

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/09/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32308-grande-sert-o-jur-dico-reflex-es-sobre-o-direito-moderno-desde-enrique-dussel>

Autore: Igor Lima Goettenauer de Oliveira

## **Grande sertão jurídico: reflexões sobre o direito moderno desde Enrique Dussel**

**GRANDE SERTÃO JURÍDICO: REFLEXÕES SOBRE O DIREITO MODERNO DESDE  
ENRIQUE DUSSEL**

*Igor Lima Goettenauer de Oliveira*

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO: O ‘PROBLEMA DO DIREITO’; 1 DA NATUREZA DO DIREITO E DO CARÁTER BURGUEZ DO SISTEMA MODERNO DO DIREITO; 2 UM DIREITO CÊNICO PARA UM MITO CÍNICO: A *POTESTAS* COMO MÁSCARA E VIOLÊNCIA; 3 DO CONSENSO AO DISSENSO: A ENTROPIA DAS INSTITUIÇÕES; 4 O DILEMA DO FUTURO: POR UMA OPÇÃO ÉTICA, POLÍTICA E EPISTEMOLÓGICA; CONCLUSÃO: PARA UM SISTEMA DO DIREITO EFICAZ PORQUE LEGÍTIMO E LEGÍTIMO PORQUE PARTICIPATIVO.

**INTRODUÇÃO: O ‘PROBLEMA’ DO DIREITO**

O que é Direito. O professor Roberto Lyra Filho, um dos mais pertinentes juristas brasileiros escreveu, em 1982, instigante opúsculo, cujo título, agora repetido logo no início deste trabalho, poderia soar ganancioso para alguém outro estudioso que desconhecesse as ideias e o estilo provocativo do catedrático.

Afinal, o fenômeno jurídico, o que se tem chamado por direito, assume tantas e tão variadas racionalidades e roupagens que em um único livro, modesto no tamanho, não poderia reduzi-las todas numa única sua definição. Ademais, jamais haja sido essa a intenção do citado mestre.

Ora, talvez uma das primeiras coisas que se sinta ao metermo-nos a desbravar sertão e veredas jurídicas, de forma intelectualmente consequente, seja também esta angústia compartilhada pelo jagunço Riobaldo, personagem do romance de Guimarães Rosa – “Sertão: estes teus vazios.”<sup>1</sup>. 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 que definir o *ser* do direito é tarefa quase sísifca. Pode parecer-nos que o fenômeno jurídico algo como que sem tempo e sem lugar.

---

<sup>1</sup> ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 47.

Por isso a perplexidade inicial com o título de Lyra Filho. Mas ele logo nos explica “que *nada* é, num sentido perfeito e acabado; que *tudo* é, *sendo*.”<sup>2</sup> Riobaldo, sertanejo tihoso de Guimarães Rosa diz-nos: “o real não está na saída nem chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia.”<sup>3</sup> Contudo, aqui deve-se apagar dúvidas: não se quer dizer que o direito seja algo para além da compreensão humana. Não poderia sê-lo, vez que o direito é, obviamente, uma criação do próprio gênio humano.

Antes, Lyra Filho buscou apresentar o direito enquanto um fenômeno mutável, construído no passo da história em constante interação dialética com os diversos *campos* que arquitetam a realidade. Ou seja, o fenômeno jurídico não pode ser tido como algo bastado em si mesmo, não se pode encará-lo tal qual uma caixa hermética de normas auto-referenciáveis e prontas.

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 a arquitetura.

Portanto, ao proceder da maneira como poderia aparentar ser a mais curta e objetiva, aquela onde se tira uma foto do fenômeno que se quer entender – pretensamente capturando sua totalidade, sua entidade distinta e bem discriminada – não estamos verdadeiramente capturando 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

---

<sup>2</sup> LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 12.

<sup>3</sup> ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 80.

quando analisamos o direito enquanto constante movimento dinâmico de *ser* e também de *dever*, de vir a ser, é que lhe podemos identificar as constâncias. E tudo o que se move, move-se porque se relaciona.

Seguimos no traçado do professor Lyra filho: as coisas não são dadas prontas e acabadas *a priori*; não se conhece algo se tomado *em si* mesmo, não há essência ideal nem “cabide metafísico, em que penduram a realidade dos fenômenos naturais e sociais.”<sup>4</sup>.

Dizemos isso por dois motivos: primeiro, porque queremos entender o direito tal qual ele *está*, dito de outra forma, queremos apreender o direito em sua *condição* histórica que, de toda a sorte, foi construída equilibrada na tensão dialética entre ação e reflexão dos seres humanos travando relações sociais reais voltados para a satisfação de suas necessidades – materiais, sociais, políticas, culturais, existenciais, eróticas, estéticas etc. – sendo essas também variáveis a depender o momento histórico.

Em segundo lugar, porque queremos do direito sua verdadeira anatomia. Queremos dissecar-lhe as entranhas para expor-lhe sua ossatura e seus órgãos. Pretendemos apreender e compreender os limites e possibilidades do fenômeno jurídico tal qual *está sendo* e também tal qual *poderia* ser porque temos para com ele *intencionalidade política*. Estamos em buscas da correta definição material – do *conteúdo* – daquilo que compõe o direito para atingir êxito na tarefa que a ele dedicamos<sup>5</sup>: funcionar como instrumento *emancipatório*, como “*práxis* de libertação”<sup>6</sup> capaz de auxiliar os seres humanos em sua luta contra a subjugação. Neste trabalho, desejamos elencar elementos que constituam o *jurídico* em sua relação com outros âmbitos e aspectos da realidade.

---

<sup>4</sup> LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006 p. 12.

<sup>5</sup> “[...] 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, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 65, maio, 2003: 3-76..p. 8.

<sup>6</sup> “A *práxis* indica a atualidade do sujeito no mundo; [...]. Mas a *práxis* de libertação põe em questão as estruturas hegemônicas do sistema político. [...].

