garantido através da generalidade abstrata das leis do direito formal burguês, portanto, através da forma de programas jurídicos condicionais. [...] Entretanto, isso fez com que a esperança de realizar a justiça social através da configuração do direito privado e do princípio da liberdade jurídica dependesse implicitamente da criação de *condições* não discriminatórias *para a percepção fática* das liberdades que possibilitavam as normas do direito de contrato, de propriedade e de associação. Ela se apoiava em certas hipóteses da teoria da sociedade ou em suposições de fatos – em primeira linha, nas teorias relativas ao equilíbrio de processos econômicos organizados conforme o mercado [...], como também em hipóteses sociológicas acerca da ampla repartição das fortunas e numa distribuição aproximadamente igual do poder social, que deveriam garantir o exercício, com igualdade de chances, das competências definidas pelo direito privado. Ora, para que a liberdade do “poder ter e do poder adquirir” possa preencher expectativas de justiça, é necessário existir uma igualdade do “poder jurídico”. (HABERMAS, 2011, 138-139)

Ora, notem-se como as “hipóteses da teoria da sociedade” que sustentaram a visão social do direito formal burguês jamais se realizaram. Não só as fortunas não foram repartidas, como tampouco há distribuição aproximadamente igual do poder social. Assim, a expectativa normativa de justiça social do direito formal burguês nunca passou de um discurso demagogo, útil durante certo tempo apenas como uma tentativa de se legitimar uma ordem que se mostrou deveras iniqua.

Já mais recentemente, especialmente após o desalento das Grandes Guerras e a desintegração econômica e social que a elas se sucederam, tentou-se a formulação de uma nova imagem social. Agora, o Estado foi reconfigurado e suas tarefas expandidas. Não se tratava mais de proteger, por meio de uma atuação negativa, as liberdades individuais, mas sim de providenciar ativamente aquela distribuição do poder social. Neste cenário, coube ao direito re-configurar o sentido e a abrangência dos direitos fundamentais. Agora, estes deveriam ser capazes de “incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente (e uma proteção mais eficaz contra os perigos gerados pela própria sociedade).” (HABERMAS, 2011, 139)

Assim, a partir da crítica reformista ao modelo formal de direito burguês, desenhou-se um novo paradigma; assentado sob a ideia de que o Estado e, por sua vez, o direito, deveriam dar conta das assimetrias econômico-sociais, surge o modelo do Estado de bem-estar social ou Estado *providência*. Neste, são outorgadas à organização estatal uma série de tarefas que podem ser agrupadas em dois grandes momentos: de um lado, o Estado deve providenciar as condições materiais necessárias à distribuição da justiça social, possibilitando aos seus cidadãos condições objetivas de acesso a direitos e garantias e, de outro lado, regular a disposição e o exercício do poder político e social. Mais uma vez, utilizo-me de Habermas que, em síntese, explica:

Essa nova compreensão [do Estado de bem estar], que serve de pano de fundo, engloba dois aspectos: de um lado, surge a imagem de uma sociedade cada vez mais complexa, composta de esferas de ação funcionais, as quais forcem os atores individuais a assumir a posição marginal de “clientes”, entregando-os às contingências de operações sistêmicas independentes; de outro lado, existe a expectativa de que essas contingências venham a ser controladas normativamente através das operações reguladoras de um Estado social que intervém de modo preventivo ou reativo. (HABERMAS, 2011, 142)

É possível observar como a questão central que move tanto o paradigma do direito formal burguês, quanto o paradigma do Estado de bem-estar social é a questão da autonomia privada e da autonomia pública dos cidadãos. Se no primeiro paradigma a autonomia pública foi desprezada em favor da ilusão de indivíduos que agindo conforme seus próprios interesses egoísticos seriam capazes de sedimentar o caminho da justiça, no segundo paradigma o vetor se inverte em favor da desqualificação do

indivíduo enquanto cidadão ativo e participativo, colocando-o na posição passiva de “cliente” do Estado. Em nenhum dos dois paradigmas se chegou, entretanto, à percepção de que autonomia privada e autonomia pública são equiprimordiais e ambas necessárias inclusive para sua mútua manutenção e, ainda, que autonomia pública não está necessariamente relacionada com espaços estatais, mas sim com instâncias por onde os argumentos dos variados seguimentos sociais possam ser incorporados à discussão pública e, assim, serem considerados no momento da construção dos consensos sociais. É o que ensina o professor, de maneira sintética, Menelick de Carvalho de Netto:

Em breve síntese, sobre o pano de fundo paradigmático do Estado Liberal, o papel do Estado e dos direitos fundamentais pode ser resumido à garantia do indivíduo contra a invasão indevida do Estado em sua esfera de liberdade “natural”, tida como pré-política. Verifica-se a preponderância da ideia de autonomia privada, anterior e condicionante do exercício da autonomia pública. Já na concepção do Estado Social, há uma mudança na “seta valorativa” do papel do Estado e dos direitos fundamentais (agora responsável por prestações positivas de bens e serviços aos cidadãos-clientes, de acordo com as necessidades determinadas pela burocracia estatal). Percebe-se a preponderância da ideia de autonomia pública, onde a própria esfera privada é vista como delimitada pela noção de *bem comum*, programada a partir de uma burocracia tecnocrata. Em ambas as concepções a noção de *público* se remete unicamente ao Estado. (NETTO, SCOTTI, 2012, 108)

Naquele primeiro paradigma do direito formal burguês, a expectativa normativa era a de que a justiça social seria quase que mecanicamente alcançada por meio da garantia e da defesa autônoma e privada de interesses próprios – a exemplo daquela imagem egoística liberal de que se cada indivíduo fizer o melhor para si mesmo estará, automaticamente, fazendo o melhor para a sociedade como um todo –, o que, na prática, significou a construção de um discurso jurídico voltado para a proteção negativa dos direitos, ou seja, de não intervenção de qualquer espécie no âmbito individual e privado.

Já do paradigma de bem-estar social, é cobrada do direito maior regulação sobre as esferas do mundo da vida e uma prestação positiva no sentido de garantia e de efetivação dos direitos consagrados nos ordenamentos e, especialmente, nas contemporâneas cartas constitucionais. A alteração gerou, na teoria do direito, a seguinte contradição: como expandir a regulamentação para esferas do mundo da vida

que, no paradigma anterior, eram consideradas íntimas e privadas de tal forma que seja possível uma maior proteção e garantia de direitos, principalmente de direitos sociais e coletivos, sem que, no entanto, reste por demais mitigada a autonomia individual?

Ora, Habermas, ao refletir exatamente sobre essa contradição entre os dois modelos, proporá um novo paradigma ao direito, um paradigma que dê conta de superar justamente esse impasse entre autonomia individual e *autonomia cidadã*, ou liberdade pública. O novo modelo paradigmático proposto pelo professor nomear-se-á “paradigma procedimentalista do direito” e será melhor estudado adiante. Aqui, basta ressaltar a resposta dada pelo sociólogo alemão no que diz respeito à última pergunta acima por mim formulada. Note-se como para ele a questão central é que um direito que avance sobre aspectos tipicamente privados, regulando-os conforme uma lógica pública e coletiva, pode ser não apenas plenamente legítimo, como também funcionar para o reforço da própria liberdade individual, desde que originário da participação social por meio de instâncias públicas de comunicação e construção de consensos:

Ao tratarmos da fundamentação do sistema dos direitos, descobrimos que a autonomia das pessoas privadas *remete* à legitimidade do direito e vice-versa. Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. Estes, por seu turno, só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de direitos de participação democráticos, na medida em que sua autonomia privada for assegurada. Uma autonomia privada assegurada serve como “garantia para a emergência” da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como “garantia para a emergência” da privada. Esse complexo circular manifesta-se também na gênese do direito vigente. Pois o direito legítimo se reproduz no fluxo do poder regulado pelo Estado de direito, que se alimenta das comunicações de uma esfera pública política não transmitida por herança e enraizada nos núcleos privados do mundo da vida através de instituições da sociedade civil. Tal concepção de sociedade faz com que o fardo das expectativas normativas se desloque do nível das qualidades, competências e espaços da ação de *atores*, para o nível das *formas de comunicação*, no qual se desenrola o jogo da formação informal e não institucionalizada da opinião e da vontade.” (HABERMAS, 2011, 146)

Ou seja, para o autor, uma ordem jurídica, para ser legítima, tem de harmonizar, a um só tempo, a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, porque, segundo ele, “ambas são co-originárias”. E mais, essa pretendida legitimidade deve ser conquistada por meio das *formas de comunicação* por onde a autonomia público-privada pode se manifestar e se comprovar (HABERMAS, 2011,

147). Na prática, talvez o que o autor queira dizer seja algo mais simples do que parece quando posto em termos sociológicos e filosóficos:

Por certo que a autonomia privada e a liberdade individual foram importantes conquistas, podendo inclusive ser tidas como uma das principais marcas distintivas e basilares da modernidade. Ainda assim, uma sociedade construída para maximizar a autonomia privada acaba por cair num abismo egoístico de desintegração social, uma vez que cada indivíduo tenderá a atuar de forma a expandir seu próprio campo de autonomia privada. Ao contrário, o Estado de bem-estar pretende regular aspectos privados da vida para garantir uma maior equidade na distribuição dos bens e capitais sociais, sejam eles materiais, culturais, políticos etc. A questão é como saber até que ponto essa intervenção estatal no âmbito privado é salutar e não autoritária. No modelo proposto por Habermas a resposta é simples: basta que os cidadãos, na qualidade de afetados pela regulamentação pretendida, participem dessa decisão:

Hoje em dia, essas construções sociais têm que ser formadas de modo consciente; elas necessitam de uma articulação dos pontos de vista relativos à comparação e à fundamentação dos aspectos relevantes, a serem *desenvolvidas pelos próprios afetados* em discursos públicos. (HABERMAS, 2011, 167)

O Estado *providência* acabou caindo no equívoco de tutelar os seus cidadãos à revelia deles próprios, ou seja, talhou em grande medida a autonomia privada e hipertrofiou a autonomia pública. Assumiu, para tanto, uma postura paternalista e, em grande medida, acabou por suprimir a liberdade dos indivíduos e por fechar-se sobre sua própria burocracia. Talvez o erro central do Estado de bem estar tenha sido pegar para si tarefas distributivas e regulatórias sem, contudo, ter criado espaços efetivos de participação pública e social nas instâncias de decisão. Com isso, o próprio corpo burocrático do Estado ficou responsável em definir, à revelia dos afetados, os interesses, as necessidades e os programas normativos que seriam implementados. Habermas trabalha esse desvio com base na crítica que autoras feministas fazem às consequências negativas advindas da construção de “estruturas de dependência encobertas pelo “paradigma distributivo” do Estado de bem-estar social” (HABERMAS, 2011: 160). Assim, traz o autor a citação da feminista Iris M. Young:

A dominação reside nas condições institucionais que impedem as pessoas de participar na determinação de suas próprias ações ou na definição das condições nas quais elas acontecem. A sociedade capitalista do Estado do bem-estar social cria formas novas de dominação. De mais a mais, as atividades do trabalho e da vida de todos os dias são submetidas a um controle burocrático racionalizado que, em vários domínios da vida, submete as pessoas à disciplina autorizada de autoridades. (YOUNG apud HABERMAS, 2011, 161)

Parece-me, pois, que a sina do paradigma do Estado providência foi ter compartilhado a visão social do paradigma do direito formal burguês. Ou seja, apesar de alterar as funções que o direito deveria cumprir, ele continuou assentado naquela posição típica do programa do Esclarecimento, discutido no capítulo terceiro deste trabalho, que toma as pessoas e os grupos com menos poder social como *crianças incapazes de decidir seu próprio destino* e, ainda assim, *culpadas por sua condição de imaturidade irracional*. Ambos os paradigmas tomam os cidadãos como meros destinatários da norma, seja para garantir liberdades negativas, seja para garantir providências positivas de proteção social. Contudo, ambos também se esquecem de que, nas sociedades complexas, após o ocaso das fundamentações metafísicas e da assunção da condição hermenêutica do ser no mundo, as proposições normativas perderam a certeza imediata, ou seja, seu conteúdo já não pode mais ser considerado um dado, mas sim um *constructo* que tem sua legitimidade mediada pelo reconhecimento válido que os destinatários eventualmente identifiquem na norma. Ora, tal reconhecimento tem sua origem na participação, enquanto autores do direito, dos próprios cidadãos:

Os dois paradigmas compartilham a imagem produtivista de uma sociedade econômica apoiada no capitalismo industrial, cujo funcionamento, segundo uma das interpretações, preenche a expectativa de justiça social através da defesa autônoma e privada de interesses próprios; segundo a outra interpretação, isso acarreta a destruição da expectativa de justiça social. Os dois paradigmas concentram-se nas implicações normativas do funcionamento social de um *status* negativo protegido pelo direito e procuram saber se é suficiente garantir a autonomia privada através de direitos à liberdade ou se a *emergência* ou surgimento da autonomia privada tem que ser assegurada através da garantia de prestações sociais. Em ambos os casos, perde-se de vista o nexos interno que existe entre autonomia privada e autonomia do *cidadão* – e, com isso, o sentido democrático da auto-organização de uma comunidade jurídica. Entretanto, a disputa entre os dois paradigmas, que ainda perdura, limita-se à determinação dos pressupostos fáticos para o *status* de pessoas do direito em seu papel de destinatárias da ordem jurídica. Todavia, elas somente serão autônomas na medida em que puderem se entender também como autoras do direito, ao qual se submetem enquanto destinatárias. (HABERMAS, 2011, 145-146)

Contudo, em ambos os paradigmas, o monopólio da possibilidade de se dizer o sentido das normas jurídicas e sobre as instâncias de decisão está nas mãos de elites econômica, da autoridade burocrática e de especialistas técnico-intelectuais, sem que reste ao cidadão possibilidades efetivas de participação. Mais uma vez, a prerrogativa de se estabelecer as *verdades* e os *consensos* que guiarão as futuras compreensões e construções de sentido promovidas pela sociedade – e também pelos espaços público-estatais de definição de prioridades legislativas, jurídicas ou no que diz respeito à implementação de políticas públicas, proibição ou liberação de condutas, estabelecimento da coerção oficial, entre outras e, tratando mais especificamente das questões por mim levantadas, o conteúdo e a extensão das normas jurídicas – ficou adstrita aos *donos da verdade*, ou seja, declarar a verdade, seja no modelo de direito formal burguês, seja no Estado providência, continua sendo uma *virtude* exclusivo daqueles indivíduos ou grupos sociais que estão efetivamente de posse das instâncias institucionais por onde circula a *economia política da verdade*.

Note-se como, se minha crítica for pertinente e concordarmos com a imperativa necessidade de se distribuir na sociedade essa *prerrogativa hermenêutica de construção de sentido das normas jurídicas*, essa reflexão abala profundamente a legitimidade do direito a que estavam acostumados os paradigmas anteriores. Se durante certo tempo pudemos confiar no Direito Natural e se, depois disso, entregamos ao positivismo jurídico a certeza da validade do direito, agora, em razão das críticas dirigidas tanto ao modelo formal burguês, quanto ao Estado providência, um novo elemento se impõe como necessário a formulação de um direito legítimo: o elemento democrático. Isso quer dizer que, para que a definição da extensão de sentido e de conteúdo de determinada norma possam ser legitimamente estabelecidas, já não basta mais a crença em direitos metafísicos ou em procedimentos legislativos e judiciais, promovidos exclusivamente por especialistas, para a conformação do conteúdo das normas jurídicas. O Estado de Direito passa a ser Estado *Democrático* de Direito porque, ao menos em tese, deixa de prescindir das esferas públicas de discussão e argumentação social. É isso o que Habermas vai chamar de *gênese democrática do direito*:

Com o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação; quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito. (HABERMAS, 2011, 170)

Ora, e qual norma jurídica coloca com mais força, ao menos nas democracias contemporâneas e ocidentais, essa necessidade de definição da extensão dos direitos e a problemática da validação democrática de sua interpretação e aplicação do que as constituições nacionais e os seus respectivos princípios e direitos fundamentais? Nenhuma outra, por certo. Após o fim das fundamentações metafísicas e da fé cega numa exegese lógico-formalista como método de interpretação e aplicação das leis, coube à constituição a função de integração do sistema jurídico. No próximo tópico, analisarei esse papel contemporâneo desenvolvido pelas cartas constitucionais e a problemática dos direitos fundamentais, que requerem um novo método hermenêutico alinhado a uma nova visão de sociedade e ao paradigma jurídico neste trabalho defendido.

#### **4.2 O novo paradigma do direito e a problemática constitucional contemporânea**

Atualmente, em nosso quadrante histórico, com a negação, ao menos no âmbito da teoria, do direito formal burguês, e a constatação acerca dos limites e dos desvios gerados pelo Estado providência, os especialistas estão à procura do modelo social capaz de superar a oposição entre aqueles dois paradigmas. O que se tem conseguido, no entanto, é a formulação de modelos teóricos mais ou menos híbridos. Esse processo desencadeou, diz Habermas, a compreensão de que o ordenamento jurídico é muito mais um projeto do que um dado que pode ser empiricamente apreendido da realidade. A consubstanciação jurídica máxima desse projeto são as hodiernas constituições nacionais, configuradas na forma de verdadeiros “processos pretensiosos de realização do direito”. (HABERMAS, 2011, 131).

