

A PRESCINDIBILIDADE DA FIGURA DO CURADOR NO INQUÉRITO POLICIAL E EM JUÍZO APÓS A EDIÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Juliana A. Picinin¹

1. Introdução. 2. Expectativa racional de perenidade e gramática das práticas sociais em permanente transformação – a tensão do Direito. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A norma de presença obrigatória do Curador para realização de auto de prisão em flagrante e oitiva em Juízo fez-se necessária, no Direito Processual Penal brasileiro, tendo em vista o desenvolvimento mental incompleto do indiciado/réu. Esse desenvolvimento mental somente se completa, segundo o mesmo ordenamento, com o atingimento dos 21 (vinte e um) anos.

¹ Advogada, Mestranda em Ciências Penais pela UFMG, Professora de Direito Penal na Universidade Newton Paiva, e de Direito Penal e Processual Penal nos Cursos A.Carvalho, Ceajufe e Pro Labore.

A edição do novo Código Civil brasileiro, alterando a norma quanto à plena capacidade para os atos da vida em geral de 21 (vinte e um) para 18 (dezoito) anos, deve ser meditada, no que tange à sua incidência – ou interferência – ou não, em relação à norma processual penal. É o que se pretende nessa oportunidade.

2 EXPECTATIVA RACIONAL DE PERENIDADE E GRAMÁTICA DAS PRÁTICAS SOCIAIS EM PERMANENTE TRANSFORMAÇÃO – A TENSÃO DO DIREITO

A norma de presença obrigatória do Curador, como dito no intróito, fez-se necessária, no Direito Processual Penal brasileiro, tendo em vista o desenvolvimento mental incompleto do indiciado/réu.

Certamente que o desenvolvimento mental não estava completo aos 18 (dezoito) anos em 1941, quando da edição do Código de Processo Penal. No entanto, os tempos são outros, que de tão diferentes merecem a consideração diferenciada por parte dos operadores do Direito.

Hoje, aos 18 (dezoito) anos de idade², o indiciado/réu tem desenvolvimento mental completo e sua personalidade já está estruturada sob bases mais sólidas. A mudança da data para eleger já era um indicativo do salto paradigmático que o Brasil estava por dar, que veio a se concretizar com a Lei 10406/02, o novo Código Civil. Considerando que o Projeto de Lei data de 1975, ou seja, quase 26 (vinte e seis) anos antes de seu processamento legislativo final, já é de se entender pela influência das novas considerações há bastante tempo no Direito.

² *A razão da idade: mitos e verdades*. Brasília: 1.ed., 2001. MJ/SEDH/DCA.

Aliás, os saltos paradigmáticos, com a necessária e urgente revisitação dogmática conseqüente, são uma constante no Direito. *Verbi gratia*, refira-se à mudança do Estado liberal ao Estado Social e do Estado Social ao Estado Democrático; à presunção legal/absoluta de violência para crimes cometidos contra menores de 14 (quatorze) anos para a presunção relativa de violência nesses casos; a *desuetudo* em relação ao crime de adultério após a edição da Lei do Divórcio em 1977; à natureza familiar após a Constituição de 1988; à igualdade entre homem e mulher, constitucional, dentro no relacionamento familiar e seu respectivo gerenciamento; à prisão como regra e a liberdade como exceção para a liberdade como regra e a prisão preventiva ou provisória como exceção; dentre tantas outras hipóteses.

Considerando o influxo obrigatório da realidade sobre o Direito é de se pensar a alteração da regra de obrigatoriedade da presença do Curador aos menores entre 21 (vinte e um) e 18 (dezoito) anos. Como diria Heráclito, ao tempo dos pré-socráticos, *a única constante na vida é a mudança* ou, como prefere o judeu polonês Zygmunt Baumann, temos de aceitar a idéia de uma *modernidade líquida*³.

Não se pense como colocado por Jürgen Habermas, no Capítulo 1 de sua famosa obra *Facticidade e Validade*⁴, que os sistemas sociais são “*mônadas encapsuladas em si mesmas*”, mas em verdadeiro acoplamento estrutural⁵ entre sociedade e ambiente, como colocado por Niklas

³ BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validad: sobre el derecho y el Estado democratico de derecho en términos de teoría del discurso*. Introdução e tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

⁵ CORSI, Giancarlo & ESPOSITO, Elena & BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Prefacio de Niklas Luhmann. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. 1996, México: Universidad Iberoamericana.