Todo sujeito ao transformar-se em ator, ainda mais quando é um movimento ou povo em ação, é o motor, a força, o poder que *faz história*. Quando é uma ‘atividade crítico-prática’ esta será denominada *práxis de libertação* [...]. Essa *práxis* tem dois momentos: uma luta *negativa*, desconstrutiva contra o dado [...], e um momento *positivo* de saída, de construção do novo [...].” DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. Trad. Rodrigo Rodrigues.p. 115-116.

Mas, para tanto, não devemos tratar o direito enquanto ser abstrato universal e atemporal tal qual fosse alguma entidade mitológica. Para que tenhamos parâmetros reais capazes de nos indicar uma concepção do fenômeno jurídico consequente, determos-nos na forma jurídica que lentamente foi sendo constituída ao longo do quadrante que nos cabe na História: o direito da Modernidade<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Pode-se chamar de Modernidade o paradigma sócio-cultural que emergiu no Ocidente a partir dos séculos XVI e XVII. Segundo Boaventura de Sousa Santos, o paradigma moderno constrói-se na tensão dinâmica entre regulação social e emancipação social. Daí resulta a experiência paradoxal da vida moderna. 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. p. 15. Nestes tempos tão contraditórios, as promessas de alegria, poder, autotransformação e transformação, crescimento e conhecimento, nascidas do ventre das revoluções burguesas, gozam de pouco tempo de liberdade antes de serem entubadas, quantificadas, classificadas, segmentadas, exumadas, clonadas e, finalmente, embaladas para presente, disponível tanto numa loja virtual hospedada em um servidor da Ucrânia, quanto no camelódromo de Ceilândia, cidade-satélite do Distrito Federal, Brasil. Os seres humanos, libertos do obscuro e místico feudalismo pelas mãos da ciência, agora padecem daquela cegueira branca e densa, como “um mar de leite” ao qual eludiu José Saramago (SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 13), causada justamente pelo brilho excessivo das *Luzes* e pela textura concreta do progresso econômico. A consciência moderna é trágica: as potencialidades humanas foram descobertas como virtualmente ilimitadas, porém a ação humana é materialmente delimitada por uma lógica sísifca que, após instituir-se por meio da transformação, batalha cotidianamente pela manutenção. Cria-se um ambiente de angústia onde a racionalidade humana clama constantemente pelo fim da irracionalidade do mundo. Boaventura sintetiza a experiência ambígua de ventura e desventura contida na modernidade à “vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a de bloqueamento.[...] Os excessos de indeterminismo residem na desestabilização das expectativas. A eventualidade de catástrofes pessoais e coletivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e descontinuidades na vida e nos projectos de vida é correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência destes excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se misturam em combinações violentas.” 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.p. 41. O incessante dinamismo contraditório entre excessos e carências deve-se sobretudo às características do processo histórico que culminou na organização burguesa da sociedade contemporânea. A ascensão da burguesia enquanto classe dominante funda-se na constante revolução que impôs às relações de produção. Karl Marx foi quem melhor observou a natureza de tal revolução: “A burguesia não pode existir sem revolucionar continuamente os instrumentos de produção e, por conseguinte, as relações de produção [...] A contínua revolução da produção, o abalo constante de todas as condições sociais, a incerteza e a agitação eternas distinguem a época burguesa de todas as precedentes. [...] Tudo o que é sólido e estável se volatiliza, tudo o que é sagrado é profano, e os homens são finalmente obrigados a encarar com sobriedade e sem ilusões sua posição na vida, suas relações recíprocas.” ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 48

## 1 DA NATUREZA DO DIREITO E DO CARÁTER BURGUESES DO SISTEMA MODERNO DO DIREITO<sup>8</sup>

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<sup>9</sup>.

Essa estratégia articulou-se em grande parte ao redor de determinado discurso jurídico pela burguesia apropriado<sup>10</sup>. Contudo, a ele deu duas racionalidades distintas, cada qual vinculada à utilidade que o direito poderia ter em relação à necessidade do momento que se apresentava. Enquanto ainda não possuía a hegemonia<sup>11</sup> político-social, o direito foi-lhe útil para deslegitimar o poder aristocrático, principalmente através de um discurso jurídico que invocava fundamentos para além da ordem feudal: o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII.

---

<sup>8</sup> Não é o objetivo desse trabalho efetuar uma detalhada diferenciação entre ‘direito’ e ‘sistema jurídico’ ou ‘sistema do direito’. Para a compreensão, basta-nos dizer que ‘direito’ para nós é o fenômeno jurídico que acompanhou historicamente todas as sociedades que conhecemos, enquanto que ‘sistema jurídico’ é a materialização desse fenômeno em instituição empiricamente constatável e específica àquela formação social. Em última instância, a distinção só é importante para estudos que atravessem várias sociedades e vários períodos históricos diferentes. Na mesma sociedade, se considerado o mesmo contexto histórico, direito e sistema jurídico equivalem-se. Aqui, usaremos todas as expressões invariavelmente como sinônimas. Quando a exata diferenciação se fizer necessária a faremos no próprio texto.

<sup>9</sup> “[...] 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 cientificação da sociedade, o *ersatz* que mais se aproximava – pelo menos no momento – da plena cientificação 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 cientificação 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, 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. p. 120.

<sup>10</sup> Trata-se da recepção do direito romano, iniciada na Universidade de Bolonha, em finais do século XI, como explica Boaventura de Sousa Santos. Sobre o tema, diz o autor: “Na origem dessa nova constelação jurídica esteve o ‘direito erudito’ e a racionalização da vida social que ele propunha. A recepção do direito romano convinha aos projectos emancipatórios da classe nascente [burguesia], já que desenvolvia uma forma de regulação jurídica que reforçava os seus interesses numa sociedade que ela não dominava, nem política nem ideologicamente.” Id., **Para um novo senso comum**: p. 120-124.