Ora, a constituição corresponde, em parte, àquela *teoria social* ou *visão social* acima indicadas como o pano de fundo que integra o completo o sentido do discurso jurídico porque é ela, a constituição, a norma jurídica que declara, a um só



tempo, a organização e as estruturas do Estado, os processos comunicacionais e institucionais de construção das normas jurídicas, os principais valores sociais que serão elevados à categorias de princípios e de direitos fundamentais, além de estabelecer o projeto de sociedade que se quer.

Assim como aconteceu com a teoria geral do direito, o constitucionalismo atravessou, ao longo da modernidade, diversas fases, cada qual correspondente à lógica, aos valores e aos princípios do respectivo paradigma do direito que à época vigorava. Não pretendo fazer uma análise minuciosa de cada uma das fases do direito constitucional e, de fato, muitas são as possibilidades de arranjo constitucional e de investigação teórica porque, além do constitucionalismo se transmutar com a passagem do tempo, ele também se manifestou de diferentes maneiras a depender do país ou da região geográfica que se observa. Contudo, mesmo sem ser exaustiva, é possível uma análise que identifique, ao menos, três grandes vertentes de valoração ideológica da tutela jurídica dos direitos fundamentais ao longo da história do constitucionalismo. O jurista brasileiro Gregório Assagra de Almeida defende que essas vertentes atravessaram e ainda atravessam uma evolução positiva e que “a tutela jurídica dos direitos, especialmente os direitos fundamentais, é que deve traçar a característica dos modelos constitucionais.” (ALMEIDA, 2008, 133)

O citado professor agrupa então a história constitucional moderna em vertentes que denotam preferências ideológicas vinculadas à eleição dos direitos fundamentais que as constituições adotam em cada um dos períodos:

A primeira vertente do constitucionalismo moderno é a fase liberal individualista, relativa à etapa subsequente à Revolução Francesa de 1789, ou seja, um constitucionalismo de origem burguesa e que tem na constituição um instrumento de limitação do exercício do poder do Estado – as chamadas *liberdades negativas* – de tal forma que estejam protegidas as garantias individuais ou, como esclarece o professor, a primeira vertente está ligada à *primeira dimensão dos direitos fundamentais*, da qual fazem parte os direitos políticos e os direitos civis de natureza individual. (ALMEIDA, 2008, 133). Essa etapa da teoria constitucional tem por pano de fundo o paradigma do direito formal burguês.

A segunda etapa do moderno constitucionalismo diz respeito ao paradigma do Estado Social. Conforme ensina o autor, nesse período, que se inicia entre o final do

século XIX e começo do século XX, foram desenvolvidos mecanismos de proteção a alguns direitos sociais, especialmente aqueles identificados com a *segunda dimensão dos direitos fundamentais*, tais como direitos à saúde, à educação, direitos trabalhistas e direitos previdenciários (ALMEIDA, 2008, 133) Essa vertente da história do constitucionalismo seria correspondente ao paradigma de bem-estar social ou do Estado Providência.

Por fim, o professor Assagra sistematiza o que seria a terceira vertente do constitucionalismo contemporâneo. Diz ele que aqui a principal valoração ideológica é a do Estado Democrático de Direito. Resultante do pós-guerra, em meados do século XX, essa vertente ainda está em construção. Conforme nos ensina o jurista:

Para essa vertente, a proteção aos direitos é integral aos direitos individuais e coletivos. O princípio democrático é a mola propulsora do ordenamento jurídico e a solidariedade coletiva irradia todo o sistema, até mesmo para legitimar e fundamentar a proteção do direito à diferença e outros direitos de dimensão ainda em construção. A ordem jurídica constitucional é aberta e o seu núcleo é a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Surgem nessa terceira vertente os direitos de terceira dimensão, como os relacionados com a solidariedade, incluindo a proteção do ambiente, do consumidor, etc., bem como as novas dimensões de direitos. O compromisso do constitucionalismo não é só justificar a proteção dos direitos individuais e coletivos, mas também, essencialmente, viabilizar canais de abertura de tutelas jurídicas efetivas que possam, de fato, transformar, com justiça material, a realidade social. (ALMEIDA, 2008,134)

Note-se como, na passagem acima, o professor indica que o princípio democrático é o núcleo do ordenamento jurídico dessa nova vertente e que a ordem constitucional deve estar aberta porque há dimensões dos direitos fundamentais em construção; ainda, ressalta que o compromisso constitucional não é meramente justificar ou declarar direitos, mas sim viabilizar canais efetivos de tutela jurídica. Ora, parece-me claro que, de acordo com as características indicadas pelo professor, essa etapa do constitucionalismo hodierno atende aos pressupostos do novo paradigma que tenho exposto ao longo deste trabalho: o paradigma procedimental do direito. Ao identificar o princípio democrático como “mola propulsora do ordenamento jurídico”, o professor Almeida se alinha à percepção de que os valores da democracia precisam ser incorporados ao discurso jurídico. Isso quer dizer que o estabelecimento do sentido e do

alcance das normas jurídicas necessita da efetiva participação cidadã como forma de legitimação e de fundamentação.

Naturalmente, essa participação requer canais institucionais por onde possa fluir, ou seja, precisa de pontes que liguem os espaços públicos de debate e argumentação aos espaços oficiais de construção de sentido das normas jurídicas. Por certo, como venho defendendo, umas dessas formas institucionais de abertura da interpretação da constituição é a utilização do *amicus curiae*. Especialmente no que diz respeito à proteção ao direito à diferença e aos direitos fundamentais, o instituto pode ser de grande valia, uma vez que por meio da participação de indivíduos e grupos sociais, os variados projetos de vida boa, que não necessariamente estão consonantes com a forma de vida hegemônica em sociedades capitalistas, podem ser apresentados na forma de argumentos que, a partir de então, não poderão mais ser ignorados no momento de definição do alcance de sentido das normas jurídicas. A participação dos grupos sociais também é fundamental no que diz respeito à antecipação dos riscos que podem eventualmente resultar de determinada decisão judicial. Por fim, o *amicus curiae*, ao possibilitar a efetiva presença dos afetados pela norma jurídica no momento de definição do seu alcance e do seu sentido, ainda corresponde aquele imperativo de ser o princípio democrático a “mola propulsora do ordenamento jurídico”.

Com efeito, quando se trata de direitos ou garantias fundamentais, ou seja, quando se trata das normas jurídicas constitucionais, esse *imperativo categórico democrático* que deve animar o discurso jurídico ganha ainda mais relevância. Em síntese, gostaria de destacar que essa superlatividade democrática dos direitos constitucionais é resultante de dois fatores que imputo como centrais:

Em primeiro lugar, as Constituições hodiernas vieram para substituir os fundamentos metafísicos de legitimação do próprio discurso jurídico. Ou seja, a partir deste novo conceito de constitucionalismo, a validade do direito e a legitimidade das normas jurídicas estão atreladas à sua própria normatividade constitucional. Ou seja, o discurso jurídico ganha os desenhos de um sistema auto-referencial e autônomo, capaz de fundar-se a si próprio, como ensina Niklas Luhmann:

A Constituição é assim a forma mediante a qual o sistema jurídico reage à sua própria autonomia. Em outros termos, a Constituição deve deslocar (*rimpiazzare*) aqueles sustentáculos externos que haviam sido postulados

pelo jusnaturalismo. Ela substitui que o direito natural em sua versão cosmológica mais tradicional, quer o direito racional com o seu concentrado de teoria transcendental que se autorefere a uma razão que julga a si própria. No lugar dessa última, sub-entra um texto parcialmente autológico. Isso é, a Constituição fecha o sistema jurídico ao discipliná-lo como um âmbito no qual ela, por sua vez, reaparece. (LUHMANN, 1996, s/n)

Complementarmente, as Constituições hodiernas, ao mesmo tempo que tornam o direito independente de fundamentos para além de si mesmo, possibilitam o *acoplamento estrutural entre direito e política*. De certa forma, a Constituição é uma estrutura jurídico-política, ou seja, fundamenta tanto o discurso jurídico, quanto a organização política. No movimento, conceitos políticos foram incorporados ao direito de maneira irretroativa. A partir de então, algumas dos pressupostos de validade do campo político passam a ser exigidos também do campo jurídico. Isso é o que venho defendendo, ou seja, que o discurso jurídico incorporou necessidades de fundamentação que até então eram típicas da política. Em Estados que se propõem “Estados democráticos de Direito”, por certo a mais fundamental delas é o princípio democrático. Contudo, note-se bem, não estou defendendo a confusão entre sistema jurídico e sistema político. Ao contrário, com Luhmann, percebe-se como a auto-referenciabilidade de um necessita e complementar a auto-referenciabilidade de outro. A questão é que, com o *acoplamento estrutural*, alguns conceitos passaram a fazer parte de ambos os sistemas:

[...] a Constituição utiliza conceitos como povo, eleitor, partidos políticos, Estado remetendo-se assim à política. Esses conceitos, no entanto, enquanto conceitos do texto constitucional, não podem ser outra coisa senão conceitos jurídicos eventualmente redutíveis a conteúdos judiciáveis. Na hipótese de uma descrição externa do sistema jurídico, a mesma categoria (*fattispecie*) pode ser, no entanto, formulada de outro modo. As referências ao sistema político estabelecem ao mesmo tempo um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político que se coloca “ortogonalmente” em relação às operações internas ao sistema e que não pode ser por ele apreendido. Todas as distinções especificamente jurídicas pressupõem o sistema que opera com esse acoplamento na qualidade de operador, como elemento de distinção, como contexto autopoietico de comunicação presente na sociedade. Neste plano implícito, o conceito de acoplamento estrutural descreve uma condição socialmente indispensável (embora historicamente variável em suas formas) de diferenciação. E é precisamente isso o que antes se buscava dizer com a tese de que a auto-referenciabilidade permanece incompleta na medida em que não pode assumir por si a referência discernidora. A Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política. (LUHMANN, 1996, s/n)

Vê-se assim como a problemática constitucional contemporânea ganhou novas cores. Em síntese, a problemática constitucional, historicamente, sempre esteve ao redor do conflito entre qual seria a melhor forma de governo (ou qual seria a forma possível de governo): se seria um governo de leis ou um governo de homens. As constituições, na modernidade, possuem como pressuposto que o governo deve ser exercido dentro dos limites da lei, um governo de leis, portanto. Contudo, mesmo essa ideia nuclear tem significados mais ou menos abrangentes, a depender do paradigma jurídico no qual está inserida. Atualmente, talvez essa tese nuclear tenha sido relativizada, especialmente quando analisada à luz do giro hermenêutico e, com ainda mais vigor, quando inserida no contexto do paradigma procedimental do direito. Afinal, as leis, tenho dito, não passam de uma conjunção de signos organizados em obediência às normas gramaticais. Sem a atividade hermenêutica dos seres humanos, elas nada são e não representam mais do que um quadro de possibilidades; apenas a partir de sua concreta interpretação, que se completa no exato momento da aplicação, é que a lei silente se transforma em norma viva e, só daí em diante, pode-se falar em um “governo de leis”.

Assim, já que, atualmente, não se pode mais falar, exclusivamente, em governo de leis – tal qual defendido pelas ideias positivas, como a escola da exegese francesa ou o positivismo absoluto de Kelsen – e, tampouco, deseja-se um governo que seja unicamente de “homens” – ou seja, um governo pautado unicamente pelos interesses, necessidades e condutas dos indivíduos ou grupos sociais que estejam no poder – a constituição se transformou, como ensina o constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, em algo muito maior do que uma a norma fundamental dos ordenamentos jurídicos. Em verdade, a constituição, na certeza da impossibilidade de um governo de leis e na esperança de orientar – ou ao menos limitar – a atuação das mulheres e homens que governam e assim proteger os direitos e garantias fundamentais de intromissões ou turbações ilegítimas e abusivas, se transmutou numa espécie de juízo de valor, uma teoria que fundamenta o *princípio do governo limitado* e, ao mesmo tempo, uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*; não por outro motivo, sentencia o jurista lusitano Canotilho: “É [o constitucionalismo contemporâneo], no fundo, uma ‘teoria normativa da política’, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.” (CANOTILHO, 1998, 45)

As Constituições e, portanto, a teoria constitucional que delas resulta, equilibram-se nesse dilema: tratam-se, substancialmente, da tentativa de se estabelecer princípios normativos capazes de orientar a organização e a atuação política da comunidade e, ao mesmo tempo, definir os valores, necessidades, direitos, deveres etc. da comunidade que serão alçados à categoria de direitos fundamentais e, desta forma, ganharem toda a proteção que o discurso jurídico pode lhes fornecer; o que importa, portanto, nas constituições não é exatamente saber o que são, mas sim alcançar *o que* constituem e, da perspectiva de um direito procedimentalista, *como o* constituem. O eixo de fundamentação do discurso jurídico está deslocado e agora compartilha com a política a necessidade de fundamentação democrática. Consequentemente, para ambas os questionamentos, a resposta precisa conter elementos de democracia – sejam eles participativos ou representativos – ou fatalmente cairá, porque acometida de *déficit* de legitimidade, num vazio de efetividade. Essas respostas não serão absolutas e imutáveis pelo tempo, porque o desafio de validação democrática do sentido e do alcance das normas constitucionais, com destaque para os direitos fundamentais, é um desafio em permanente estado de revisão do passado – tanto para validá-lo, quanto para refutá-lo – e de abertura para o futuro, uma vez as visões, as formas de bem viver, os valores, os consensos etc. sempre podem ser (re)atualizados. Nesse processo, cabe à Constituição esse duplo olhar: ao mesmo tempo que resgata a normatividade histórica do passado no presente, tem de antecipar, no hoje, a visão de uma sociedade justa que se vislumbra em algum futuro. É o que nos ensina Habermas:

Toda constituição histórica desenvolve uma dupla relação com o tempo: enquanto documento histórico, ela relembra o ato de fundação que interpreta (ela marca um início no tempo e, simultaneamente, enuncia o seu caráter normativo, ou seja, relembra que a tarefa de interpretação e de configuração do sistema dos direitos se coloca para cada geração, *como uma nova tarefa*); enquanto projeto de uma sociedade justa, a constituição articula o horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente. E sob a ótica desse processo constituinte, duradouro e *contínuo*, o processo democrático da legislação legítima adquire um estatuto privilegiado. O que leva a formular a seguinte pergunta: será que esse processo exigente pode ser implementado efetivamente em nossas sociedades complexas, de tal modo que o sistema político seja atravessado por um fluxo de poder regulado pelo Estado de direito? Em caso afirmativo, é necessário perguntar: como isso pode dar-se? (HABERMAS, 2011, 120)

Note-se como Habermas destaca a questão da legitimidade democrática da legislação. Por fim, sinto-me provocado a responder às questões que o autor formula. Ora, quanto ao primeiro questionamento levantado, concordo com a resposta dada pelo professor alemão: apesar da complexidade social que nos envolve, não podemos nos dar ao luxo de desacreditar na possibilidade de construirmos um poder político legitimamente regulado. Quanto ao segundo questionamento, por certo que não haverá uma única resposta. Um sem número de iniciativas estão em execução justamente com o objetivo de promover a fundamentação e a validação democrática, exigida hodiernamente, do poder político e também, no que afeta este trabalho, do poder jurídico. O instituto do *amicus curiae*, ao permitir que os cidadãos e grupos sociais apresentem seus argumentos no momento da definição do conteúdo e da extensão dos direitos fundamentais, é uma daquelas iniciativas.

#### 4.2.1 A hermenêutica dos direitos fundamentais

Tenho afirmado que a norma jurídica, enquanto inerte sobre o papel, não existe, ou pelo menos, existe apenas enquanto potencialidade que pode ou não ser confirmada. O direito é uma ciência aplicada, um fenômeno vivo, não lhe sendo possível repousar sobre cândido pergaminho; o discurso jurídico busca eficácia e efetividade, de tal forma que possa, por meio de seus prestigiados mecanismos discursivos, impor sua força normativa; somente depois de mediada pela atividade humana, o que consiste justamente na atividade hermenêutica do jurista, é que se pode dizer que uma norma jurídica existe para a *realidade*.

Contudo, sabe-se que a realidade e, com maior rigor, a realidade humano-social na qual o Direito pretende incidir, é uma totalidade constantemente atravessada por um número indeterminado de variáveis que se encontram em perpétuo processo de construção, alteração e atualização histórica, levado a cabo, ainda que sem possibilidade de término, continuamente pelos seres humanos. A odisseia humana é justamente essa: seguir completando de significados transcendentais um mundo empírico vazio de sentidos imanentes.

A realidade é produzida por nós mesmos, homens e mulheres, na medida em que sabemos sermos nós os produtores dessa realidade. O mundo real no qual habitamos é o mundo da *realização* da verdade logo, a verdade não está predestinada, não paira metafisicamente sobre as nuvens, tampouco habita languidamente, pronta e acabada, a consciência humana; ao contrário, deve ser construída e verificada na *vida*, o que faz com que o mundo real seja o mundo da *práxis* humana de onde a verdade *devém*.