Luhmann, em sua teoria da sociedade e dos sistemas, nas famosas obras *Introdução à teoria dos sistemas*⁶ e *Teoria da sociedade*⁷, essa em co-autoria com o italiano Raffaele de Georgi.

Esse acoplamento estrutural, que não significa a anterior imersão de uma hipótese em outra - como pensado pelo mentor de Habermas e Luhmann, o então Professor de Harvard Talcott Parsons - mas, na verdade, como um sistema que tem sempre um ambiente que pode "irritá-lo" e, diante de tal irritação observar o ambiente, assim admitindo tais hipóteses até o nível paradoxal da "auto-observação", como salientado pela Professora Juliana Neuenschwander Magalhães⁸.

Em uma linguagem mais tradicional, poder-se-ia falar em "compromisso com a realidade", expressão que vem recebendo inúmeros matizes conceituais. Podem ser citados, à guisa de exemplo, Günther Jakobs, com o que concorda Claus Roxin, como "*evolução conceitual contínua*" (continuidad de la evolución conceptual⁹); Cândido Rangel Dinamarco¹⁰ como "*pensar de acordo com os tempos*"; Kazuo Watanabe¹¹ como "*aderência à realidade*"; Lenio Luiz Streck¹² como "*modo*

⁶ LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Publicado por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

⁷ LUHMANN, Niklas & DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Coordenação de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, s/d.

⁸ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do Direito pela Corte de Justiça Européia* apud ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. 1.e.d, 1997, Curitiba: JM Editora e *Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica* apud BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu & RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. 1.ed., 2002. São Paulo: Martins Fontes.

⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Tradução da 2.ed. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999, §5, p. 156.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2.ed. São Paulo: RT, 1990.

¹¹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

¹² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

de se fazer Direito cotidianamente”; Willis Santiago Guerra Filho¹³ como *“ciência enquanto intento de estabelecer um conhecimento objetivo da realidade”*; Hans-Georg Gadamer¹⁴ como *“processo”*, como *“genuína produtividade do acontecer”*.

Acresça-se a isso que o trabalho do jurista é especificamente o de tentar conciliar o texto legal, que tem *expectativa racional de perenidade*, com a *“gramática das práticas sociais em permanente transformação”*, usando essa última expressão no sentido empregado recorrentemente pelo Professor Menelick de Carvalho Netto. Esse *strange* é exatamente o trabalho de adaptação a que se deve, hoje, denominar de tipicidade ou subsunção do fato concreto à norma. Com isso se atinge uma antiga expectativa, de influência mesmo kelseniana, de que a norma só se perfaça com o concreto.

Assim, estar-se-á, inclusive, dando *densidade* ao Direito no momento de sua *aplicação*, segundo o ilustre Klaus Günther em sua tese de doutoramento aqui conhecida como *O sentido da adequabilidade*¹⁵.

Atende-se, ainda, à expectativa da Hermenêutica Filosófica – a partir da década de sessenta do último século com as obras de Martin Heidegger, *Ser e tempo*¹⁶ e de seu discípulo, e

¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional* Porto Alegre: Síntese, 1999 e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do Direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. São Paulo: Atlas, 2001.

¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. Op.cit.

¹⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo constitucional*. 2001, Belo Horizonte: Mandamentos.

¹⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, vols. 1 e 2. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 10.ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

principalmente desse, Hans-Georg Gadamer, *Verdade e Método*¹⁷ -, superando a visão hermenêutica de então nas vozes de Dilthey, Mathias Flacius e Schleiermacher¹⁸, dentre outros.

Não podemos nos abstrair do concreto de que a norma precisa, das expectativas que o Direito precisa assentar, do contrafático entre o que foi legítimo um dia e a gramática das práticas sociais em permanente transformação.

A ciência, recorrendo à nossa consciência histórica e a uma análise marcadamente genealógica, foi tida desde os tempos de seu abrilhantamento como “a” ciência. O conhecimento objetivo, como estudado por Karl Popper¹⁹, ganhou *status* de ciência quando adquiriu o método técnico-científico, especialmente no século XIX pela obra cartesiana e outras do mesmo porte. A ciência de então não era tida – como em sua atual consideração – como realizável em saltos paradigmáticos, mas como um exercício de erro e acerto, dicotomizando seu universo em certo e errado, verdadeiro e falso. A partir do desenvolvimento do conhecimento científico as antigas “verdades” passavam a ser tidas como “inverdades” que não mais interessavam ao cientista.