<sup>11</sup> “[...] Na pegada de Marx e de Gramsci, a teoria crítica sempre entendeu 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.” Id., **Para um novo senso comum**: p. 34.

Ao completar suas revoluções e tornar-se dominante, 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) da ordem burguesa – capitalista, portanto<sup>12</sup>.

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 direito burguês<sup>13</sup>. Foi Karl Marx quem apreendeu o mecanismo reflexivo entre a racionalidade do discurso hegemônico em determinado período histórico e a classe hegemônica do mesmo período. Em conhecida síntese, K. Marx afirma:

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<sup>14</sup>.

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 (i.e., o idealismo), assumindo posição *escolástica* sobre o tema.

---

<sup>12</sup> Merecem aqui espaço as irônicas e precisas palavras de Roberto Lyra Filho sobre a alternância de racionalidade no discurso jurídico defendido pela burguesia em sua trajetória histórica: “[...] 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 supraleais) em arrote social de pança cheia (não admitindo a existência de Direito senão em suas leis).” LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 26.

<sup>13</sup> Boaventura de Sousa Santos afirma que o caráter monolítico, globalizante e genérico da ciência e do direito contemporâneos acaba por produzir uma espécie de silêncio, resultante da destruição de saberes que não coincidem com os interesses dominantes. Assim, “não 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, 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. p. 30.

<sup>14</sup> ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **A ideologia alemã**. São Paulo: Expressão Popular, 2009. p. 67.

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.

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 [...].<sup>15</sup>

Assim, o conceito de *sistema simbólico* aqui apresentado é aquele trabalhado por Pierre Bourdieu: os “sistemas simbólicos” – tal qual a arte, a religião e a língua – são “instrumentos de conhecimento e comunicação” que gozam do poder 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*:<sup>16</sup>

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’.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Adiante, o pensador alemão sentencia: “Os filósofos não fizeram mais que **interpretar** o mundo de forma diferente; trata-se porém de **modifica-lo**.” MARX, Karl. Teses sobre Feuerbach. ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **Textos I**. São Paulo: Edições Sociais, 1977. p. 118-120.

<sup>16</sup> BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz (trad. português de Portugal). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 7-9.

<sup>17</sup> Id., **O Poder Simbólico**. p.9-10.



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*).<sup>18</sup>

O capital econômico acumulado pela classe economicamente hegemônica fornece-lhe os meios materiais necessários à imposição de sua *espiritualidade*; seu modo de vida – princípios, valores, vícios –, de sua arte, de sua língua, de sua religião; e de *seu* direito.<sup>19</sup>

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, fundador 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 encontre a aparência de um fundamento na realidade: não é em qualquer região do espaço social que emergem os princípios práticos

---

<sup>18</sup> BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz (trad. português de Portugal). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 10. O autor diz mais sobre a dissimulação das contradições imposta à sociedade através dos sistemas simbólicos: “Os sistemas simbólicos devem a sua força ao facto de as relações de força que neles se exprimem só se manifestarem neles em forma irreconhecível de relações de sentido (deslocação).” Id., **O Poder Simbólico**. p. 14.

<sup>19</sup> Ainda sobre o tema, convém transcrever pedagógica síntese em que o autor desnuda o mecanismo que permite ao *capital econômico* hegemônico tornar-se também *capital cultural* hegemônico: “[...] não basta notar que as relações de comunicação são, de modo inseparável, sempre, relações de poder que dependem, na forma e no conteúdo, do poder material ou simbólico acumulado pelos agentes (ou pelas instituições) envolvidos nessas relações [...]. São enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que os ‘sistemas simbólicos’ cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre a outra (violência simbólica) dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo assim, segundo a expressão de Weber, para a ‘domesticação dos dominados’”. Id., **O Poder Simbólico**. p. 11.

ou as reivindicações éticas submetidas pelos juristas à formalização e à generalização.<sup>20</sup>

Percebe-se então que à luta de classes econômica travada objetivamente na sociedade corresponde esta outra 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<sup>21</sup>.

Mas não se deve tomar as coisas de forma simplista. 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 o que, sabemos, não é verdade e que não haveria possibilidades de mudá-la, ou mesmo influenciá-la, sem ter primeiramente a benesse do capital econômico. Ser-nos-iam, portanto, incompreensíveis fenômenos como o *funk* dos morros cariocas que conquistaram parcelas significativas das classes e grupos hegemônicos, ou mesmo a construção e o aperfeiçoamento de institutos e instituições jurídicas, como a regulação da jornada de trabalho e o próprio direito do trabalho como um todo.

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 que foi também bem compreendido, além de P. Bourdieu, pelo jurista mexicano Óscar Correas<sup>22</sup>. Contudo, enquanto classe dominante, esta é capaz de mascarar, dissimular, *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

---

<sup>20</sup> BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz (trad. português de Portugal). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 247.

<sup>21</sup> Id., **O Poder Simbólico**. p. 11.

<sup>22</sup> “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, Óscar. **Introdução a Sociologia Jurídica**. Trad. Carlos Souza Coelho. 1 ed. Porto Alegre: Critica Jurídica-Sociedade em formação, 1996. p. 110.

“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.<sup>23</sup>

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.<sup>24</sup> Mas, tão logo ela 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.

## 2 UM DIREITO CÊNICO PARA UM MITO CÍNICO: A *POTESTAS* COMO MÁSCARA E VIOLÊNCIA

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* bastante para instituir uma nova ordem social feita a sua imagem e

---

<sup>23</sup> BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz (trad. português de Portugal). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.p. 237.

<sup>24</sup> “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, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.p. 48.

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*”<sup>25</sup>. 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<sup>26</sup>, 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 [...]<sup>27</sup>.

Ora, parece-nos 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<sup>28</sup>.