O filósofo Karel Kosík, de Praga, explica com mais propriedade essa relação entre o *mundo da vida*, que nós vamos produzindo, enquanto seres humanos e *seres hermenêuticos*, e as coisas empíricas objetivamente dadas na natureza:

O mundo real não é, portanto, um mundo de objetos “reais” fixados, que sob o seu aspecto fetichizado levem uma existência transcendente como uma variante naturalisticamente entendida das idéias platônicas; ao invés, é um mundo em que as coisas, as relações e os significados são considerados como *produtos* do homem social, e o próprio homem se revela como sujeito real do mundo social. O mundo da realidade não é uma variante secularizada do paraíso, de um estado já realizado e fora do tempo; é um processo no curso do qual a humanidade e o indivíduo *realizam* a própria verdade, operam a humanização do homem. (KOSÍK, 1995, 23)

Ora, também já discuti, no capítulo segundo desta dissertação, que a mediação que torna possível a “produção” desse mundo social é a linguagem. Ou seja, é ela que nos possibilita apreender os dados objetivos que emergem da natureza e *interpretá-los* em conformidade com nossas necessidades e interesses, até o ponto que formatamos esse vasto universo simbólico e repleto de significados no qual habitamos.

As formas de sociabilidade e de comportamentos humanos, os sentidos e significados que damos às coisas, os nossos valores e os nossos preconceitos, os consensos e as tradições historicamente herdadas e culturalmente difundidos, em síntese, *as verdades que vemos no mundo* não podem ser previstas ou antecipadas de forma absoluta, porque não estão nem perfeitas e nem acabadas – neste sentido, não podem nem mesmo ser *acabáveis* –; essa posição de permanente estado de abertura, esse horizonte de possibilidades de sentido, resulta na reflexão de que o significado do texto normativo não pode ser unívoco e preciso, pois a realidade na qual pretende atuar



e, mais ainda, a linguagem que lhe permite existir enquanto fenômeno potente são, elas mesmas, multifacetadas, imprecisas e dinâmicas.

Assim é que a linguagem jurídica tantas e tantas vezes assume fórmulas ambíguas e obscuras porque é ela, a linguagem, mesmo em sua forma geral, também ambígua e por vezes obscura. Essa compreensão pode ainda ser estendida a todo o resto do sistema jurídico, não podendo mais ser avaliado segundo aquele viés positivista que o considerava como hermético e sem lacunas, reificado e suficiente “em si”. O jurista e filósofo alemão Karl Larenz da seguinte forma nos ensina sobre essa relação complexa e, ao mesmo tempo, incerta entre a linguagem geral e a linguagem especializada do discurso jurídico:

A flexibilização, a riqueza de cambiantes e a capacidade de adaptação da linguagem geral constituem ao mesmo tempo a sua força e a sua fraqueza, o que tem como consequência que do uso linguístico, apenas, se não obtém um sentido literal inequívoco. Em lugar disso, encontramos um número maior ou menor de significados possíveis e de variantes de significado, a partir donde aquilo que é pensado em concreto só se obtém com base na conexão do discurso, da coisa de que ele trata ou das circunstâncias acompanhantes. A estes critérios correspondem, com respeito à interpretação da lei, a conexão de significado, a intenção reguladora do legislador e a estrutura do sector material regulado. Não obstante, a conexão de significado da lei e também, pelo menos em parte, o escopo de regulação, inferir-se-ão, por seu lado, da sucessão e conjugação daqueles significados que correspondem aos termos particulares e aos encadeamentos de frases do texto legal, em conformidade, precisamente, com o uso linguístico geral ou com o uso linguístico especial por parte da lei. (LARENZ, 1997, 451)

Mas não é apenas devido à ambiguidade do texto que devemos interpretá-lo. Pensar dessa forma restritiva poderia levar o jurista a um retrocesso de séculos dentro da tradição jushermenêutica, pois a concepção de que a interpretação do texto legal é meramente declaratória, ou seja, que a lei já carrega em si um significado determinado e independente dos fatos e da realidade, cabendo ao jurista apenas extrair do texto viciado ou obscuro tal significado ou, em caso de ausência da ambiguidade, nem deve-se interpretar a norma, segundo o aforismo romano *in claris non fit interpretatio*, recuperado também pelo Código Civil de Napoleão Bonaparte, ícone do direito liberal-burguês, tem sofrido fervorosos ataques das escolas jurídicas contemporâneas, que apreenderam o fenômeno jurídico de forma mais completa e correta, ao levar em conta um número maior de complexidades que necessariamente o compõem e,

principalmente, não desprezaram a condição hermenêutica de ser no mundo, ou seja, a capacidade que os seres humanos têm de (re)criarem sentidos e significados para as coisas que os cercam. Nesse sentido, ensina o professor Luis Roberto Barroso que, especialmente quando se trata de normas constitucionais, mesmo as normas que parecem claras o suficiente para que se tenha uma interpretação literal estão sujeitas a algum grau de avaliação e criticidade hermenêutica:

Toda norma jurídica, e, *ipso facto*, toda norma constitucional, precisa ser interpretada. Interpretam-se todas as leis, sejam claras ou obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade de interpretação. Não se partilha, aqui, da posição de Konrad Hesse, que nega o caráter de interpretação à atividade de revelar o conteúdo da norma constitucional quando ‘não se suscitam dúvidas’. Embora haja recuperado algum prestígio após décadas de rejeição, a máxima *in claris cessat interpretatio* há de ter tão-somente, o sentido de reconhecimento de que a zona de clareza existente na lei enfraquece a atividade do intérprete, mas não o condena a uma acrítica interpretação literal. (BARROSO, 2003, 106)

Em verdade, aquele aforismo latino apenas pôde florescer em um contexto prático-teórico no qual o texto norma estivesse equiparado à própria norma jurídica, à exemplo da escola da Exegese e de todas as outras manifestações jurídicas alinhadas à ideologia positivista. O jurista e constitucionalista alemão Friedrich Müller concorda que essa cisão entre norma e realidade, proposta pelo positivismo jurídico e ainda hoje presente no imaginário do discurso jurídico, é consequência da percepção de que haveria algo como que uma norma pronta e acabada a habitar alguma lugar atemporal e metafísico:

A ainda predominante compreensão da norma como um comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto normativo; ou então de partir do princípio de que o teor de validade da disposição legal seria fundamentalmente adequado e estaria suficientemente presente no texto literal, ou seja, seria “dado” com a forma linguística da disposição. A realidade como conglomerado de elementos heterogêneos juridicamente desordenados e a serem unidos pelo comando normativo pode ser, então, contraposta a uma “norma” assim isolada. (MÜLLER, 2008, 192)

Com o artifício do positivismo, as normas coincidentes com o texto passam a constituir o completo Direito. O professor da Universidade de Brasília Roberto Lyra Filho, fundador da Nova Escola jurídica brasileira e da linha de pesquisa “o direito achado na rua”, da seguinte forma sintetiza:

Quando o positivista fala em Direito, refere-se a este último – e único – sistema de normas, para ele, válidas, como se ao pensamento e prática jurídicas interessasse apenas o que certos órgãos do poder social (a classe e grupos dominantes ou, por elas, o Estado) impõem e rotulam como Direito. É claro que vai nisso uma confusão, pois tal posicionamento equivale a deduzir todo Direito de *certas* normas, que supostamente o exprimem, como quem dissesse que açúcar “é” aquilo que achamos numa lata com a etiqueta açúcar, ainda que um gaiato lá tenha colocado pó-de-arroz ou um perverso tenha enchido o recipiente com arsênico.(LYRA FILHO, 2006, 35)

Esse vício epistemológico leva a problemas dogmáticos e hermenêuticos na teoria e na práxis jurídica que não podem ser resolvidos enquanto a ciência do direito permanecer inebriada pelos aromas liberais positivistas. Note-se que a ideologia positivista atravessa não só o paradigma do direito formal burguês mas também, em grande medida, o paradigma do Estado de bem-estar social. É essa também a opinião de um dos maiores expoentes do direito do pós-positivismo:

Nesse tocante, algumas abstrações, características do positivismo na ciência jurídica, evidenciam ser particularmente duradouras; assim a separação de norma e realidade, à qual corresponde metodologicamente a equiparação de norma e texto da norma. (MÜLLER, 2008, 10)

Normas jurídicas, já o disse, são mandamentos dinâmicos que emergem do texto normativo no plano da realidade, com o intuito de nela intervirem, como resultado da interpretação efetuada pelo intérprete. Daí dizer que o intérprete constrói o direito no ato de sua atividade hermenêutica, pois este é o tempo em que o texto morto ganha um sentido vivo – norma jurídica – capaz de interagir com o mundo real.

O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a

interpretação do texto normativo. (...) O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete. Por isso dizemos que as disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; eles dizem o que os intérpretes dizem que eles dizem. (GRAU, 2006, s/n)

Sob tais argumentos, torna-se possível dizer que a interpretação, para o Direito, não tem caráter meramente declaratório, mas sim constitutivo ou, como afirmar o constitucionalista Paulo Bonavides, “não há norma jurídica que dispense interpretação” (BONAVIDES, 2010, 437). E mais, já que interpretar a norma jurídica passa a ser a mediação necessária entre texto e realidade, a operação de interpretar o texto da lei apenas pode se completar no mesmo instante em que se aplica a norma ao caso concreto e, daqui para frente, interpretar uma norma será sempre aplicá-la, e vice-versa:

O fato é que praticamos sua interpretação não – ou não apenas – porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretar) os fatos. (GRAU, 2006, s/n)

Quando passamos à análise das normas constitucionais, as considerações até aqui propostas ganham contornos ainda mais agudos e pertinentes em razão da natureza daquelas normas. De início, pode-se dizer que as normas constitucionais são de “*superior categoria hierárquica*” em relação às demais normas que compõem a legislação ordinária, portanto, ocupam uma posição de destaque dentro da sistemática jurídica. (BONAVIDES, 2010, 460)

Mas, o que mais chama a atenção é o *elemento político* dessas normas, uma vez que tratam da própria estrutura do Estado, atribuem competências e limites aos Poderes, definem direitos humanos básicos, traçam as balizas dos órgãos estatais e também da ação governamental, delimitam a interação Estado/Sociedade etc. Com mais precisão, o professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que a Constituição não pode ser objeto de interpretações formalistas – os famosos métodos clássicos de interpretação propostos por Savigny no século XIX e ainda hoje tão presentes nas jurisprudências dos

tribunais de justiça –, isso porque a Constituição constitui, a um só tempo, o Estado e a comunidade:

Também não se pode levar à interpretação da constituição todos aqueles formalismos típicos da interpretação da lei. A lei constitucional chama-se lei apenas por metáfora, ela não é igual às outras leis. A constituição tem que ser entendida como a instauração do Estado e da comunidade. (FERRAZ JÚNIOR, 1996, 49)

Ademais, no tópico anterior, já apresentei a posição da Constituição enquanto sendo, ao mesmo tempo, a estrutura normativa jurídico-política que possibilitou a autonomia tanto do sistema jurídico, quanto do sistema político, justamente aquilo que Luhmann nomeou por *acoplamento estrutural*. As relações tuteladas pelas normas constitucionais, portanto, por sua própria natureza, sofrem um “influxo político considerável, se não essencial” que se reflete tanto no conteúdo dessas normas, como no método interpretativo aplicável (BONAVIDES, 2010, 461).

Aqui pode haver grande polêmica, já que a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, síntese maior do positivismo jurídico que dominou a Ciência do Direito entre os séculos XIX e XX, tentou justamente afastar o âmbito político das normas jurídicas. Contudo, com base nas discussões já promovidas ao longo do deste trabalho, posso afirmar que essa concepção é errônea, por advir de um movimento epistemológico abstrato em que se separam *norma* e *realidade*, no mesmo passo em que se igualam texto da norma e norma, e insuficiente, por não se preocupar ou não poder afetar concretamente a realidade na busca da construção material da justiça social e dos fins assumidos pelo Estado de Direito. E mais, na quadra atual da História, considerar o Direito como livre de qualquer influência política não passa de cinismo intelectual habilmente montado sobre bases lógicas formais para servir à determinada parcela da sociedade que não pretende ver o Estado Democrático de Direito prosperar.

O constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides ainda acrescenta:

O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre

dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la. (BONAVIDES, 2010: 461)

A interpretação constitucional oscila sobre delicada dicotomia: de um lado, o plano jurídico, de outro, o elemento político, ambos “decisivamente importantes”, devendo, pois, serem equilibrados para a ótima hermenêutica constitucional (BONAVIDES, 2010: 463). Assim é que aquele que pretende interpretar a Constituição deve contar com um conhecimento holístico e abrangente acerca do fenômeno jurídico-constitucional e da realidade em que este se insere, naquele sentido da *pré-compreensão*, ou seja, o intérprete deverá evocar aquelas *categorias prévias de compreensão* que compõem o pano de fundo tacitamente compartilhado do *mundo da vida*:

A íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com o seu objeto, o Direito Constitucional se conscientize desse condicionamento da normatividade. Para que as suas proposições tenham consistência em face da realidade, ele não deve contentar-se com uma complementação superficial do ‘pensamento jurídico rigoroso’ através da adoção de uma perspectiva histórica, social, econômica ou de outra índole. Devem ser examinados todos os elementos necessários atinentes às situações e forças, cuja atuação afigure-se determinante no funcionamento da vida do Estado. Por isso, o Direito Constitucional depende das ciências da realidade mais próximas, como a História, a Sociologia e a Economia. (HESSE, 1991, 26)

O conhecimento prévio acumulado sobre a questão e, com a mesma força, suas convicções íntimas acerca do mundo – seus preconceitos, experiências vividas, valores, interesses etc. – permite ao hermenêuta interpretar as normas constitucionais levando em conta o elemento político que lhes é imanente em razão de sua natureza de normas que criam, organizam e reproduzem o a sociedade e o Estado. Além, o intérprete parte do quadro normativo prévio, o qual delimita o horizonte de possibilidades de sentidos que determinada norma poderá assumir. Dessa forma, é possível afirmar que o intérprete partirá, ao mesmo tempo, das *categorias prévias de compreensão*, dos consensos políticos, axiológicos e deontológicos socialmente compartilhados e dos argumentos que transitam nos espaços públicos de debate, tudo isso articulado com o quadro normativo positivado. Quando postos em movimento pela atividade hermenêutica, esses elementos transmutam-se em um *projeto constitucional*,

ou seja, em um programa normativo a ser implementando (também) pela força discursiva do direito.

No Brasil, o *projeto constitucional* está sintetizado no art. 3º da Constituição Federal de 1987, qual seja, o de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, tudo constituído na forma de Estado Democrático de Direito e tendo por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, além da expressa previsão de que o poder poderá ser exercido de forma representativa ou participativa.

Percebe-se, contudo, apenas a partir da breve exposição dessa parte nuclear da Constituição brasileira como, a exemplo de outras constituições nacionais, os conceitos ali expostos são semanticamente indeterminados e abertos à possibilidade de interpretação e de construção e atualização de sentidos. Como já debatido no segundo capítulo, a atividade hermenêutica de produção e revisão de sentidos é uma atividade que envolve *poder*, envolve uma *economia política da verdade*, ou seja, aquelas instâncias e instituições legitimadas e reconhecidas socialmente que tanto podem construir consensos válidos, como comunicações viciadas pela coerção, chamadas por Habermas de *pseudocomunicações*. Portanto, os sentidos que irão ser incorporados aos mandamentos constitucionais estão em permanente *disputa social*, porque, defini-los, ou seja, interpretá-los, é um *ato de exercício de poder*.

A Constituição Federal brasileira é uma amostra bastante emblemática e eloquente de como se dá esse confronto simbólico pelos sentidos normativos, basta ver já no artigo primeiro, que define os fundamentos da República Federativa do Brasil, a disposição dos dispostos os dois projetos sociais que tenho indicado: o direito formal burguês, alinhado ao liberalismo econômico e inscrito no texto na forma redacional de “livre iniciativa”; e o Estado-providência, cujos valores foram sintetizados e transcritos como “valores sociais do trabalho” (inciso IV). Há, portanto, uma *disputa política* ao redor do projeto jurídico, político e social que se quer para o país.

Uma vez identificada a polêmica entre projetos díspares, há que situar, histórica e sociologicamente, as arenas nas quais a batalha se dará. Sem dúvidas, essa é

uma *tarefa histórica*, porque partirá de contextos especificados, terá atores identificáveis, pré-conceitos transmitidos pela tradição e que serão utilizados como categorias de pré-compreensão para a construção dos sentidos atualizados etc. Além do mais, é uma *tarefa política*, porque concerne a todos os envolvidos no *sistema institucional de produção da verdade* e nos *jogos de linguagem*, como fora indicado por Michel Foucault e trabalhado ao longo do primeiro capítulo. Em pertinente passagem, Habermas vai resumir:

A partir daí, *todos* os atores envolvidos ou afetados têm que imaginar como o conteúdo normativo do Estado democrático de direito pode ser explorado efetivamente no horizonte de tendências e estruturas sociais dadas. Ora, a disputa pela compreensão paradigmática correta de um sistema jurídico que se reflete como parte na totalidade de uma sociedade é, no fundo, uma disputa política. No Estado democrático de direito, esta disputa atinge todos os envolvidos, não podendo realizar-se apenas nas formas esotéricas de um discurso de especialistas, isolado da arena política. Pois, graças às suas prerrogativas de decisão e graças às suas experiências e conhecimentos profissionais, a justiça e a doutrina jurídica participam de modo privilegiado dessa disputa pela melhor interpretação; porém elas não têm autoridade científica para impor uma compreensão da constituição, a ser assimilada pelo público de cidadãos. (HABERMAS, 2011, 132)

Ambas as tarefas, a tarefa histórica e a tarefa política, se desenrolam no cenário institucional do direito por meio da *disputa semântica* e *hermenêutica* de aplicação e de concretização do conteúdo das normas jurídicas. Isso quer dizer que a interpretação que será tida como válida das leis e demais atos normativos está em permanente estado de abertura para que a atividade do hermeneuta ou do exegeta possa completa-la. Contudo, há que se ressaltarem, ao menos, dois aspectos:

Em primeiro lugar, dizer que se trata de uma *disputa semântica e hermenêutica* não é dizer que se trata (apenas) de um debate argumentativo. Como já trabalhado, os discursos, apesar de parecerem bem pouca coisa, são capazes de estruturarem, ao mesmo tempo em que são estruturados, a realidade na qual habitamos. Assim, essa *disputa semântica* não é meramente discursiva, mas também política, na medida em que envolve a distribuição e a reprodução do poder social, podendo fundamentar tanto a emancipação, quanto a opressão social.