Além disso, cada terreno da ciência, duras ou do espírito, deveria possuir um universo próprio, um objeto próprio e um método próprio, praticamente descartando a hipótese de uma transdisciplinariedade, desconsiderando os influxos do ambiente em seu sistema²⁰.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, vols. 1 e 2. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

¹⁸ SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braidá. Petrópolis: Vozes, 1999.

¹⁹ POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

²⁰ Vide a própria idéia de acoplamento estrutural da teoria sistêmica luhmanniana.

Essa forma de entender o conhecimento passou por uma radical mudança de estrutura, conhecida como o giro hermenêutico, especialmente em meados do século XX, com obras de filosofia da ciência como as de Kuhn, Heidegger e Gadamer.

O conhecimento científico não é proveniente de um mecanismo de erro e acerto. A descoberta newtoniana, por exemplo, não se torna uma inverdade quando da teoria de Einstein. Ela continua a responder às perguntas de uma física estática. Apenas não é capaz de responder a perguntas que pressupõem uma física dinâmica e baseada na relatividade. Foi preciso um novo paradigma como nos ensina Thomas Kuhn²¹.

Não há qualquer equívoco nas considerações de Isaac Newton. O limite não é de sua inteligência - o limite é de seu caráter humano. É o conhecimento que é limitado pelo próprio horizonte de sentido que se possui, conforme Gadamer. Todo conhecimento é relativo, o que desmitifica a Ciência de então. Como produto humano, a Ciência não se aparta de sua falibilidade.

Toda visão é limitada, precária, datada, contextual, histórica. Suas "superações", na verdade, são apenas o fruto do "*permanente esclarecer*"²², como genuína produtividade do acontecer ou da ampliação do horizonte de sentido através da inclusão de outras variáveis.

A esse ponto, parece claro que evoluir não significa abandonar as conquistas até então obtidas, muito menos dispensar a noção de consciência histórica²³. São apenas saltos

²¹ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. Revisão de Alice Kyoto Miyashiro. Produção de Ricardo Neves e Adriana Garcia. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

²² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

paradigmáticos, como na lição de Thomas Kuhn. Apenas que os paradigmas anteriores não são capazes de responder às indagações dos novos paradigmas. Permanecem relevantes na solução de problemas já elucidados sob suas égides. Mas aos novos questionamentos, novos paradigmas.

Toda ciência, assim como toda interpretação, dá-se num contexto histórico, pressupõe modos de olhar sob o pano de fundo das tradições, segundo Gadamer ou dos mundos da vida, segundo Habermas, que simplesmente não podem ser colocados entre parênteses através de uma atividade de distanciamento ou abstração, como nos ensina Marcelo Cattoni, porque o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo.

Não há métodos capazes de revelar ou descrever um quadro de verdades objetivas, ahistóricas e descontextualizadas, pois nenhum método é instrumento neutro capaz de superar a sua própria condição de obra humana, histórica, datada, contextual.

Para se interpretar cientificamente as normas jurídicas é preciso problematizar as pré-compreensões advindas das tradições. Não há como falar *das* interpretações possíveis, como pensado pelo austríaco Hans Kelsen²⁴, mas somente *de* interpretações possíveis, como nos lembra Marcelo Cattoni. Ciência, então, é ciência, e não a ciência, como já dito. É aquela que é possível, realizável, até o dia em que deixar de ser.

²³ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Organizador: Pierre Fruchon. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Função Getúlio Vargas, 1998.

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Nenhuma atividade hermenêutica, por mais criteriosa que seja, não é capaz de levar em conta todas as variáveis. É o risco da contingência que a complexidade nos coloca. O aumento da complexidade é uma evidência²⁵, não uma verdade. Não se a fundamenta porque desnecessário e artificial, mas está demonstrada empírica e historicamente.

Qualquer discurso, inclusive, só pode ser científico se se reconhece limitado em razão mesmo de como a linguagem é constitutiva da realidade e molda nossa visão, delimitando o horizonte de sentido.

Os direitos são realidades discursivas, realidades performáticas, produzidas pela linguagem. Os direitos, enfim, são realidades sociais construídas, segundo Berger e Luckmann²⁶. A Ciência, se se pretende racional, deve saber-se exposta à refutação. Deve assumir o risco do próprio risco que carrega, conforme Menelick de Carvalho Netto.

Muitas das palavras utilizadas no dia-a-dia não são elucidadas no instante da comunicação. No momento em que se comunica não se pára para estabelecer o significado dessas palavras ou expressões. E isso pode gerar alguns problemas.