De acordo com E. Dussel, o *sistema de direito* ocupa mesmo o momento central do “sistema de legitimidade política”<sup>29</sup>. Ainda seguindo os passos do autor, ele explicita-nos a gênese do direito enquanto *potestas* desde a *potentia*, senão vejamos:

---

<sup>25</sup> DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. Trad. Rodrigo Rodrigues. p. 25 e ss..

<sup>26</sup> Id., **20 Teses de política**. p. 25-26.

<sup>27</sup> Id., **20 Teses de política**. p. 31.

<sup>28</sup> Paolo Grossi, italiano e iminente historiador do direito, ao analisar o fenômeno jurídico de maneira diacrônica, percebeu nitidamente a função estratégica que este cumpriu na trajetória burguesa em busca do poder político: “Aquilo 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, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 92.

<sup>29</sup> DUSSEL, op. cit., p. 68.

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 positivar 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).<sup>30</sup>

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” como diria o poeta Brecht. Quanto às promessas feitas pela Modernidade, hoje podemos ver que se tratavam de falácias<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. Trad. Rodrigo Rodrigues. p. 69-70.

<sup>31</sup> “[...] 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, 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. p. 23-24.

Mais do que apenas falaciosa, a Modernidade apresenta-se como as *duas faces de Janus*: reproduz o discurso da plena racionalização – através da ciência, ou melhor, do que *considera* como ciência – do mundo da vida contra quaisquer explicações místicas – leia-se: não científicas ou não produzidas conforme o que se considerou como científico; mas, do outro lado, programa a violência irracional, “sacrificando” seres humanos no “altar” do progresso econômico<sup>32</sup>.

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.”<sup>33</sup>. 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<sup>34</sup>. E. Dussel sintetiza 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

---

<sup>32</sup> Foi Enrique Dussel, aproveitando-se das incidentes contribuições de K. Marx, quem percebeu o caráter sacrificial da Modernidade, tantas vezes revestido e legitimado na história pelo discurso religioso: “A boca da mina representa metaforicamente para o narrador a boca de Moloc pela qual se sacrificavam vítimas humanas, porém agora não mais ao 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, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: conferências de Frankfurt**. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 53.

<sup>33</sup> ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 17.

<sup>34</sup> “[...] A Modernidade, como mito, justificará sempre a violência civilizadora – no século XVI como razão para pregar o cristianismo, posteriormente para propagar a democracia, o mercado livre, etc.” DUSSEL, op. cit., 1993, p. 84.

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’ (imatuross), das outras raças escravizáveis, do outro sexo por ser fraco, etc.<sup>35</sup> (1492, p. 186)

Portanto, se o direito foi e é central no processo histórico de configuração do conteúdo *positivo* – no sentido de positivação 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>36</sup> empregará para expandir-se pelo mundo na *pretensão totalizante e universalista* do sistema capitalista<sup>37</sup>, o que mais tarde chamar-se-á, aquela *pretensão*, por globalização. O direito moderno apóia-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

---

<sup>35</sup> DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: conferências de Frankfurt. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 186.

<sup>36</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: id., **1492**:, p. 44 ess..

<sup>37</sup> “**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 de 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.” [grifo nosso] CORREAS, Óscar. **Introdução a Sociologia Jurídica**. Trad. Carlos Souza Coelho. 1 ed. Porto Alegre: Critica Jurídica-Sociedade em formação, 1996. p. 106.

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 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.<sup>38</sup>

Assim, a racionalização do cotidiano<sup>39</sup> procedida pelo direito é autoritária e violenta. O jurista Óscar Correias identifica no *sistema do direito* moderno o monopólio do uso autorizado da violência social<sup>40</sup>. 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<sup>41</sup>.

Mas, há de se ressaltar um aspecto muito relevante. Há uma expressiva tradição jusfilosófica, de raiz marxista, que define o direito como ‘efeito da estrutura

---

<sup>38</sup>ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 19.

<sup>39</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.

<sup>40</sup>“Todavia, é necessário advertir que esta concepção do direito como organização autorizada da violência corresponde unicamente a uma sociedade como a nossa, ou seja à sociedade moderna, burguesa ou capitalista.” CORREIAS, Óscar. **Introdução a Sociologia Jurídica**. Trad. Carlos Souza Coelho. 1 ed. Porto Alegre: Crítica Jurídica-Sociedade em formação, 1996. p. 51.

<sup>41</sup>“[...] 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*” Id., **Introdução a Sociologia Jurídica**. p. 52.



econômica', portanto, "como *posterior* às relações sociais, e portanto como um fenômeno social que *não tem capacidade transformadora* destas."<sup>42</sup>

No presente trabalho, não devemos nos estender nessa celeuma. Basta-nos dizer, o que, ademais, já havíamos deixado como indício, que não concordamos com aquela tradição. Conforme temos debatido ao longo deste trabalho, o direito não *é*, o direito *está*. Como mesmo nos explicou Óscar Correias, essa violência intrínseca aplicada pelo direito moderno não é necessariamente inerente ao *fenômeno jurídico* (cf. referência n. 37). 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 investigamos 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 (vide referência n. 36). 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<sup>43</sup>.

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 resgatar-lhe a face libertadora?

### **3 DO CONSENSO AO DISSENSO: A ENTROPIA DAS INSTITUIÇÕES**

Com a pergunta com a qual terminamos a sessão precedente queremos alertar para a urgência imperativa de (re)definirmos as finalidades que delegamos a algumas

---

<sup>42</sup> CORREIAS, Óscar. **Introdução a Sociologia Jurídica**. Trad. Carlos Souza Coelho. 1 ed. Porto Alegre: Crítica Jurídica-Sociedade em formação, 1996. p. 105 e ss.