Em segundo lugar, a abertura de sentidos não é absoluta. Tanto os elementos de pré-compreensão, quanto os discursos e argumentos que circulam nos



espaços públicos de debate e que gozam de relativo prestígio e aceitação social, combinados com o *programa constitucional*, acabam por estabelecer o espaço semântico possível por onde os intérpretes poderão se movimentar e, por consequência, a *normatividade do direito* emerge a partir daquela *disputa semântica*.

Os teores jurídicos materiais nem de longe estão “contidos” nos elementos linguísticos das normas jurídicas, por sua natureza necessariamente imprecisos, *de tal modo* que poderiam ser transformados em conclusões lógicas. Conceitos jurídicos não reificam os teores normativos e materiais, aos quais eles se referem, e prestam-se, como todos os conceitos de línguas naturais, apenas a um exame dos seus respectivos modos de utilização e da delimitação tão confiável quanto possível desses últimos. O conceito dogmático de direito tem mero valor de signo. Diante de conteúdos “metajurídicos”, regras jurídicas e figuras jurídicas positivas são tudo menos autônomas; como “juízo hipotético”, elas são em princípio interpretadas erroneamente. Vigência em termos de lógica formal não deve ser igualada com vigência jurídica. Enunciados abstratamente genéricos não são juridicamente normativos (...). A normatividade do direito é histórica ou materialmente concreta ou ao menos concretizável. (MÜLLER, 2008, 47)

A Constituição, enquanto *acoplamento estrutural* entre direito e política, também deverá ver-se interpretada em respeito ao regime político que estabeleça, ou seja, o modelo de Estado definido por ela passa a ser mais uma diretriz que a atividade hermenêutica deve acatar, de tal forma que é possível dizer que aquelas interpretações e aplicações normativas que não se prestarem à garantia da democracia, da cidadania, do Estado de Direito, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e dos demais princípios e objetivos do Estado brasileiro, orbitando todos eles ao redor do centro ético-normativo da Dignidade da Pessoa Humana, simplesmente perdem sua legitimidade, tornando-se inúteis para o sistema jurídico-constitucional, ainda que permaneçam no formalmente texto da Constituição. Essa é também a opinião do professor Paulo Bonavides:

A força do regime político, enquanto critério interpretativo, se manifesta também com toda a evidência nos casos de interpretação ab-rogante, isto é, nos casos relativos àquela interpretação “que leva a não aplicar uma norma porque já não é conforme aos princípios da matéria ou da estrutura jurídica do Estado”. Ocorrem essas hipóteses com mais frequência na transição de um regime a outro, conforme assinala Carbone, ou seja, na emergência de uma nova ordem constitucional. (BONAVIDES, 2010, 463)

Portanto, a atividade interpretativa é um imperativo para a aplicação do Direito, uma vez que aquela é constitutiva e vinculada a toda uma lógica finalística de respeito a determinados princípios e objetivos do ordenamento. Dentro da Constituição, essas considerações adquirem ainda maior gravidade por serem suas normas de natureza também política. Aqui, os intérpretes devem proceder levando em conta os elementos da realidade que compõem o problema a ser tutelado, dando um sentido às normas capaz de intervir *materialmente* na questão, ou dito de outra forma, interpretar nesse contexto quer dizer *concretizar*.

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As *possibilidades*, mas também os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*). (HESSE, 1991,24)

Todas essas considerações nos remetem à reflexão, já feita neste trabalho, de que o conteúdo do texto legal – a norma jurídica – varia e se constrói historicamente em função das necessidades enfrentadas por determinada sociedade em determinado espaço temporal. A afirmação pode ser comprovada quando se observa a evolução por que passou a teoria dos direitos fundamentais. Tendo suas bases fincadas no jusnaturalismo e no pensamento cristão, atravessou um longo percurso até a atual fase, em que se considera a generalidade e universalidade desses direitos. Contudo, importante advertência deve ser feita: a atualização das concepções teóricas dos direitos fundamentais não costuma acontecer nas cátedras universitárias ou na práxis jurídica dos tribunais, ainda que tais processos doutrinários e filosóficos possam potencializar a renovação do direito; mas antes, é na luta real de homens e mulheres contra as tiranias e opressões históricas do poder organizado onde se forjam as proteções e garantias jurídico-normativas à vida. É o que nos indica o constitucionalista José Afonso da Silva:

Mas não é uma observação correta esta de atribuir, ao surgimento de uma nova idéia de direito, tão profundamente revolucionária, inspiração de natureza basicamente ideal, sem levar em conta as condições históricas

objetivas, que, na verdade, constituem a sua fundamentação primeira. As doutrinas e concepções filosóficas têm relevância enorme no processo. Mas elas próprias são condicionadas por aquelas condições materiais. Surgem precisamente para ordená-las numa compreensão ideológica coerente, interpretando-as, para definir-lhes as leis a elas imanentes, já que, em tais momentos agudos da evolução social, se percebe a superação de situações caducas pelo despontar de algo novo. (SILVA, 2007, 172-173)

Ressurge assim, agora com ainda mais potência e fundamento, a questão da participação dos indivíduos e grupos sociais afetados no momento de definição do conteúdo e do alcance de determinada norma jurídica. Ora, se nas últimas linhas defendi que a interpretação de uma norma pressupõe um pano de fundo de consensos compartilhados e de elementos de pré-compreensão – que são tanto subjetivos, quanto objetivos e historicamente constituídos –; se defendi que a atividade hermenêutica é uma atividade não de declaração, mas de construção do sentido da norma em atenção justamente àqueles consensos socialmente compartilhados e àqueles elementos de pré-compreensão; e se, com especial atenção, afirmei que o regime político estabelece diretrizes e princípios que de certa forma vinculam a atividade hermenêutica; por certo que em sociedades complexas e plurais a legitimidade do direito e a interpretação das normas jurídicas depende da inclusão dos variados projetos de bem viver, das variadas formas de se enxergar o mundo, dos variados interesses legítimos pautados nas esferas públicas de debate etc.

Em resumo, gostaria de reforçar ao menos três importantes conclusões que advêm do que tudo até aqui fora exposto:

Em primeiro lugar, torna-se necessário ao intérprete ter uma pré-compreensão acerca da matéria a ser normatizada, ou seja, deve-se conhecer as características materiais do problema, suas origens históricas e demandas presentes, os sujeitos envolvidos, os fins postulados pelo Direito etc.

A segunda conclusão, que é decorrência lógica da primeira, é que a interpretação, entendida como a “atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas”, adquire um caráter histórico e social a pendular em função daquelas características materiais da questão posta em pauta, de tal forma que o professor Eros Grau vai dizer que “como as normas resultam da

interpretação, o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas.” (GRAU, 2006, s/n)

Em terceiro lugar, ressurgem com ainda mais força e propriedade a questão que vem sendo tangenciada ao longo deste trabalho: quem são os socialmente e os formalmente legitimados para realizar a interpretação das normas jurídicas, no que diz respeito ao seu alcance e ao seu sentido, e, dessa forma, estabelecer o programa normativo que orientará a concretização dos valores jurídicos consensuados pela sociedade?

Como tenho defendido, o *amicus curiae* é um instituto que, em certo sentido, corresponde às conclusões acima identificadas, em razão das seguintes considerações:

No que diz respeito à primeira conclusão indicada, o *amicus curiae* é uma virtuosa e privilegiada fonte daquilo que se tem chamado de *categorias prévias da compreensão* ou simplesmente de *elementos de pré-compreensão*. Isso porque o instituto possibilita a democratização das visões de mundo e a pluralidade de projetos de bem viver presentes nas instâncias jurídico-formais onde o conteúdo e o sentido das normas jurídicas são oficialmente estabelecidos, na medida em que possibilita que grupos sociais possam, efetivamente, protocolar suas necessidades e seus interesses, apresentar sua forma de ver e de viver o mundo, expor seus valores, cultura e idiossincrasias, bem como defender argumentos e promover debates no sentido de antecipar os eventuais riscos e efeitos colaterais que determinada interpretação ou aplicação de uma norma jurídica pode gerar. Por certo, esse conjunto de ações que podem ser promovidas pela participação do *amicus curiae* enriquece de sobremaneira aquilo que se chamou de *elementos de pré-compreensão do intérprete* e favorece a apreensão qualitativa das características materiais do problema no qual a norma jurídica pretenda incidir.

Em relação à segunda conclusão por mim formulada, ou seja, de ser a norma jurídica uma resultante histórica e social, a participação proposta pelo *amicus curiae* deve garantir que os interesses legítimos que gozem de maior consenso social estejam presentes na interpretação da norma. Não se trata apenas de colher os consensos sociais em voga, mas também de avaliar os pré-conceitos latentes, transmitidos pela tradição e pela cultura, que eventualmente já não sejam mais legítimos ou que tenham sido

construídos com base não em consensos, mas sim por meio de procedimentos autoritários e coercitivos resultantes de processos de *pseudocomunicação*.

Quanto à relação do *amicus curiae* com a terceira conclusão apresentada, por ter sido ela central ao longo de todo o desenvolvimento deste trabalho, analisá-la-ei com especial atenção no tópico seguinte.

#### 4.2.2 Os intérpretes da constituição e a definição dos habilitados para atuarem como *amicus curiae*

Algumas linhas acima, ressaltai uma questão que, de certa maneira, vem tangenciando todas as discussões que propus durante o desenvolvimento deste trabalho. Trata-se da pergunta que formulei nos seguintes termos: *quem são os socialmente e os formalmente legitimados para realizar a interpretação das normas jurídicas, no que diz respeito ao seu alcance e ao seu sentido, e, dessa forma, estabelecer o programa normativo que orientará a concretização dos valores jurídicos consensuados pela sociedade?*

Ora, no segundo capítulo, essa pergunta estimulou-me a rever o longo processo que as práticas sociais, os discursos, os hábitos, os costumes, as tradições, os valores, as necessidades, etc. percorrem desde a condição de ações ou convenções restritas a determinados grupos, até a condição de Verdades aceitas de maneira dogmática pela comunidade. Naquele capítulo, ao reconstruir o caminho hermenêutico das práticas, das coisas e dos sentidos das coisas até receberem o estatuto de *verdades compartilhadas socialmente na forma de consensos* e que servem, ao mesmo tempo, como categorias prévias de construção de sentidos, ou seja, como pré-conceitos, pude demonstrar como essa noção de verdade que tem sua fundamentação dada a priori foi superada em muito graças às contribuições da hermenêutica filosófica, especialmente a partir daquilo que se chamou de giro linguístico.

Ainda, ao desnudar o caráter metafísico dessas verdades tidas como absolutas e que tantas vezes utilizamos na forma de pré-conceitos para a construção de novos sentidos, pude demonstrar que por trás delas existe toda uma *historicidade e uma economia política da verdade*, ou seja, existem locais, instituições, atores sociais,

procedimentos etc. especialmente designados e legitimados para produzir essas verdades. Por certo que, quando determinados grupos sociais adquirem o *monopólio sobre a verdade*, as suas idiossincrasias são alçadas à categoria de verdades absolutas, promovendo então uma inversão metonímica em que o que é parcial passa à condição de geral, ou seja, a cultura de determinada parcela social passa a ser reproduzida como se de toda a sociedade já o fosse. No processo, um sem número de *outras verdades* são ocultadas, porque deixadas de lado na construção dos discursos hegemônicos, resultando na exclusão e na impossibilidade de que as pretensões igualmente legítimas de grupo situados fora da zona hegemônica – o que Enrique Dussel chamou por *hiperpotencia* – possam ser apresentadas às instâncias de produção dos discursos predominantes e consideradas como argumentos válidos nos momentos de discussão pública e de sedimentação de consensos. Como resultado, têm-se uma série de consensos socialmente compartilhados, mas que, em razão da exclusão de determinadas formas de ver o mundo, não são completamente legítimos, justamente porque não foram construídos por meio da participação efetiva de todos os grupos sociais que serão afetados por esses mesmos consensos afetados. Ademais, a exclusão pode ser mais ou menos violenta. Seja a violência física, seja a violência simbólica, muitos discursos contra ou hiper-hegemônicos são silenciados forçosa e coercitivamente. Neste caso, temos aquilo que Habermas nomeou por *pseudocomunicação*, ou seja, uma comunicação que não é válida, porque perturbada ou distorcida por elementos que impedem o verdadeiro entendimento entre os participantes do debate público.

No terceiro capítulo, pude demonstrar como o direito foi um discurso acionado por determinada parcela social como estratégia de conquista e de manutenção do poder político o que teve por consequência a construção de um direito de *caráter burguês*, portanto, de um direito que não representa adequadamente os interesses e as necessidades de outros grupos sociais, especialmente daqueles grupos socialmente vulneráveis, postos à margem pelo sistema econômico capitalista. Ao longo da modernidade, essa inadequação do direito acabou por contribuir para a construção do *mito sacrificial da modernidade*, que tantos povos, grupos sociais e indivíduos oprimiu e eliminou. Por fim, investiguei brevemente qual seria então o papel reservado para os tribunais – ícone maior do discurso jurídico hegemônico – nas sociedades contemporâneas e a resignificação da teoria clássica da divisão de poderes em tempos hodiernos (alguns dirão: *pós-modernos*).

Percebe-se, pois, como a questão de fundo que perpassa todas essas discussões é exatamente esta: de quem é a legitimidade para definir o conteúdo concreto e o alcance prático das normas jurídicas e, mais ainda, como garantir que o *sentido* normas será fruto de um debate autêntico, livre de violências e de coerções, capaz de incorporar as pretensões válidas dos grupos sociais afetados, construindo assim consensos socialmente compartilhados e *verdadeiramente legítimos*?

Neste trabalho, elegi como arena para promover aquele debate o direito constitucional pelas várias razões que expus agora neste quarto capítulo. E mais, identifiquei que um instituto ainda bastante precário e de uso restrito, mas que tem observado um importante crescimento de aplicação em casos paradigmáticos e socialmente relevantes, já está respondendo parte daquela questão, tal qual indicado durante o primeiro capítulo. O *amicus curiae*, na medida em que funciona como uma porta de abertura da jurisdição constitucional por onde grupos sociais podem apresentar seus argumentos e contribuir com a formação do *consenso normativo* acerca de determinada norma jurídico-constitucional que sobre eles recairá, é uma manifestação institucional, já presente no ordenamento jurídico, que representa a *travessia* que o discurso jurídico tem sido provocado a realizar rumo a um paradigma jurídico que possa, ao mesmo tempo, superar as injustiças do direito formal burguês e sanar as incorreções do Estado de bem-estar social.

Gostaria de focar ainda mais a questão formulada a partir da teoria da constituição porque ensejo propor elementos para a formulação da resposta à seguinte pergunta: quem são os *constitucionalmente legitimados* para realizar a interpretação das *normas jurídicas constitucionais*, em especial no que diz respeito aos direitos fundamentais e, dessa forma, estabelecer o programa constitucional que orientará a concretização dos valores jurídicos positivados na constituição? Essa questão, concorda Häberle, é central e um imperativo que deve ser enfrentado pela teoria constitucional:

Uma teoria constitucional que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público, o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ela atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes. (HÄBERLE, 1997, 19)

Ora, por certo que a resposta imediata que os juristas, em geral, dão àquela questão é: os juízes, em especial, os juízes das Cortes Constitucionais, os legisladores e os demais operadores do direito que estão formalmente legitimados pela própria Constituição para promover ações judiciais ou revisões constitucionais que afetem a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais. Mas será que o círculo de intérpretes “oficiais”, formalmente autorizados pelas instâncias estatais de produção e de sentidos das normas jurídicas, seria suficiente para garantir a um direito que requer, em nossas complexas sociedades contemporâneas, a legitimidade advinda de sua gênese democrática, ou seja, seria a atividade exclusiva dos “juristas profissionais” – aqui compreendidos também os legisladores e executores das normas jurídicas – suficiente para a composição de consensos válidos acerca da melhor interpretação e aplicação de determinada norma jurídica, com maior destaque para aquelas normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais? Minha resposta tem sido exposta ao longo das páginas deste trabalho. Deixarei que o professor Häberle fale agora por mim:

Limitar a hermenêutica constitucional aos interpretes ‘corporativos’ ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes ‘não corporativos’. (HÄBERLE, 1997, 34)

Entretanto, a prática e a teoria da interpretação e da aplicação da constituição parece estar mais preocupada com “as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional e os métodos hermenêuticos”, descuidando, portanto, do “problema dos participantes da interpretação”. Como tenho demonstrado e debatido, para que seja válida, eficaz e socialmente legítima, a interpretação constitucional precisa “incorporar elementos democráticos, com vistas a conformar uma interpretação atenta ao interesse público e ao bem-estar geral” (HÄBERLE, 1997, 11-12). Aquela percepção que credita exclusivamente aos atores formalmente legitimados a capacidade de produzir sentidos para o texto constitucional está vinculada à imagem social de uma comunidade fechada, ou seja, uma sociedade na qual a possibilidade de participação nas instâncias públicas de comunicação aonde os sentidos e os consensos hegemônicos são produzidos permanece como privilégio de alguns grupos sociais que, em determinado momento histórico, conseguiram monopolizá-la. Contudo, com a percepção dos



mecanismos discursivos de produção de sentidos do mundo da vida e a assunção da posição de que não se pode fechar o debate público e a construção de consensos em favor de uma única orientação social – ao menos se não se quer a construção de consensos ilegítimos e autoritários, excludentes de um sem número de outros projetos legítimos de bem-viver – uma nova imagem social deve animar a prática e a teoria constitucional.