²⁵ Chama-se de *evidência* fatos que podem ser demonstrados, empírica e historicamente. Já *verdade* em outro significado, ou seja, precisa ser fundamentada, através de uma argumentação. São realidades diferentes, portanto. A morte, por exemplo, não é uma verdade, mas uma evidência.

²⁶ BERGER, Peter & LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*: tratado de sociologia do conhecimento. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985.

“Tudo o que digo faço-o no pressuposto de ser entendido”, mas esse é um pressuposto contrafactual, pois, na verdade, as vivências das pessoas são por demais diversas e a possibilidade de se ser efetivamente compreendido é pouco plausível, conforme Menelick de Carvalho Netto.

Ao retirar do pano de fundo tacitamente compartilhado de silêncio, segundo Karl Wittgenstein²⁷, qualquer palavra que seja considerada de sentido óbvio, trazendo-a para o universo do discurso, vê-se que acerca de seu significado havia não um acordo racional, mas mero pré-conceito, ou seja, uma pré-compreensão irrefletida, um saber que se acreditava absoluto e que, por isso mesmo, não era saber algum.

A comunicação como tal, por meio da linguagem, é muito improvável e, no entanto, ela se dá. As pessoas se comunicam graças a esse pano de fundo compartilhado de silêncio. Daí a natureza contrafactual desse pressuposto residir precisamente no paradoxo da linguagem: *“nós nos comunicamos porque não nos comunicamos”*.

São exatamente essas pré-compreensões que integram o pano de fundo da linguagem que constituem o que Kuhn denomina *paradigma*. Esse pano de fundo compartilhado de silêncio, na verdade, decorre de uma gramática de práticas sociais realizada todos os dias.

Esse não é um exercício perceptível a cada diálogo e, mesmo assim, molda o próprio modo de olhar. A um só tempo, aguça e torna precisa a visão de determinados aspectos, cegando a outros

²⁷ DIAS, Maria Clara. *Kant e Wittgenstein: os limites da linguagem*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

e isso é parte da condição humana. Vamos permanecer dando razão a Pontes de Miranda, de que *cada ponto de vista será a vista de um ponto*.

Muitas vezes esse pano de fundo compartilhado de silêncio, que está a permitir a comunicação, está representado por determinadas palavras que se costuma denominar de *palavras gordas*, marcadamente manipuláveis. São palavras que no cotidiano são consideradas óbvias e, exatamente porque óbvias, termina-se por não problematizá-las, supondo que todos atribuam, naturalmente, a esses vocábulos o mesmo conteúdo semântico.

Quando tematizadas, no entanto, como ocorre com todos os termos pragmaticamente considerados óbvios, sem que se reflita sobre eles, ela se revela um imenso problema uma vez que, no nível discursivo da linguagem, não há qualquer acordo acerca de sua significação, de seu conteúdo de sentido. Enquanto integrante do pano de fundo compartilhado de silêncio que torna a comunicação possível o termo é, na verdade, empregado plausivelmente com sentidos diversos e, mesmo antagônicos, sem que disso se dê conta.

A palavra *democracia* é um bom exemplo disso. Ao longo da história, como retratam a Teoria da Ciência Política e a Teoria da Constituição, esse termo foi utilizado com diferentes significações. Cada sentido, na verdade, permeou-se de um componente ideológico, servindo aos interesses políticos dominantes de épocas diferentes. A própria teoria schmittiana, que serviu aos propósitos nazistas, baseada estava em um fundamento pretensamente democrático²⁸.

²⁸ Na história constitucional, democracia e governo representativo não somente não se confundiam como eram termos antagônicos até o início do século XX.

Existiu, em tempo não muito distante, um grande embate na ciência política mundial, ou seja, o degladiamento entre os defensores de uma democracia direta, que deveria ser exercida pelos governados através de “suas próprias mãos” e “suas próprias vozes” e os defensores da democracia representativa como única forma de realização de um governo.

Para Carl Schmitt, criador da Teoria da Constituição, o governo representativo estava fadado ao insucesso porque em seu cerne agasalharia uma contradição interna absoluta e insolúvel entre o princípio da identidade governante/governado e o da representação política. Para ele, se há representação, o que não há é, precisamente, identidade entre governante/governado.