<sup>43</sup> "No mais, esta atitude frente à tarefa dos juristas não implica uma reprovação moral sobre sua ação social, ao contrário, reconhecer que sua atividade *é* política não apenas põe as coisas em seu lugar, mas também, do ponto de vista ético, confere-lhe o nível máximo da práxis humana: a preocupação pela sorte da sociedade em que se vive." Id., **Introdução a Sociologia Jurídica**. p. 74.

das instituições (*potestas*) advindas do poder político (*potentia*). Em especial, aqui tratamos do direito – do “sistema do direito”.

Antes, devemos desmistificar alguns aspectos. Primeiro, 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<sup>44</sup>. Este é mais um argumento a corroborar nossa opção há pouco exposta de não concordarmos com a tese que o direito *é* (no sentido de: sempre foi e sempre será) ‘apenas’ instrumento de manutenção da ordem vigente.

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 E. Dussel, “inteligência infinita, fraternidade pura, tempo infinito, impossíveis para a finitude humana.”<sup>45</sup>. 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<sup>46</sup>.

Por conta de tal característica, as instituições são entrópicas; 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 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

---

<sup>44</sup>DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. Trad. Rodrigo Rodrigues. p. 32. O autor ainda explica que: “[...] 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.” Idem.

<sup>45</sup>Id., **20 Teses de política**. p. 83.

<sup>46</sup>Idem.

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.<sup>47</sup>

Se resgatarmos aquela discussão que aqui foi apenas esboçada, sobre as distintas racionalidades que o sistema jurídico assumiu ao longo da Modernidade<sup>48</sup>, podemos facilmente identificar esse processo diacrônico de entropia das instituições apontado por E. Dussel como incidente sobre o direito nesse período. Naquele primeiro momento em que não detinha hegemonia sobre o poder político – período que se estende do século XV ao século XVIII – 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 no 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<sup>49</sup>, ditadas por funcionários autorizados através de todo um

---

<sup>47</sup>DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. Trad. Rodrigo Rodrigues. p. 61.

<sup>48</sup> Sobre o tema, detivemo-nos com mais atenção no trabalho: OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de. **O poder simbólico do direito: emancipação e regulação no caminho da modernidade**. Publicado na revista O Direito Alternativo In: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/direitoalternativo/issue/view/40/showToc>

<sup>49</sup> “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

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*.

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.<sup>50</sup>

Inicia-se assim o terceiro período diacrônico – o “(c)” do modelo de E. Dussel – da instituição 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”<sup>51</sup>.

---

começava a dominar, o estágio final da evolução da humanidade [...]” 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. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 64-65.

<sup>50</sup> BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Tradução de Fernando Tomaz (trad. português de Portugal). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 245.

<sup>51</sup> Enrique Dussel, partindo da categoria marxiana de fetichismo, define o fetichismo na política como “[...] 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

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”<sup>52</sup>. 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 – já que não pode distribuir a todos os benefícios da ordem vigente.<sup>53</sup>

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.<sup>54</sup>

Assim como a comunidade política dominante fundou-se graças ao *consenso social* acumulado ao seu redor em determinado período histórico em que era

---

auto-referencialmente” DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. Trad. Rodrigo Rodrigues. p. 44. Não iremos nos alongar nessa questão, mas temos de fazer 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” (vide nota n. 52, infra), 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*.

<sup>52</sup>DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. Trad. Rodrigo Rodrigues. p. 97.

<sup>53</sup>Id., **20 Teses de política**. p. 87.

<sup>54</sup>E. Dussel ainda complementa, ajudado pelas considerações de K. Marx: “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.” Id., **20 Teses de política**. p. 97-98.

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”<sup>55</sup>.

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 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<sup>56</sup>.

A ação reivindicatória – a luta – da *hiperpotentia* é o que E. Dussel define de “práxis de *libertação*”<sup>57</sup>. Essa práxis insurgente é a ação humana dos sujeitos sociais coletivos e organizados desde de baixo, desde o Outro, capaz de forçar as fronteiras da *potestas* que se fetichizou e por isso perdeu toda sua utilidade, devendo ser transformada ou substituída.

---

<sup>55</sup> DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. Trad. Rodrigo Rodrigues. p. 99.

<sup>56</sup> Id., **20 Teses de política**. p. 100.

<sup>57</sup> “Todo sujeito ao transformar-se em ator, ainda mais quando é um movimento ou povo em ação, é o motor, a força, o poder que *faz história*. Quando é uma ‘atividade crítico-prática’ esta será denominada *práxis de libertação* [...]. Essa práxis tem dois momentos: uma luta *negativa*, desconstrutiva contra o dado [...], e um momento *positivo* de saída, de construção do novo [...]” Id., **20 Teses de política**. p. 116.

#### 4 O DILEMA DO FUTURO: POR UMA OPÇÃO ÉTICA, POLÍTICA E EPISTEMOLÓGICA

Conforme temos tentado demonstrar, o direito moderno – enquanto instituição (*potestas*) ou enquanto “sistema do direito” – está atravessando a última etapa do que seria o esquema entrópico das instituições em geral. Essa fase é caracterizada pela “fetichização” da instituição, ou seja, quando deixa de ser capaz de atender às necessidades sociais que lhe foram delegadas – perde sua utilidade histórica – porque seus efeitos negativos passam a ser maiores que seus efeitos positivos, passando a ser sua existência uma permanente batalha por sua autoconservação. Ocorre o que E. Dussel chama de “crise de legitimidade” na *potentia* – a comunidade política deixa de ser hegemônica para tornar-se dominante. Totaliza-se a *potestas* vigente e, neste mesmo processo, exclui-se e ou oprime-se parte da sociedade que será vítima daquela. Os excluídos/oprimidos são o Outro da totalidade, são sua exterioridade que pode se organizar e, através do *hiperpoder* (*hiperpotentia*) – atualizado no mundo pela “práxis de *libertação*” – tenciona os limites institucionais da *potestas* para rompê-los e transformá-la.