Trata-se da imagem de uma *sociedade aberta* em que todos os seus participantes estão potencialmente autorizados a colaborar com a construção coletiva dos consensos, discursos, conhecimentos etc. que preencherão o vazio do mundo empírico com a ecologia de sentidos que conforma o *mundo da vida* no qual nós, seres hermenêuticos, habitamos. A imagem da *sociedade aberta* influencia de sobremaneira a teoria constitucional, porque afeta diretamente o rol de intérpretes constitucionais, ampliando-o para muito além do que aquele primeiro limitado círculo de intérpretes oficiais:

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes “vinculados às corporações” e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HÁBERLE, 1997, 13)

Se temos agora a imagem de uma *sociedade aberta de intérpretes constitucionais*, a questão do *círculo de intérpretes constitucionais* deixa de ser observada da perspectiva formal-legalista de *quem é* o legitimado pelas normas constitucionais a promover a interpretação e aplicação dessas normas, para ser encarada a partir da perspectiva viva, material e histórica de definição de *quem está* legitimado para, naquele caso concreto e específico, atuar como intérprete legítimo da constituição. Isso quer dizer que, a partir do pano de fundo da *sociedade aberta de intérpretes constitucionais*, não se pode mais fixar parâmetros abstratos e universalmente válidos para a definição dos atores competentes e legítimos para proceder a atividade hermenêutica e de aplicação de uma norma constitucional, porque

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. (HÄBERLE, 1997, 13)

Apenas o caso concreto, a partir das suas especificidades e, especialmente, tendo como base as necessidades, os interesses, os valores, a composição etc. daqueles grupos sociais que serão afetados pela decisão ou pela construção de sentido da norma jurídica, é capaz de nos fornecer os parâmetros adequados para a identificação dos atores sociais que poderão participar da deliberação pública e do processo de interpretação constitucional. Ou seja, não são – ou pelo menos não deveriam ser, a partir das reflexões que tenho proposto – os atributos objetivos de determinado ator social que definem a sua competência e a sua legitimidade para participar ou não do estabelecimento do sentido e do alcance da norma jurídica constitucional posta em análise; mas sim os seus atributos subjetivos:

A interpretação constitucional deve ser mantida sob a influência da teoria democrática. É um direito de cidadania albergado nas sociedades modernas que garante ao “povo” – não se propondo um retorno à conceituação de Rousseau – competência subjetiva para interpretar a Constituição. Todos aqueles que têm suas vidas dirigidas pela Constituição estão, legitimamente, autorizados a efetuar a sua interpretação. (MAMARI FILHO, 2006, 74)

No que diz respeito ao *amicus curiae*, também é válida a tese de impossibilidade de fixação, à priori, objetiva e abstratamente, de quais seriam os sujeitos legítimos para participar, na condição de *amigo da corte*, da interpretação da norma jurídica ou da construção da decisão. Por certo que isso resulta na dificuldade de lidarmos com um processo em permanente estado de abertura – ou seja, em tese, qualquer pessoa ou grupo social poderá se habilitar no processo judicial como *amicus curiae* – e que, com base nisso, muitos dirão que cairemos num vácuo de insegurança jurídica e de instabilidade institucional. Contudo, essa acusação desconsidera que a Constituição é um processo público!

Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que dela devam participar. È que se cuida de Constituição enquanto processo público. Diante da objeção de que a unidade da Constituição se perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao “concerto” que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes.” (HÄBERLE, 1997, 33)

Nas sociedades complexas, não é legítimo nos furtamos das dificuldades que o pluralismo social coloca simplesmente negando-o, afastando a teoria democrática da teoria jurídica ou (re)fechando o círculo de intérpretes constitucionais. Precisamos assumir essa abertura e, a partir dela, definirmos quais serão as formas de estabelecimento e de validação que permitirão a participação dos atores pertinentes em cada caso concreto. Há que se ressaltar que estamos, portanto, diante de um desafio pós-convencional, ou seja, um desafio que não será superado com a utilização de regras simples e pré-fixadas, mas sim com a utilização de princípios e diretrizes que possam encarnar a dinâmica dessa sociedade plural.

Por ora, creio que precisemos de um critério pós-convencional para a definição dos atores sociais legítimos para participar da interpretação de uma norma constitucional e, neste sentido, capazes também de se habilitarem enquanto *amigos da corte* em processos judiciais concretos em que se discute a extensão, o sentido e o alcance de determinado direito fundamental. A partir de uma espécie de *petição de princípio da interpretação dos direitos fundamentais* em que “...quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la” (HÄBERLE, 1997, 13), a avaliação acerca de um ator social concreto que tenha solicitado a participação no processo judicial específico que verse sobre direitos constitucionais deveria ser *subjetiva* ou, em termos mais precisos, as instâncias formais que gozam da prerrogativa de *dizer o direito* deveriam se orientar, no momento da decisão de aceitar ou não a participação de determinado ator social como *amicus curiae* no caso concreto, pela seguinte diretriz:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. [...] Como não apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que

vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição. (HÄBERLE, 1997, 15)

Ademais, aqueles que manifestam seu desconforto e, em alguns casos, até mesmo o temor de que a abertura da interpretação constitucional à sociedade acabaria por desintegrar a ordem constitucional, gerando instabilidade institucional e insegurança jurídica, esquecem-se que uma interpretação constitucional fechada, centrada na figura do legislador, do juiz e dos demais profissionais especializados que transitam pelos espaços formais do direito estatal, também possui os seus riscos e que, no atual estágio de desenvolvimento civilizatório, tais riscos podem ser superiores àqueles que uma *sociedade aberta dos intérpretes constitucionais* pode oferecer. Isso porque – além do fato de que, historicamente, é possível se constatar que quanto mais fechada e restritiva foi uma sociedade no sentido de definição das pessoas e dos atores sociais que possuíam a prerrogativa de interpretar as normas jurídicas, mais autoritárias foram as formas de governo – com o aumento e alteração das funções do Estado e da Administração Pública que, resultante do paradigma do bem-estar social e da positivação de princípios fundamentais nas hodiernas constituições nacionais, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas alterou-se espacial e temporalmente: agora, cada sentido dado para uma norma jurídica, cada sentença estabelecida pelo juiz singular, cada desfecho jurídico de um caso concreto etc. já não estão mais restritos às partes que participaram do processo judicial e a sua repercussão não se encerra com o arquivamento dos autos, mas transcendem o tempo e o espaço dos atores ali envolvidos; seria ingenuidade pensar que, por meio de gramáticas bem estabelecidas, de textos legais devidamente consolidados, de interpretações restritivas, do fechamento do círculo de intérpretes autorizados etc. se poderia alcançar um estágio normativo maduro o suficiente que, por si só, afastasse a existência do risco do sistema do direito ser desvirtuado em pretensões abusivas e injustas, afinal, como esclarecem os professores Carvalho Netto e Scotti:

Paradoxalmente, só podemos enfrentar de fato os riscos quando assumimos sua inevitabilidade, quando desistimos de exorcizá-los, de eliminá-los, e passamos a buscar controlá-los; a questão só pode ganhar um enfrentamento mais consistente, possibilitando a criação de um instrumental de outro tipo para o controle do risco da arbitrariedade inerente à atividade interpretativa, quando se passou a assumir a natureza incontornavelmente aberta, indeterminada, de qualquer texto. É a unicidade, a irrepetibilidade da situação de aplicação que pode assegurar a imparcialidade e nunca o texto em si, ainda

que apoiado em outros textos supostamente neutros, como se esses últimos, por alguma mágica, pudessem escapar do turbilhão incessante da vida e das formas de vida que marcam a nossa leitura do mundo. Esse turbilhão é, ele próprio, constitutivo do pano de fundo compartilhado de silêncio que sustenta a comunicação na linguagem, do mundo da vida, que, mediatizado institucionalmente, possibilita o advento de uma Constituição compartilhada intersubjetivamente pela comunidade de cidadãos. Pano de fundo que contém os horizontes de sentido dessa determinada comunidade enraizados na gramática de suas práticas sociais, incorporando um repositório de sentidos decorrentes tanto das práticas assentadas nas tradições quanto de novas práticas emancipatórias e transformadoras. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, 50-51)

Os direitos fundamentais, atualmente, não possuem apenas uma *pré-história*, ou seja, não possuem apenas aquela historicidade que advém das categorias prévias de compreensão – os pré-conceitos e demais elementos de pré-compreensão, que são transmitidos pela tradição e pela cultura da comunidade –, mas possuem também uma *pós-história*, porque seus efeitos podem repercutir por várias gerações; da mesma forma, o alcance de determinada interpretação e aplicação jurídicas não se limitam às pessoas envolvidas no processo judicial concreto e nem mesmo ao local no qual o conflito se desenhou, mas podem reverberar pelo espaço, atingindo pessoas e grupos sociais que não estavam diretamente compreendidas no conflitos. Em verdade, atualmente, o sistema do direito é responsável pela produção diuturna de novos riscos técnicos, científicos, sociais, econômicos etc. Sobre este ponto, ensina Habermas:

A ampliação do horizonte temporal, no qual as atividades do Estado social, especialmente a atividade preventiva, têm que mover-se, agudiza esses problemas. Através de suas ações ou omissões, o Estado participa cada vez mais na produção de novos riscos, condicionados pela ciência e pela técnica. Os riscos inerentes à força nuclear ou à técnica genética colocam o problema da tomada de providências – também por parte do legislador – para proteger, de modo advocatício, os interesses das gerações futuras. Em geral, os perigos da sociedade de riscos ultrapassam as capacidades analíticas e de prognose dos especialistas e a capacidade de elaboração, vontade de ação e velocidade de reação da administração encarregada de prevenir os riscos; por isso, os problemas da segurança jurídica e da submissão à lei, existentes no Estado social, se agudizam dramaticamente. De um lado, as normas de prevenção emitidas pelo legislador, só conseguem regular parcialmente programas de ação tão complexos e dinâmicos que antecipam o futuro e dependem de prognósticos e de autocorreção. De outro lado, fracassam os meios de regulação da prevenção clássica, sintonizada mais com os riscos concretos do que com as ameaças potenciais de grandes grupos de pessoas. Face aos espaços de avaliação que têm que ser preenchidos pela administração preventiva segundo pontos de vista técnicos discutíveis, a dinamização da proteção constitucional não oferece uma proteção jurídica suficiente. (HABERMAS, 2011, 176)

Assim, os grupos sociais que serão afetados pela norma jurídica e, em especial, os grupos vulneráveis e com menor poder sócio-econômico, tem de participar do momento de definição da abrangência e do alcance dessas normas. Seja para apresentar os argumentos contrários, seja para demonstrar como determinada interpretação e aplicação pode lhes ser prejudicial, seja para defenderem o seu modo de vida da exclusão que pode resultar de determinado sentido normativo, esses atores sociais necessitam ser ouvidos ou, mais do que ouvidos, esses atores sociais precisam contar com instrumentos concretos de participação nas instâncias públicas de comunicação e de produção de consensos. Além dos eventuais riscos indicados, ainda existe sempre a possibilidade de a interpretação e a aplicação do discurso jurídico recair em alguns dos erros do paradigma do direito formal burguês – partir da abstração metafísica de valores formais, tais como a liberdade e a igualdade, o que acaba por reproduzir e ocultar um sem número de desigualdades materiais – ou do paradigma do Estado providência – que tutela de sobremaneira a vida dos seus cidadãos e, assim, acaba por retirar-lhes a capacidade de deliberação acerca de sua própria vida, incorrendo, assim, em efeitos colaterais não previstos, também geradores de iniquidades materiais. Os riscos, os efeitos colaterais, os danos etc., ou, em uma palavra, as injustiças que podem emergir da aplicação e da interpretação das normas jurídicas, não podem ser bem dimensionadas e adequadamente denunciadas senão por aqueles que, por meio de sua própria experiência viva e vivida de opressão, sentiram na pele aquelas injustiças.

[...] Tanto os porta-vozes, com os intelectuais em geral, só podem estar seguros de não estarem prejulgando nada nem tutelando ninguém, quando todos os atingidos tiverem a chance efetiva de levantar a sua voz e de exigir direitos a partir de experiências concretas de lesão da integridade, de desfavorecimento e de opressão. As condições concretas de reconhecimento, seladas por uma ordem jurídica legítima, resultam sempre de uma “luta por reconhecimento”; e essa luta é motivada pelo sofrimento e pela indignação contra um desprezo concreto. A. Honneth mostra que é necessário articular experiências que resultam de atentados à dignidade humana para conferir credibilidade aos aspectos sob os quais, no respectivo contexto, aquilo que é igual tem que ser tratado de modo igual e aquilo que é diferente tem que ser tratado de modo diferente. Essa disputa pela interpretação de necessidades não pode ser delegada aos juízes e funcionários, nem mesmo ao legislador político. (HABERMAS, 2011, 168)

Um sistema do direito que se queira legítimo necessita, então, de instrumentos para que esses grupos sociais que suportam os riscos e as injustiças resultantes da aplicação de normas jurídicas possam apresentar suas posições e argumentos, tanto como forma de prevenir as iniquidades, como para que possam ser sanadas. O direito precisa estar aberto à sociedade, precisa ser por ela atualizado, revisto, validado e afastado; tal tarefa não pertence e nem pode ser exercida exclusivamente por especialistas, mas pertence à participação social nos *espaços públicos* de deliberação e de formação de consenso, tal qual conceituado pela professora de Ciência Política e Filosofia de Yale, Seyla Benhabib:

Esta moderna compreensão da participação resulta em uma nova concepção de espaço público. Espaço público não é entendido agonisticamente como um espaço de competição por aclamação e imortalidade entre a elite política; é visto democraticamente, como uma criação de procedimentos através dos quais todos os afetados por normas sociais gerais e por decisões políticas coletivas possam ter voz na formulação, estipulação e aplicação. (BENHABIB, s/n)

Visto por esse anglo, o temor de que a ampliação do rol dos intérpretes da Constituição resultaria na desintegração da ordem jurídica perde apelo. Ao contrário, percebe-se que, em verdade, é a abertura hermenêutica do discurso jurídico à sociedade o que garantirá ao sistema do direito e à Constituição não só efetividade, como também legitimidade e capacidade para concretizar os direitos fundamentais, porque poderá contar com o auxílio dos grupos sociais para identificar as ineficiências, para se antecipar aos riscos e ainda como *forças produtivas de interpretação* (HÄBERLE, 1997, 14) que constroem novas possibilidades de sentido e de aplicação das normas jurídicas, aproximando assim o programa constitucional abstrato da justiça material. Concorda comigo Luís Sérgio Soares Mamari Filho:

A ampliação do número de intérpretes da Constituição é, dessa forma, a alternativa vislumbrada para que seja mitigada a insegurança quanto ao fruto do processo de interpretação. Em sociedades plurais, quanto maior for o número de entes capacitados para intervir na conformação do sentido da Constituição, na mesma proporção, maior a certeza de que os direitos serão tutelados da forma mais próxima da ideal. (MAMARI FILHO, 2005, 84)

Note-se que, com isso, não se quer dizer que as instâncias formais de produção do direito devam ser excluídas da interpretação da Constituição. Antes, o processo de interpretação constitucional deve estar pautado pela metodologia democrática, ainda quando ocorra no seio daquelas instituições especializadas em *dizer o direito*, com especial destaque para a jurisdição constitucional. Ou seja, *os espaços públicos de debate* precisam ser preferidos em relação às posições construídas exclusivamente pelo corpo de especialistas ou, como esclarece Mamari Filho, a definição do conteúdo da Constituição, mesmo quando dada por um tribunal constitucional, deve ter como substrato o consenso resultante da ampla deliberação coletiva (MAMARI FILHO, 2005, 85). Esse é o sentido exato da expressão *forças produtivas de interpretação*, acima mencionada, e, para o jurista alemão Peter Häberle, as *forças produtivas de interpretação* mantêm um permanente diálogo com as instâncias formais de produção do direito:

Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes, são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de “participante do processo constitucional” relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista desenvolve força normatizadora. Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública. (HÄBERLE, 1997, 41)

O *amicus curiae*, desde que orientado por aquela diretriz de poderem se habilitar como *amigos da corte* os atores sociais que estejam subjetivamente afetos à norma jurídica, pode assumir, nesse contexto, o papel de funcionar como ponte que liga a periferia do sistema socioeconômico – os grupos sociais vulneráveis ou excluídos – aos centros de decisão e de deliberação jurídico-política, na medida em que possibilita a criação dos *espaços públicos* procedimentais por onde os concernidos pelas normas jurídicas podem apresentar suas concordâncias e divergências e, assim, participar da formulação, estipulação e aplicação dessas normas, nos moldes do que foi defendido pela professora Benhabib. Resgata-se aqui o papel cidadão reservado a todas e todos os indivíduos e, especialmente, às coletividades sociais. A participação do “povo”, como prefere Häberle, não é algo que se esgota nos processos eleitorais da democracia representativa, mas um *direito* que tem de ser observado em toda e qualquer tomada de



decisão pública, inclusive no que diz respeito à definição do sentido das normas constitucionais:

Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania (...). Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes. Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição!. (HÄBERLE, 1997, 38)

### 4.3 O paradigma procedimentalista do direito e o *amicus curiae*

No desenrolar desta dissertação, tenho indicado, de maneira difusa e com o auxílio da crítica às formas jurídicas que o direito assumiu ao longo da modernidade, aqui tratadas como *paradigmas*, os prolegômenos de uma teoria discursiva do direito que parta da hermenêutica filosófica e da imagem de uma sociedade complexa e pós-convencional – no sentido de que, nessas sociedades, não se pode invocar um fundamento absoluto, seja ele da natureza que for (religiosa, cultural, econômica etc.), como marca distintiva e integradora da comunidade ali presente – para a composição de um sistema de direito legítimo e, ao mesmo tempo, competente o suficiente para lidar justamente com a questão da pluralidade de visões de mundo, no sentido de garantir que os consensos normativos criados, validados, reproduzidos etc., pelo *medium* do direito serão *consensos válidos*, isso é, livre de autoritarismos e de coerções e representativos das necessidades, interesses, valores e formas de bem viver dos grupos sociais, especialmente, daqueles grupos sociais excluídos dos centros do poder político ou que se encontram em posições desfavoráveis no tecido social porque, por certo, são esses grupos que estão mais sujeitos às arbitrariedades e aos efeitos colaterais e violentos que a reprodução de consensos autoritários pode gerar.