Isso significaria que esse regime encontrava-se condenado ao desaparecimento e que, na verdade, na sociedade de massas do século XX, a única possibilidade viável de democracia, de identidade governante/governado, residiria na ditadura, ou seja, na possibilidade de uma pessoa hábil, de um líder, capaz de lidar com o sentimento das massas para poder formar essa identidade, manipulando a vontade dessas massas, através de todos os meios possíveis, fazendo com que, ao final, a vontade do “povo” se identificasse com a sua. A democracia para Schmitt, nas considerações de Chantal Mouffe, portanto, teria esse sentido invertido, esse sinal invertido.

O importante é problematizar essas palavras gordas – em uma expressão ainda mais contemporânea *iluminar o iluminismo* - procurando findar com essa infinidade de sentidos com que se as utiliza no dia-a-dia. E mais do que isso, a problematização dessas expressões permite com que venha à tona a realidade e o matiz de que elas se encontram revestidas, verdadeiramente

empoeiradas ou veladas, cegadas à luz. A manipulação que se faz dessas palavras gordas estão ligadas a uma justificação ideológica e a uma busca de legitimação para o domínio²⁹.

Esse trabalho de problematização de panos de fundo compartilhados de silêncio, formados por palavras de sentido manipulável, permite com que se deixe à mostra o conteúdo ideológico, político, econômico, jurídico - dentre outras contingências - que cercam o horizonte de sentido do usuário desses termos.

O trabalho do jurista é exatamente fazer com que essas tradições ou mundos da vida, essas contingências que cercam o texto, sejam trazidos à fala no momento da compreensão. *Trazer à fala* significa realizar a fusão desses horizontes de sentido – o que pertence ao texto e o horizonte do intérprete.

Ao se deparar com um texto o intérprete tem que permitir que o mesmo venha à fala, trazendo o seu horizonte de sentido, permeado de sua tradição, do conhecimento objetivo existente à época de sua criação, da realidade que gerou e contornou essa criação. O intérprete há de unir a esse “vir à fala” as suas pré-compreensões, fruto de sua consciência histórica, ou seja, realizar o que Gadamer denomina de “*fusão de horizontes*”.

Esse trazer à fala, portanto, significa que nenhum texto - ou equivalente a texto - pode ser interpretado de maneira reprodutiva, como acreditava Emilio Betti, ou seja, retratando

²⁹ Outras palavras gordas poderiam ser mencionadas, por exemplo, dos diversos sentidos para a expressão *povo*, como feito na obra de Friedrich Müller, *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Introdução de Ralph Christensen, tradução de Peter Naumann e revisão de Paulo Bonavides. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

exclusivamente o que o texto contém quando de sua elaboração, como se o texto assim o fosse desde um ponto de vista ontológico. Ou então, que se casse, a todo custo, a *mens legis* ou a *mens legislatoris*.

Toda interpretação é, necessariamente, produtiva - a partir do giro hermenêutica da ciência em meados do século passado como aqui descrito - e, dessa maneira, constitutiva do intérprete e do próprio texto interpretado.

Cada vez que se considerar o mesmo texto - ou equivalente a texto - ter-se-ão resultados diferentes. O horizonte de sentido do intérprete pressupõe um conhecimento gradual, de "*aquisição evolutiva*", aqui nos valendo de uma expressão por demais famosa do sociólogo Niklas Luhmann. "*Não pode o homem se banhar duas vezes nas mesmas águas do rio*", já se disse um dia. Sempre será o intérprete diferente do que foi um dia, pois é modificado/constituído pelo que interpreta.

O texto ou equivalente a texto poderá ser o mesmo, como no caso do Curador a ser nomeado no inquérito policial ou em Juízo, como aqui abordado, para garantir que o ato não seja praticado sob a bainha de vícios do consentimento.

3 CONCLUSÃO

Ao fim de todas essas considerações, de cunho filosófico-científico, a figura do Curador não tem mais razão de ser no Código de Processo Penal e na estrutura do Direito Processual Penal brasileiro, pois que referente a paradigma superado.

É preciso estar atento à análise genealógica que cerca a figura do Curador em 1941 para chegar à consideração hermenêutico-filosófica da expressão hoje. Nos idos da década de 40, uma vez ainda não inteiramente formada a personalidade e atingida a completude do desenvolvimento mental, permanecendo susceptível à manipulação do discurso e ao desvirtuamento de suas colocações, o menor entre 21 (vinte e um) e 18 (dezoito) anos precisava do acompanhamento do Curador, que ali estaria para assegurar os seus interesses e velar pelo respeito aos seus direitos fundamentais.