Ora, quando nos deparamos com esse momento histórico uma opção ético-política – que na discussão intelectual traduz-se inevitavelmente também em opção epistemológica – nos é cobrada. Aqui, muito poderia ser debatido acerca da intencionalidade política das ciências e da suposta neutralidade do discurso científico. Contudo, por tais veredas não desejamos seguir. Continuaremos nos sertões jurídicos até aqui debatidos para resumir aquela opção requisitada na seguinte indagação: pretendemos a manutenção de uma instituição que demonstra visíveis sinais de desgaste histórico ao vitimar a parcela majoritária da sociedade ou desbravaremos ainda mais outros sertões na incansável procura de um “sistema do direito” que promova a *libertação* daquelas vítimas?

Acreditamos ser essa a *nova* possibilidade histórica que se coloca ao direito enquanto dilema prático-teórico: ou segue servindo à manutenção da ordem moderna (capitalista e burguesa) em sua insaciável fome pela conservação do que está posto, ou colabora com a superação e realização dessa ordem para lá dela mesma, o que E. Dussel

tem chamado de “*nova civilização transmoderna*”<sup>58</sup>. Tal qual a esfinge de Édipo Rei, o sistema moderno do direito nos repete em incessante agonia o temerário mantra: ‘decifra-me ou devoro-te’.

De nossa parte, restou inequívoco que confiamos no potencial emancipatório do *direito*<sup>59</sup>. Nosso esforço é para esboçar aspectos e características do ‘sistema direito moderno’ que nos permitam visualizar a *alternatividade* àquilo que nos foi dado como *direito*. O esforço é necessário porque, como bem salientou Pierre Bourdieu:

“[...] Se o poder criador da representação nunca se manifesta tão claramente, em ciência, em arte ou em política, como nos períodos de crise revolucionária, e não é menos verdade que a vontade de transformar o mundo transformando as palavras para o nomear, ao produzir novas categorias de percepção e de apreciação e ao impor uma nova visão das divisões e das distribuições, só tem probabilidades de êxito se as profecias, evocações criadoras, forem também, pelo menos em parte previsões bem fundamentadas, descrições antecipadas: elas só fazem advir aquilo que anunciam, novas práticas, novos costumes e, sobretudo, novos grupos, porque elas anunciam aquilo que está em vias de advir, o que se anuncia; elas são mais oficiais de registro civil do que parteiras da história. [...] A eficácia de todos os actos da magia social cuja forma canónica está representada pela sanção jurídica só pode operar na medida em que a força propriamente simbólica de legitimação ou, melhor, de naturalização (o natural é o que não põe a questão da sua legitimidade) recobre e aumenta a força histórica imanente que a sua autoridade e a sua autorização reforçam ou libertam.”<sup>60</sup>

Ou seja, buscamos uma teoria cuja missão seja precisar “a natureza e o âmbito das alternativas ao que está empiricamente dado”, conforme nos prescreve Boaventura de

---

<sup>58</sup>“A *nova teoria* não pode responder aos supostos da Modernidade capitalista e colonialista dos 500 anos. Não pode partir dos postulados burgueses [...]. O que vem por aí é uma *nova civilização transmoderna*, e por isso *transcapitalista, para além do liberalismo* [...]”DUSSEL, Enrique. **20 Teses de política**. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007. Trad. Rodrigo Rodrigues. p. 10.

<sup>59</sup> Aqui tratamos por *direito* precisamente o *fenômeno social de organização do poder*, ou seja, numa perspectiva mais ampla do que aquela que em geral o temos dedicado neste trabalho, tal qual seja, direito entendido ‘restritamente’ como ‘sistema do direito moderno’.

<sup>60</sup>BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz (trad. português de Portugal). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 238-239.



Sousa Santos. Essa teoria, em conformidade com o sociólogo português, adjectivamos como teoria *crítica*<sup>61</sup>.

Assim, se identificamos a etapa derradeira da instituição enquanto “crise de legitimidade” devemos atuar em dois sentidos: primeiro, devemos buscar no arranjo social emergente o *locus* adequado de irradiação da legitimidade que será capaz de estabelecer o *consenso social crítico* como nova comunidade política – *potentia* – de onde surgirá uma outra *potestas* que não mais (re)produzirá as antigas vítimas do sistema derrocado<sup>62</sup>. Segundo, porque o processo entrópico das instituições é a elas inerente, pensar mecanismos que racionalizem esse processo, mantendo aquelas em constante vigília para que, quando surgirem os efeitos negativos geradores de vítimas, possam ser reparados (ou a instituição mesma ser substituída).

Esses dois sentidos se encontram justamente no *fenômeno* da legitimidade. Até aqui, nenhuma surpresa, afinal, como nos afirma E. Dussel, está nela – na *falta* dela – a natureza da crise dos tempos presentes. Portanto, se queremos o direito tal qual temos defendido aqui, como instrumento de *libertação*, há de se ter um ‘sistema do direito’ que seja *legítimo*, ou seja, capaz de aglutinar ao seu redor *consenso social crítico* o suficiente para que se faça respeitar. Dito de outra forma, devemos buscar um direito eu favoreça às vítimas, o que só será possível na medida que seja eficaz e efetivo porque socialmente legítimo. Ademais, há um pressuposto implícito na essência do discurso

---

<sup>61</sup>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. p. 23.