A versão daquela teoria discursiva do direito que tenho trabalhado é a proposta por Habermas e nomeada como *paradigma procedimentalista do direito*. Para

a formulação de sua teoria, Habermas utiliza a *visão social* de uma sociedade pluralista e, como representante da Escola de Frankfurt, *desencantada* – porque não há qualquer metanarrativa ou qualquer metafísica fortes o suficiente para garantirem a coesão social – para defender um projeto de direito pautado, ao mesmo tempo, pela *racionalidade instrumental* – tipicamente moderna, que orienta a ação no sentido de fins bem delimitados – e pela *racionalidade comunicativa* – orientada para o entendimento, para a construção de consensos compartilhados por meio da mediação da linguagem e da atitude performativa, capaz de aproximar diferentes formas de ver o mundo e, assim, criar um horizonte de sentidos minimamente comum àquela comunidade.

A *racionalidade comunicativa* é defendida por Habermas como constitutiva do projeto moderno tanto quanto o é a *racionalidade instrumental*. Contudo, ao contrário desta, aquela está dedicada aos procedimentos, às posturas que os sujeitos participantes da comunidade sustentam com o objetivo de construir pontes entre as suas várias subjetividades. De fato, a *racionalidade comunicativa* é muito mais um *potencial* do que um dado; está distribuída socialmente de maneira desigual entre os grupos sociais que hegemonomizam o poder político e aqueles que foram excluídos historicamente dos espaços de tomada de decisão. Para que se manifeste e, principalmente, para que tenha efetividade, necessita de estruturas, instâncias, locais especializados etc., que permitam aos cidadãos e aos grupos sociais dela fazerem uso.

A tese da existência de uma racionalidade comunicativa é a base do projeto habermasiano e aponta para uma competência potencial passível de tornar-se efetiva nas sociedades modernas. O grau em que essa racionalidade pode tornar-se real é uma questão empírica e reflete o jogo das forças políticas em ação, sendo, portanto, um jogo em aberto. Ao contrário dos frankfurtianos, que não conseguiram reconstruir um conceito enfático de razão no mundo desencantado, Habermas fundamenta a razão comunicativa como específica ao mundo moderno e desencantado. A racionalidade comunicativa é vista, nesse sentido, como apenas possível num contexto pós-tradicional, sendo meramente procedural, a refletir uma forma de lidar com reivindicações valorativas. Ou seja, é antes uma atitude que um conteúdo. Essa ênfase no proceduralismo desloca o Habermas maduro do campo do republicanismo radical para o de um liberalismo social-democrático. (SOUZA, 71)

A *racionalidade comunicativa* é acionada para criar o mútuo entendimento entre as distintas formas de viver e de subjetividade num mundo cada vez mais atomizado em sistemas especializados. Ela promove a aproximação de horizontes de

sentidos, abrindo caminho assim para a construção de consensos compartilhados. Aplicada ao direito, a *razão comunicativa* possibilita a gestão de uma normatividade que estabeleça os padrões procedimentais a serem seguidos para que a relação entre cidadãos tão dispares possa contar com um mínimo de integração social. Como assevera a professora Gisele Cittadino, citando Habermas:

Habermas, como vimos, toma o pluralismo – tanto o da diversidade das concepções individuais sobre o bem, como o da multiplicidade das identidades sociais – como uma das marcas definitórias das democracias contemporâneas. A identidade pós-convencional é fruto, portanto, da inexistência de visões éticas, religiosas ou tradicionais de mundo que possam configurar um sistema de valores compartilhados capaz de estabelecer um consenso básico entre os cidadãos. O pluralismo social, o pluralismo cultural e o pluralismo dos projetos pessoais de vida transformam a modernidade em um mundo *desencantado* onde os indivíduos relacionam-se entre si enquanto estranhos. Daí a pergunta formulada por Habermas: “*como distintos mundos da vida inteiramente pluralizados e desencantados podem ser socialmente integrados se contemporaneamente cresce o risco do dissenso nas esferas da ação comunicativa tornadas independentes das autoridades sagradas e libertas das instituições arcaicas?*” Respondendo a sua própria indagação, Habermas afirma que, em face da inexistência de garantias metassociais, os cidadãos devem chegar a um entendimento acerca de como devem regulamentar normativamente as suas relações. Em outras palavras, “*o direito fornece a estrutura normativa que regula a interação entre cidadãos que se relacionam como estranhos*”. (CITTADINO, 2013, 170)

Percebe-se como Habermas trabalha uma importante questão filosófica: se nascemos num mundo empírico vazio de significados, se não podemos mais contar com o conforto e a segurança de verdades absolutas dogmaticamente reproduzidas e se, ainda assim, exercemos nossa capacidade hermenêutica e construímos um universo de significados, um mundo da vida no qual habitamos, como manter a integridade social e garantir, ao menos, um mínimo de sentido socialmente compartilhado? Essa questão, quando posta ao direito, abala as estruturas que até então vinham fundamentando o discurso jurídico. Se já não há mais um direito metafísico natural, tampouco se pode entregar a expectativa normativa por justiça à letra fria das leis – como pretendeu o positivismo clássico – o que ainda garante a legitimidade e a efetividade do direito? Ou, dito de outra forma, é possível a construção de um discurso jurídico que não seja autoritário ou paternalista, que possibilite que as normas sejam resultado de consensos validamente construídos por meio da consideração de variados projetos individuais e coletivos de bem viver, mesmo no contexto de sociedades hiper-diferenciadas? E mais,

um direito edificado sobre as bases precárias da comunicação entre subjetividades tão distintas terá alguma força coercitiva? Respondem Cittadino e Habermas:

Nesta perspectiva, se os indivíduos não compartilham valores comuns, isto significa que a integração normativa da sociedade fortemente diferenciada não pode obter legitimidade? Ou, a despeito de um mundo *desencantado*, é possível legitimar o direito moderno? Segundo Habermas, a integração normativa das democracias contemporâneas possui um duplo fundamento: a força resultante de um acordo racionalmente motivado e a ameaça de sanções. Em outras palavras, a ordem jurídica, simultaneamente, baseia-se na facticidade e na validade, isto é, na sustentação coercitiva de um direito legalmente instituído e na legitimidade resultante de um entendimento conjuntamente negociado. Como assinala Habermas, “*a validade do direito é constituída por dois componentes: o componente racional da exigência de legitimidade está associado com o componente empírico da vigência do direito*”. Neste sentido, em uma sociedade pós-convencional, para o indivíduo que atua estrategicamente, isto é, orientado por interesses pessoais, a norma constitui uma espécie de barreira faticamente instituída, cuja violação acarreta sanções calculáveis. De outra patê, para o indivíduo que adora uma atitude “performativa”, ou seja, uma ação orientada para o entendimento, a sua vontade se vincula livremente à norma, no sentido de que a sua aquiescência independe do temor da sanção. (CITTADINO, 2013, 171-172)

Portanto, não está fechada a possibilidade de um mútuo entendimento normativo e também a construção de um discurso jurídico que, ainda que assentado em bases aparentemente mais frágeis do que as formas jurídicas predecessoras – como o jusnaturalismo e o juspositivismo – possa funcionar enquanto um *medium* por onde as pretensões por justiça dos variados grupos sociais podem ser apresentadas.

Contudo, o eixo de legitimidade do direito se desloca: já não é mais tanto a substância das normas jurídicas que está na berlinda, porque, por mais que se queira, não é possível garantir que o discurso do direito não será utilizado de maneira autoritária, afinal, até mesmo os direitos fundamentais, positivados nas hodiernas constituições, podem ser invocados abusivamente quando postos em funcionamento por meio da atividade interpretativa. Agora, a questão da legitimidade da norma está vinculada com a *ética do discurso*<sup>38</sup>, ou seja, um conjunto de *condições discursivas* que possibilitam proceder ao exame da validade das normas; o exame não é orientado por indicações de conteúdo, mas sim pela indicação de um *procedimento* que, ao menos,

---

<sup>38</sup> A *ética discursiva* habermasiana foi melhor analisada no tópico 2.5 deste trabalho.

possibilite aos variados atores sociais a oportunidade de fala e, assim, protocolarem suas demandas, apresentarem suas necessidades, defenderem seus interesses etc.

A posição habermasiana é muito mais modesta do que a das teorias da justiça ou do direito que pretendem apresentar princípios substantivos. A modéstia advém daquela posição filosófica que identifica a impossibilidade de arbitrar conteúdos normativos sem incorrer, no mesmo instante, em autoritarismo. Afinal, o que legitimaria uma visão de mundo singular ou, especificamente, um conceito de justiça subjetivo, parcial, representativo de determinada parcela social, a se impor perante as outras infinitas subjetividades normativas presentes na sociedade? Ao contrário, a preocupação de Habermas é assumir que o risco da coerção, da violência, da existência de consensos ilegítimos adquiridos por meio da *pseudocomunicação*, de pretensões normativas abusivas etc., estará sempre presente nos sistemas discursivos e simbólicos, como o é o direito:

Habermas não tem a pretensão de sugerir um modelo de ética discursiva que elimine a dominação e a violência decorrentes dos interesses que instrumentalizam as relações humanas, mas admite que apenas através de uma confrontação permanente no interior de um espaço público baseado na reciprocidade e no respeito mútuo é possível estabelecer normas e instituições através das quais a dominação possa ser enfrentada, limitada, discutida. (CITTADINO, 2013, 116)

Sustentado por tais premissas, Habermas realiza a aproximação entre a teoria do direito e a teoria democrática. Ora, se não é mais possível o retorno a alguma teoria substantiva do direito ou da justiça, resta-nos então zelar para que as condições democráticas de produção de consensos normativos sejam respeitadas. Ainda, o direito hodierno, se não quer ser, novamente, rotulado como *cínico*<sup>39</sup> ou desprezado enquanto instrumento que apenas se presta à dominação social dos grupos vulneráveis e excluídos, precisa que sua faceta legalista esteja legitimada por meio de procedimentos nos quais a toda sociedade, independentemente e do *status* político, como dirão adiante Carvalho Netto e Scotti, é permitida a apresentação de suas opiniões e vontades e que essas sejam consideradas como *insumos* no momento de definição do alcance, da extensão e da aplicação das normas jurídicas. Esse embate entre legitimidade e legalidade, que ocorre no seio do discurso jurídico, é o que Habermas vai nomear por *tensão interna* entre facticidade e validade:

---

<sup>39</sup> Vide tópico 3.5 deste trabalho.

A teoria discursiva do Direito e da Democracia rompe com os modelos explicativos tradicionais ao fundar a legitimidade do direito moderno numa compreensão discursiva da Democracia. Como demonstrado pela própria história institucional da modernidade, o direito positivo, coercitivo, que se faz conhecer e impor pelo aspecto da *legalidade* precisa, para ser *legítimo*, ter sua gênese vinculada a procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade que recebam os influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão, cujo *status* político não depende de pré-requisitos (de renda, educação, nascimento etc.). A essa relação entre positividade e legitimidade Habermas denomina tensão *interna* entre facticidade e validade, pois presente no interior do próprio sistema do Direito. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, 110-111)

O professor Carvalho Netto, na passagem acima, denota que a legalidade, para ser legítima, necessita que sua gênese esteja vinculada a procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade. Ora, esses procedimentos nada mais são do que caminhos, ritos, instâncias, instituições etc., resguardadas pela própria normatividade, e tantas vezes estão positivados em textos jurídicos. Percebe-se que há uma via de mão dupla: a *legitimidade da legalidade*, alcançada por meio da participação democrática dos cidadãos nos processos de formação da opinião e da vontade, retorna como *legalidade da legitimidade*, ou seja, como uma regulamentação – que positivada ou não em textos jurídicos, sempre contará com algum grau de normatividade ainda que não imediatamente formalizada – que estabelece justamente os procedimentos públicos e democráticos de formação da opinião e da vontade.

Quanto maior for o grau de efetividade daquela *legalidade da legitimidade*, ou seja, quanto mais institucionalizados estiverem esses *procedimentos democráticos de formação da opinião e da vontade*, maior será o poder e a capacidade da *razão comunicativa* produzir efeitos concretos. A constatação é especialmente sensível se pensarmos nos grupos sociais que foram historicamente excluídos dos centros do poder político e deliberativo, porque são eles os que mais necessitam apresentar suas necessidades e defender seus interesses, bem como são eles os que suportam o peso da opressão e da violência. Por certo que estamos diante, portanto, de uma disputa política não só por espaços públicos já sedimentados, mas também pela resignificação e pela construção de novas esferas públicas políticas, porque é por meio delas, ao menos em tese, que os órgãos centrais do poder político recebem as demandas sociais:

No Estado Democrático de Direito o *poder político*, para ser legítimo, deve derivar do *poder comunicativo* gerado a partir da esfera pública política. O Estado, embora ocupe o centro dessa esfera pública, com os complexos parlamentares, não mais se confunde com a mesma, em seu todo (como se concebia nos paradigmas liberal e social, especialmente nesse último). A sociedade civil, seus movimentos sociais, organizações e associações de toda ordem, os meios de comunicação de massa, partidos políticos etc., compõem um complexo mais ou menos institucionalizado de formação, reprodução e canalização da opinião pública e da vontade política que, filtrados por sua pertinência, constituem o *input* dos órgãos políticos estatais. (CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2012, 112)

Na prática, isso quer dizer que os órgãos centrais da administração pública estatal têm sua atuação orientada e, muitas vezes, até mesmo vinculada pelos *inputs* recebidos da rede de atores sociais que perfaz a esfera pública política. Seja em razão de seu poder discursivo, sejam em razão do constrangimento ao qual estão sujeitos os agentes políticos ao não observar opiniões e vontades formadas a partir de procedimentos democráticos, a administração estatal acaba por se render ou, no mínimo, ter de refutar justificadamente os argumentos apresentados pelos canais de comunicação que ligam as esferas públicas às instâncias centrais do poder político. A partir de então, suas ações não podem mais prescindir de fundamentação e das demais condições de legitimação do Estado de Direito:

Na moderna administração de prestações, avolumam-se os problemas a exigirem o escalonamento dos bens coletivos, a escolha entre fins concorrentes e a avaliação normativa de casos particulares. Para elaborá-los de modo racional, tornam-se necessários discursos envolvendo a fundamentação e a aplicação, os quais extrapolam o quadro profissional de um preenchimento pragmático de tarefas. Nos casos em que a administração decide, guiada apenas por pontos de vista da eficiência, convém buscar *filtros de legitimação*, os quais podem ser cedidos pelo direito procedimental. [...] Uma vez que a administração, ao implementar programas de leis abertos, não pode abster-se de lançar mão de argumentos normativos, ela tem que desenvolver-se através de formas de comunicação e procedimentos que satisfaçam às condições de legitimação do Estado de direito. [...] Tudo isso é questão de um jogo que envolve tanto a fantasia institucional, como a experimentação cuidadosa. No entanto, práticas de participação na administração não devem ser tratadas apenas como sucedâneos da proteção jurídica, e sim como processos destinados à legitimação de decisões, eficazes *ex ante*, os quais, julgados de acordo com seu conteúdo normativo, substituem atos da legislação ou da jurisdição. (HABERMAS, 2011, 184)

Ora, fica mais fácil entender a atenção que o paradigma procedimentalista do direito dedica à esfera pública. Sociedades complexas, pluralistas, altamente diferenciadas, combinadas com um poder estatal do qual cada vez mais se exige prestações positivas e a tutela de bens e direitos coletivos – e que é municiado para tanto –, estão, conforme debati, constantemente sujeitas a riscos técnicos, científicos, sociais, econômicos, ambientais etc., bem como podem ver emergir, a qualquer tempo, um poder ilegítimo que se utilize das estruturas sócio-políticas para subjugar outros grupos sociais em favor da absolutização e da hegemonização de suas próprias pretensões; ademais, já vimos, historicamente, ambas as coisas acontecerem – tanto a eclosão de acidentes técnicos, científicos, sociais, econômicos, ambientais etc., quanto o irrompimento de autocracias e demais regimes políticos autoritários. Para impedir tais desvios, da perspectiva do direito, talvez pouco tenhamos a fazer senão contar com uma esfera pública “desconfiada, móvel, desperta e informada” que insista “*nas condições da gênese do direito legítimo*” (HABERMAS, 2011, 185). É por meio do permanente estado de abertura dos canais legítimos de formação da opinião e da vontade e através da garantia da soberania popular, institucionalizada ou não, que alcançamos a *legitimidade da legalidade* e, ao mesmo tempo, a *legalidade da legitimidade*. Quando entendemos a interconexão entre *facticidade* e *validade*, entendemos o imperativo e as potencialidades da *gênese democrática do direito*. Esta é, vai dizer Habermas, o *núcleo do paradigma procedimentalista do direito*:

Com isso, atingimos o núcleo do paradigma procedimentalista do direito, pois a “combinação universal e a mediação recíproca entre soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada” são a chave para se entender a gênese democrática do direito. O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. (HABERMAS, 2011, 186)

Sem dúvida, o fato do paradigma procedimentalista do direito assumir uma postura *formalista* – no sentido de ser pobre de conteúdo – é utilizado por muitos como forma de crítica à proposta habermasiana. Contudo, é justamente esse “vazio” que permite ao paradigma preservar o que de mais escasso se tem nas sociedades plurais e



atomizadas em sistemas especializados como as nossas: a solidariedade social. A razão comunicativa permite que o paradigma procedimentalista aproxime os variados horizontes de sentido que os singulares projetos de bem viver produzem, conectando subjetividades que, a princípio, nada possuíam de comum.