Hoje é possível a esse “menor” fazer valer suas faculdades, já completas e baseadas em uma personalidade estruturada. Desde as considerações constitucionais da imprescindibilidade da figura do Advogado, de sua indispensabilidade à Administração da Justiça como garantia fundamental e cláusula pétrea, podendo ter com seu cliente antes mesmo da formalização do auto, o Curador tornou-se figura obsoleta. Em maioria de vezes, o Advogado cumulou as funções, vez que, em verdade, são uma só e mesma realidade.

Se a figura do Curador torna-se dispensável porque não mais imbuída do sentido tradicionalizado, sua exigência torna-se um entrave à realização da prova e do processo penal. Mesmo que contrariando os interesses da classe advocatícia e a perspectiva de relaxamento do flagrante pelo auto indevidamente formalizado, o Direito pretende e deve – e essa é a sua *condição paradigmática* – atender à expectativa social.

As normas nada mais são que o assentamento de expectativas formadas em um contexto social. Não tem como o texto – ou o intérprete – ser visto senão intersubjetivamente. Parece despropositada qualquer tentativa de se os manter como um *“solilóquio do pensador consigo mesmo”*, para nos valermos de uma expressão de José Souto Maior Borges³⁰. O projeto cego de distanciamento, já referido, do texto em relação à realidade, não satisfaz ao paradigma contemporâneo. É, na verdade, um entrave teimoso à historicização e mumificação das concepções hermenêuticas clássicas. Nega, inclusive, o atual paradigma constitucional-democrático em que democracia é *o destinatário da norma se reconhecer o autor dela*, como ensinado por Habermas em sua concepção procedimental da democracia.

Qualquer pretensão igualizante/totalizante de conceitos, na verdade, só aponta para uma limitação do horizonte de sentido do intérprete. Só seria possível ao tempo em que se vivia sob o paradigma de uma Jurisprudência dos Conceitos³¹. Quanto mais limitado o horizonte de sentido, menor a possibilidade de uma compreensão inclusiva.

A pretensão de congelar a linguagem, de todo impossível como já dito, é pueril. Permanecer a considerar que *in claris cessat interpretatio* é cegar-se, assim mantendo-se empoeirado, engessando a obrigação do Direito de atender à expectativa de pacificação social. Será ignorar a preciosa contribuição heideggeriana de que *compreender é nossa condição de possibilidade de estar no mundo*. É manter a visão da floresta, cegando-se à existência da clareira (*Lichtung*), não permitindo o desvelar que Heidegger tão bem aponta e que necessariamente nos constitui.

³⁰ BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. 1.ed. 1996, São Paulo: Malheiros.

³¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMANN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

BERGER, Peter & LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. 1.ed. 1996, São Paulo: Malheiros.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*.

_____ *A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo constitucional*. 2001, Belo Horizonte: Mandamentos.

CORSI, Giancarlo & ESPOSITO, Elena & BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Prefacio de Niklas Luhmann. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, sob a coordenação de Javier Torres Nafarrate. 1996, México: Universidad Iberoamericana.

CRISÓSTOMO, Eliana Cristina R. Taveira et alii. *A razão da idade: mitos e verdades*. Brasília: 1.ed., 2001. MJ/SEDH/DCA.

DIAS, Maria Clara. *Kant e Wittgenstein: os limites da linguagem*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2.ed. São Paulo: RT, 1990.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Organizador: Pierre Fruchon. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora Função Getúlio Vargas, 1998.

_____ *Verdade e método*, vols. 1 e 2. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução ao direito processual constitucional* Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____ *A filosofia do Direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. São Paulo: Atlas, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Introdução e tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, vols. 1 e 2. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 10.ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. Revisão de Alice Kyoto Miyashiro. Produção de Ricardo Neves e Adriana Garcia. 5.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LUHMANN, Niklas & DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Coordenação de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, s/d.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Publicado por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do Direito pela Corte de Justiça Européia* apud ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. 1.ed, 1997, Curitiba: JM Editora.

_____ *Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica* apud BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu & RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. 1.ed., 2002. São Paulo: Martins Fontes.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Introdução de Ralph Christensen, tradução de Peter Naumann e revisão de Paulo Bonavides. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Tradução da 2.ed. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999, §5, p. 156.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. Petrópolis: Vozes, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

Fonte:

http://www.acarvalho.com.br/site/internas/automacao/Arquivos/artigos/a_prescindibilidade_d_a_figura_do_curador_no_inquerito_policial_e_em_juizo_apos_a_edicao_do_novo_codigo_civil.doc

Acesso em 07/07/2009