<sup>62</sup>Esse local privilegiado foi indicado por E. Dussel como sendo os *novos* movimentos sociais e políticos organizados desde a exterioridade (ver p. 115 e ss). Com ele ainda concorda o professor Boaventura de Sousa Santos: “[...] essa reinvenção do direito implica que se proceda a uma busca de concepções e de práticas subalternas de que distingo três tipos: 1) concepções e práticas que [...] foram suprimidas ou marginalizadas pelas concepções liberais que se tornaram dominantes; 2) concepções que se desenvolveram fora do ocidente; 3) concepções e práticas hoje em dia propostas por organizações e movimentos especialmente activos no esforço de propor formas de globalização contra-hegemônica. Num período, em suma, de transição paradigmática [...] a modernidade subalterna fornece-nos alguns dos instrumentos que nos hão-de permitir fazer a passagem rumo a um futuro progressista, que o mesmo é dizer, na direcção de uma ordem e de uma sociedade boas, que ainda estão para vir.” SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 65, maio, 2003. p. 12. Também segue na mesma linha o professor Antônio Carlos Wolkmer: “[...] Trata-se de ‘novos movimentos sociais’ [...]. O ‘novo’ está no fato de se tratar de manifestação com capacidade de surgir ‘fora’ da cena política institucional, fundada em razões que não só transcendem os estreitos interesses de produção e consumo, mas, sobretudo, compõem nova identidade coletiva, capaz de romper com a lógica do paradigma social dominante e se libertar das formas opressoras de manipulação e cooptação, criando alternativas implementadoras de práticas democráticas participativas.” WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001. p. 138.

jurídico, como bem nos ensina Óscar Correias: “[...] não há direito sem que alguém o reconheça como tal.”<sup>63</sup>.

Surge aqui um elemento central: a questão do reconhecimento. Contudo, se partimos da realidade, quando olhamos a sociedade percebemos nela um sem número de grupos sociais com interesses divergentes e até mesmo antagônicos entre si. É exatamente aqui que aquela opção ético-política e epistemológica se coloca com mais força porque, afinal, por quem deve ser reconhecido o direito? Não se poderia afirmar abstratamente: ‘Por toda a sociedade!’. Isso seria vago e abstrato, pois, apenas através de metafísica grosseira nos seria possível dizer que há homogeneidade no todo social. Há de se escolher, portanto a parcela desse onde desejamos ver o direito reconhecido, tendo sempre presente o caráter teleológico que a ele elegemos. De nossa parte, já definimos ser o Outro nosso ponto de partida e nossa meta de chegada.

Começamos então a desvendar a geografia do sertão do direito. Com apoio em tudo o que investigamos até aqui, parece-nos claro que o ‘o *problema* do direito’, como apontamos na primeira sessão deste trabalho, consistem precisamente em não tomar o sistema do direito enquanto um fim em si mesmo, sob pena de cairmos no fetichismo institucional. Ele existe para *alguma coisa*, cumpre determinado *papel* na organização, manutenção e reprodução do modelo sócio-político vigente. Já o dissemos, o sistema do direito foi um discurso muito bem apropriado de organização do poder e detentor do monopólio da violência social.

De nossa parte, confiamos que tal função é *essencialmente* política, seja enquanto momento central do sistema de legitimidade política, como diz E. Dussel (vide nota. 29), seja enquanto instrumento estratégico de poder e exercício da violência pela classe dominante. Conforme exposto pelo jurista mexicano Óscar Correias, para que o direito possa ser tido como legítimo e, portanto, eficaz e efetivo, há de ser *reconhecido*. Restanos portanto, investigar o que leva um grupo social – as vítimas, conforme nossa escolha ético-política e epistemológica – a *reconhecer* determinado sistema do direito como legítimo.

---

<sup>63</sup>CORREIAS, Óscar. **Introdução a Sociologia Jurídica**. Trad. Carlos Souza Coelho. 1 ed. Porto Alegre: Critica Jurídica-Sociedade em formação, 1996. p. 62. [grifo nosso]

## CONCLUSÃO: PARA UM SISTEMA DO DIREITO EFICAZ PORQUE LEGÍTIMO E LEGÍTIMO PORQUE PARTICIPATIVO

Procuramos até agora descrever elementos e aspectos que nos indiquem a arquitetura do direito e as finalidades a que este pode servir. Como investigado, o direito enquanto fenômeno é um discurso de organização do poder que, ao menos na modernidade, presta-se também a organizar a violência social.

Ainda, constatamos que o sistema do direito não tem um fim em si mesmo, antes, presta-se a *finalidade política* que a comunidade política hegemônica ou dominante lhe dedica em determinado período histórico. Identificamos duas funções cumpridas pelo sistema do direito moderno: primeiro, enquanto instrumento de emancipação social burguês e pilar de sustentação estratégico dessa classe enquanto ascendia até a posição de comunidade política hegemônica. Depois, como instrumento de manutenção da ordem então configurada à imagem e semelhança da burguesia, através de um constante exercício de dissimulação e encobrimento do chamado ‘mito da modernidade’ – que tem no encobrimento do Outro o seu paralelo – e de dominação simbólica e violenta das classes subalternas para que o sistema político vigente não fosse questionado, transformado ou destruído.

Vimos que, assim como as demais instituições, a forma jurídica histórica possui determinada entropia que pode levá-la a se desgastar e a se fechar sobre si mesma. Nesse momento, a instituição *totaliza-se* e passa a produzir efeitos negativos que correspondem às vítimas do sistema instituído, aqueles que dele ficam de fora na condição de Outro, inaugurando a ‘crise institucional’.

Tal crise tem natureza de ‘crise de legitimidade’, até porque, segundo E. Dussel, o direito pertence ao *campo* político como momento central do sistema de legitimidade política. Aqui, necessitamos então rever as funções do discurso tendo para com ele intencionalidade política, o que acarreta uma opção ética, política e epistemológica entre a manutenção do instituído e a conseqüente manutenção daquelas vítimas, ou a transformação da instituição de tal forma que os efeitos negativos já conhecidos sejam corrigidos.

Mas essa revisão tem de buscar um discurso jurídico ou um sistema do direito que seja efetivo e eficaz o suficiente para formatar o consenso social ao redor das normas que propor para, e só assim, ser capaz de orientar as condutas reais dos seres humanos reais que conformam a comunidade política.