Ao contrário do direito formal burguês e do direito do Estado providência, o paradigma procedimentalista não pretende antecipar um ideal de sociedade e, com isso, também não colabora com a exclusão dos grupos sociais que não se adequarem àquele ideal. Além do mais, o paradigma procedimental do direito rompe a barreira entre formal e material porque, apesar de orientar suas preocupações no sentido dos procedimentos democráticos de formulação de consensos, respeita a ética do discurso e não coaduna com pretensões abusivas, autoritárias ou coercitivas. Neste contexto, o paradigma procedimental do direito possui sim um poderoso núcleo dogmático: apenas será considerada válida a normatividade que advier da livre participação e o do sincero engajamento dos cidadãos e dos grupos sociais na sua conformação:

O projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser meramente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. [...] Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a ideia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. (HABERMAS, 2011, 190)

O paradigma procedimentalista do direito está sujeito ao constante escrutínio público para que tenha sua normatividade avaliada, justificada e assim, legitimada por meio da participação da comunidade na interpretação das normas jurídicas. Em especial quando tratamos de direitos fundamentais, que incidem difusa e coletivamente sobre todos os cidadãos, o consenso normativo acerca do conteúdo desses

direitos é essencial para que se tenha a *legitimidade da legalidade*. Como requer o novo paradigma, o poder estatal e, em especial, as instituições especializadas em produzir o discurso jurídico deveriam possuir procedimentos permanentes e constantes de recepção das interpretações normativas produzidas nas esferas públicas, tanto para que possam fundamentar os seus próprios entendimentos, quanto para revisar ou anular alguma interpretação que destoe da consensos compartilhados estabelecidos de maneira coletiva e dialógica.

Isso porque, em se tratando de direitos fundamentais, de natureza principiológica, cuja abrangência jamais estará restrita ao caso concreto, tampouco seus efeitos se limitam a atingir apenas as partes específicas da relação jurídica *sob judice*, o seu conteúdo não pode estar previamente dado no texto legal em si e também não pode ser exclusivamente construído por especialistas, uma vez que parte dele é resultado de valores culturais, práticas sociais, idiosincrasias, enfim, a normatividade dos direitos fundamentais, para ser efetiva e legítima, deve ser capaz de dialogar com variados setores sociais e possibilitar a aproximação desses vários horizontes de sentido, compondo assim um consenso compartilhado de mútuo entendimento capaz de justificar a sua aplicação. Por certo que, em sociedades pluralistas como as nossas, a garantia de procedimentos democráticos de formação daquele consenso normativo é um pressuposto e o paradigma procedimentalista do direito procura justamente protegê-la:

O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflitos. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes. Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito – a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cutelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito –, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legisladora da opinião e da vontade necessitam certamente de um outro tipo de legitimação. O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas. (HABERMAS, 2011, 183)

Ora, mas como tenho defendido, ao lado da *legitimidade da legalidade*, há que se ter uma *legalidade da legitimidade* que possibilite àquela manifestar-se com toda a sua potência. Necessitamos criar ou resignificar ritos, procedimentos, instituições, institutos etc. para que funcionem como pontes capazes de ligar esferas públicas aos núcleos estatais de tomada de decisão, aqui compreendidos também os órgãos especializados em proferir o discurso jurídico. Tal necessidade se manifesta ainda mais preeminente se considerarmos as esferas públicas de formação da opinião e da vontade que estão mais afastadas dos núcleos de poder político decisório, ou seja, aqueles espaços sociais nos quais os atores excluídos ou que se encontram na periferia do sistema socioeconômico apresentam suas reivindicações, suas necessidades, seus interesses e constroem seus consensos.

Como tenho defendido, o instituto do *amicus curiae* pode ser e, em alguns casos, já o é, uma dessas ferramentas aptas a aproximar a periferia do sistema dos centros de interpretação e aplicação do discurso jurídico. Ou seja, por meio da participação direta dos cidadãos ou da sua representação democrática ou associativa, o instituto do *amicus curiae* permite que indivíduos ou grupos sociais distantes ou excluídos dos centros de discussão jurídica que, em nossas sociedades, são os tribunais estatais participem da formulação do consenso normativo, mesmo quando não estão diretamente vinculados ao caso concreto em juízo, nos termos da típica relação jurídica entre partes processuais.

Na prática significa dizer que, associações de classe, associações comunitárias, entidades representativas, lideranças populares etc. podem se habilitar num processo judicial tradicional, como *amigo da corte*, no qual se discuta um conflito envolvendo direito fundamental que, mesmo que naquele momento não lhes diga respeito – ou seja, ainda que não configurado o seu *interesse jurídico* –, o desfecho da demanda poderá por sobre eles repercutir. A habilitação do *amicus curiae* nesse processo de discussão, interpretação e aplicação da norma jurídica garantirá não só a sua fundamentação democrática, como também a antecipação quanto os eventuais riscos e efeitos colaterais que poderá gerar se não consideradas outras posições pluralistas. O *amicus curiae* é, neste contexto, uma manifestação da transição paradigmática pela qual

atravessa o direito e, ao mesmo tempo, um procedimento que possibilita a gênese democrática do discurso jurídico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Construímos a realidade circundante na qual vivemos por meio de nossa atividade hermenêutica. Ou seja, a partir do *deserto de sentidos do mundo empírico*, nós criamos a *ecologia de significados* que povoa e compõe justamente aquilo que conhecemos por *realidade* e que tantos autores conceituarão como *mundo da vida*. Os significados que vamos dando as coisas empíricas e aos fenômenos naturais e sociais, vazios de sentidos apriorísticos, são transmitidos de geração em geração, por meio da *linguagem*, até atingirem um nível tal de sistematização e de *consenso social* que lhes permite serem agrupados em *discursos* e em *conhecimentos*.

Acontece que esses *consensos* transmitidos pela *tradição* podem ser elevados à categoria de *Verdade*. Neste momento, aqueles *sentidos* que haviam sido construídos pela *condição hermenêutica de ser-no-mundo*, perdem sua *historicidade* e passam a ser considerados dogmaticamente como *fundamentos válidos em si*, ou seja, deixam de ser questionados e passam a ser silenciosamente reproduzidos pela comunidade – na forma de *categorias prévias de compreensão* ou, como prefere Gadamer, na forma de *pré-conceitos* – sem que essa reflita sobre a permanência ou não da validade de seus próprios *consensos*, *discursos* e *conhecimentos*.

Em alguma medida, o discurso jurídico passou por esse processo de *absolutização* e de *dogmatização* de seus fundamentos. Acostumamo-nos, enquanto comunidade linguística, a reproduzir os *consensos normativos* do direito, acreditando que a sua *validade* ou, com maior precisão, que a sua *legitimidade* poderia ser encontrada ora no próprio fenômeno jurídico, ora em manifestações metafísicas abstratas de caráter universal. Tal crença, naturalmente, atuou fortemente na configuração da prática e da teoria do direito ao longo de seu desenvolvimento histórico. As *formas jurídicas* que o direito assumiu, como diria Foucault, estão diretamente relacionadas com o fundamento que se concebe para o direito. Neste trabalho, restringi minhas análises às formas jurídicas assumidas pelo direito ao longo da modernidade e pude ali debater como o fenômeno jurídico assumiu, em primeiro, uma fundamentação de caráter metafísico – o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII – e, depois, uma fundamentação *ensimesmada*, ou seja, passível de ser encontrada no próprio discurso jurídico – o juspositivismo dos séculos XIX e XX.

Acontece que essas concepções pautadas por uma percepção de *Verdade* imanente a dotar de legitimidade o direito caíram por terra hodiernamente. Se vivemos

em sociedade complexas, cuja marca distintiva é o pluralismo – o pluralismo de maneiras de ver o mundo, o pluralismo de sentidos e de concepções individuais e coletivas de *bem-viver*, o pluralismo de identidades sociais culturalmente singulares e historicamente construídas – e se, atualmente, esforçamo-nos para reconhecer como *legítima* essa pluralidade, como poderíamos confiar em alguma validação apriorística das normas jurídicas? Dito de outra forma, nossas sociedade não nos permitem excluir, a priori, projetos de vida, identidades culturais, identidades sociais etc. sem que incorramos, ao mesmo tempo, em arbitrariedades e em autoritarismos. Se não há *Verdades absolutas e universais*, se não há qualquer *sentido imanente contido nas coisas do mundo*, também não podemos confiar que possuímos qualquer critério objetivo seguro o suficiente que nos permita aplicar normas genéricas e universalmente válidas e, automaticamente, colher dessa aplicação a tão desejada *justiça*.

Pude demonstrar como, ao longo da modernidade, a aplicação dogmática e cega de determinada normatividade jurídica, especialmente aquilo que passou à História como o *programa do esclarecimento* e que estava intimamente identificada com a forma de ver o mundo – os valores, as necessidades, os interesses etc. – de determinada classe social – a burguesia –, resultou muito mais em exclusão e violência – tanto material, quanto simbólica – do que em correção normativa e em justiça social. Isso porque, quando libertos da crença de que existem *verdades imanes nas coisas do mundo*, percebemos que por traz de toda verdade que se institui por meio do imbricado *sistema de produção da verdade* ou, de outra forma, quando assumimos determinado *consenso social* como *naturalmente válido*, podemos estar ocultando e silenciando um sem número de *outras verdades* e de *outros consensos*. Todos aqueles grupos sociais que estão excluídos das *instâncias sociais* em que as verdades e os consensos são produzidos acabam por serem subjugados por *verdades* e por *consensos* que não reconhecem como legítimos.

Afinal, como afirmei em certa altura do trabalho, aqueles que ficam alijados dos espaços onde as verdades sociais são produzidas estarão sempre à mercê e subjugados pelos senhores donos da(s) verdade(s), os proprietários desses espaços; este alarme vale também para a *normatividade jurídica*, para a prática e para a teoria do direito.

Emerge assim o problema que tangenciou todo o desenvolvimento do trabalho: se não há qualquer fundamentação que seja imediatamente válida para o direito e se aqueles que estão excluídos dos centros de deliberação pública acabarão

suportando os riscos e os efeitos colaterais negativos das decisões que dali vierem, como construir um discurso jurídico *legítimo* em sociedades complexas, *pós-convencionais*, nas quais os *marcos normativos das certezas* estão desfeitos ou desacreditados? Como construir um discurso jurídico *válido* em comunidades tão dispares sem incorrer na desintegração do próprio direito? A resposta para essas questões está na *gênese democrática do direito*.

A partir da percepção dos efeitos colaterais e dos graves danos que a inversão metonímica de se elevar *consensos normativos* socialmente bem identificados com determinada parcela social à categoria de *consensos normativos universais*, o discurso jurídico, para ser de fato *legítimo* e, porque não dizê-lo, *justo*, necessita estar em permanente estado de abertura à participação dos grupos sociais e, em especial, à participação dos grupos sociais excluídos ou que se encontram na periferia do sistema sócio-econômico.

Isso quer dizer que o processo de deliberação sobre o sentido de uma norma jurídica, em especial, das normas jurídicas referentes a direitos fundamentais, porque são o coração dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, necessita ser encarado como um processo público que também deve respeito ao princípio democrático – sustentáculo maior dos atuais Estados de Direito. Seja por meio da democracia representativa, como nos processos legislativos de construção de novos diplomas legais, seja por meio da democracia participativa, através de instâncias e procedimentos que possibilitem a participação de cidadãos e de grupos sociais no momento da definição do conteúdo e do alcance de determinada norma jurídica – como o é o *amicus curiae* –, o discurso jurídico tem a exigência de ser poroso e permeável o suficiente para que as diversas formas de bem-viver – os valores, os interesses, as necessidades etc. – possam estar de alguma maneira contempladas nos consensos jurídico-normativos que emergirão.

Tal exigência não pode ser satisfeita por um *paradigma do direito* que antecipe uma determinada *imagem social*, como o fizeram o *paradigma do direito formal burguês* e o *paradigma do Estado Providência ou de Bem-estar social*. Ao contrário, precisamos de um *direito procedimentalista* que não favoreça uma ideia específica de sociedade e que tampouco defina qual seria o caminho para atingi-la. Esse *direito procedimentalista* há de ter como pressuposto a sua construção através de processos políticos deliberativos e a prática da autodeterminação cidadã. O que caracteriza o *direito procedimentalista* é exatamente o zelo em garantir as condições necessárias para que os membros de dada sociedade possam se constituir enquanto uma

*comunidade jurídica*, atuando como intérpretes e como efetivadores das determinações legais e, em especial, dos direitos fundamentais positivados nas Constituições.

Com efeito, nas sociedades contemporâneas, pluralistas e complexas, a imagem de uma esfera absolutamente privada da vida se desfez; ao contrário do que se pensou no período do liberalismo clássico, hoje já não confiamos que possam existir direitos absolutamente individuais, descolados da realidade social que os circunda. De alguma maneira, as decisões referentes à interpretação e aplicação de determinada norma jurídica repercutem por toda a sociedade. Neste sentido, é imperativo que os grupos sociais e os cidadãos que estarão na *área de efeito* de uma norma jurídica possam intervir no debate acerca da real dimensão dessa norma. Afirmo ao longo do trabalho: todo aquele que irá suportar os efeitos de uma norma jurídica tem o direito de participar, como decorrência do princípio democrático e como uma extensão da condição de cidadão integrante da comunidade política, da interpretação dessa norma. Dirá Häberle que, a partir da *imagem social* de uma *comunidade aberta de intérpretes da constituição*, todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma é, direta ou indiretamente, também intérprete dessa norma.

Note-se que, com isso, não se quer dizer que as instâncias formais de produção do direito devam ser excluídas da interpretação da Constituição. Antes, o processo de interpretação constitucional deve estar pautado pela metodologia democrática, ainda quando ocorra no seio daquelas instituições especializadas em *dizer o direito*, com especial destaque para a jurisdição constitucional. Ou seja, *os espaços públicos de debate* precisam ser preferidos em relação às posições construídas exclusivamente pelo corpo de especialistas ou, melhor dizendo, a definição do conteúdo da Constituição, mesmo quando dada por um tribunal constitucional, deve ter como substrato o consenso resultante da ampla deliberação coletiva.

Isso porque hoje sabemos que as constituições não fundam apenas o Estado. As constituições constituem a própria comunidade. Por meio delas, os valores, os princípios, as idiosincrasias, as necessidades, os interesses etc. ou, em uma palavra, os *pré-conceitos* dos grupos sociais são refinados e condensados em normas jurídicas. Nas sociedades pós-convencionais – e no respectivo direito que dela emerge – a pluralidade de atores individuais e coletivos que sustentam dinâmicas e projetos de bem viver singulares – sem que possamos, contudo, excluir ou negar, a priori, validade a qualquer um deles – exige uma reflexão hermenêutica profunda que matize as variadas possibilidades de sentido de determinada norma jurídica a partir de um quadro de pré-



compreensões do intérprete e dos pré-conceitos socialmente vigentes, de um contexto histórico e cultural objetivo, dos limites e das possibilidades interpretativas do próprio texto legal e, principalmente, da interpenetração de todas essas variáveis, de tal forma que intérprete, texto e contexto fundam-se na solução normativa adequada em atenção ao desafio de se concretizar o ideal de justiça eleito difusamente por aquela comunidade.

Ora, essa tensão entre a necessidade que o discurso jurídico atualmente possui de ver sua construção, revisão, aplicação ou, em uma palavra, sua interpretação ser promovida por meio de processos abertos à participação da sociedade, esse imperativo do direito por uma gênese democrática como condição de legitimidade e, ao mesmo tempo, entre o fato do discurso jurídico atuar, concreta e coercitivamente, por meio de sua *legalidade*, como regulador da vida social – ainda quando não apoiado em consensos legítimos, ou seja, ainda quando a aplicação e a interpretação do direito partam de pré-conceitos autoritários, muitas vezes fruto da *pseudocomunicação* e transmitidos sem uma reflexão adequada pela tradição – é aquilo que Habermas vai chamar como *tensão interna entre facticidade e validade*. Segundo o autor, essa tensão é constitutiva do fenômeno jurídico: ao mesmo tempo que a normatividade do direito se impõe “quer queiramos ou não”, por assim dizer, ela pede uma fundamentação democrática que a valide e legitime.

Por certo então que essa *validade* do direito necessita estar *fática e legalmente* regulamentada para que possa se manifestar. Isso quer dizer que a legitimidade do discurso jurídico pressupõe canais institucionais de participação por onde possa fluir a comunicação e o debate públicos de estabelecimento do conteúdo das normas jurídicas. Sem institutos, instituições, normas, ritos e procedimentos que funcionem como pontes de ligação entre os centros oficiais de tomada de decisão jurídico-normativa e os atores sociais, especialmente no que diz respeito aos atores sociais localizados na periferia do sistema sócio-econômico, não é possível construirmos um direito válido. Em resumo, a *validade/legitimidade* do direito requer uma *facticidade/legalidade* que a potencialize e a materialize.

Neste trabalho, defendi que o instituto do *amicus curiae* é parte dessa *legalidade da legitimidade*, pois permite a participação jurisdicional de grupos sociais e de cidadãos em processos judiciais dos quais não fazem parte como *partes processuais* – porque não detém o *interesse jurídico* da forma como o conhecemos – mas que ainda assim podem se habilitar no processo como um terceiro que necessita de alguma

maneira influenciar a decisão porque será por ela afetada, mesmo que de forma mediata. O seu interesse, como defendi, pode ser político, pode ser social e pode mesmo ser ideológico, e tal direito de participação não tem natureza jurídica de direito processual, tal qual a natureza jurídica de institutos similares, como o assistente e o perito judiciais, mas sim é uma decorrência do *princípio democrático* positivado, entre nós no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, ou seja, a natureza jurídica do *amicus curiae* é de *direito fundamental constitucional*.

O *amicus curiae* possibilita a manifestação dos *pré-conceitos* normativos, transmitidos pela tradição, latentes no seio do discurso jurídico que, uma vez postos no plano da linguagem, podem ser avaliados se correspondem a pré-conceitos legítimos ou se, ao contrário, tratam-se de manifestações taciturnas de consensos criados a partir da coação. Ainda, devemos entender como essa participação, mais do que servir à legitimação do Estado, reverte-se em benefício dos próprios cidadãos, porque estes se *engajam* na defesa dos seus próprios interesses e, desta forma, *experimentam* a democracia.

Ainda, o *amicus curiae*, enquanto participação efetiva dos concretamente afetados por determinada aplicação normativa ou tomada de decisão jurídica que altere as condições da vida material da comunidade, responde, em primeiro lugar, à necessidade de validação ética da própria decisão normativa. Em segundo lugar, possibilita a validação dos interesses ou das necessidades reais dos afetados pela norma, afinal, não há ninguém melhor do que os próprios envolvidos para deliberarem sobre suas necessidades reais e problemas concretos. Em terceiro, o *amicus curiae* permite a validação do conhecimento para além do saber dos especialistas, pois os afetados pela decisão estão mais bem posicionados para prever os riscos, as consequências e os efeitos colaterais da aplicação da norma ou da decisão jurídica.

Assim, a prática do *amicus curiae*, parece-me, é um dos momentos ou dos movimentos da *transição paradigmática* do direito rumo a um *direito procedimentalista* e *democrático*, porque tanto pode contribuir para a identificação de comunicações distorcidas e viciadas pela coerção e pelo autoritarismo – o que Habermas vai chamar de *pseudocomunicação* –, quanto possibilitar que os grupos de interesse e os concernidos participem dos espaços público-jurídicos de debate e de tomada de decisão, o que lhes possibilitaria a inserção de elementos pré-conceituais condizentes à sua própria forma de vida e ao seu ideal de vida boa; a participação comunicativamente ativa dos afetados e dos interessados por decisões judiciais no momento de sua produção também aumenta

a chance de que o sentido que terá sido dado à aplicação normativa do direito naquele caso produzirá menos efeitos negativos ou que, se os produzirem, que possam ser mais rapidamente constatados e corrigidos.

Uma sociedade complexa, que se pretende, tal qual disposto na Carta Constitucional de 1988, livre, justa e solidária, deve zelar pela abertura democrática de suas instituições de tal forma que o espaço público de debate seja acessível aos cidadãos que, ademais, serão os “próprios afetados” pelo discurso público. Aspectos como democracia e transparência se estendem, cada vez mais, às instituições jurídicas. Devemos, pois, enquanto juristas, refletir, promover e aplicar os institutos que permitam e favoreçam a porosidade da decisão judicial às reivindicações coletivas. O discurso jurídico está em permanente estado de abertura e de disputa social. Aqueles que são alinhados à faceta emancipatória do direito e que veem nele não apenas um instrumento de imposição de consensos autoritários, mas também uma poderosa ferramenta *racional* de construção de *consensos normativos válidos*, concordarão que também é tarefa hodierna dos tribunais, numa perspectiva libertadora, favorecer espaços públicos de debate e sedimentação de sentidos nos quais os pré-conceitos ilegítimos sejam negados e os consensos compartilhados afirmados. Confio, portanto, que o *amicus curiae* possa contribuir naquela tarefa, na medida em que permite à sociedade civil organizada e aos grupos sociais integrarem-se, de forma efetiva, à comunidade de intérpretes da Constituição.

Afinal, quando tratamos das *veredas* e dos *sertões jurídicos*, é importante sempre lembrar que não podemos contar com *verdades imanes* ou *sentidos acabados*, porque no discurso jurídico, ao lado do *direito*, pode estar inserido também o *torto*, o *não-direito*. Apenas a atenção constante e a possibilidade de ampla participação social são capazes de manter o discurso jurídico atento aos desvios, aos efeitos colaterais nocivos, às iniquidades ou às *dissonâncias* que pode ele mesmo gerar. Afinal, concordo com a sabedoria do jagunço Riobaldo:

(...) o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas [e as instituições e toda a normatividade jurídica] não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam. Verdade maior. (ROSA, 2001, 39)

Por fim, gostaria de compartilhar uma última reflexão. Se a condição dos seres humanos é a condição hermenêutica, ou seja, se nós edificamos o mundo em que

habitamos por meio de nossa atividade interpretativa e se fora desse *universo de sentidos* por nós construídos nada existe ou, ao menos, existe apenas o *deserto das coisas empíricas vazias de significados*, participar dessa *interpretação do mundo* é uma *condição existencial, ontológica*, do próprio *ser-no-mundo*; participar da interpretação dos sentidos do mundo é se impor, se manifestar, se atualizar ou, sinteticamente, *participar é ser humano no mundo*. Não por outra razão, esclarece Dussel:

Ontologicamente o ser humano é física e cerebralmente uma coisa real singular, cuja organização metabólica e anatômica vai até o limite de sua pele, a membrana que delimita o dentro e o fora do vivente. Como todo ente vivo, se situa em um lugar e em um tempo físico preciso, que não pode ocupar nenhum outro corpo físico real. Neste nível ingênuo da realidade cósmica do ser humano, o singular está, contudo, em relação com outras coisas reais (desde o universo físico, a Terra como o planeta em que se vive, pedras, árvores, animais e outros seres humanos igualmente reais fisicamente). O ser humano, dando um passo além, se relaciona com todas essas coisas de maneira muito distinta de como fazem os demais seres. Em razão do desenvolvimento cerebral de sua subjetividade, o ser humano é a única coisa que tem *mundo* (ao menos no sentido heideggeriano), mas, ainda, que tem intersubjetividade muito mais desenvolvida que todo o restante dos animais superiores. Por outro lado, o mundo intersubjetivo humano constitui um todo de relações intersubjetivas e reais que pressupõem uma comunidade. Ou seja, o ser humano singular nasce inevitavelmente e cresce culturalmente dentro de uma comunidade. A relação atual de cada singular com o todo comunitário é um momento constitutivo *a priori* de sua própria subjetividade. Pela linguagem singular mantém sua comunicação dentro desse horizonte. A *participação* indica a atualidade de todas as práticas humanas nas quais se coloca como “parte” desse “todo”. A *participação* é uma *práxis* comunicativa; é um colocar-se em comunicação com os outros. A *participação* então é o primeiro momento relacional real do ser humano singular em sua comunidade e a constitui como tal. [...] Repetindo: *ser-parte* efetiva do todo é participar, momento substantivo do ser humano como humano, como comunitário e histórico, cultura e político.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Este texto foi consultado ainda em sua versão de manuscrito, no prelo, em razão de contato direto com orientandos do filósofo Enrique Dussel. A tradução foi feita livremente neste trabalho, para fins acadêmicos. Segue a versão original, em espanhol: “Ontológicamente el ser humano es física e cerebralmente una cosa real singular, cuya organización metabólica o anatómica llega hasta el límite de su piel, la membrana que delimita el dentro y el fuera del viviente. Como todo ente vivo se sitúa en un lugar y en un tiempo físico preciso, que no puede ocupar ningún otro cuerpo físico real. En este nivel ingenuo de la realidad cósmica del ser humano el singular está sin embargo en relación con otras cosas reales (desde el universo físico, la Tierra como el planeta donde vive, piedras, árboles, animales y otros seres humanos igualmente físicamente reales). El ser humano, dando un paso más, se relaciona con todas esas cosas de manera muy distinta a como lo hacen todos los demás seres. Por el desarrollo cerebral de su subjetividad, el ser humano es la única cosa que tiene *mundo* (al menos en el sentido heideggeriano), pero, además, que tiene intersubjetividad mucha más desarrollada que todos los restantes animales superiores. Por otra parte, el mundo intersubjetivo humano constituye un todo de relaciones intersubjetivas y reales que presupone una comunidad. Es decir, el ser humano singular nace inevitablemente y crece culturalmente dentro de una comunidad. La relación actual de cada singular con el todo comunitario es un momento constitutivo *a priori* de su propia subjetividad. Por la lenguaje el singular mantiene su comunicación dentro de ese horizonte. La *participación* indica la actualidad de todas las prácticas humanas en la que se pone como ‘parte’ de dicho ‘todo’. La participación es una praxis comunicativa; es un ponerse en comunicación con los otros. La *participación* entonces es el primer momento relacional real del singular humano en su comunidad y la constituye como tal. [...]”

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. **Introdução à sociologia**. Tradução Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Editora Saraiva, 5ª edição, São Paulo, 2003.

BENHABIB, Seyla. Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jurgen Habermas. In C. Calhoun (org.) **Habermas and the Public Space**. Cambridge: MIT PRESS. Tradução Marcia Nina Bernardes, para fins acadêmicos.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **Coisas Ditas**. São Paulo: Brasiliense, 1990.

\_\_\_\_\_. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz (trad. português de Portugal). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

\_\_\_\_\_. **Questões de sociologia**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983

BRONSTRUP, Felipe Bauer. O requisito da representatividade no *amicus curiae* e a participação do particular no debate judicial. In: **Revista de Processo**. Vol. 207, Maio, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático***. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BURGOS, Marcelo; SALLES, Paula Martins; VIANNA, Luiz Werneck. Dezessete anos de judicialização da política. In: **Tempo Social**. Volume 19. Número 2. 2007, pp. 39-85.

CABRAL, Antônio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do *amicus curiae*, um terceiro especial. In: **Revista de Processo**. Ano 29. Número 117. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 9-42.

CAEIRO, Alberto. **O guardador de rebanhos**. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/dowRevinload/texto/pe000001.pdf>

CALMON DE PASSO, José Joaquim. Democracia, participação e processo. In:

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

---

Repitiendo: *ser-parte* efectiva del todo es *participar*, momento sustantivo del ser humano como humano, como comunitario e histórico, cultural, político.” DUSSEL, Enrique. Democracia participativa. In: **Política de la Libertación**: La crítica participativa. vol. III. No prelo. [grifo nosso]

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)Certeza do Direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça**: elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método**. Tese de doutoramento. Brasília: UnB, março de 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

CAMBI, Eduardo; DAMASCENO, Ricardo. *Amicus Curiae* e o processo coletivo: uma proposta democrática. *In: Revista de Processo*, v. 36, n. 192, fev. 2011.

CORREAS, Óscar. **Introdução a Sociologia Jurídica**. Trad. Carlos Souza Coelho. 1 ed. Porto Alegre: Critica Jurídica-Sociedade em formação, 1996.

DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: conferências de Frankfurt. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. **20 Teses de política**. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. Trad. Rodrigo Rodrigues.

\_\_\_\_\_. **Política de la liberación**: arquitectónica. Vol. II. Madrid: Trotta, 2009. p. 244

\_\_\_\_\_. Democracia participativa. **Política de la Libertación**: La crítica participativa. vol. III. No prelo.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **A ideologia alemã**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

\_\_\_\_\_. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

\_\_\_\_\_. **Textos I**. São Paulo: Edições Sociais, 1977.

FALCÃO, Joaquim. **O Judiciário segundo os brasileiros**. Disponível em: <http://goo.gl/Rjbwyj>. Acesso em 07/11/13.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Constituição Brasileira e Modelo de Estado: Hibridismo Ideológico e Condicionantes Históricas. *In: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. Volume 17. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

\_\_\_\_\_. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *In: Revista USP*. Número 21, 1994.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 20 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

\_\_\_\_\_. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do poder.** Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979. p. 12.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 4ª edição. Petrópolis: Vozes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Método II:** complementos e índice. Tradução Enio Paulo Giachini. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios.** Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo.** Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Dialética e Hermêutica.** Tradução Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Volume II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasiliense, 2011.

HESPANHA, António M. **A história do direito na história social.** Lisboa: Livros Horizonte, 1977.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Manual de Derecho Constitucional.** Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madri, 1996.

HEKMAN, S. J. O debate Gadamer-Habermas. In: HEKMAN, S. J. **Hermenêutica e sociologia do conhecimento.** Lisboa: Edições 70, 1986.

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: o que é esclarecimento?) KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é esclarecimento?** Tradução Luiz Paulo Rouanet. Brasília: Casa das Musas, 1783.

KHUN, Thomaz. **A estrutura das revoluções científicas.** São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

KOSÍK, Karel. **Dialética do Concreto.** São Paulo: Paz e Terra, 1995.

KUNDERA, **Risíveis Amores**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEFORT, Claude. **Pensando o Político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Trad. Eliana M. Souza. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

LUHMANN, Niklas. A Constituição como Aquisição Evolutiva. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. (La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). *et alli. Il Futuro Della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

MAMARI FILHO, Luíz Sérgio Soares. **A Comunidade aberta de Intérpretes da Constituição**: o *amicus curiae* como estratégia de democratização da busca do significado das normas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Volume 11, Número 30. São Paulo: 1996.

MARX. K. **A acumulação primitiva do capital**. Trad.: Alberto Saraiva. Porto: Publicações Escorpião, 1974.

\_\_\_\_\_. **Contribuição para a Crítica da Economia Política**. Trad. Edgar Malagodi. Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. [Edição original, 1859]

\_\_\_\_\_. **O 18 Brumário de Luís Bonaparte**. Disponível em: [http://neppec.fe.ufg.br/uploads/4/original\\_brumario.pdf](http://neppec.fe.ufg.br/uploads/4/original_brumario.pdf). Acesso em: 24/09/2013

\_\_\_\_\_. **Sobre a questão judaica**. Trad. Nélio Schneider, Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010.

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. **Amicus Curiae**: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MEDINA, Damares. **Amigo da Corte ou amigo da parte?** *Amicus Curiae* no Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2008.

MENDES, Gilmar. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. In: Revista Jurídica Virtual. Brasília, vol. 2, n. 13, junho de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_14/direitos\\_fund.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm)

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEGRU, Teodor. **O debate entre Gadamer e Habermas e a Universalidade da Hermenêutica**. Disponível em:



[http://www.academia.edu/406539/Negru T. O debate entre Gadamer e Habermas e a universalidade da hermenêutica](http://www.academia.edu/406539/Negru_T._O_debate_entre_Gadamer_e_Habermas_e_a_universalidade_da_hermeneutica). Acessado em 07/07/13.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política: o STG e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil**. Editora FGV, 2011.

RAMBERG, B.; GJESDAK, K. Hermeneutics. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2005. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/hermeneutics/>

ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. v.1. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

\_\_\_\_\_. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 65, maio, 2003: 3-76.

SETTON, Maria da Graça Jacintho. A teoria do *habitus* em Pierre Bourdieu: uma leitura contemporânea. In: **Revista Brasileira de Educação**. Maio/Jun/Jul/Ago 2002 n. 20.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Jessé. A Modernização Seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Editora Universidade de Brasília, Brasília.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luís Alberto. **Saber crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas**. In: *Revista Busca Legis*, n. 5, jun, 1982.

ZANELA, Diego Carlos. *A ética comunicativo-discursiva de Jürgen Habermas*. In: *Thaumazein*, Ano V, Número 10, Santa Maria (Dezembro de 2012), pp. 131-149.