Por certo que toda essa nossa investigação remete a uma longa tradição teórica. Nosso trabalho não se pretende mais do que um exercício intelectual para sedimentar aspectos do *ser* e do *dever* do sistema do direito que nos possibilite ter maior clareza acerca das potencialidades do fenômeno – seus limites e possibilidades – tendo como orientação axiológica e científica a *libertação* do Outro – a transformação da totalidade pela exterioridade ou, dito de outra forma, a revolução da *potestas* através da ‘práxis de libertação’ da *hiperpotentia*.

Agora, a guisa de conclusão, desejamos por fim apontar uma fresta por onde nossa produção teórica acerca do direito pode futuramente seguir para expandir as possibilidades de aquela orientação concretizar-se com sucesso. Trataremos de elucidar o fenômeno da legitimidade indicando seu elemento essencial, tal qual o fez E. Dussel, porque, como já debatido, um sistema de direito só será eficaz à ‘práxis de libertação’ na medida em que for legítimo aos atores sociais que a executam.

O ‘problema da legitimidade’ tem muito que ver com o *reconhecimento* que a comunidade política dedica a determinado objeto como sendo válido e suficiente à satisfação de suas necessidades, demandas, objetivos etc. Portanto, a legitimidade é uma qualidade subjetiva e encontra-se em grande parte na consciência dos sujeitos.

Temos, pois, um problema: para que seja efetiva, a legitimidade do direito deve ser reconhecida *comumente* pela comunidade que dele usará. Entretanto, essa mesma legitimidade é uma qualidade subjetiva encontrada na consciência dos sujeitos individuais já que o ato de reconhecer é, *a priori*, um ato eminentemente individual. Assim, poderíamos refletir sobre o seguinte esquema que vai da parte ao todo: primeiro, o objeto – determinado sistema do direito, tal qual nossa análise – tem de ser *reconhecido* como legítimo pelo sujeito individualmente considerado. Num segundo momento, esse sujeito tem de transmitir a sua comunidade política motivos fortes o suficiente para também *convencê-la* da legitimidade daquele objeto, momento em que nasce o *consenso social*. Em resumo, o *reconhecimento* é ato individual enquanto que o *convencimento* tem natureza coletiva.

Esse ‘salto de qualidade’ que deve ser dado do *reconhecimento* ao *convencimento* para vermos emergir o consenso social, a ‘ponte’ capaz de ligar a subjetividade do indivíduo ao consenso subjetivo do coletivo é, em essência, identificada por E. Dussel no ato da *participação*. Isso porque o autor promove profícua investigação de caráter ontológico, senão vejamos:

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 lengua 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. [...] Repitiendo: *ser-parte* efectiva del todo es *participar*, momento sustantivo del ser humano como humano, como comunitario e histórico, cultural, político.<sup>64</sup> (p. 3)

Para o direito, tal descoberta tem importante repercussão. Está aí a nos dizer que apenas um modelo em que a *participação* dos atores sociais que farão uso do sistema do direito seja tida em todos os momentos de elaboração e aplicação das normas jurídicas pode ser considerado legítimo. E, enquanto for legítimo, será efetivo por contar com o *reconhecimento* dos membros e o *convencimento* da comunidade política. Fecha-se o esquema proposto: um direito eficaz porque legítimo, legítimo porque efetivo. Ainda,

---

<sup>64</sup> DUSSEL, Enrique. Democracia participativa. **Política de la Libertación: La crítica participativa**. vol. III. No prelo. [grifo nosso]

tendo a participação como essência, torna-se também possível a atualização da instituição constantemente para que se reparem de pronto os inevitáveis efeitos negativos resultantes da ‘entropia institucional’<sup>65</sup>. Participação é atualização, remédio forte contra o fetiche. As instituições – o sistema do direito – assim como as pessoas que as constroem não são algo dado *em si*, e sim fruto de sua história, como bem nos diz o jagunço Riobaldo:

(...) o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas [e as instituições] não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam. Verdade maior.<sup>66</sup>

Devem ser, pois, essas as linhas gerais de uma forma jurídica coerente com a ‘*práxis* de libertação’. A tarefa que nos cabe agora é aprofundar tais considerações e encontrar um paradigma epistemológico capaz de dar conta desse **projeto**: um direito planejado para não mais atuar como reproduzidor de instituições anacrônicas e superadas historicamente, que apenas nos delegam miséria econômico-social e de espírito, mas cuja função seja catalisar as mudanças que apontam a uma realidade superior, uma sociedade de novo tipo. Esse paradigma nos parece ser o do *pluralismo jurídico*. Deixaremos aqui o indicativo.

---

<sup>65</sup>“La *participación* tiene entonces la significación de un *existenciarío* [...]. El ser-con-Otros [...] se actualiza en la *participación*. [...] El desarrollo del concepto de ‘participación’, posteriormente, pasa del mero *ser* participativo a *ponerse* como *fundamento* (*Grund*), es decir, *se pone* como *esencia*. En efecto, la *participación* es la *esencia* de lo que aparece fenomenicamente en el horizonte del campo político como totalidad. Los entes políticos se fenomenizan o se dejan interpretar *desde* el fundamento. Así las acciones y las instituciones aparecen en el campo político como modos de *participación*; son modos de participación. [...] No se presta atención frecuentemente que la *participación* es el momento esencial de la legitimidad. [...] Los afectados son tales porque están sufriendo los efectos negativos de no haber podido *participar* en anterioridad debates para defender sus derechos y recibir los beneficios que le permitan no ser afectados. Vemos así como el concepto de participación es la sustancia de la definición de lo legítimo.” DUSSEL, Enrique. Democracia participativa. **Política de la Libertación: La crítica participativa**. vol. III. No prelo.

<sup>66</sup>ROSA, João Guimarães. **Grande sertão: veredas**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 39.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz (trad. português de Portugal). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

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.

\_\_\_\_\_. 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.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

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.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.